

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Antonio Marcos Hernandez Neto

ARBITRAGEM EM INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E O ICSID

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2011

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Antonio Marcos Hernandez Neto

ARBITRAGEM EM INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E O ICSID

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, subárea Direito das Relações Econômicas Internacionais, sob a orientação do Prof. Dr. Cláudio Finkesltein.

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2011

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a toda a minha família, pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida, especialmente aos meus pais e às minhas avós, pelo constante estímulo ao meu crescimento intelectual e pelo auxílio durante toda a jornada do mestrado.

Gostaria também de agradecer aos meus amigos e a todos com quem trabalho diariamente, pela ajuda cotidiana e, principalmente, pela paciência comigo.

Por fim, gostaria de agradecer aos professores da PUC-SP que de alguma forma colaboraram com a minha formação, principalmente ao meu orientador, Professor Doutor Cláudio Finkelstein, a quem sou imensamente grato pelos valiosos ensinamentos transmitidos em âmbito acadêmico, profissional e pessoal.

RESUMO

A globalização modificou substancialmente as relações entre os Estados, derrubando fronteiras até então rígidas. Nesse novo momento histórico, surgiu também a oportunidade, pela necessidade, de expansão dos investimentos dos particulares a novos territórios além de seu próprio Estado. Assim, com o tempo, a economia assistiu uma transformação intensa, por meio da qual o capital adquiriu uma mobilidade até então desconhecida, de modo que os investimentos realizados em um determinado Estado passaram a ter como origem diversos outros Estados, e, mais importante, sendo proveniente das reservas da iniciativa privada. A esta passou a serem necessárias garantias de que seu investimento não sofreria intervenção do Estado que o recebia, para que seu patrimônio não fosse prejudicado. Dentre estas garantias destacam-se os contratos de investimento, as legislações nacionais do Estado receptor que visavam proteger o investimento estrangeiro e, por fim, os tratados internacionais. Cada um destes instrumentos, a seu próprio modo, buscava oferecer segurança ao investidor estrangeiro, para que ele então se aventurasse naquele território. Uma das principais formas de se garantir o investimento estrangeiro é a transferência da competência para julgar eventuais disputas concernentes a tais investimentos do judiciário do Estado receptor à arbitragem internacional. Por se tratar de um tribunal independente e, teoricamente, melhor municiado para lidar com a problemática envolvida em uma controvérsia desta natureza, a arbitragem se tornou atrativa aos investidores, receosos dos atos expropriatórios que poderiam vir a ser tomados pelos Estados receptores de seu capital. O surgimento do ICSID (ou CIRDI) através da Convenção de Washington de 1965, como instituição especializada neste tipo de controvérsia de investimento estrangeiro entre investidor privado e Estado receptor, deu ainda maior solidez a este sistema. A jurisdição do ICSID não é, entretanto, questão simples, pois exige a análise de diversos fatores para sua definição, tanto no âmbito dos sujeitos envolvidos (*ratione personae*) quanto no âmbito da matéria em disputa (*ratione materiae*). A Convenção de Washington estipula ainda um procedimento específico a ser seguido pela arbitragem sob seus auspícios, bem como para a execução do laudo arbitral dela derivado. Trata-se, portanto, de assunto recheado de nuances que devem ser cautelosamente analisadas e detalhadas.

Palavras-chave: Investimento Estrangeiro; Arbitragem Internacional; ICSID; CIRDI.

ABSTRACT

The globalization changed substantially the relationships among States, breaking boundaries that were rigid until then. In this new moment in time, an opportunity also came up, by need, of expansion of the private investments towards new territories beyond the ones of their own. So, in time, the economy watched an intense transformation, by which capital gained mobility so far unknown, in a way that investments made in a given State had sources from various other States and, most importantly, coming from the reserves of the private initiative. To the private initiative guarantees started to be needed in order to that its investment did not suffer intervention from the State receiving the investment, and so that its asset wouldn't be damaged. Of these guarantees, the highlights are the investment agreements, the domestic legislation of the host State that aimed to protect the foreign investment and, at last, the international treaties. Each one of these instruments, at its own way, tried to offer security to the foreign investor, so that it would then venture in that territory. One of the main forms of guaranteeing the foreign investment is to transfer the competence to judge eventual disputes concerning such investments from the courts of the host State to international arbitration. Because it is an independent tribunal and, theoretically, better provided with resources to deal with the issue involved in such a controversy, arbitration has become attractive to investors afraid of the expropriatory acts that could be taken by the host States of their capital. The emergence of ICSID (or CIRDI) through the Washington Convention of 1965 as an institution specialized in this kind of dispute of foreign investment between private investor and host State granted even more soundness to this system. However, the ICSID jurisdiction is not simple, because it demands the analysis of various factors to its definition, both as the parties involved (*ratione personae*) and the subject in dispute (*ratione materiae*). The Washington Convention still sets forth a specific procedure to be followed by the arbitration under its auspices, as well as to the enforcement of the award stemming from it. Therefore, this is a subject filled with nuances that must be carefully analyzed and detailed.

Keywords: Foreign Investment; International Arbitration; ICSID; CIRDI.

Ao Prezado Sr. TAFATE BRANDAO DOS SANTOS

Declaramos para os devidos fins e efeitos que o contrato Financiado de nº 760077587 firmado em 10/09/2008 entre V.Sa e a BV Financeira - CFI, para aquisição dos veículos, conforme abaixo, encontram-se Quitados, desde 15/05/2009 não havendo, de parte a parte, mais nada a reclamar ou receber por conta do referido contrato.

Marca:	CHEVROLET
Modelo:	CORSA SEDAN SUPER 1.
Ano Fabricação:	99
Ano Modelo:	99
Placa:	CZK2342
Chassis:	9BGSD1940XC770634

Sendo o que nos oferece a oportunidade, colocamo-nos a disposição para quaisquer esclarecimentos suplementares.

São Paulo, 3 de março de 2011

Atenciosamente,

Departamento de Cobrança

AV PAULISTA, 1274 - 10º ANDAR
BELA VISTA - SÃO PAULO / SP
CEP: 01310 - 100

Código de controle de autenticidade: 29064265

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	03
INTRODUÇÃO.....	05
1. CRESCIMENTO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO.....	09
1.1 Proteção do Investidor Estrangeiro.....	11
1.2 Proteção Diplomática ao Investidor.....	14
1.3 Os Contratos de Investimento.....	17
1.3.1 Ilegalidade dos Contratos de Investimento.....	19
1.4 As Legislações Nacionais sobre Investimentos Estrangeiros.....	20
1.5 Os Tratados de Investimento.....	21
1.6 A Convenção ICSID.....	24
2. EXPROPRIAÇÃO.....	29
2.1 O Poder de Expropriar.....	30
2.2 Noções de Expropriação Direta e Indireta.....	32
2.3 Medidas Regulatórias como Meio de Expropriação.....	36
2.4 Expropriação por Etapas.....	38
2.5 Expropriação de Direitos Contratuais.....	39
2.6 Bases para a Devida Compensação na Expropriação.....	40
3. JURISDIÇÃO DO ICSID.....	43
3.1 O art. 25 da Convenção ICSID.....	44
3.2 A Existência de uma Disputa.....	47
3.3 Noção de Investimento.....	48
3.4 Atividades Consideradas como Investimento.....	56
3.4.1 “ <i>Teste Salini</i> ”.....	57
3.5 O Consentimento das Partes à Arbitragem ICSID.....	61
3.6 O Momento do Consentimento das Partes.....	64
3.7 (IR) Revogabilidade do Consentimento.....	68
3.8 Partes Envolvidas em Investimento Estrangeiro.....	71
3.8.1 O Estado Contratante da Convenção ICSID.....	71

3.8.2 Uma Subdivisão ou Agência Componente de um Estado Contratante como Parte na Arbitragem ICSID.....	73
3.8.3 Definição de Nacional de outro Estado Contratante.....	75
3.8.4 Legitimidade do Investidor Estrangeiro para iniciar a Arbitragem.....	76
3.8.5 A Nacionalidade do Investidor Pessoa Física.....	77
3.8.6 A Nacionalidade do Investidor Pessoa Jurídica.....	80
3.8.7 Previsão da Convenção ICSID sobre Controle Estrangeiro.....	85
3.8.8 Avaliação da Existência de Controle Estrangeiro.....	87
3.8.9 Os Acionistas como Partes na Arbitragem ICSID.....	88
3.8.10 Substituição das Partes nos Pólos da Arbitragem ICSID.....	91
3.9 As Instalações Adicionais do ICSID e sua Função.....	94
4. ASPECTOS DO PROCEDIMENTO ARBITRAL NA CONVENÇÃO ICSID.....	96
4.1 Nomeação de Árbitros.....	96
4.2 O Direito Aplicável.....	97
4.3 Provas e Revelia.....	99
4.4 Pedidos Adicionais e Medidas Provisórias.....	100
5. LAUDO ARBITRAL.....	102
5.1 Anulação do Laudo Arbitral.....	103
5.2 Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais.....	105
5.2.1 Imunidade do Estado Receptor.....	105
5.2.2 Execução Segundo a Convenção ICSID.....	107
5.3 Relação da Convenção de N.Y. com as Sentenças Arbitrais de Investimento Estrangeiro.....	109
CONCLUSÃO.....	114
ANEXO.....	117
BIBLIOGRAFIA.....	140

LISTA DE ABREVIATURAS

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
Art.	Artigo
ASEAN	Associação das Nações do Leste Asiático
BIT	<i>Bilateral Investment Treaty</i>
Centro Investimentos	Centro Internacional para Solução de Disputas sobre Investimentos
Cisdi Investimento	Centro Internacional para Solução de Disputas sobre Investimento
CIRDI Investimentos	Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimentos
Convenção ICSID	Convenção de Washington de 1965
Convenção de N.Y.	Convenção de Nova York de 1958
ECT	<i>Energy Charter Treaty</i>
Estado receptor	Qualquer Estado que tenha recebido investimento proveniente de um investidor estrangeiro privado
EUA	Estados Unidos da América
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
ICJ	International Court of Justice
ICSID <i>Disputes</i>	<i>International Centre for the Settlement of Investment Disputes</i>
ILM	<i>International Law Materials</i>
Investidor estrangeiro	Qualquer pessoa física ou jurídica que tenha efetuado investimentos em um Estado distinto de seu Estado de origem

LCIA	<i>London Court of International Arbitration</i>
Miga	Agência Multilateral de Garantia de Investimentos
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
TIB	Tratado de Investimento Bilateral
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on Trade Law</i>
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
USD	Dólares norte-americanos

INTRODUÇÃO

A globalização alterou substancialmente as relações internacionais entre os Estados. Deixando de lado o seu inegável impacto social, as conseqüências econômicas e financeiras são incomensuráveis e provavelmente irreversíveis.

Estas conseqüências alteraram os investimentos estrangeiros, pois além do significativo aumento do montante que passou a estar presente nos investimentos, os sujeitos envolvidos passaram a ser outros, com o ingresso de particulares, como bancos ou grandes empresas, na condição de provedores de capital para investimentos.

Outra característica que cumpre destacar deste novo panorama é a direção do fluxo de capitais entre os Estados, pois se anteriormente somente os Estados desenvolvidos remetiam capital para Estados em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, agora se pode encontrar também um fluxo no caminho inverso, uma vez que estes Estados, historicamente considerados importadores de capital, possuem hodiernamente empresas ou investidores privados extremamente capitalizados e ávidos por investir em outros territórios, especialmente aqueles mais desenvolvidos, cujos retornos são, teoricamente, mais seguros.

Esta relação entre investidores e receptores de investimentos, no entanto, está longe de ser simples. Quando do início do investimento as partes estão receptivas e fazendo concessões mútuas para firmar o negócio. Quando do desenvolvimento do projeto, a realidade passa a ser outra completamente diferente.

Cada uma das partes possui suas próprias intenções e seus objetivos, que muitas vezes não compactuam com os da outra parte, quando não são opostos. Esta situação leva à tomada de atos unilaterais que podem prejudicar a outra parte envolvida no negócio. Este panorama certamente provocará um desentendimento, o qual desencadeará uma controvérsia.

O presente trabalho tem como escopo estudar a forma como estas disputas são resolvidas, em especial no âmbito do *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* – o ICSID. O estudo demonstrará que esta instituição vinculada

ao Banco Mundial, foi criada pela Convenção de Washington de 1965, tornando-se referência e o principal centro para solução de controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros.

Como restará evidente durante o desenvolvimento deste trabalho, a idéia de se constituir uma instituição especializada em resolver controvérsias sobre investimentos estrangeiros entre Estado e investidor estrangeiro era adequada e necessária.

Até então, as partes possuíam tão somente a proteção diplomática ou os tribunais nacionais para solucionar tais conflitos. Ocorre que estas duas soluções não eram interessantes a nenhuma das partes. A percepção deste fato, aliada à intenção do Banco Mundial em promover o desenvolvimento econômico, fez com que se inovasse no âmbito da arbitragem comercial internacional, por meio de um procedimento arbitral que opunha uma parte privada de direito interno a uma pessoa jurídica de direito público com personalidade jurídica internacional.

A partir do advento do ICSID, os investidores passaram a ter uma instituição especializada para solucionar controvérsias relacionadas a investimentos estrangeiros, com acesso direto ao Estado receptor deste investimento. Os investidores ainda deixavam de depender de seus Estados de origem para reclamar qualquer expropriação que haviam sofrido.

Porém, o ICSID apresenta diversas peculiaridades que o tornam um objeto digno de um estudo detalhado, para que seja compreendida a sua forma de atuação, sua jurisdição, sua efetividade e, conseqüentemente, sua relevância.

Para tanto, o presente trabalho está dividido em 5 Capítulos, seguindo em grande parte os trabalhos acerca do assunto elaborados por José Augusto Fontoura Costa e Christoph H. Schreuer. Tendo em vista que a maior parte dos autores que tratam da matéria é estrangeira, diversas citações são feitas em língua estrangeira, porém devidamente acompanhadas de sua tradução livre pelo autor.

O primeiro capítulo busca traçar um panorama geral sobre o crescimento do investimento estrangeiro nos últimos anos e o que foi feito, e como, para que fosse criado um sistema apto a proteger o investidor estrangeiro que se aventura por outros territórios em busca de ganhos financeiros.

Neste primeiro capítulo, são trazidas as formas pelas quais o Estado se vincula a um investimento estrangeiro: contrato de investimento; legislação doméstica; ou tratados de investimento (multi ou bilaterais). Entre estes tratados, o mais importante tratado para o tema é deixado por último, a Convenção de Washington.

O segundo capítulo procura tratar dos atos praticados por alguns Estados, que acabam resultando na expropriação de propriedade dos investidores estrangeiros, o que, em última instância, levará ao nascimento de uma disputa.

Neste sentido, a princípio trata-se do direito do Estado em expropriar bens de estrangeiros, afinal, muitas vezes, existe uma real necessidade de expropriar, o que acaba por autorizar o Estado para exercer esse seu direito, dentro dos limites e nas condições legais.

Posteriormente, passa-se a discorrer sobre as diversas formas de expropriação, seja ela direta ou indireta; por meio de medidas regulatórias; uma expropriação por etapas; a expropriação de direitos contratuais. Por fim, é levantada a questão de quais seriam as bases ideais para se compensar esta expropriação.

No terceiro capítulo, será discutida a jurisdição do ICSID. Este assunto é, talvez, o mais complexo dentro da Convenção e objeto de muito debate na doutrina e também nos próprios casos remetidos ao ICSID. Por conseguinte, a este capítulo foi dada uma importância maior, por ser o objeto central deste estudo.

Em princípio, são apresentadas noções gerais da jurisdição do ICSID, bem como dos requisitos presentes no art. 25 da Convenção ICSID para acesso ao Centro, tanto os *ratione materiae* como os *ratione personae*.

Depois, passa-se a discorrer sobre a existência de uma disputa e se sua natureza permite-a de ser enquadrada como investimento estrangeiro. Após esta primeira fase, analisa-se o consentimento das partes para a arbitragem ICSID, incluindo nesta tarefa o momento em que o consentimento foi dado, bem como a possibilidade de se revogar o consentimento.

Partindo para os requisitos ligados aos sujeitos do procedimento arbitral, os requisitos das partes envolvidas na arbitragem passam por uma minuciosa

avaliação. O Estado é o primeiro a ser avaliado, passando-se em seguida para o detalhamento de quem poderá se enquadrar na condição de investidor estrangeiro, seja a pessoa física como a pessoa jurídica.

No quarto capítulo é realizada uma breve análise de questões procedimentais constantes da Convenção ICSID. Apesar de grande parte das regras do procedimento que deverão ser adotadas durante a arbitragem estar contida em um regulamento próprio (Regras de Procedimento para os Processos Arbitrais) – obviamente que se partindo do pressuposto que as partes não se valerem de sua faculdade para escolher outras regras próprias para aplicar ao procedimento – a própria Convenção ICSID traz alguns artigos que servem como diretrizes para guiar de forma geral o procedimento arbitral.

Dentre estas regras, está a forma de nomeação do(s) árbitro(s); o direito aplicável à controvérsia; a forma de produção de provas; a condução do procedimento em caso de ausência de uma das partes; os pedidos adicionais que as partes podem requerer; e as medidas provisórias que o tribunal poderá adotar.

Por fim, o quinto e último capítulo trata do laudo arbitral. Além de serem trazidas as características imprescindíveis para que o laudo seja válido, as hipóteses para anulação do laudo também são ressaltadas.

Este capítulo busca ainda demonstrar a efetividade da arbitragem ICSID ao demonstrar o método específico de execução do laudo arbitral projetado na Convenção ICSID. Para permitir uma visão mais abrangente dos benefícios deste procedimento específico de execução, são feitos alguns comentários sobre a Convenção de N.Y e a possibilidade de ela ser utilizada para a execução de laudos resultantes de arbitragens de investimento estrangeiro.

1. CRESCIMENTO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Todos os Estados precisam receber investimentos estrangeiros para seu próprio desenvolvimento interno. Por outro lado, grandes empresas sempre procuraram expandir suas atividades para além das fronteiras do Estado onde estavam constituídas, em busca de novos mercados consumidores e condições mais apropriadas para a produção de seus bens ou desenvolvimento de seus serviços.

Com a consolidação do capitalismo no fim do século XX e o avanço avassalador da globalização pelo globo terrestre, as fronteiras entre os diversos países foram sendo derrubadas, o que tornou o mundo todo um único grande mercado. Então, pode-se afirmar que a globalização superou fronteiras, o que acarretou maior liberdade comercial, maior liberdade para investir capital e maior liberdade para estabelecer negócios em países estrangeiros.¹

Os investimentos estrangeiros são essenciais a qualquer Estado, seja ele desenvolvido ou em desenvolvimento, pois diversos são os benefícios deles advindos, tais como melhoria de infra-estrutura; geração de empregos; ingresso de capital estrangeiro; aumento da arrecadação de tributos; transferência de conhecimento industrial, tecnológico, gerencial; aumento da oferta interna de bens, dentre outros.

Esta nova realidade instaurada que acelerou o comércio internacional, em conseqüência, incrementou o fluxo dos investimentos internacionais entre todos os Estados do mundo.

Qualquer tentativa de definição de globalização irá necessariamente mencionar o processo de integração econômica e o aumento das transações financeiras pelo mundo², resultando num incremento dos fluxos de capital, mas

¹ Bernardo M. Cremades; David J. A. Cairns, **Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Investment Disputes**, *In: Arbitrating Foreign Investment Disputes*, p. 325.

² Como exemplo: "A globalização caracteriza-se, portanto, pela expansão dos fluxos de informações – que atingem todos os países, afetando empresas, indivíduos e movimentos sociais –, pela aceleração das transações econômicas – envolvendo mercadorias, capitais e aplicações financeiras que ultrapassam as fronteiras nacionais – e pela crescente difusão de valores políticos e morais em escala universal." Alexandre de Freitas Barbosa, **O mundo globalizado**, p. 12-13.

agora com uma peculiar diferença: o ingresso maciço da iniciativa privada nesta empreitada, como assevera Pedro Luiz Dalcerro:

(...) O que distingue a globalização financeira contemporânea dos grandes fluxos de capitais do início do século XX é a prevalência, em nossa época, do fluxo de capitais privados. Naquele outro período a maior parte dos capitais migravam apenas no sentido bilateral e na forma de empréstimos, garantidos por títulos públicos emitidos pelos países industrializados. A partir da década de 60, esse cenário sofreu uma mudança qualitativa.³

Para se ter uma idéia, em 1995, o crescimento do investimento estrangeiro pelo mundo superou o crescimento da exportação de bens em 18%.⁴ Fazendo um comparativo desta evolução, em 1980 o fluxo de entrada, em todos os países, de investimento estrangeiro direto foi de USD 54,076,000,000. Em 1990, este montante foi de USD 207,273,000,000. Já em 2008, este fluxo totalizou USD 1,697,353,000,000⁵.

Os investimentos estrangeiros são, na maioria das vezes, comprometimentos de médio ou longo prazo. Assim, são inúmeros os riscos aos quais o investidor estrangeiro está exposto durante este período, em que diversos são os fatores que podem influir para que seu investimento seja bem ou mal sucedido. Um risco especial neste cenário é a atuação do Estado receptor, que pode se valer de diversas medidas para prejudicar o pleno desenvolvimento dos negócios do investidor.

Deve-se considerar que são diversas as diferenças entre o Estado de que o investidor é proveniente e o Estado para o qual seus recursos são destinados, tais como infra-estrutura, burocracia, corrupção, sistema econômico e legal, estabilidade política, cultura, moeda, e, em especial, a interferência do Estado na economia. Assim, fica evidente a idéia de que o investidor estrangeiro está atuando em um ambiente novo, com diversas peculiaridades e, muitas vezes, hostil.

Tendo esta imagem em mente, em que se contrapõem partes com interesses opostos, é fácil compreender que eventuais desavenças deverão surgir entre o

³ Pedro Luiz Dalcerro, Globalização financeira e volatilidade de capitais: a busca de uma alternativa nacionalista, In: REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICA INTERNACIONAL. Brasília: ano 40, nº 2, 1997, Apud Cláudio Finkelstein, **O processo de formação de mercado de bloco**, p. 19-20.

⁴ UNCTAD, *World Investment Report*, 1996, p. 3.

⁵ UNCTAD, *Handbook of Statistics*, 2009, p. 364.

investidor estrangeiro e o Estado receptor deste investimento, e estas desavenças poderão, em algum momento, resultar em litígio⁶.

1.1 Proteção do Investidor Estrangeiro

A proteção ao investidor estrangeiro não significa uma garantia de que atos administrativos não serão praticados pelo Estado receptor do investimento. Significa, ao contrário, que caso algum ato deliberadamente praticado por um Estado receptor venha a prejudicar os negócios do investidor estrangeiro naquele país, ele terá direito a uma justa compensação, a ser apurada mediante um procedimento especializado e imparcial, no caso uma arbitragem internacional, em detrimento da via judicial, pelos motivos que serão esclarecidos mais adiante.

A idéia encampada após anos de divergências é a de que os Estados devem reconhecer a propriedade de cidadãos estrangeiros assim como reconhecem a propriedade de seus próprios nacionais.

Tem-se, por conseguinte, que quando há necessidade de expropriação, o Estado deve fazê-lo mediante uma compensação financeira justa ao expropriado. Situação semelhante à que constatamos no direito interno brasileiro⁷.

José Augusto Fontoura Costa explica que o Estado tem um direito irrenunciável à expropriação de propriedade de estrangeiros, desde que obedecendo aos ditames legais:

De modo geral, a proteção internacional dos estrangeiros não implica que o Estado não possa expropriar licitamente a propriedade dos estrangeiros. Em que pese entendimentos contrários, conforme Verdross (1978), os Estados sequer podem abrir mão desse direito em tratados internacionais. A

⁶ José Cretella Neto explora a definição de litígio: "Tanto num caso como no outro, é importante ressaltar que a *desavença* somente se converte em *litígio* quando uma das partes apresenta reclamação formal contra a outra, e a segunda resiste à pretensão da primeira. Em outras palavras, no conceito de litígio não se incluem disputas abstratas e nem interpretações diferentes acerca de determinada matéria, que se situam no campo da discussão de teses contraditórias: expressa-se mediante a formulação concreta de pretensões opostas, deduzidas no juízo competente para apreciá-las e julgá-las." José Cretella Neto, **Contratos Internacionais do Comércio**, p. 353.

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello trata da justa indenização no caso de desapropriação, prevista na Constituição Federal brasileira: "Indenização justa, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição, é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio. Indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento." Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de Direito Administrativo**, p. 776-777.

posição predominante é de que a licitude da expropriação depende de que esta não seja arbitrária, siga o interesse público, não seja discriminatória e seja devidamente compensada, segundo Jennings e Watts (1996). Mas cabe esclarecer que, em geral, a definição do que seja de interesse público é de competência do Direito interno (BROWNLIE, 1998).⁸

Este valor justo é subjetivo, mas deve ter bases concretas e que procurem retratar o real valor do bem expropriado. Tem sido adotada a fórmula Hull⁹ como meio de justa compensação do investidor. Karla Closs Fonseca explica:

Os países exportadores de capital, em especial, defendem a adoção dessa fórmula, que requer compensação pronta, adequada e efetiva, bem como baseada no valor de mercado dos investimentos, de forma rápida e em moeda conversível.¹⁰

José Augusto Fontoura Costa detalha cada um destes pontos:

Nesse contexto, “pronta” significa que esta deve ser paga por ocasião da expropriação, sem atrasos indevidos. “Adequada” se refere ao ressarcimento integral do valor dos ativos expropriados, considerando o valor de mercado do investimento no momento em que foi expropriado e incluindo direitos intelectuais e lucros presumidos. Por fim, “efetiva” significa que esta deve ser realizada em moeda livremente conversível.¹¹

Os países importadores de capital, em especial os da América Latina, não são adeptos da fórmula Hull, por a considerarem contra seus interesses. Surgiu entre eles uma alternativa, conhecida como Doutrina Calvo. Esta foge dos padrões internacionais e tenta aproximar o estrangeiro do nacional. Ao afastar a aplicação do Direito Internacional, são também deixados de lado princípios fundamentais de proteção da propriedade, como fica explicado nas palavras de Larissa Ramina:

A Doutrina Calvo, desenvolvida pelo diplomata argentino Carlos Calvo em 1868, quando publicou sua obra *Derecho Internacional Teórico y Práctico*, baseia-se em uma premissa fundamental: os estrangeiros que investem em um Estado ou contraem uma dívida com o mesmo, terão os mesmos direitos de receber proteção que um nacional do referido Estado, e não

⁸ José Augusto Fontoura Costa, **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**, p. 64.

⁹ Cordell Hull foi Secretário de Estado dos Estados Unidos e, atuando no Caso Chorzów em 1938, solicitou que as autoridades mexicanas, pela expropriação de bens dos norte-americanos, compensassem estes de modo pronto, adequado e definitivo.

¹⁰ Karla Closs Fonseca, **Investimentos Estrangeiros**, p. 118.

¹¹ José Augusto Fontoura Costa, **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**, p. 66.

poderão solicitar um nível de proteção mais elevado. Caso sofram uma perda, esses estrangeiros só poderiam reclamar perante os tribunais do Estado receptor do investimento. O principal propósito dessa premissa era o de subtrair as controvérsias oriundas de investimentos estrangeiros do âmbito da proteção diplomática, evitando assim a chamada “diplomacia da canhoneira”. Com o passar do tempo, a Doutrina Calvo foi qualificada de xenófoba, o que é desmentido pela história se analisada em detalhes.¹²

José Augusto Fontoura Costa também traça alguns comentários relevantes sobre a Doutrina Calvo:

(...) Os investidores e investimentos seguem, destarte, o Direito do país receptor, mesmo que este projeta a propriedade de modo imperfeito e ofereça padrões de compensação inferiores ao proposto por Hull. Do ponto de vista procedimental, afasta tribunais estrangeiros e arbitrais, bem como a própria proteção diplomática. As ideias defendidas por Carlos Calvo, porém, não chegaram a obter consenso internacional. (...) ¹³

De outro lado, a ONU emitiu em 1962 a Resolução 1803 sobre Soberania Permanente sobre Recursos Naturais¹⁴. Esta Resolução, que pode ser considerada

¹² Larissa Ramina, **Direito Internacional dos Investimentos**, p. 59.

¹³ José Augusto Fontoura Costa, **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**, p. 67.

¹⁴“1. O direito dos povos e das nações a soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais deve ser exercido com interesse do desenvolvimento nacional e bem-estar do povo do respectivo Estado.

2. A exploração, o desenvolvimento e a disposição de tais recursos, assim como a importação de capital estrangeiro para efetivá-los, deverão estar em conformidade com as regras e condições que estes povos e nações livremente considerem necessários ou desejáveis para autorizar, limitar ou proibir tais atividades.

3. Nos casos em que se outorgue a autorização, o capital introduzido e seus incrementos serão regidos por ela, pela lei nacional vigente e pelo direito internacional. As utilidades obtidas deverão ser compartilhadas, na proporção que convenha livremente em cada caso, entre os investidores e o Estado que recebe o investimento, cuidando para não restringir por nenhum motivo a soberania de tal Estado sobre suas riquezas e recursos naturais.

4. A nacionalização, a expropriação ou a requisição deverão estar fundamentadas em razões ou motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacional, nos quais se reconhece como superiores ao mero interesse particular ou privado, tanto nacional como estrangeiro. Nestes casos será pago ao dono a indenização correspondente, conforme as normas em vigor no Estado que adote estas medidas em exercício de sua soberania e em conformidade com o direito internacional. Em qualquer caso em que a questão da indenização dê origem a um litígio, deve-se esgotar a jurisdição nacional do estado que adote estas medidas. Não obstante, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, o litígio poderá ser julgado por arbitragem ou tribunal judicial internacional.

5. O exercício livre e proveitoso da soberania dos povos e das nações sobre seus recursos naturais deve ser fomentado de acordo com o mútuo respeito entre os estados baseados em sua igualdade soberana.

6. A cooperação internacional no desenvolvimento econômico dos países em vias de desenvolvimento, se consistir em investimentos de capitais, públicos ou privados, troca de bens e serviços, assistência técnica ou troca de informações científicas, será de tal natureza que favoreça os interesses de desenvolvimento nacional independente desses países e estará baseada no respeito à soberania sobre suas riquezas e recursos naturais.

como *Soft Law*¹⁵ pelo fato de apenas traçar diretrizes não vinculantes, apresenta alguns defeitos que a fazem ter de ser suprida por tratados que tratam de proteção ao investidor. Dentre estes defeitos podem ser destacados a ausência de uma definição detalhada do que compreende expropriação; os parâmetros para estabelecer os valores da compensação são remetidos à legislação interna do Estado expropriante; a compensação será determinada pelo judiciário do próprio Estado expropriante, a não ser que diferentemente prevista arbitragem ou adjudicação internacional.¹⁶

Em caso de algum conflito entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor, o Estado de nacionalidade do investidor estrangeiro pode assumir a posição deste para dirimir o conflito através da proteção diplomática.

1.2 Proteção Diplomática ao Investidor

Esta relação entre importadores e exportadores de capital nunca foi muito simples, em especial pelo recorrente desrespeito do Estado receptor com os bens de propriedade do estrangeiro.

O estrangeiro, aventurando-se por territórios alienígenas, se via muitas vezes prejudicado por ter de remeter suas controvérsias com o Estado receptor às cortes deste mesmo Estado. Além do protecionismo da legislação local, o risco de parcialidade destas cortes era iminente.

Resultando infrutíferas as tentativas de resolver a controvérsia perante o judiciário do Estado receptor, poderá o investidor se valer da proteção diplomática para tentar contornar os problemas com a outra parte. Essa teoria advém de uma

7. A violação dos direitos soberanos dos povos e nações sobre suas riquezas e recursos naturais é contrária ao espírito e aos princípios da Carta das Nações Unidas e dificulta o desenvolvimento da cooperação internacional e da preservação da paz.

8. Os acordos sobre os investimentos estrangeiros livremente acertados por Estados soberanos ou entre eles deverão ser cumpridos de boa fé; os Estados e as organizações internacionais deverão respeitar estrita e escrupulosamente a soberania dos povos nacionais sobre suas riquezas e recursos naturais em conformidade à Carta e aos princípios nela contidos."

¹⁵ Sobre a *Soft Law*: "(...) Generally it is used to describe international instruments that their makers recognise are *not* treaties, but have as their purpose the promotion of 'norms' (...) which are believed to be good and therefore should have general or universal application. (...) Many 'soft law' instruments can be regarded as MOUs in the sense that there is no intention that they should be legally binding, although some of their provisions may later be incorporated into treaties or come to be regarded as representing customary law." Anthony Aust, **Handbook of International Law**, p. 11.

¹⁶ Norbert Horn, **Arbitration and the protection of foreign investment: Concepts and Means**, p. 9.

idéia de que o indivíduo não possui capacidade internacional, e por isso uma ofensa contra ele seria considerada uma ofensa contra seu próprio Estado, o qual, por sua vez, possui capacidade internacional, da qual fará uso para proteger seu nacional¹⁷. Rezek esclarece o objetivo da proteção diplomática:

(...) Seu objetivo é o particular – indivíduo ou empresa – que, no exterior, seja vítima de um procedimento estatal arbitrário, e que, em desigualdade de condições frente ao governo estrangeiro responsável pelo ilícito que lhe causou dano, pede ao seu Estado de origem que lhe tome as dores, fazendo da reclamação uma autêntica demanda entre personalidades de direito internacional público. (...) ¹⁸

Vale destacar que o direito internacional considera a proteção diplomática um direito do Estado de origem da parte lesionada, e não um direito desta.

Segundo a prática do direito internacional, os únicos pré-requisitos para o exercício da proteção diplomática são que a nacionalidade da parte prejudicada seja mantida durante a proteção diplomática, e que sejam exauridos todos os recursos domésticos possíveis para que esta parte veja seu direito atendido.

Esta medida também não se traduz muito eficaz, como salienta Larissa Ramina:

Todavia, o exercício da proteção diplomática traz inúmeras inconveniências, e acaba por não funcionar como um mecanismo eficiente de solução de controvérsias relativas a investimentos internacionais. Essas dificuldades derivam do caráter discricionário desse mecanismo e das muitas restrições ao seu exercício, especialmente quando se tratam de empresas transnacionais. ¹⁹

A proteção diplomática de um Estado ao seu nacional é comum no direito internacional, de modo que em caso de disputa de seu nacional contra outro Estado, o Estado do nacional assume a disputa como se fosse sua, buscando a solução em seu próprio nome²⁰.

¹⁷ Larissa Ramina, **Direito Internacional dos Investimentos**, p. 59.

¹⁸ Francisco Rezek, **Direito Internacional Público**, p. 276.

¹⁹ Larissa Ramina, **Direito Internacional dos Investimentos**, p. 32.

²⁰ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 415.

A proteção diplomática pelo Estado de origem do investidor não é comum nos casos de conflitos em investimento estrangeiro.

A própria Convenção ICSID proíbe a proteção diplomática se as Partes optaram por remeter eventual controvérsia à arbitragem.²¹ Novamente, as palavras de Larissa Ramina são esclarecedoras nesse contexto:

Nesse sentido, é inevitável reconhecer que o art. 27 da Convenção de Washington oferece exatamente aquilo que os países exportadores de capital jamais concederam em qualquer outro tratado geral, e aquilo que a Cláusula Calvo incorporada em um contrato entre um Estado receptor e um investidor não pode alcançar plenamente, que seria a possibilidade de uma renúncia efetiva – já que autorizada por cada um dos Estados Contratantes por meio da ratificação da Convenção – por parte do Estado do investidor de proteger diplomaticamente seus nacionais com relação a quaisquer assuntos que o Estado receptor esteja disposto a levar à arbitragem CIRDI.²²

Esta proibição visa evitar que exista um desgaste anterior entre os Estados envolvidos na proteção diplomática, ou mesmo que uma arbitragem seja iniciada pelo investidor, enquanto exista ainda em curso uma negociação entre seu Estado de origem e o Estado receptor, sobre a qual o investidor não tem qualquer controle.

Sabendo-se que a arbitragem é o único meio que poderá resolver a controvérsia, o investidor fica seguro de que terá uma possibilidade de postular contra o Estado receptor que o prejudicou, enquanto este não precisará se indispor contra outro Estado por algum tipo de quebra de contrato com um particular.

No entanto, um auxílio diplomático informal pode aparecer em momento preliminar à instauração do procedimento, para auxiliar as partes a chegar a uma composição, segundo dispõe o parágrafo 2º do mesmo art. 27.

Segundo Larissa Ramina:

²¹ O Art. 27 da Convenção ICSID prevê: "(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute. (2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute."

²² Larissa Ramina, **Direito Internacional dos Investimentos**, p. 59.

O art. 27(2) permite a troca de diligências diplomáticas informais com o propósito de facilitar a solução da controvérsia. A intenção da Convenção não foi estabelecer uma exceção ao waiver da proteção diplomática, mas evitar uma construção demasiadamente restritiva do art. 27 que proibisse até mesmo um contato informal com o Estado parte da controvérsia.²³

Vale destacar que a parte final do parágrafo 1º do art. 27 abre uma exceção, em que depois de prolatada a sentença arbitral, e em se recusando o Estado receptor em submeter-se a ela e cumpri-la, pode também o Estado de origem do investidor atuar diplomaticamente para fazer com que a decisão do tribunal arbitral surta o efeito esperado.

Ante a inaplicabilidade e recusa da proteção diplomática em diversas situações, foi criada uma ampla malha de acordos entre os Estados, seja por meio de tratados ou por contratos de investimento, ou ainda por normas internas dos Estados regulando investimentos estrangeiros, que previam formas específicas de indenizar o investidor estrangeiro, caso fosse constatada a expropriação.

1.3 Os Contratos de Investimento

Os investimentos estrangeiros são geralmente acompanhados por contratos celebrados entre o investidor e o Estado para onde os recursos serão destinados. Estes contratos têm como objeto definir detalhes do investimento, como as obrigações do Estado em auxiliar o investimento e as obrigações do investidor de como e onde investir.

A denominação dos contratos em que figuram o Estado e a outra parte privada estrangeira pode variar, sendo comuns alguns nomes: *international agreement*, *quasi international agreement*, *economic development agreement* e *state contracts*.²⁴

Estes contratos podem incluir a obrigação do Estado em conceder permissões especiais para que o investimento seja viabilizado; podem versar sobre tratamentos tributários especiais, como algumas isenções temporárias ou permanentes; dentre outras provisões. Alguns contratos possuem ainda cláusulas que protegem os investidores de atos cometidos pelo Estado receptor que podem

²³ Larissa Ramina, **Direito Internacional dos Investimentos**, p. 203.

²⁴ José Augusto Fontoura Costa, **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**, p. 116.

interferir no investimento, prejudicando-o. A cláusula compromissória é recorrente em tais contratos. Algumas vezes a cláusula é substituída pelo acesso necessário ao judiciário local. A remissão de eventual disputa ao judiciário de outra jurisdição é raramente aceita pelo Estado receptor.

Os contratos firmados entre Estado e particular de outro Estado são indubitavelmente vinculantes entre as partes. Tanto a doutrina²⁵ quanto as decisões de diversos tribunais são pacíficas neste sentido.

Estes contratos contêm uma cláusula para eleição da legislação a ele aplicável. Na maior parte das vezes a legislação escolhida é a do próprio Estado receptor. Outras vezes a lei de um Estado neutro é escolhida. Raramente a lei do país de origem do investidor é eleita. Caso uma legislação não seja eleita pelas partes, as regras de direito internacional privado deverão estabelecer qual a lei aplicável ao caso.

Para os casos de arbitragem ICSID, a Convenção ICSID prevê em seu art. 42 (1) 2 que, caso não tenha sido eleito o direito aplicável pelas partes, a legislação do Estado receptor deverá ser aplicada.²⁶

Esta disposição da Convenção é fruto de pressões dos Estados importadores de capital, mas não prejudica os investidores estrangeiros, pelos seguintes motivos: a lei do Estado receptor seria, de acordo com os princípios de conflitos de leis, a mais próxima da disputa, portanto, seria eleita a lei aplicável de qualquer forma; o artigo 42 da Convenção ICSID dispõe que as regras de conflitos de leis do Estado receptor também serão aplicadas, desta forma o tribunal, ao aplicar tais regras, poderá concluir que existe uma lei de outro Estado que seria mais ligada ao conflito, decidindo aplicá-la; caso as partes entendam que a aplicação da lei do Estado receptor não produza resultados satisfatórios, elas poderão eleger uma lei mais adequada para o caso; por fim, se a lei do Estado receptor estiver em desacordo com as regras de direito internacional, este irá amparar o investidor estrangeiro.²⁷

²⁵ Norbert Horn, **Arbitration and the protection of foreign investment: Concepts and Means**, p.13.

²⁶ Art. 42(1) *"The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of Law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable."*

²⁷ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 595.

O Estado receptor pode, muitas vezes, tentar furtar-se de participar da arbitragem com que previamente havia consentido. Tal recusa é considerada pelos tribunais arbitrais uma afronta ao próprio direito internacional, uma vez que os contratos são considerados fontes legítimas de direitos e obrigações.

1.3.1 Ilegalidade dos Contratos de Investimento

É comum observar que em diversas ocasiões os Estados receptores tentam invalidar os contratos de investimento firmados. Um dos motivos mais comuns alegados é que os contratos seriam fruto de má-fé dos governantes que o firmaram, alegando inclusive que o contrato é decorrente de corrupção.

Tais alegações aparecem principalmente quando a controvérsia entre as partes surge quando o grupo governista do Estado receptor é distinto daquele que firmou o contrato. Quando a oposição assume o poder, ela costuma questionar a intenção em todos os atos do antigo governo, aí incluídos os contratos de investimentos. O tribunal arbitral deve avaliar cautelosamente a alegação de corrupção²⁸, que deve ser concretamente comprovada.

Caso o tribunal arbitral entenda que houve má-fé na assinatura dos contratos de investimento, acatando as alegações do Estado receptor, há o risco de que a cláusula compromissória do contrato seja considerada nula, não sendo mais a matéria passível de apreciação por aquele ou qualquer outro tribunal arbitral.

No entanto, os tribunais têm entendido que por mais que possa ter existido algum vício na celebração do contrato, a cláusula compromissória prevalece, de modo que a eventual má-fé será apurada pelo próprio tribunal arbitral quando for analisar o mérito da causa. Esta talvez seja a decisão mais coerente, pois mantém

²⁸ Neste mesmo sentido do dever de ser apurada a ocorrência de corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção prevê em seu preâmbulo, dentre outras disposições o seguinte: "Tendo presente que a prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados e que estes devem cooperar entre si, com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações de base comunitárias, para que seus esforços neste âmbito sejam eficazes;"

nas mãos do tribunal arbitral a competência para conhecer a controvérsia²⁹, e ainda de reconhecer eventual má-fé na celebração do contrato.

Quanto ao restante do contrato, caso somente parte dele se mostre desequilibrado em favor de uma das partes, ou mesmo se apenas um de seus aditivos se mostre parcial, a nulidade pode ser relativa, ou seja, atingindo apenas aquela porção prejudicada do contrato.

1.4 As Legislações Nacionais sobre Investimentos Estrangeiros

Diversos países contemplam em seu próprio ordenamento jurídico interno leis específicas tratando de investimentos estrangeiros. Esta prática é adotada principalmente por países em desenvolvimento, ansiosos por investimentos, que muitas vezes criam, inclusive, departamentos ou ministérios responsáveis por controlar, regulamentar e permitir os investimentos em determinadas áreas.

Destarte, esses países tentam conferir maior segurança aos investidores estrangeiros e manter, ao mesmo tempo, o controle e a fiscalização sobre os investimentos que são feitos em seu território.

Essa legislação nacional oferece, basicamente, os mesmos tipos de garantias que estão geralmente presentes nos tratados bilaterais, como por exemplo, justa compensação em caso de expropriação, arbitragem como meio de solução de controvérsias, dentre outras. A diferença básica é que por se tratar de legislação ampla e abrangente constante de um ordenamento jurídico, ela é direcionada a todos os potenciais investidores daquele Estado, diferentemente dos *Bilateral Investment Treaties* (BITs) que somente vinculam as partes signatárias daquele tratado.

Uma das prerrogativas de se adotar uma legislação nacional tratando de investimento estrangeiro é que o Estado tem a oportunidade de definir unilateralmente quais os contornos que dará à relação a ser estabelecida com o

²⁹ O princípio que confere estes poderes ao tribunal é conhecido como *Kompetenz-Kompetenz*: "(...) estabelecendo o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* (competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral)." Carlos Alberto Carmona, **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, p. 175.

investidor estrangeiro. Assim, ele poderá definir previamente o que será considerado investimento, ou mesmo quem poderá se qualificar como investidor estrangeiro, ou ainda que tipo de controvérsia poderá ser remetida a um foro especial para sua solução, como o ICSID.

Tendo em vista esta liberdade que os Estados possuem ao editar sua legislação interna, as leis que versam sobre investimento estrangeiro tendem a variar substancialmente entre os diversos Estados³⁰.

1.5 Os Tratados de Investimento

A alternativa existente à resolução 1803 da ONU é a celebração entre os Estados de tratados versando sobre investimentos. Tais tratados são classificados em bilaterais ou multilaterais, conforme o número de partes que o integram.

Os tratados bilaterais de investimento (BITs) são aqueles firmados entre 2 Estados, geralmente um exportador e outro importador de recursos. Estes tipos de tratados passaram por uma sensível evolução com o passar dos anos, de modo que os tratados firmados mais recentemente já possuem um formato que pretende evitar erros de compreensão, dando maior segurança aos signatários.

Karla Closs Fonseca trata das semelhanças entre os BITs:

Os BITs são compostos por diversas regras que estabelecem o tratamento concedido aos investimentos estrangeiros pelos Estados signatários. Apesar de bastante semelhante, o conteúdo das regras de tratamento estabelecidas nesses acordos varia conforme o grau de compromisso entre os Estados envolvidos e o poder de barganha dos negociadores para a inclusão de regras que protejam os interesses das partes.³¹

Harten elucida a evolução do montante de tratados relacionados a investimentos, firmados a partir dos anos 70:

The first treaties to incorporate general consents by states to investment arbitration were a handful of bilateral investment treaties (BITs) signed in the late 1960s. In the 1970s and 1980s general consents in BITs became more

³⁰ Exemplos de Estados que adotaram este tipo de legislação são Albania, El Salvador, Srilanka, República do Togo, Congo, Guinéa, Geórgia, Camarões, Costa do Marfim, República Centro-Africana.

³¹ Karla Closs Fonseca, **Investimentos Estrangeiros**, p. 76.

*common though not universal. Only in the 1990s did the inclusion of general consents to investment treaty arbitration become the rule. Thus it is not possible to identify investment treaty arbitration as a system until the 1990s, during and after which roughly 2,000 bilateral investment treaties were concluded of about 2,400 now signed. Also, a number of important regional treaties were concluded in the 1990s, including the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the Energy Charter Treaty, both of which authorized investor claims in relation to specific provisions on investment.*³²

Estes tratados têm o claro objetivo de encorajar o investimento estrangeiro, através de garantias de proteção. Assim, os BITs buscam cobrir diversos aspectos dos investimentos, a começar pela própria definição do que seria o investimento. A tentativa é de abranger as mais diversas situações sob a denominação de investimento.

O mesmo pode ser notado com relação à expropriação, em que o conceito aplicado também é amplo, de modo a proteger os recursos empregados pelo investidor. Na mesma esteira, as hipóteses em que a expropriação é autorizada são mais bem delineadas, de forma a impedir que o Estado receptor aja deliberadamente. Os detalhes da expropriação serão analisados mais adiante.

Os tratados multilaterais envolvem três ou mais Estados. No caso dos tratados de investimento, eles visam dar proteção ao investimento estrangeiro, e colocam o investidor estrangeiro em patamar de igualdade com o Estado receptor, em caso de disputa acerca do investimento.

Os tratados multilaterais de investimento são: a Convenção ICSID, de 1965, que será objeto de estudo mais adiante; o NAFTA – *North American Free Trade Agreement*, de 1993; o *Energy Charter Treaty*, de 1994; o Acordo entre os governos

³² Tradução livre: “Os primeiros tratados a incorporar consentimentos gerais de Estados à arbitragem de investimento foi um grupo de tratados bilaterais de investimento (BITs) firmados no fim dos anos 60. Nos anos 70 e 80, consentimentos gerais em BITs se tornaram mais comuns, ainda que não universais. Somente nos anos 90 a inclusão de consentimentos gerais à arbitragem de tratado de investimento se tornou regra. Então, não é possível identificar arbitragem de tratado de investimento como um sistema até os anos 90, durante e após os quais cerca de 2.000 tratados bilaterais de investimento foram concluídos, de aproximadamente 2.400 assinados agora. Também, um número de tratados regionais importantes foram concluídos nos anos 90, incluindo o *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) e o *Energy Charter Treaty* (ECT), ambos os quais autorizavam reclamações do investidor em relação a condições específicas do investimento.” Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, p. 25/26.

ASEAN³³ para a Promoção a Proteção de Investimentos; e o Acordo para o Investimento do Capital Árabe nos Estados Árabes³⁴.

Surgiu nos anos 1980 uma agência especializada em garantir os investimentos estrangeiros vinculada ao Banco Mundial, a MIGA – *Multilateral Investment Guarantee Agency*. Sua função consiste no oferecimento de garantia aos investidores estrangeiros, contra eventuais danos a seus investimentos, por conta de riscos políticos de países em desenvolvimento.³⁵

O Banco Mundial também emitiu em 1993 as Diretrizes sobre Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto, que trata da forma como os investimentos estrangeiros devem ser encarados. Essas diretrizes, por terem sido preparadas por organizações internacionais, no caso pelo Banco Mundial, com apoio da MIGA, não são vinculantes, mas estabelecem princípios que devem ser seguidos no tratamento de investimentos estrangeiros.³⁶

Vale destacar que grande parte dos BITs, bem como o NAFTA e o ECT, remetem suas disputas à arbitragem regulada pelo ICSID, procedimento que será discutido mais a frente.

Diversos BITs ainda prevêm procedimentos preliminares à instalação da arbitragem.

Alguns tratados propõem um período obrigatório em que as partes estão impedidas de iniciar qualquer demanda, para que tentem “repensar” seus últimos atos. Este período pode preceder ou ser concomitante a uma negociação para tentar chegar a um acordo que atenda, ainda que parcialmente, os interesses de ambas as partes e evite um desgastante litígio.

Uma renegociação do contrato firmado entre as partes também é uma solução que ajuda a evitar a instauração de controvérsias, uma vez que algumas poucas modificações no contrato original podem atender à vontade das partes, mantendo-o em vigor.

³³ Grupo composto pelos seguintes Estados: Brunei, Indonésia, Malásia, Filipinas, Singapura e Tailândia.

³⁴ Michael McIlwraith; John Savage, **International Arbitration and Mediation: A Practical Guide**, p. 372.

³⁵ José Augusto Fontoura Costa, **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**, p. 92.

³⁶ José Augusto Fontoura Costa, **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**, p. 93.

Esta renegociação é, inclusive, prevista em diversas legislações nacionais, uma vez que fatores exteriores à vontade das partes podem ter alterado o equilíbrio contratual, exigindo que este seja recuperado pela adaptação do contrato à nova realidade.

1.6 A Convenção ICSID

Primeiramente, deve-se reiterar o fato de que se trata aqui de um modelo peculiar de conflito, no qual estão envolvidas partes fundamentalmente distintas, inclusive em sua natureza, uma vez que de um lado tem-se um investidor privado estrangeiro e de outro um Estado soberano.

O emaranhado de acordos que estava sendo criado para constituir um sistema de proteção ao investimento estrangeiro, necessitava, obviamente, de uma instituição imparcial, que tirasse do poder do Estado a jurisdição de julgar os conflitos envolvendo o Estado receptor e os investidores estrangeiros, oferecendo um canal de acesso direito a estes.

A arbitragem era considerada a melhor opção para dirimir conflitos desta natureza e a mais adequada a todas as partes, de modo que podem ser apontadas as seguintes vantagens pela escolha da arbitragem como meio de solução de litígios entre investidor estrangeiro e Estado receptor³⁷:

i) Despolitizar a disputa. Remetendo-se a disputa a um procedimento arbitral, não haveria a intervenção de terceiros na disputa, seja o Estado de que o investidor é nacional, seja uma instituição internacional como a ICJ, afastando-se assim a possibilidade de um diálogo diplomático, que pode ser pouco frutífero ao investidor.

ii) Tribunal neutro e independente. Um julgamento neutro e independente em um procedimento arbitral é uma vantagem ao investidor, que tinha como alternativa remeter a disputa a uma corte interna do Estado receptor, que tende a não ser independente e, ainda, não tem muita familiaridade com o objeto em disputa.

³⁷ UNCTAD, **UNCTAD Series on International Investment Policies for Development: Exploring Alternatives to Investment Treaty Arbitration and the Prevention of Investor-State Disputes**, p. 13-15.

Ademais, escolher a sede da arbitragem fora do território do Estado receptor é outro benefício substancial ao investidor.

iii) Benefícios do procedimento arbitral. O procedimento arbitral possui diversos benefícios se comparado com a corte local: maior flexibilidade, menores custos, mais rapidez e mais familiaridade às partes, por ser um procedimento padronizado.

iv) Maior controle sobre o procedimento. As partes possuem mais controle sobre o procedimento, inclusive pelo fato de nomearem um dos árbitros do tribunal. Ademais, elas escolhem o local da arbitragem, além do idioma a ser utilizado, que poderá ser um familiar a todas as partes.

v) Maior possibilidade de execução da sentença. Como uma das partes é um Estado, o investidor pode encontrar dificuldades para executar uma sentença contra ele, devido à sua soberania. No entanto, os laudos arbitrais provenientes de arbitragem de investimento estrangeiro, em especial as administradas pelo ICSID, serão mais facilmente executadas. O mecanismo de execução da Convenção ICSID é extremamente eficiente, de modo que até fins de 2009 nenhuma sentença tinha deixado de ser cumprida. A regra se mantém às arbitragens *ad hoc* regidas pelas regras da UNCITRAL, desde que aplicada a Convenção de N.Y. para reconhecimento e execução dos laudos.

vi) Legitimidade da arbitragem. A arbitragem como meio apto a resolver controvérsias se consolidou ao longo das últimas décadas, de modo que hodiernamente ela possui total credibilidade e legitimidade para solucionar disputas de diversas naturezas, inclusive de investimento estrangeiro.

As instituições existentes à época, como a ICC e a LCIA, apesar de aptas a receberem qualquer tipo de procedimento arbitral, não eram especializadas neste segmento específico de conflito e de partes envolvidas na disputa. Ante a natureza mista da arbitragem, por envolver uma pessoa jurídica de direito público, com personalidade jurídica internacional, e uma pessoa jurídica de direito privado interno - o investidor - havia necessidade evidente de um centro especializado em dirimir tais controvérsias.

Até então o universo da arbitragem era dividido em dois grupos bem definidos: arbitragem entre dois Estados ou arbitragem entre duas pessoas de direito interno privado. Assim, a idéia de uma arbitragem híbrida era inovadora, porém necessária. A própria natureza distinta das partes envolvidas neste tipo de arbitragem, torna-a, por conseguinte, uma arbitragem de natureza diferente - híbrida - o que clama por um centro especializado em dirimir exclusivamente controvérsias entre Estado e investidor estrangeiro.

Várias vantagens adviriam para as partes com o implemento deste novo sistema especializado para resolução de controvérsias. Para o Estado receptor, ao consentir com a arbitragem de investimento estrangeiro, ele estaria protegido contra outros tipos inesperados de litígios, como uma necessidade de ter de se defender perante o judiciário de outro Estado ou ter de travar discussões diplomáticas devido à proteção diplomática oferecida ao investidor estrangeiro. Ademais, ao aderir a esta modalidade de arbitragem, o Estado conferiria segurança aos investidores estrangeiros, criando um ambiente favorável ao investimento, o que consequentemente atrairia maior volume de capital ao seu território.

Por outro lado, o investidor estrangeiro ganharia acesso direto a um foro internacional que pudesse dirimir a controvérsia envolvendo seu investimento, afastando assim a hipótese da proteção diplomática ou de uma ação nos tribunais do Estado receptor, as quais se demonstraram pouco frutíferas para o investidor. Portanto, o investidor estaria seguro de que sua controvérsia seria objeto de julgamento por um tribunal neutro e especializado.

As diversas tentativas de criação de um sistema único de proteção ao investidor estrangeiro naufragaram, pois de um lado os países exportadores de capital exigiam um sistema que lhes desse alguma garantia de que seus nacionais receberiam um tratamento justo e equitativo, enquanto que os países importadores de capital resistiam a esta idéia, sob a alegação de que seus tribunais domésticos seriam os únicos com competência para resolver eventuais disputas com os investidores estrangeiros.

Foi lançado em 1929 o primeiro projeto visado à proteção dos investimentos estrangeiros, conhecido como Projeto de Convenção para o Tratamento de Estrangeiros. Este projeto foi idealizado pela Liga das Nações e pela *International*

Chamber of Commerce – ICC. O projeto tinha como escopo a proteção da propriedade e do exercício de atividades econômicas pelos estrangeiros, mas a tentativa de criar a convenção não logrou êxito.³⁸

Em 1961 começou a ser preparada uma convenção para criar uma instituição para administrar as disputas envolvendo investimento estrangeiro, entre Estados e nacionais de outros Estados. Esta iniciativa partiu do Banco Mundial, em especial de seu Conselheiro Geral, Sr. Aaron Broches, considerado o principal arquiteto desta convenção³⁹. A escolha do Banco Mundial não foi por acaso, uma vez que a instituição já era frequentemente acionada para intervir em disputas de investimento estrangeiro⁴⁰.

Somente em 18 de março de 1965 foi aprovada a Convenção de Washington, também conhecida como Convenção ICSID, que criou o *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. A Convenção ICSID entrou em vigor em 14 de outubro de 1966. Até outubro de 2010, 155 Estados assinaram a Convenção ICSID, e 144 a ratificaram⁴¹, tendo, em consequência, tornado-se Estados Contratantes da Convenção⁴².

O ICSID, que possui personalidade jurídica própria, se tornou a principal instituição para julgar conflitos de investimento estrangeiro envolvendo Estado e investidor. Seu mecanismo de solução de controvérsia ganhou notoriedade pela seriedade e eficiência com que trata cada um dos procedimentos arbitrais, de forma que o número de casos aumentou significativamente nos últimos anos⁴³. O último relatório do ICSID, sobre o número de casos já registrados no Centro, totaliza 319 casos⁴⁴.

³⁸ José Augusto Fontoura Costa, **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**, p. 64.

³⁹ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p.2.

⁴⁰ Cláudio Finkelstein, **Direito Internacional**, p. 70.

⁴¹ Conforme disposto no site do ICSID: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>. Acesso em 14/10/2010.

⁴² O Brasil não é um Estado Contratante da Convenção ICSID, sendo que nem mesmo assinou a Convenção.

⁴³ Segundo levantamento da UNCTAD, no fim de 2009 existiam 357 casos referente a disputas de investimento estrangeiro, estando 225 sob os auspícios do ICSID. UNCTAD, **Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement. IIA Issues Note No. 1 (2010) – International Investment Agreements**, p. 2.

⁴⁴ Este relatório informa os casos registrados até 30 de junho de 2010, tanto do ICSID como das Instalações Adicionais. The ICSID Caseload – Statistics

Larissa Ramina sublinha a relevância da Convenção ICSID:

O principal objetivo da Convenção consiste em proporcionar uma alternativa eficaz e confiável para dirimir conflitos jurídicos que tenham raízes no relacionamento entre Estados e particulares de nacionalidade diversa. No entanto, a Convenção funciona ainda como instrumento internacional para a promoção do desenvolvimento econômico. O CIRDI consiste em um sistema que busca assegurar a solução eficaz de controvérsias relativas a investimentos no contexto de uma instituição internacional permanente.⁴⁵

O acesso à arbitragem no ICSID pode ocorrer por meio de qualquer um dos instrumentos mencionados acima, ou seja, por tratado, por contrato de investimento ou pela própria legislação interna do Estado expropriante (como no caso dos países mencionados anteriormente, que possuem legislações que prevêm este direito ao expropriado).

Há de se ressaltar que com o advento do ICSID houve crescimento substancial de investimentos estrangeiros. Para possibilitar o acesso ao ICSID, existe hoje uma rede com mais de 2.000 BITs, além de outros tratados multilaterais, como o ECT (*Energy Charter Treaty*) e o NAFTA (*North American Free Trade Agreement*).⁴⁶

(<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English12>). p. 7.

⁴⁵ Larissa Ramina, **Direito dos Investimentos Estrangeiros**, p. 43.

⁴⁶ Bernardo M. Cremades; CAIRNS, David J. A. Cairns, **Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Investment Disputes**, *In "Arbitrating Foreign Investment Disputes"*, p. 326.

2. EXPROPRIAÇÃO

A expropriação de bens estrangeiros merece especial estudo, tendo sido o assunto objeto de especial atenção pelo direito internacional de longa data. No presente contexto, deve-se analisar quais atos poderão ser considerados como expropriação de propriedade dos investidores estrangeiros, pois, em última análise, são estes atos que darão ensejo a conflito entre Estado receptor e investidor estrangeiro, que poderá culminar em uma arbitragem perante o ICSID.

A relação do Estado com o patrimônio do investidor estrangeiro é assunto muito delicado, especialmente quando aquele interfere na propriedade deste, sem a devida indenização.

As formas de interferência e de indenização são as mais variadas possíveis e por isso possuem capítulos especiais em tratados e contratos, buscando proteger o investidor que se aventura em outros territórios. Assim, deve-se atentar para o limite que o Estado deve atender no exercício de sua soberania, para evitar abusos aos investimentos estrangeiros alocados em seu território.

No caso da expropriação, a mesma lógica do conceito de investimento é aplicada. Não se pretende fixar um conceito fechado do que seria a expropriação, eliminando qualquer ato que não se enquadre neste conceito.

A idéia é de criar uma definição aberta, suscetível de interpretação, para que diversos atos do Estado expropriante possam ser considerados como expropriação, garantindo, assim, ao investidor seu direito a uma devida compensação.

Um exemplo ilustrativo da necessidade de se manter o conceito de expropriação aberto são as novas modalidades de expropriação, como exemplo a regulação ambiental. A criação de normas ambientais posteriormente ao aporte de recursos pelo investidor pode inviabilizar a atividade que ele pretendia desenvolver. Caso ele soubesse dessas normas ou da possibilidade de sua emissão, ele não teria realizado o investimento. Este tipo de expropriação por meio de regulamentação será retomado adiante.

Vale destacar que nem toda norma ambiental será considerada um ato arbitrário do Estado receptor, o qual estaria agindo de má-fé para prejudicar o

investidor estrangeiro, uma vez que é plenamente possível que as normas criadas sejam realmente necessárias e que tenham afetado também terceiros, estrangeiros ou nacionais, que desenvolvem as mesmas atividades do investidor.

Mesmo nestes casos, existindo algum tipo de norma (proveniente de tratado, legislação doméstica ou de contrato de investimento) que preveja indenização ao investidor estrangeiro pelo ato que o prejudicou, ele poderá ver esse seu direito atendido. Assim, a análise caso a caso será imprescindível, pois haverá sempre a possibilidade de que o Estado receptor seja responsabilizado pelas perdas do investidor estrangeiro, em decorrência desta nova norma regulatória.

2.1 O Poder de Expropriar

O direito de expropriar bens que estão localizados em um território de um Estado soberano, que por eles tem interesse legítimo, é aceito pela comunidade jurídica, inclusive pelos tratados mais modernos. Há, no entanto, limites a este direito.

Três aspectos principais são levantados quando se trata de expropriação de patrimônio do investidor estrangeiro.⁴⁷

O primeiro deles trata dos direitos protegidos do investidor estrangeiro. Qual o direito garantido a ele está sendo violado pelo ato do Estado receptor (o qual é ora expropriante)? A resposta está contida nos tratados de proteção ao investidor, nos contratos entre investidor e Estado receptor e, por fim, na legislação do Estado receptor, que visa proteger o investidor estrangeiro. Nota-se que este fator está estritamente relacionado ao conceito de investimento, que estaria sendo violado.

Em segundo lugar, encontra-se a definição de expropriação. A expropriação direta, com a perda da propriedade pelo investidor estrangeiro é o exemplo mais comum e notável da expropriação. Existem, entretanto, outros atos praticados pelo Estado receptor que podem prejudicar o investidor estrangeiro tanto quanto a expropriação direta.

Exemplos de expropriação indireta são mudanças em sistemas regulatórios, legislação ambiental, questões de saúde pública, dentre outros. Estes atos, por não

⁴⁷ Rudolf Dolzer; Christoph Schreuer, **Principles of international investment law**, p. 90.

serem facilmente configurados como expropriação, exigem uma análise mais detalhada pelos tribunais arbitrais.

O terceiro aspecto se refere às condições em que o Estado receptor pode expropriar a propriedade detida por estrangeiro. Os requisitos clássicos para a expropriação legal, detidos na maior parte dos tratados, são: propósito público; não discriminação; e indenização imediata, justa e efetiva.⁴⁸

O propósito público consiste em definição ampla e subjetiva, motivo pelo qual não costuma ser levantado pelos investidores em procedimentos arbitrais.

A não discriminação e não arbitrariedade diz respeito à escolha do Estado expropriante em optar pela propriedade de um estrangeiro em detrimento da propriedade de um nacional daquele mesmo Estado. Ou seja, deve-se respeitar o princípio de que nacionais e estrangeiros devem receber o mesmo tratamento com relação à propriedade de seus bens naquele território.

Por fim, a expropriação deve ser compensada por uma indenização imediata, justa e efetiva, conforme preceitua a fórmula Hull. A idéia de justiça na indenização é baseada no valor de mercado do investimento expropriado, para evitar prejuízo ao investidor. A noção de imediata significa sem atraso, ou seja, o investidor é prontamente ressarcido de sua perda. E por último, a idéia de efetiva indenização significa em moeda corrente, que poderá ser posteriormente convertida para a moeda corrente que melhor interessar ao investidor.

Há ainda outro fator presente em alguns tratados⁴⁹, que mencionam a necessidade de que sejam seguidos os princípios do devido processo legal para expropriação de bens. Esse devido processo engloba as condições previstas nos

⁴⁸ Rudolf Dolzer; Christoph Schreuer, **Principles of international investment law**, p. 90.

⁴⁹ O BIT entre Argentina e USA contempla este e os demais requisitos para a indenização em casos de expropriação: "Article I. 1. Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization ('expropriation-') except for a public purpose; in a non-discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article II (2) Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken or became known, whichever is earlier; be paid without delay; include interest at a commercially reasonable rate from the date of expropriation; be fully realizable; and be freely transferable at the prevailing market rate of exchange on the date of expropriation."

padrões presentes nos costumes de direito internacional e na noção de tratamento justo e equitativo.

Entende-se, de forma geral, que deve existir uma prévia notificação do investidor e que a ele seja dada a chance de se defender do ato expropriatório. A decisão será tomada por autoridade imparcial, após um prazo razoável da apresentação da defesa.⁵⁰

2.2 Noções de Expropriação Direta e Indireta

A questão de expropriação direta e indireta ganha relevância neste ponto do estudo, em especial por tornar mais fácil a compreensão das modalidades de expropriação.

A expropriação direta não é mais tão comum, pois o ato arbitrário de um Estado de expropriar investimentos estrangeiros não será bem recebido pela comunidade internacional, revertendo-se em publicidade negativa ao Estado, que passará a ser taxado como território inóspito para investidores.

Assim, tornaram-se mais freqüentes as formas de expropriação indireta, que tentam mascarar a real intenção do Estado expropriante. Através desta modalidade, o Estado não tira a propriedade das mãos do investidor, ao contrário ela mantém o investidor com o seu investimento, mas o impossibilita de desenvolver sua atividade naquele território. Com isto, o Estado nega veemente que houve expropriação, inexistindo, portanto, sua obrigação de indenizar o investidor.

A dificuldade encontra-se em definir quais medidas adotadas pelo Estado receptor podem ser consideradas como expropriação indireta. Não há uma definição exata do que seja expropriação indireta. No entanto, os tratados multilaterais ou bilaterais tentam inserir em seu texto a noção de expropriação direta e indireta:

O NAFTA dispõe: “(...) *uma medida equivalente a nacionalização ou expropriação.*”

De forma semelhante, o ECT versa: “*uma medida ou medidas com efeitos equivalentes a nacionalização ou expropriação*”.

⁵⁰ Karla Closs Fonseca, **Investimentos Estrangeiros**, p. 118.

O art. 4(2) do Tratado Modelo da Alemanha de 2008, para incentivo e proteção recíproca de investimentos, prevê:

investimentos de investidores de qualquer Estado Contratante não devem direta ou indiretamente ser expropriados, nacionalizados ou sujeitos a qualquer outra medida, cujos efeitos seriam equivalentes à expropriação ou nacionalização (...).

Disposições semelhantes são encontradas nos Tratados Modelos de França⁵¹, Inglaterra⁵², Estados Unidos⁵³, para citar apenas alguns.

Assim, após um período para que o assunto pudesse se consolidar de maneira semelhante em diversos tratados, o que se pode perceber é que as regras de direito internacional têm refletido as regras de direito interno, na medida em que o que é considerado ato estatal expropriatório, digno de compensação, dentro do Estado, é também o que se tem considerado ato de expropriação que deverá compensar o investidor estrangeiro.

Em suma, o importante nesta matéria não é a definição de quais atos estatais seriam caracterizados como expropriação direta ou indireta. O relevante é verificar quais atos prejudicam a propriedade do investidor estrangeiro e merecem a devida compensação.

Um exemplo em que o tribunal arbitral considerou o ato do Estado receptor como expropriação pode ser encontrado no caso *Goetz v Burundi*⁵⁴. Neste caso, um tribunal ICSID entendeu que a revogação pelo Estado receptor do status de área de livre comércio, constituía ação similar a expropriação.

Outro caso clássico de expropriação indireta, regularmente citado pela doutrina, é o *Metalclad v Mexico*⁵⁵, em que uma companhia americana possuía permissão do governo mexicano para explorar e administrar aterro de lixo tóxico em determinada área. No entanto, posteriormente o governo local não concedeu permissão para que a companhia construísse as instalações no local, enquanto o

⁵¹ Art. 5(2) do Tratado Modelo da França.

⁵² Art. 5(1) do Tratado Modelo do Reino Unido.

⁵³ Art. 6(1) do Tratado Modelo dos EUA.

⁵⁴ *Antoine Goetz et consorts v République du Burundi* (ICSID ARB/95/3). Decisão de 10 de fevereiro de 1999, 15 ICSID Review, FILJ (2000). p. 457.

⁵⁵ *Metalclad v Mexico*. Decisão ICSID de 30 de agosto de 2000.

governo regional considerou a área como reserva ambiental de cacto. O tribunal arbitral entendeu que houve violação do art. 1110 do NAFTA.

Outro caso contra o México expõe a relevância dos efeitos do ato praticado pelo Estado receptor para que se possa ver caracterizada a expropriação indireta:

A intenção do governo é menos importante que os efeitos das medidas no proprietário dos bens ou nos benefícios decorrentes de tais bens afetados pelas medidas: e a forma da medida privativa é menos importante que seus verdadeiros efeitos.⁵⁶

Com relação à importância dos efeitos do ato, em detrimento da intenção do Estado receptor ao tomar a medida, diversos tratados podem ser citados, uma vez que é comum a menção aos efeitos das medidas, como mencionado acima no Tratado Modelo da Alemanha, em seu art. 4(2) “(...) *não devem direta ou indiretamente ser expropriados, nacionalizados ou sujeitos a qualquer outra medida, cujos efeitos seriam equivalentes à expropriação ou nacionalização*”.

Não obstante as explanações acima, os efeitos das medidas tomadas pelo Estado receptor não podem ser analisadas isoladamente, sem ao menos verificar as razões que levaram o Estado receptor a adotar tal medida, sob pena de parcialidade e injustiça com uma das partes.

Há certas oportunidades em que ao Estado receptor era vital a adoção de determinada medida, buscando o bem estar social, sem se levar em conta que em consequência tal medida viria a prejudicar de alguma forma alguns investidores estrangeiros.

Assim, ainda que a análise do efeito da medida governamental sobre o investimento estrangeiro seja fator imprescindível, ela não pode, nem deve, ser descontextualizada, para que não haja uma excessiva proteção em direção de uma das partes envolvidas na arbitragem.

Outro aspecto que não pode ser desconsiderado, quando se busca verificar a existência de expropriação indireta, é a expectativa do investidor quando da realização do investimento.

⁵⁶ *Tecmed v Mexico*. Decisão de 29 de maio de 2003, parágrafo 116 (arbitragem que tramitou pelas Instalações Adicionais do ICSID).

Quando o investidor envia recursos ao Estado receptor, ele tem obviamente expectativas de que seu investimento não sofrerá qualquer tipo de óbice por parte do Estado receptor, para que a sua atividade seja viável e lhe dê retornos, ou seja, o investidor acredita que estará sujeito apenas aos riscos do negócio e às intempéries do mercado em que está se lançando. Tais expectativas são, muitas vezes, corroboradas mediante garantias e promessas pelo Estado receptor, o qual, em teoria, eximir-se-ia de praticar qualquer ato para alterar o panorama encontrado pelo investidor estrangeiro quando do início do investimento.

Ocorre que o Estado receptor, depois de realizado o investimento, pode agir contra o investidor, impedindo-o de obter o resultado esperado. Não se pode confundir, entretanto, a frustração desta expectativa com atos previsíveis e comuns adotados pelo Estado receptor.

Tais atos, que são regularmente tomados por Estados soberanos no curso de sua administração, e que não visam prejudicar exclusivamente o investidor, não podem ser alegados como expropriação indireta. Estas medidas são, na verdade, necessárias para que o Estado seja administrado visando o bem estar social, independentemente do prejuízo que estas medidas podem acarretar para um ou mais setores de sua economia.

Neste caso, o direito internacional costumeiro entende que as medidas são legais e, portanto, não constituem expropriação, não cabendo àquele que se sente prejudicado qualquer compensação, a não ser que o Estado receptor tenha, à época do investimento, se comprometido a não adotar a medida que posteriormente veio a adotar.

No caso *Methanex v USA*⁵⁷, o tribunal entendeu que a medida adotada pela Califórnia de proibir o uso do aditivo à gasolina MTBE não constituía expropriação, uma vez que a medida foi tomada para fins públicos, não era discriminatória e, ainda, não existiam garantias anteriores ao investidor de que tal medida não seria tomada.

Em suma, a noção de expectativa legítima é bem delineada no caso *Azurix v Argentina*, em que o tribunal afirma que as expectativas “*não são necessariamente*

⁵⁷ *Methanex v USA*. Sentença ICSID de 03 de agosto de 2005.

*baseadas em um contrato, mas em garantias explícitas ou implícitas, ou em representações feitas pelo Estado que o investidor levou em conta quando fez o investimento.*⁵⁸

Existe ainda a possibilidade de o tribunal arbitral entender que houve apenas uma expropriação parcial. Esta seria a expropriação de apenas alguns direitos detidos pelo investidor, que ainda permanece detentor de outros direitos do investimento dele.

Neste caso, o investidor deve descrever em suas alegações todos os direitos adquiridos com o investimento, as medidas tomadas pelo Estado receptor e, em consequência, quais direitos ele deixou de ter em decorrência de tais medidas.

O tribunal pode entender que ele foi prejudicado apenas parcialmente, com a perda de alguns direitos que lhe tinham sido anteriormente garantidos. Assim, ele pode ser compensado no equivalente à perda observada pelo tribunal.

2.3 Medidas Regulatórias como Meio de Expropriação

Diversas vezes, medidas são tomadas pelo Estado receptor visando manter a ordem pública e proteger algum bem social maior, na regular administração de seu território. Seja por uma necessidade do meio-ambiente, da saúde, de segurança pública, de livre concorrência, ou qualquer outra que se possa imaginar, o Estado se depara com a necessidade de agir e editar medidas em prol da sociedade. Nestes casos, não se considera de má-fé a medida tomada pelo Estado receptor.

Há, no entanto, que se ter consciência de que qualquer forma, independentemente do motivo que levou à tomada da medida, o investidor estrangeiro sofreu uma perda significativa em seu investimento, e por este motivo deve ser devidamente compensado, desde que tenha garantia de indenização do Estado receptor. Esta noção vale tanto para o estrangeiro que sofreu a expropriação (e possui uma garantia de que será indenizado), como para o nacional que também passou por esta mesma situação e possui respaldo na Constituição Federal daquele Estado de que lhe deve ser paga uma justa indenização.

⁵⁸ Tradução livre de "Azurix v Argentina". Sentença ICSID de 14 de julho de 2006, parágrafo 318.

Assim, independentemente do motivo que fez com que o Estado tomasse a medida que culminou com a expropriação do bem do investidor, este deve ser devidamente compensado pelo prejuízo acarretado.

No caso envolvendo *Santa Elena v Costa Rica*, a noção acima fica evidente:

Medidas expropriatórias ambientais – independentemente de quão louváveis a beneficentes à sociedade como um todo – são nesse respeito, similares a quaisquer outras medidas expropriatórias que um Estado pode tomar com o fim de implementar suas políticas, sejam domésticas ou internacionais, a obrigação do Estado de pagar compensação permanece.⁵⁹

De qualquer forma, a verdade é que um meio termo tem que ser estabelecido para evitar abusos do Estado receptor. Destarte, a noção de proporcionalidade da medida adotada por ele assume vital relevância, como fica atestado no caso *LG&E v Argentina*:

(...) Com relação ao poder do Estado em adotar tais políticas, pode ser geralmente dito que o Estado tem o direito de adotar medidas que tenham um propósito social ou de bem estar geral. Em tal caso, a medida deve ser aceita sem qualquer imposição de responsabilidade, exceto nos casos nos quais a ação do Estado é obviamente desproporcional à necessidade a que está endereçada. A proporcionalidade a ser utilizada ao se fazer uso deste direito foi reconhecida no caso *Tecmed*, o qual observou que ‘caso tais ações ou medidas sejam proporcionais ao interesse público presumivelmente protegido por elas e a proteção legalmente conferida aos investimentos, levando em conta que o significado de tal impacto, tem um papel chave na decisão de proporcionalidade.⁶⁰

Ao comentar as medidas regulatórias não compensáveis e medidas regulatórias compensáveis, Karla Closs Fonseca menciona o equilíbrio que deve existir entre o efeito e o propósito da medida do Estado:

Fala-se em três abordagens de distinção entre medidas regulatórias não compensáveis e medidas regulatórias compensáveis. A primeira delas foca exclusivamente no efeito da medida, ou seja, a expropriação ocorre quando a medida regulatória é suficientemente restritiva; a segunda abordagem

⁵⁹ Tradução livre de “*Santa Elena v Costa Rica*”, Decisão ICSID de 17 de Fevereiro de 2000, parágrafo 72.

⁶⁰ Tradução livre de “*LG&E v Argentina*”, Decisão ICSID sobre responsabilidade de 3 de outubro de 2006, parágrafos 189 a 195.

está relacionada ao propósito da medida, considerando-se, portanto, que não é compensável uma medida adotada por interesse público, independentemente do efeito sobre o investimento; a terceira abordagem consiste em ponderar ambos, o equilíbrio e o propósito da medida, numa busca de equilíbrio entre a regulamentação e a expropriação. Nesse caso, quanto mais legítimo o propósito da medida, maior deve ser a interferência sobre a propriedade para que tal medida seja considerada expropriatória.⁶¹

Considerando as ponderações acima, pode-se concluir que não é possível estipular uma regra geral e definitiva, que seja capaz de ser aplicável a todos os casos em que o Estado tenha tomado medidas que surtiram algum efeito sobre um investimento estrangeiro.

Alguns pontos podem auxiliar na avaliação da equiparação das medidas regulatórias a expropriação, conforme bem salienta Horn⁶², ao tratar das medidas ambientais:

- (1) Se a regulamentação ambiental é proporcional e necessária para um propósito legítimo;
- (2) Se a lei e sua aplicação é discriminatória;
- (3) Se há uma quebra de contrato ou de tratado de investimento ou de expectativas de investimento legítimas;
- (4) Se um ajuste razoável de uma regulamentação para desenvolvimento e de padrões ambientais aceitos justificam certas restrições das expectativas, no exercício do poder regulatório.

Destarte, o papel do tribunal arbitral assume maior relevância, pois caberá a ele analisar os fatos e concluir se houve expropriação no caso concreto, se houve má-fé do Estado receptor e, em sequência, qual será a compensação devida ao investidor estrangeiro.

2.4 Expropriação por Etapas⁶³

O Estado receptor pode ainda se utilizar de uma manobra para tentar encobrir a expropriação do investimento, através da adoção de uma série de atos sucessivos

⁶¹ Karla Closs Fonseca, **Investimentos Estrangeiros**, p. 119.

⁶² Norbert Horn, **Arbitration and the protection of foreign investment: Concepts and Means**, p.19.

⁶³ Essa modalidade de expropriação é conhecida como *Creeping expropriation*, no termo em inglês.

em certo espaço de tempo, que em conjunto resultam na expropriação do investimento do investidor.

Cada um destes atos analisados isoladamente podem não trazer nenhum prejuízo ao investimento. No entanto, quando tomados como um todo, são prejudiciais ao investidor, equiparando-se à expropriação. Karla Closs Fonseca elucida o tema:

Expropriação *creeping* é aquela em que os direitos de propriedade do investidor estrangeiro vão sendo tomados por diferentes medidas adotadas pelo Estado, ou os direitos de uso da propriedade do investidor vão sendo diminuídos como resultado da interferência do Estado.⁶⁴

Quando analisadas as medidas em sua totalidade pelo tribunal, torna-se evidente a intenção do Estado em privar indiretamente o investidor de seu patrimônio. Verificada essa manobra, os tribunais têm considerado como uma expropriação por etapas, ao logo de certo período, e tentará compensar o investidor.

Os tratados que tratam de investimento estrangeiro têm tido a cautela de prever que a série de medidas adotadas pelo Estado receptor também podem resultar em expropriação, como é o caso do art. 6(1) do BIT entre EUA e Uruguai⁶⁵.

2.5 Expropriação de Direitos Contratuais

Conforme já salientado quando da análise dos investimentos objetos de proteção pelos tratados que tratam de investimento estrangeiro, estão também sob sua proteção os direitos contratuais adquiridos pelo investidor estrangeiro.

Por possuírem valor comercial e por serem objeto de negociações comerciais, os direitos contratuais também podem ser objeto de expropriação pelo Estado receptor.

A expropriação não pode, entretanto, ser confundida com uma quebra de contrato qualquer pelo Estado receptor. Desta forma, caso este deixe de cumprir

⁶⁴ Karla Closs Fonseca, **Investimentos Estrangeiros**, p. 118.

⁶⁵ O Art. 6(1) dispõe: "Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization ("expropriation"), except (...)". O Anexo B do mesmo BIT menciona a expropriação por etapas: "4. The second situation addressed by Article 6(1) is known as indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure."

alguma obrigação contratual, isso não significa que houve expropriação de direitos do investidor, pois houve tão somente uma inadimplência de uma das partes contratantes, donde deverão ser aplicadas as penalidades previstas no próprio contrato.

Por outro lado, se o Estado receptor, agindo como poder soberano adota medidas que prejudiquem os direitos contratuais adquiridos pelo investidor, então estará configurada a expropriação.

Esta noção de que um ato de uma autoridade pública pode ser considerado expropriação dos direitos contratuais do investidor, desde que o Estado receptor tenha atuado além de seu limite como parte contratante, é bem constatada pelo tribunal arbitral do caso envolvendo Siemens e Argentina. Na sentença do caso, o tribunal afirmou que:

(...) para que o comportamento do Estado como parte de um contrato seja considerado quebra de um tratado de investimento, tal comportamento deve ser além daquele que uma parte contratante comum poderia adotar e envolve interferência do Estado com a operação do contrato.⁶⁶

Assim, há que ser descartada a hipótese de expropriação de direitos contratuais pelo Estado receptor, se este falhou em cumprir integralmente com suas obrigações contratuais, pois como qualquer parte que se envolve em um negócio jurídico, ele pode não ser capaz de cumpri-lo em sua totalidade. Neste caso, ele responderá pela quebra contratual estritamente nos termos do contrato, mas não se deve flertar com a idéia de expropriação, uma vez que não houve um ato estatal visando o prejuízo do investidor.

2.6 Bases para a Devida Compensação na Expropriação

Diversos tratados e contratos de investimentos permitem a expropriação, mediante o pagamento de uma justa compensação. Mas quais seriam as bases e os parâmetros para estabelecer o valor desta compensação?

A própria Resolução 1803 da ONU utiliza a expressão de compensação apropriada, mas não especifica os parâmetros para se chegar ao valor da

⁶⁶ Tradução livre do parágrafo 248, da Sentença ICSID do caso "Siemens v Argentina", de 6 de fevereiro de 2007.

compensação. Assim, sobra muito espaço para que as partes negociem o valor da compensação, ou em caso de sua impossibilidade, constituam um tribunal arbitral para estabelecer este valor.

A forma de indenização é aquela mencionada no item 2.1 acima, que menciona a necessidade da indenização imediata, justa e efetiva, além do respeito ao devido processo legal.

No entanto, diversos fatores devem ser levados em conta para se chegar ao montante da indenização. A regra comum é a de que deve ser utilizado o valor justo de mercado do investimento, imediatamente anterior à medida expropriatória⁶⁷.

Diversos métodos são aplicados para estabelecer este valor, mas normalmente para se chegar ao valor justo de mercado de uma propriedade lucrativa é por meio do aferimento de seu prospecto futuro, utilizando a análise de fluxo de caixa descontado, a qual mede os fluxos de caixa futuros que seriam gerados pelo negócio, descontando deles o seu valor atual⁶⁸.

Para isso, deve-se verificar de que tipo de negócio se trata: negócio em construção, negócio ativo, negócio lucrativo, etc. Diversas vezes, os próprios contratos de investimento prevêm expectativas futuras de lucros, que devem ser atendidos.

Caso o investimento ainda não tenha entrado em operação, ou tenha permanecido por um curto prazo, pode haver dificuldade, se não impossibilidade, de se estipular seus lucros futuros para fins de que seja determinado o valor justo de mercado.

Este é o entendimento do tribunal em *Metalclad v Mexico*⁶⁹:

However, where the enterprise has not operated for a sufficiently long time to establish a performance record or where it has failed to make a profit,

⁶⁷ Esta regra está contida no Atr. IV, 1, do BIT entre Argentina e USA: "(...)Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken or became known, whichever is earlier (...)".

⁶⁸ Alan Redfern; Martin Hunter, **Law and practice of international commercial arbitration: Arbitration under investment treaties**, p.593.

⁶⁹ *Metalclad v Mexico*. Decisão ICSID de 30 de agosto de 2000, parágrafo 120. Tradução livre: "De qualquer forma, nos casos em que a empresa ainda não operou por um período de tempo suficiente para se estabelecer um perfil de performance ou caso ela tenha falhado em produzir lucros, lucros futuros não podem ser utilizados para determinar o *going concern* ou o preço justo de mercado."

future profits cannot be used to determine going concern or fair market value. (...)

Ante a impossibilidade de que sejam previstos os lucros futuros do negócio, os tribunais irão se pautar no montante investido no projeto ou no valor contábil dos bens⁷⁰.

⁷⁰ Alan Redfern; Martin Hunter, **Law and practice of international commercial arbitration: Arbitration under investment treaties**, p.594.

3. JURISDIÇÃO DO ICSID

A arbitragem em investimento estrangeiro possui uma peculiaridade com relação à jurisdição, se comparada com a arbitragem comercial internacional envolvendo apenas pessoas jurídicas de direito privado. Enquanto nesta as partes acordam em remeter suas controvérsias à arbitragem por meio de cláusula compromissória em contrato, ou, quando já existente a disputa, em um compromisso arbitral, na arbitragem de investimento estrangeiro, além da possibilidade de previsão da arbitragem em contrato, ela pode ser oferecida pelo Estado receptor.

Esta oferta ocorre em um tratado (BITs ou multilaterais) ou mesmo na legislação interna do Estado receptor, ao criar uma lei de investimento estrangeiro, prevendo a arbitragem como um meio legal de que o investidor poderá se valer para resolver controvérsias. Por exemplo a Lei de Investimentos Egípcia nº 43 de 1974, art. 8º.

Gus Van Harten comenta esta diferença da arbitragem em investimento estrangeiro:

By giving a prospective consent in an investment treaty, the state exposes itself in principle to claims by any multinational firm with economic interests that are subject to regulation by the state. As a result, investment treaty arbitration encompasses future disputes involving an indeterminate class of claimants in relation to a very broad range of governmental activity.⁷¹

Ao se permitir que a arbitragem seja o meio apto a solucionar as controvérsias, o Estado receptor atrai o interesse do investidor, sempre receoso em depender do judiciário local para dirimir seus conflitos, uma vez que este judiciário poderá ser, inúmeras vezes, parcial em favor de seu Estado.

Nestes casos dos BITs, bem como nos tratados multilaterais (art. 1121 do NAFTA e art. 26 do ECT), as ofertas do Estado são consideradas como anuências suficientes dele para remeter o conflito à arbitragem. Não obstante esta oferta, a

⁷¹Tradução livre: "Ao dar um provável consentimento em um tratado de investimento, o estado, em princípio, se expõe a demandas por qualquer empresa multinacional com interesses econômicos que são sujeitos a regulação pelo estado. Como resultado, arbitragem de tratado de investimento abrange disputas futuras envolvendo uma determinada classe de requerentes, com relação a uma ampla extensão de atividade governamental." Gus Van Harten, **Investment Treaty Arbitration and Public Law**, p. 100.

expressa anuência do investidor ainda é imprescindível para o início do procedimento arbitral, pois há uma oferta de arbitragem pendente do Estado, à qual o investidor poderá ou não consentir. A mesma lógica vale para as leis nacionais, que são uma oferta unilateral dos Estados receptores.

Distinto é o caso do contrato de investimento, pelo qual, desde sua assinatura, tanto o Estado quanto o investidor anuem expressamente, e para aquele caso específico, para a arbitragem como meio apto a resolver seus litígios.

Com relação à Convenção ICSID, ela prevê as condições sob as quais sua jurisdição poderá ser requerida pelo investidor no art. 25. Os requisitos são:

- (i) Surgimento de um conflito diretamente relacionado a investimento;
- (ii) Envolvendo o Estado receptor signatário da Convenção e um investidor nacional de outro Estado signatário dela;
- (iii) Existência de um consentimento entre as partes para remeter o conflito para o ICSID (para este último requisito vale a existência de um BIT entre os Estados ou uma lei nacional do Estado receptor, além da anuência do investidor).

Disto conclui-se que a mera ratificação do tratado pelo Estado receptor não significa que ele está necessariamente sujeito a que se inicie um procedimento no ICSID, pois todas aquelas condições devem ser preenchidas.

3.1 O Artigo 25 da Convenção ICSID

A peculiaridade da arbitragem de disputas envolvendo investimentos estrangeiros afeta também alguns dos conceitos fundamentais desta forma de solução de conflitos. Assim, faz-se mister analisar cada um destes tópicos relevantes à compreensão de uma arbitragem tão singular, possibilitando assim entender sua abrangência e aplicação.

Diversos destes conceitos podem ser extraídos diretamente da redação do art. 25 da Convenção ICSID, que versa sobre jurisdição do Centro, tratando tanto dos requisitos das partes (*ratione personae*) quanto dos requisitos da disputa (*ratione materiae*).

Estes requisitos foram inseridos na Convenção de Washington para limitar a natureza dos casos passíveis de resolução pelo ICSID, pois por um lado as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado têm acesso a diversas instituições especializadas em recepcionar e administrar as demandas entre partes desta natureza, dentre as quais a ICC – *International Chamber of Commerce*, a AAA – *American Arbitration Association*, a LCIA - *London Court of International Arbitration*. Por outro lado, os Estados possuem a Corte Internacional de Justiça como instituição especializada em receber controvérsias entre Estados.

Neste contexto de inexistência de uma instituição especializada em receber disputas entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado e Estados, surgiu o ICSID, destinado a resolver controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros. Assim, o acesso ao ICSID possui restrições, para que seja oferecido apenas a esta arbitragem mista entre investidor privado e Estado.

Por isso, a jurisdição do ICSID para julgar uma disputa pode ser objeto de impugnação das partes, em qualquer fase do procedimento arbitral. Invariavelmente, há discussão entre as partes durante o procedimento arbitral sobre a jurisdição do ICSID sobre aquele litígio.

O próprio tribunal arbitral também poderá decidir de ofício se a controvérsia se enquadra na jurisdição do ICSID. De qualquer forma, o assunto apresenta tantas nuances que, em diversas ocasiões, o tribunal arbitral julga primeiro a questão da jurisdição do ICSID sobre a controvérsia, emitindo um laudo parcial sobre a jurisdição⁷².

Vale destacar que o ICSID oferece procedimentos de arbitragem, mas também de conciliação. Assim, deve-se atentar no instrumento em que as partes expressam sua pretensão de resolver as controvérsias no âmbito do ICSID (Tratado, contrato ou legislação interna), em determinar se o procedimento envolverá arbitragem, conciliação ou ambos.

⁷² Estes laudos parciais são recorrentes nos casos submetidos ao ICSID (são geralmente chamados em inglês de *Decision on Jurisdiction*) e também podem ser consultados nas decisões publicadas no site do ICSID, pelo seguinte endereço eletrônico:
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>.

Diversos instrumentos são genéricos, apenas apontando a jurisdição do ICSID, ou mencionam arbitragem ou conciliação pela Convenção ICSID, como é o caso do ECT⁷³. Nestes casos em que não há escolha por um dos métodos de solução de controvérsias, há um entendimento que a parte que iniciou o procedimento pode escolher o método que achar conveniente⁷⁴.

Outro aspecto que assume relevância para a determinação da jurisdição do ICSID sobre a controvérsia é o momento em que se deve analisar a presença dos requisitos do art. 25 da Convenção.

A própria Convenção não esclarece em que momento aqueles requisitos devem estar preenchidos, mas o que os tribunais têm entendido é que as partes deveriam ter plenas condições de figurar na arbitragem no momento em que o procedimento é iniciado no ICSID.

Desta forma, quando uma das partes incita o ICSID para que seja iniciado um procedimento arbitral, ambas devem ter previamente consentido para uma arbitragem ICSID, deve ter existido um investimento, o Estado deveria ser um Estado parte da Convenção de Washington, o investidor deveria ser um nacional de outro Estado parte, dentre outros requisitos.⁷⁵

A posterior alteração na condição de qualquer das partes, que a descredencie para ser parte em uma arbitragem perante o ICSID, ou mesmo uma alteração no detentor dos direitos pleiteados na arbitragem em curso, não excluem a jurisdição do tribunal arbitral, que deve considerar para análise de sua jurisdição somente o momento em que o procedimento é iniciado no ICSID.

No caso envolvendo sucessão de direitos, entre *Československa obchodní banka, A.S. v. Slovak Republic* (Arbitragem ICSID nº. ARB/97/4), o tribunal segue esta lógica, decidindo o seguinte:

(...) Portanto, no momento em que os procedimentos foram instituídos, nenhuma destas transferências tinham sido concluídas. Segundo, é geralmente reconhecido que a determinação se uma parte tem legitimidade,

⁷³ "Art. 26(3)(a): (3) (a) Subject only to subparagraphs (b) and (c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article."

⁷⁴ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 89.

⁷⁵ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 91.

em um fórum judicial internacional, para fins de jurisdição para instituir procedimentos, é feita referência à data em que tais procedimentos são considerados como tendo sido instituídos. Como o Autor instituiu estes procedimentos previamente à conclusão das transferências, conclui-se que o Tribunal possui jurisdição para ouvir este caso, independentemente da consequência legal que, caso exista alguma, as transferências podem ter tido na legitimidade do Autor se elas tivessem precedido o protocolo do caso.⁷⁶

3.2 A Existência de uma Disputa

Para que seja iniciado um procedimento arbitral perante o ICSID, deve existir uma disputa entre as partes. A existência deste litígio não pode ser apenas uma simples insatisfação de uma das partes ou apenas uma diferença de opiniões entre elas. Deve existir indício de que ambas as partes estão cientes das diferenças entre elas, e que elas mesmas não serão capazes de resolvê-las sozinhas. Uma tentativa prévia de negociação que restou infrutífera pode representar este indício que indique que a arbitragem é o meio apto a resolver o problema.

A disputa deve ser legítima e determinada. Desta forma, requerimentos genéricos e hipotéticos podem ser descartados pelo tribunal, que irá analisar se há uma disputa concreta entre as partes, sobre um objeto específico.

Esta disputa deverá ter também uma natureza legal. Desta forma, disputas que contenham natureza política ou mesmo comercial serão descartadas pelo ICSID, que será competente para julgar tão somente disputas cuja natureza seja legal.

Schreuer elucida a questão do que vem a ser uma disputa legal:

⁷⁶ Tradução livre do par. 31 da Decisão de Jurisdição de 24 de Maio de 1999, entre CSOB v Eslováquia: "31. In assessing the effect of the June 25, 1998 assignment (and of the April 24, 1998 assignment it superseded) on the Centre's jurisdiction to hear this dispute, the Tribunal notes, in the first place, that the Request for Arbitration in the instant case was filed on April 17, 1997 and that the case was registered on April 25, 1997. Hence, at the time when these proceedings were instituted, neither of these assignments had been concluded. Second, it is generally recognized that the determination whether a party has standing in an international judicial forum for purposes of jurisdiction to institute proceedings is made by reference to the date on which such proceedings are deemed to have been instituted. Since the Claimant instituted these proceedings prior to the time when the two assignments were concluded, it follows that the Tribunal has jurisdiction to hear this case regardless of the legal effect, if any, the assignments might have had on Claimant's standing had they preceded the filing of the case."

A disputa somente será qualificada como legal se remédios legais, tais como restituições ou danos, são buscados e se direitos legais baseados, por exemplo, contratos, tratados ou legislação são reclamados. Consequentemente, está grandemente nas mãos do reclamante apresentar a disputa em termos legais.⁷⁷

Outra característica fundamental da disputa, que pode ser extraída do art. 25 da Convenção ICSID, é que ela deverá ser diretamente relacionada a um investimento. As próprias Regras do ICSID reiteram a necessidade de uma relação direta entre a disputa e o investimento, conforme é possível depreender da Regra 2 (1)(e):

Conter informação sobre as questões em disputa, indicando que há, entre as partes, uma disputa legal derivando diretamente de um investimento (...)⁷⁸

Esta última característica faz necessária uma análise de outro termo de suma relevância para o presente estudo, que se trata da definição de investimento. A partir de agora o presente estudo buscará analisar detalhadamente a noção de investimento.

3.3 Noção de Investimento

O conceito de investimento não é único e preciso. Assim, cabe às partes estabelecer o que será considerado investimento para fins de remeter a controvérsia a um tribunal arbitral. Em outras palavras, qual será a matéria de competência de um tribunal arbitral.

Esta idéia de permitir que as próprias partes decidissem o que viria a ser considerado investimento é do próprio idealizador do ICSID, Sr. Aaron Broches.⁷⁹

Os BITs mais recentes utilizam conceitos amplos de investimentos, de forma a abranger o maior número possível de operações relacionadas a estrangeiros. A

⁷⁷ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 99.

⁷⁸ Rule 2(1)(e): “contain information concerning the issues in dispute indicating that there is, between the parties, a legal dispute arising directly out of an investment; and”

⁷⁹ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 115.

própria convenção do ICSID, ao tratar de sua jurisdição, não se arrisca a definir investimento, como é possível inferir da redação do art. 25 que trata do assunto⁸⁰.

Esta definição é de extrema relevância para evitar que um tribunal deixe de considerar como investimento algum tipo de operação, pelo fato de não estar ela compreendida na definição de investimento utilizada no BIT ou no contrato entre Estado e investidor.

A noção do que seria um investimento estrangeiro é um tema central na arbitragem de investimento estrangeiro. O réu do procedimento arbitral costuma desafiar a jurisdição do tribunal arbitral, levantando a questão sobre a existência ou não de um investimento no caso em comento. Na maioria dos casos, esta questão tem sido objeto de objeção pelo Estado receptor, o que demonstra a importância de se compreender bem de que se trata.

⁸⁰ O art. 25 da Convenção ICSID merece especial atenção, pois trata especificamente da jurisdição do ICSID: *“Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.(2) “National of another Contracting State” means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention. (3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary- General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).”*

Como salientado acima, diversos são os aspectos que compõem o investimento estrangeiro. Agora o foco passa a ser o investimento em si, ou seja, que tipo de atividade ou que tipo de envio de recursos pode configurar os investimentos que são protegidos por tratados, contratos e leis.

A noção de investimento para os fins da arbitragem em investimento estrangeiro é distinta da noção utilizada em economia. O conceito para os fins de um procedimento arbitral pode ser muito amplo, por isso, se não delimitado pelas partes, ficará sob responsabilidade do tribunal arbitral traçar esses limites.

A própria Convenção do ICSID trata o termo amplamente, sem especificar o que exatamente pode ser considerado um investimento. A problemática poderá ser levantada pelo réu durante o procedimento, para tentar desqualificar sua relação com o autor como investimento.

Para os casos em que envolva um BIT remetendo para uma arbitragem no ICSID, duas são as análises que serão feitas pelo tribunal arbitral caso a jurisdição seja desafiada, baseando-se o réu na inexistência de investimento. A primeira análise será com base no art. 25 da Convenção do ICSID, para saber se a disputa condiz com o disposto na Convenção sobre investimento.

A segunda análise será com base na definição disposta no próprio BIT celebrado entre os Estados. O alegado investimento do investidor estrangeiro deverá se enquadrar em ambos os conceitos mencionados, sob pena de o tribunal se declarar incompetente.

Essa dupla análise é conhecida como “*double keyhole*” ou “*double barrelled*”.⁸¹

Não há um conceito padrão ou mesmo uma definição perfeita do que seja investimento para os fins da arbitragem em investimento estrangeiro. Nem poderia. Isto porque no mundo globalizado de hoje em dia, as relações entre Estados, empresas e indivíduos são as mais diversas possíveis e não param de se transformar e inovar. Assim, a definição não pode ser fechada e conclusiva, ela deve permitir certa flexibilidade que torne possível a adesão de novas atividades ou novos bens ainda desconhecidos.

⁸¹ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 117.

Podem-se mencionar os conceitos utilizados em alguns tratados, como tentativa de ilustrar o que tem sido considerado investimento.

O ECT traz a definição de investimento em seu Art. 1, Seção 6⁸²:

(6) "Investimento" significa todo tipo de bem, titularizado ou controlado diretamente ou indiretamente por um Investidor e inclui:

- (a) tangíveis e intangíveis, móveis ou imóveis, propriedade, e quaisquer direitos de propriedade, tais como locações, hipotecas, penhores e garantias;
- (b) uma companhia ou empresa comercial, ou quotas, ações, ou outra forma de participação em capital social em uma companhia ou empresa comercial, e debêntures e outros débitos de uma companhia ou empresa comercial;
- (c) demandas de dinheiro ou demandas de performance, conforme o contrato tendo um valor econômico e associado com um investimento;
- (d) propriedade intelectual;
- (e) devoluções;
- (f) qualquer direito conferido por lei ou contrato ou em virtude de quaisquer licenças e permissões concedidas devido à lei de empreender qualquer atividade econômica no setor energético.

Como se pode perceber do exemplo acima, o conceito de investimento é cuidadosamente elaborado para evitar que se engessem as hipóteses que poderão ser enquadradas nesta condição de investimento. O emprego de palavras como "todo" e "qualquer" demonstram esta preocupação em abranger o maior número possível de atividades, bens ou direitos.

Da mesma forma, o NAFTA procura incluir um amplo leque do que pode vir a ser qualificado como investimento. O NAFTA define investimento com uma lista exaustiva em seu art. 1139⁸³:

⁸² "(6) "Investment" means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes: (a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges; (b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise; (c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment; (d) Intellectual Property; (e) Returns; (f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector."

⁸³ "investment means: (a) an enterprise; (b) an equity security of an enterprise; (c) a debt security of an enterprise (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of

investimento significa:

- (a) uma empresa;
- (b) um título de participação acionária de uma empresa;
- (c) um título de débito de uma empresa
 - (i) considerando que a empresa é uma coligada do investidor, ou
 - (ii) considerando que o vencimento original do título de débito é de pelo menos três anos, mas não inclui um título de débito, independente do vencimento, de uma empresa estatal;
- (d) um empréstimo a uma empresa
 - (i) considerando que a empresa é coligada do investidor, ou
 - (ii) considerando que o vencimento original do empréstimo é de três anos, mas não inclui um empréstimo, independente de seu vencimento, a uma empresa estatal;
- (e) participação em uma empresa que permite ao proprietário da ação receber receita ou lucros da empresa;
- (f) participação em uma empresa que permite ao proprietário da ação receber bens daquela empresa em caso de dissolução, diferente de um título de débito ou um empréstimo não previstos nos subparágrafos (c) ou (d);
- (g) imóvel ou outra propriedade, tangível ou intangível, adquirida na expectativa ou utilizada para o fim de benefício econômico ou outros fins comerciais; e
- (h) participações decorrentes do emprego de capital ou outros recursos no território de uma Parte para atividade econômica em tal território, tais como

the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise; (d) a loan to an enterprise (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the loan is at least three years, but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise; (e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise; (f) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d); (g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and (h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise; but investment does not mean, (i) claims to money that arise solely from (i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or (ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or (j) any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h);"

(i) contratos envolvendo a presença de propriedade do investidor no território da Parte, incluindo contratos *turnkey* ou contratos de empreitada, ou concessões, ou

(ii) contratos em que a remuneração depende substancialmente na produção, receitas ou lucros de uma empresa;

Mas investimento não significa,

(i) demandas por capital que decorrem exclusivamente de

(i) contratos comerciais para a venda de produtos ou serviços por um nacional ou empresa no território e uma Parte para uma empresa no território de outra Partes, ou

(ii) a extensão de crédito em conjunto com uma transação comercial, tal como financiamento comercial, diferentemente de um empréstimo previsto no subparágrafo (d); ou

(j) quaisquer outras demandas por capital, que não envolvam os tipos de participação previstos nos subparágrafos (a) a (h);

Os BITs são tratados específicos firmados por dois Estados apenas, e por isto buscam retratar as intenções deles. Os BITs geralmente apresentam sua própria definição de investimento, portanto esta definição costuma ser diferente entre os diversos BITs, por envolverem Estados distintos.

A maior parte dos BITs apresenta um conceito de investimento e logo depois uma relação de atividades que se enquadram naquele conceito. Um exemplo é o conceito incluído no art. 1º do BIT entre EUA e Bolívia⁸⁴:

A definição de investimento do Tratado é ampla, reconhecendo que investimento pode assumir uma variedade de formas. Todo tipo de investimento é especificamente incorporado na definição; além disso, é expressamente notado que investimento pode consistir ou assumir a forma de qualquer um de um número de interesses, demandas, e direitos.

⁸⁴ "The Treaty's definition of investment is broad, recognizing that investment can take a wide variety of forms. Every kind of investment is specifically incorporated in the definition; moreover, it is explicitly noted that investment may consist or take the form of any of a number of interests, claims, and rights. The Treaty provides an illustrative list of the forms an investment may take. Establishing a subsidiary is a common way of making an investment. Other forms that an investment might take include equity and debt interests in a company; contractual rights; tangible, intangible, and intellectual property; and rights conferred pursuant to law, such as licenses and permits. Investment as defined by the Treaty generally excludes claims arising solely from trade transactions, such as a sale of goods across a border that does not otherwise involve an investment."

O Tratado oferece uma lista ilustrativa das formas que um investimento pode assumir. Estabelecer uma subsidiária é uma forma comum de se fazer um investimento. Outras formas que um investimento pode assumir incluem participação em capital social ou em débitos de uma companhia; direitos contratuais; tangíveis, intangíveis e propriedade intelectual; e direitos conferidos de acordo com a lei, tais como licenças e permissões. Investimento, tal como definido pelo Tratado, exclui demandas provenientes exclusivamente de transações comerciais, tal como venda internacional de bens, que não envolva de nenhuma outra forma investimento.

Existem BITs que se valem em uma definição mais baseada no conceito econômico de investimento, como é o caso do BIT firmado entre EUA e Uruguai⁸⁵:

'investimento' significa todo bem que um investidor detém ou controla, direta ou indiretamente, que tem as características de um investimento, incluindo características tais como o emprego de capital ou outros recursos, a expectativa de ganho ou lucro, ou a assunção de risco. Formas que um investimento pode tomar incluem (...)

Os exemplos apresentados deixam evidente que as definições são as mais distintas possíveis e costumam ser amplas e abrangentes, o que em última análise faz com que o tribunal arbitral se encarregue de dizer se a proteção buscada pela parte que iniciou o procedimento se trata efetivamente de um investimento sob a definição do respectivo BIT.

Este teste duplo realizado pelo tribunal arbitral para avaliar se a disputa sob análise tem como objeto um investimento, é também realizado em arbitragens decorrentes de consentimento pelo Estado receptor em sua legislação nacional ou em contratos de investimento.

Assim, quando existe um contrato de investimento firmado entre investidor e Estado receptor, o tribunal arbitral deverá verificar se existe um investimento conforme a noção de investimento estipulada no contrato e também conforme a noção de investimento prevista na Convenção ICSID.

⁸⁵ *“‘investment’ means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include: (...)”*

A existência de um contrato de investimento celebrado entre Estado receptor e investidor estrangeiro certamente facilita a análise acerca da atividade ou operação que se busca qualificar como investimento.

As partes podem concordar expressamente que aquela operação é, para todos os efeitos, um investimento, ou elas podem estipular naquele instrumento um conceito de investimento que engloba a operação que será desenvolvida entre elas.

Da mesma forma, quando o Estado receptor oferece a arbitragem ao investidor por meio de sua legislação nacional, e a disputa é levada à arbitragem no ICSID, o tribunal arbitral irá averiguar se a disputa trata de um investimento nos termos da legislação do Estado receptor e também nos termos da Convenção ICSID.

Noah Rubins compactua com esta visão:

First, the claimant must establish that the transaction underlying the parties' dispute falls within the scope of the consent to arbitration, whether contained in a contract, national investment law, or international investment treaty. (...) If, however, the claimant opts for ICSID arbitration, or if this is the only option provided in the consent document, then the arbitrators must turn to the definition of investment for purposes of the Washington Convention. (...)⁸⁶

Portanto, quando o tribunal arbitral tiver que verificar se o objeto da disputa se enquadra em sua jurisdição, determinando se se trata de investimento, ele deverá fazer um exercício duplo: analisar a definição de investimento presente na Convenção ICSID e também a definição de investimento no instrumento em que há a oferta de arbitragem pelo Estado receptor, seja em sua legislação interna, em um contrato de investimento ou um tratado específico.

Se a escolha das partes for única e exclusivamente por uma arbitragem ICSID, mas a matéria não se encaixa na definição de investimento prevista na Convenção de Washington, a escolha das partes não será concretizada. No entanto,

⁸⁶ Tradução livre: "Primeiro, o requerente deve estabelecer que a transação subjacente à disputa entre as partes se enquadra dentro do escopo do consentimento à arbitragem, caso contido em um contrato, lei de investimento nacional, ou tratado internacional de investimento. (...) Se, entretanto, o requerente optar pela arbitragem ICSID, ou se esta é a única opção fornecida no documento de consentimento, então os árbitros deverão se voltar à definição de investimento para os fins da Convenção de Washington. (...)" Noah Rubins, **The notion of 'investment' in international investment arbitration**, p. 290.

se for uma arbitragem *ad hoc* ou a ser administrada por outra instituição de arbitragem, ela poderá prosseguir, até porque esta segunda análise será desnecessária.

De toda sorte, o que a prática tem demonstrado é que o consentimento unilateral pelos Estados, por meio de lei interna ou tratados, sempre traz uma definição ampla, que exigirão o trabalho do tribunal arbitral para definir se a operação do caso em estudo se enquadra na noção de investimento.

Os tratados mais antigos, antes de 1990, possuíam uma definição mais restrita de investimento, geralmente vinculando-o a capital ou à existência de uma empresa estabelecida localmente.⁸⁷

Os tratados mais recentes têm adotado uma definição mais abrangente e mais descritiva do que seria investimento. Alguns são extremamente amplos, mencionando qualquer tipo de bem, como é o caso do ASEAN.⁸⁸

3.4 Atividades Consideradas como Investimento

Quando se analisa o investimento, uma das dúvidas que surgem é com relação às atividades econômicas, relações comerciais ou transações que podem vir a ser enquadradas na noção investimento.

A prática tem demonstrado que atividades empreendidas pelos investidores provenientes das mais diversas áreas podem ser consideradas investimento. Dentre elas podem ser destacadas a propriedade de bens móveis ou imóveis, empréstimos, aquisição de títulos públicos de um Estado ou outros títulos de crédito, direitos provenientes de contratos, entre outros.

Tratando da abrangência que os tratados podem conferir às atividades que se enquadram como investimento, McIlwraith e Savage listam estas atividades:

- movable and immovable property;

⁸⁷ Noah Rubins, **The notion of 'Investment' in International Investment Arbitration**, p. 292.

⁸⁸ Art. 1 (3): *The term "investment" shall mean every kind of asset and in particular shall include, though not exclusively: a) movable and immovable property and any other proper rights such as mortgages, liens and pledges; b) shares, stocks and debentures of companies or interests in the property of such companies; c) claims to money or to any performed under contract having a financial value; d) intellectual property rights and goodwill; e) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivative, extract, or exploit natural resources.*

- *shares and interests in companies;*
- *claims to money or to any performance under contract having financial value;*
- *intellectual property rights, including goodwill and know-how; and*
- *business concessions conferred by law or under contract (e.g., to explore, extract and exploit natural resources).*⁸⁹

De toda sorte, considerando a amplitude das atividades que podem se enquadrar como investimento, não se pode criar uma lista exaustiva de atividades pré-definidas como investimento, sob pena de se engessar um conceito que deve ser amplo e flexível para permitir que o tribunal defina no caso concreto se aquele se trata de um investimento.

Existe, contudo, um teste divulgado pela doutrina e aplicado em diversos casos anteriores, que tenta formular requisitos para a verificação da existência de um investimento na atividade analisada, o “Teste Salini”.

3.4.1 “TESTE SALINI”

Um conjunto de critérios utilizado no caso envolvendo *Fedax v Venezuela*⁹⁰ em 1996, e posteriormente aprimorado no caso *Salini v Marrocos*⁹¹ em 2001, se tornou amplamente aceito pela doutrina e confirmado por outros tribunais arbitrais em decisões posteriores (como em *Joy Mining v Egypt*, Decisão da Jurisdição de 06 de agosto de 2004; *Helnan International Hotels v Egypt*, Decisão da Jurisdição, 17 de outubro de 2006), como uma fórmula que auxilia na definição do caráter de investimento da atividade envolvida no caso analisado.

Este conjunto de critérios, que passou a ser conhecido como o Teste Salini⁹², é considerado por satisfazer o art. 25 da Convenção do ICSID, para definir se efetivamente se trata de investimento. Ele possui quatro requisitos básicos: **a contribuição do investidor; duração razoável do projeto de investimento;**

⁸⁹ Tradução livre: “propriedade móvel e imóvel; quotas e participações em companhias; reclamações por dinheiro ou por qualquer cumprimento sob contrato com valor financeiro; direitos de propriedade intelectual, incluindo fundo de comércio e *know-how*; e concessões de negócios conferidas por lei ou contrato (e.g., para explorar, extrair e usar recursos naturais).” Michael Mcwirth; John Savage, **International Arbitration and Mediation: A Practical Guide**, p. 375.

⁹⁰ *Fedax v Venezuela*, decisão da Jurisdição de 11 de julho de 1997.

⁹¹ *Salini v Marrocos*, decisão da jurisdição de 23 de julho de 2001.

⁹² *Salini Test*, na expressão em inglês.

existência de risco operacional; e contribuição para o desenvolvimento do Estado receptor.⁹³

O primeiro dos critérios diz respeito à contribuição do investidor. Por ser um critério extremamente subjetivo, qualquer recurso significativo transferido ao Estado receptor poderá satisfazer esse critério. Este recurso pode ser capital, *know how*, equipamentos ou pessoal.⁹⁴

Pela sua característica pouco objetiva, parte da doutrina considera que este critério é o menos relevante, por oferecer ao tribunal grande discricionariedade para estabelecer se o montante é relevante, até mesmo pela posição das partes, ou seja, um investimento de US\$ 100,000.00 (cem mil dólares) pode ser muito para uma empresa em início de operação, mas uma pechincha para uma grande multinacional, como IBM. Por outro lado, um montante que pode ser insignificante para os EUA, pode ser fundamental para a Guatemala.⁹⁵

Ademais, os próprios redatores da Convenção ICSID, ao considerarem inserir uma disposição estabelecendo limites mínimos, como requisito à jurisdição do ICSID, acabaram desistindo da inserção, por ser incoerente com o intuito da Convenção.

O segundo critério trata da duração do projeto de investimento. A longa duração do investimento é relevante para o Estado receptor, pois ele oferece proteção para os recursos que entram e permanecem em seu território por um período razoável, e que, por conseguinte, não seja apenas uma aventura comercial, que pode ser retirada a qualquer momento, prejudicando sua estabilidade econômica.

No entanto, a ausência exclusiva deste critério, dificilmente fará com que o tribunal desconsidere o investimento, caso se demonstre ser uma operação de curto prazo.

O terceiro critério é talvez o mais relevante: a existência de risco na operação. Este risco deve ser assumido por ambas as partes envolvidas, pois de um lado o

⁹³ Rudolf Dolzer; Christoph Schreuer, **Principles of international investment law**, p. 68.

⁹⁴ Rudolf Dolzer; Christoph Schreuer, **Principles of international investment law**, p. 68.

⁹⁵ Noah Rubins, **The notion of 'Investment' in International Investment Arbitration**, p. 298.

investidor oferece seus recursos para viabilizar a transação, e de outro o Estado receptor oferece uma proteção especial a esse investidor, na tentativa de atraí-lo a alocar seus recursos no território do Estado receptor. Há, portanto, a necessidade de um compartilhamento de riscos, sendo que em caso de falha na transação (risco do investidor) existe uma proteção legal internacional a ele (risco do Estado receptor).

Schreuer elenca alguns fatores que podem ser considerados como risco:

A existência de um risco foi sempre confirmada pelos tribunais. A própria existência da disputa foi vista como uma indicação de risco. Também, tribunais concluíram que risco era inerente em qualquer contrato comercial de longo prazo. O clima político e econômico do Estado receptor e a necessidade de confiar nas cortes nacionais também foram vistas como fatores de risco.⁹⁶

A ausência de risco para o investidor, como nos casos em que um contrato é firmado em que qualquer prejuízo da operação seria assumido pelo Estado receptor, e ainda há uma oferta de arbitragem de investimento internacional, não se pode configurar aí um investimento, ante todas as prerrogativas recebidas pelo suposto investidor.

Dentro deste critério, há que se mencionar um fator a ele intimamente relacionado, a expectativa de lucro. Parte da doutrina considera esse fator um critério a parte⁹⁷, mas outra parte o descarta como um fator relevante⁹⁸. A expectativa de algum retorno pelo investimento realizado é inerente ao investidor ao desembolsar qualquer quantia para um novo projeto, mesmo que o lucro nunca venha a se concretizar.

O último critério é a contribuição para o desenvolvimento do Estado receptor. Este critério é o único analisado sob a perspectiva do Estado receptor, ou seja, qual a importância do investimento para seu desenvolvimento. Esta análise pontual envolve toda uma questão econômica, política, histórica e cultural do Estado receptor, para que se possa verificar qual a relevância daquele investimento naquele momento.

⁹⁶ Tradução livre de Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 131. Notas de rodapé omitidas.

⁹⁷ Noah Rubins, **The notion of 'Investment' in International Investment Arbitration**, p. 298.

⁹⁸ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 129.

A Convenção ICSID possui disposição em seu preâmbulo sobre a importância do desenvolvimento do Estado receptor, até mesmo pelo fato do ICSID ser vinculado ao Banco Mundial:

Considerando a necessidade para cooperação internacional para o desenvolvimento econômico, e o papel de investimento internacional privado nisto;⁹⁹

Assim, é extremamente compreensível a atribuição de maior peso a este critério quando se trata de uma arbitragem ICSID, de que numa arbitragem *ad hoc* ou em outra instituição.

Alguns Estados que conferem proteção de risco aos investidores têm agências especializadas que analisam projetos de investimento e os qualificam como contribuintes ao desenvolvimento daquele Estado. Esta qualificação imediatamente o habilita a buscar a proteção internacional oferecido em caso de expropriação.

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

Vale destacar que a presença nítida de todos os critérios mencionados não é obrigatória por qualquer tribunal arbitral, mas sem dúvida constitui um método que o auxilia na árdua tarefa de verificar a presença de um investimento. Destarte, o tribunal irá analisar no caso concreto se encontra indícios daqueles critérios, ainda que um mais evidente que outro, ou, ainda, que eles estejam inter-relacionados¹⁰⁰.

A relação de critérios acima é utilizada juntamente com a previsão sobre investimentos do BIT firmado entre os Estados envolvidos, ou o contrato firmado entre investidor e Estado receptor, ou ainda uma eventual legislação interna do Estado receptor, ou seja, qualquer instrumento que contenha o consentimento das partes para uma arbitragem sob o ICSID e que possa prever outros critérios.

⁹⁹ No original em inglês: "*Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein;*"

¹⁰⁰ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 133.

3.5 O Consentimento das Partes à Arbitragem ICSID

O art. 25(1) da Convenção ICSID dispõe que "(...) as partes da disputa consentem por escrito para submeter ao Centro.¹⁰¹"

Esta afirmação se traduz em um requisito, como mencionado acima, pois conforme ressaltado já no preâmbulo da Convenção ICSID:

Declarando que nenhum Estado Contratante deverá, pelo mero fato da sua ratificação, aceitação ou aprovação desta Convenção e sem o seu consentimento, ser considerado como estando sob qualquer obrigação de submeter qualquer disputa específica à conciliação ou à arbitragem.¹⁰²

Disto conclui-se que além da ratificação da Convenção ICSID, o Estado deverá consentir por escrito para que esteja sujeito a uma arbitragem perante o ICSID. Este consentimento poderá estar contido em um instrumento bilateral firmado pelas partes, *e.g.* um contrato de investimento, como poderá ser apenas uma oferta unilateral à jurisdição do ICSID, por meio de um tratado ou pela legislação interna daquele Estado, a qual deverá ser futuramente aceita pelo investidor estrangeiro.

O consentimento em um instrumento bilateral firmado entre as partes pode ser tanto a cláusula compromissória contida em um contrato de investimento, a qual prevê que futuras disputas oriundas do investimento serão remetidas ao ICSID; como pode ser também por meio de um compromisso firmado entre investidor estrangeiro e Estado receptor, após a constatação da existência de um conflito específico entre as partes. A dificuldade neste segundo caso reside no fato de que, existindo uma controvérsia entre as partes, elas dificilmente irão concordar com os termos de um compromisso para instituir a arbitragem.

O consentimento por meio da legislação interna de um Estado é uma forma de consentimento unilateral pelo Estado receptor. Como é unilateral, em um primeiro momento constitui apenas uma oferta, que se tornará vinculante somente se o investidor estrangeiro aceitá-la no futuro.

¹⁰¹ Article 25(1) "the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre."

¹⁰² "**Declaring** that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration."

Conforme já ressaltado, as legislações nacionais que oferecem a arbitragem como meio de resolver disputas relacionadas a investimento estrangeiro variam substancialmente, inclusive na abrangência dos tipos de controvérsias que cada uma delas considera como passível de julgamento perante o ICSID.

Há outros casos em que o Estado receptor apenas menciona em sua legislação interna a possibilidade de utilização do ICSID, como fórum para resolver qualquer disputa relacionada a investimento, desde que o investidor estrangeiro e o Estado receptor assim concordem, por meio de algum outro instrumento.

Neste caso, nota-se que não existe um consentimento prévio do Estado receptor, há apenas uma menção à possibilidade de se utilizar as instalações do ICSID, se assim for posteriormente acordado entre as partes. Apresentam legislação deste tipo diversos países, como Egito, Tanzânia, Moçambique, Madagascar.

O mesmo princípio aplicado ao consentimento por meio da legislação interna é também aplicado aos tratados, em que os Estados fazem sua oferta de arbitragem no ICSID. Os tratados podem ser bilaterais (BITs) ou multilaterais.

Um aspecto fundamental para que o ICSID tenha jurisdição sobre a demanda é que o tratado esteja em vigor quando do requerimento para instituição do procedimento arbitral.

Bem como no caso das legislações nacionais, os BITs podem apresentar as mais distintas formas de consentimento do Estado receptor ao ICSID. Enquanto alguns oferecem a arbitragem pelo ICSID como o único meio de solução de controvérsias, outros oferecem a arbitragem pelo ICSID como uma das formas de resolução de conflitos, como é o caso do BIT entre EUA e Uruguai¹⁰³.

¹⁰³ "Art. 24(3). Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:
(a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;
(b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;
(c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or
(d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules."

Ao investidor, cuja nacionalidade é de um Estado-parte de um BIT prevendo arbitragem ICSID, caberá consentir à arbitragem pelo ICSID, o que geralmente é feito por meio do próprio requerimento para que a arbitragem seja instituída.

Há de se ressaltar que se o Estado deseja iniciar o procedimento, ele não poderá fazê-lo até que o investidor estrangeiro consinta com a jurisdição do ICSID, pois a oferta contida no BIT vincula somente os Estados signatários do tratado, não se estendendo aos nacionais de qualquer um deles.

Os tratados multilaterais são munidos da mesma lógica dos BITs, de modo que eles oferecem uma oferta de consentimento ao ICSID, que poderá ser eventualmente aceita por um investidor estrangeiro de nacional de algum dos demais Estados-parte do tratado.

Os principais tratados multilaterais que possuem disposição remetendo disputas de investimento à arbitragem ICSID são o NAFTA¹⁰⁴ e o Energy Charter Treaty (ECT).

O NAFTA tem como signatários EUA, México e Canadá, sendo que os dois últimos países não são signatários da Convenção ICSID. Assim, a previsão da cláusula 1122¹⁰⁵ do NAFTA, que possui expresso consentimento das partes para uma arbitragem ICSID, não tem validade para estes dois países não signatários da Convenção ICSID.

Como o mencionado artigo do NAFTA também oferece consentimento para as Instalações Adicionais do ICSID, as demandas referentes a investimento entre nacionais dos EUA e México ou Canadá, ou entre os EUA e nacionais do México ou do Canadá poderão ser resolvidas por aquela instituição. Já as demandas de investimento entre nacionais do Canadá e México, ou entre Canadá e nacionais do

¹⁰⁴ **“Article 1120: Submission of a Claim to Arbitration**

1. Except as provided in Annex 1120.1, and provided that six months have elapsed since the events giving rise to a claim, a disputing investor may submit the claim to arbitration under:

(a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention;

(b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention; or

(c) the UNCITRAL Arbitration Rules.”

¹⁰⁵ **“Article 1122: Consent to Arbitration**

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement.”

México somente poderão ser resolvidas pela terceira alternativa, que seria uma arbitragem pelas regras da UNCITRAL.

Vale destacar, por fim, que o NAFTA prevê apenas que a arbitragem pode ser iniciada pelo investidor estrangeiro, mas não pelo Estado receptor.

O ECT é um tratado firmado entre a União Europeia, diversos países europeus e asiáticos para cooperação no setor de energia. Seu art. 26(4)¹⁰⁶ contém a previsão da jurisdição do ICSID para decidir demandas de investimento, desde que assim escolhido pelo investidor.

Bem como ocorre no NAFTA, pelo ECT apenas o investidor estrangeiro pode remeter a controvérsia a uma arbitragem ICSID.

3.6 O Momento do Consentimento das Partes

Conforme previsto na 2ª Regra do Regulamento do ICSID¹⁰⁷, a data do consentimento será a data em que as partes consentiram expressamente em remeter a disputa ao ICSID. Caso as partes não dêem seu consentimento no mesmo dia, será considerada a data do segundo ato de consentimento.

É perfeitamente possível que o instrumento de consentimento tenha sido firmado pelas partes, mas ainda não seja eficaz devido à necessidade de cumprimento de alguma condição.

¹⁰⁶ "(4) In the event that an Investor chooses to submit the dispute for resolution under subparagraph (2)(c), the Investor shall further provide its consent in writing for the dispute to be submitted to:
(a) (i) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington, 18 March 1965 (hereinafter referred to as the "ICSID Convention"), if the Contracting Party of the Investor and the Contracting Party party to the dispute are both parties to the ICSID Convention; or
(ii) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention referred to in subparagraph (a)(i), under the rules governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre (hereinafter referred to as the "Additional Facility Rules"), if the Contracting Party of the Investor or the Contracting Party party to the dispute, but not both, is a party to the ICSID Convention;
(b) a sole arbitrator or ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as "UNCITRAL"); or
(c) an arbitral proceeding under the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce."

¹⁰⁷ "(3) "Date of consent" means the date on which the parties to the dispute consented in writing to submit it to the Centre; if both parties did not act on the same day, it means the date on which the second party acted."

Um exemplo claro de consentimento sem eficácia seria um contrato firmado pelas partes elegendo a jurisdição do ICSID como competente para julgar disputas de investimento entre as partes, mas o Estado receptor ou o Estado de nacionalidade do investidor ainda não ratificou a Convenção ICSID.

O consentimento somente estará perfeito no momento em que ocorrer a ratificação e a Convenção ICSID entrar em vigor para aquele Estado. Neste caso, será considerada a data de consentimento a data em que todas as condições foram satisfeitas.

O momento em que o consentimento de ambas as partes é dado para a jurisdição do ICSID é relevante por alguns motivos. Primeiramente, deve-se destacar que uma vez dado o consentimento, ele se torna irrevogável¹⁰⁸.

Outro motivo a ser apontado é o fato de que a nacionalidade do investidor estrangeiro será determinada de acordo com o momento em que foi dado o consentimento, de modo que ele deverá ser nacional de outro Estado Contratante no momento de seu consentimento.

A data do consentimento ainda previne as partes de futuras alterações da Convenção ICSID ou de suas regras, pois serão aplicadas as regras e a Convenção pelo texto em vigor quando do consentimento pelas partes.

Vale ainda ressaltar que caso um Estado denuncie a Convenção ICSID, seus consentimentos anteriores à data da denúncia não serão revogados.

De toda sorte, o momento em que o consentimento há que ter sido dado é no momento de instituição do procedimento arbitral, conforme disposto no Relatório dos Diretores Executivos¹⁰⁹. Caberá ao Secretário-Geral do ICSID verificar se a documentação que instrui o requerimento contém o consentimento por escrito das

¹⁰⁸ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 219.

¹⁰⁹ "24. Consent of the parties must exist when the Centre is seized (Articles 28(3) and 36(3)) but the Convention does not otherwise specify the time at which consent should be given. Consent may be given, for example, in a clause included in an investment agreement, providing for the submission to the Centre of future disputes arising out of that agreement, or in a *compromis* regarding a dispute which has already arisen. Nor does the Convention require that the consent of both parties be expressed in a single instrument. Thus, a host State might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain classes of investments to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent by accepting the offer in writing."

partes, para que a jurisdição do ICSID seja aceita¹¹⁰, de modo que a validade deste consentimento será analisada pelo tribunal arbitral, uma vez constituído¹¹¹.

A extensão do consentimento para a jurisdição do ICSID também pode variar, sendo mais abrangente em alguns casos e mais restrita em outros. Desta forma, a cláusula que remete à arbitragem ICSID poderá mencionar que todas as disputas poderão ser remetidas à arbitragem do ICSID, ou podem se limitar a disputas envolvendo apenas matérias específicas, como, por exemplo, expropriação de bens do investidor estrangeiro.

Quando a previsão da arbitragem ICSID está disposta em um contrato de investimento, ambas as partes estão ali delimitando a que tipo de disputa seu consentimento está sendo dado.

Já no caso da oferta de arbitragem ICSID por meio da legislação interna de um Estado receptor ou por meio de um tratado, o investidor estará limitado pela extensão do consentimento do Estado receptor, ou seja, o investidor somente terá direito à arbitragem ICSID se a disputa estiver dentro do escopo determinado no consentimento do Estado receptor.

É possível ainda que a cláusula, que elege a arbitragem ICSID como meio de solução de controvérsias, contenha alguma condição prévia para que a arbitragem possa ser instituída.

Um exemplo desta condição a ser satisfeita é a tentativa de resolução amigável da controvérsia. É comum que as cláusulas estipulem um prazo dentro do qual as partes terão que tentar atingir um acordo, como é o caso do Artigo 10 do BIT modelo da Alemanha de 2008:

(1) Disputas relacionadas a investimentos entre um Estado Contratante e um investidor do outro Estado Contratante deverão, assim que possível, ser resolvidas amigavelmente entre as partes da disputa. (...)

¹¹⁰“Art. 36(3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.”

¹¹¹“Art. 41(1) The Tribunal shall be the judge of its own competence.

(2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.”

(2) Se a disputa não puder ser resolvida dentro de seis meses da data em que ela foi suscitada por uma das partes da disputa, ela deverá, pelo requerimento do investidor do outro Estado Contratante, ser submetida à arbitragem.¹¹²

Este tipo de condição, no entanto, não é imprescindível para que a arbitragem seja instituída, pois se pode considerar que se trata de uma condição procedimental¹¹³. Desta forma, se iniciada a arbitragem sem que o período para tentativa de solução amigável tenha esvaído, verificando que esta tentativa seria em vão, o procedimento arbitral poderia ser desenrolado, até porque as partes não estariam impedidas de, durante o procedimento, manter contato paralelo para tentar um acordo.

Schreuer ainda menciona uma alternativa interessante a ser aplicada nestes casos:

(...) Uma forma melhor de lidar com a não-conformidade com o período de espera é a suspensão de procedimentos para permitir tempo adicional para negociações, se estas parecerem promissoras.¹¹⁴

A exaustão dos remédios locais consiste em outra condição procedimental para que a arbitragem ICSID seja iniciada. Apesar das cláusulas compromissórias mais modernas, que remetem a disputa à arbitragem ICSID, não apresentarem mais tal condição, ainda é possível encontrá-la, como no Artigo 10º BIT entre Argentina e Alemanha de 1991:

(2) Se uma controvérsia, no sentido do parágrafo 1, não puder ser dirimida dentro do prazo de seis meses, contado desde a data em que uma das partes da controvérsia a tenha promovido, será submetida, por meio de requerimento de uma delas, aos tribunais competentes da Parte Contratante, em cujo território o investimento se realizou.

(3) A controvérsia poderá ser submetida a um tribunal arbitral internacional, em qualquer das seguintes circunstâncias:

¹¹² "Article 10 (1) Disputes concerning investments between a Contracting State and an investor of the other Contracting State should as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute. (...); (2) If the dispute cannot be settled within six months of the date on which it was raised by one of the parties to the dispute, it shall, at the request of the investor of the other Contracting State, be submitted to arbitration."

¹¹³ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p.237.

¹¹⁴ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p.239.

a) por requerimento de uma das partes da controvérsia, quando não haja uma decisão sobre o mérito, depois de transcorridos dezoito meses, contados a partir do início do processo judicial previsto no parágrafo 2 deste artigo, ou quando exista tal decisão, mas a controvérsia persista entre as partes;¹¹⁵

Este tipo de cláusula demonstra claramente um entrave à praticidade que se pretende conferir à instituição do procedimento arbitral. Os efeitos mais prováveis de uma cláusula com aquele conteúdo são o atraso e o custo adicional¹¹⁶, pois certamente a parte insatisfeita com o resultado do processo judicial irá tentar uma nova decisão pela via arbitral.

3.7 (IR)Revogabilidade do Consentimento

Por meio de seu preâmbulo, ou pela parte final do art. 25(1), a Convenção ICSID explicita que o consentimento para a arbitragem ICSID é irrevogável. Para que a irrevogabilidade do consentimento produza efeitos, é imprescindível que tal consentimento tenha se tornado eficaz.

A simples oferta para a jurisdição do ICSID pode ser retirada a qualquer momento pelo Estado que a ofereceu, exceto se existe alguma proibição a esta renúncia no próprio instrumento no qual a oferta foi feita, ou ainda se a oferta já foi aceita pelo investidor estrangeiro.

Nesta esteira, a revogação de uma legislação nacional, que possui uma oferta de arbitragem ICSID, pelo Estado receptor fará com que tal oferta se torne prescrita ao investidor que ainda não aceitou a oferta formalmente, enquanto ela ainda estava em vigor.

Neste mesmo sentido, o consentimento à arbitragem ICSID contido em um tratado, também depende da aceitação do investidor para que se torne completo.

¹¹⁵ "Artículo 10 (2) Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. (3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:(a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes;"

¹¹⁶ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p.240.

Assim, após a aceitação deste, a oferta se tornará irrevogável, por mais que o Estado receptor tente alterar ou denunciar o tratado.

A situação é outra se o consentimento é feito por meio de um contrato de investimento. Neste caso, o meio pelo qual uma parte pode alegar a ausência de consentimento é o término ou invalidade do contrato que contém a cláusula compromissória. Pois se este for o caso, pode-se tentar alegar que um tribunal arbitral não teria nem mesmo poderes para verificar sua própria competência, uma vez que o contrato, bem como todas as suas cláusulas, não estaria mais em vigor.

Para evitar que tal situação se instaure, como precaução, é válida a atenção quando da redação da cláusula compromissória para que conste expressamente o poder do tribunal arbitral de analisar a validade do contrato, bem como a validade da cláusula durante e após a vigência contratual. Assim, caso o contrato fosse acusado de ser inválido ou concluído, o tribunal teria plena competência para analisá-lo.

Caso a cláusula não contenha as disposições acima, poderá ser aplicado o princípio da autonomia da cláusula compromissória, ou *doctrine of separability*, na expressão em inglês¹¹⁷. Conforme este princípio, a cláusula compromissória é independente do contrato em que está contida. Assim, a instituição do tribunal arbitral não dependeria da validade ou vigência do contrato em que está contida, estando o tribunal arbitral apto a ser constituído e aferir sua própria competência.

Vale destacar que esta noção de irrevogabilidade somente surge se a tentativa de renúncia ao consentimento é feita unilateralmente por uma das partes, uma vez que se ambas as partes que deram o consentimento desejarem renunciar a este, elas poderão fazê-lo, antes ou depois de instituído o tribunal arbitral¹¹⁸.

Assim, caso o Estado receptor deseje fazer uso do art 25(4) da Convenção ICSID, notificando o ICSID a fim de limitar o conjunto de classes a que o ICSID teria jurisdição para decidir, sua notificação surtiria efeitos apenas para consentimentos futuros à arbitragem ICSID, uma vez que tal limite ou renúncia não seriam aplicáveis a consentimentos anteriores.

¹¹⁷ Julian D. M. Lew; Loukas A. Mistelis; Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, p. 102.

¹¹⁸ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p.255.

A mesma lógica se aplica ao Estado que deseja se valer do disposto no art. 71 da Convenção:

Qualquer Estado Contratante pode denunciar esta Convenção por meio de notificação expressa ao depositário desta Convenção. A denúncia deverá surtir efeito seis meses após o recebimento de tal notificação.¹¹⁹

Pois conforme define o art. 72, a denúncia da Convenção não atingirá os consentimentos anteriores a ela:

A notificação por um Estado Contratante, de acordo com os Artigos 71 e 72, não deverá afetar os direitos ou as obrigações oriundas desta Convenção, daquele Estado ou de qualquer de suas subdivisões ou agências ou de qualquer nacional daquele Estado, provenientes de consentimento à jurisdição do Centro, dada por um deles, antes que tal notificação fosse recebida pelo depositário.¹²⁰

Também será proibida, portanto, a retirada de aprovação do consentimento de uma de suas subdivisões ou agências, nos termos do art. 25(3), bem como a retirada da designação delas ao ICSID, nos termos do art. 25(1). Pois uma vez que o Estado Contratante notifica o ICSID de qualquer destas retiradas, o consentimento anterior não pode ser prejudicado.

Por fim, a alegação do Estado receptor de que seu consentimento não é válido, devido à sua incapacidade quando consentiu, também não poderá ser argüida.

Não é incomum que um Estado alegue a invalidade de seu consentimento, devido à restrição em sua legislação interna para submissão de disputas à arbitragem, ou ainda que o consentimento não obedeceu aos procedimentos estipulados em lei ou não foi efetuado pelo órgão competente.

Estes argumentos não podem, como geralmente não são, acatados pelos tribunais arbitrais. O Estado não pode alegar a inobservância de sua própria lei ao consentir com a arbitragem. Ao tentar se valer deste argumento para afastar a

¹¹⁹ "Article 71: Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice."

¹²⁰ "Article 72: Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary."

jurisdição do ICSID, está latente a má-fé do Estado parte do procedimento, que não poderá se valer de sua própria violação de normas legais¹²¹.

3.8 Partes Envolvidas em Investimento Estrangeiro

Ao tratar da jurisdição no art. 25, a Convenção ICSID traz expressamente quem são as partes que estão aptas a figurar nos pólos ativo e passivo das disputas remetidas ao ICSID.

Conforme dispõe o mencionado artigo, as partes deverão necessariamente ser "(...) um Estado Contratante (ou qualquer subdivisão ou agência componente de um Estado Contratante, indicada ao Centro por aquele Estado) e um nacional de outro Estado Contratante, (...) "¹²².

Apesar de aparentemente simples e objetiva a disposição acima, diversos são os aspectos que devem ser analisados para que se admita uma parte como competente a figurar em um dos pólos de uma arbitragem ou conciliação ICSID.

Desta feita, cada uma das partes será analisada minúcia e separadamente.

3.8.1 O Estado Contratante da Convenção ICSID

Quando se trata das partes envolvidas em uma arbitragem de investimento estrangeiro ICSID, tem-se de um lado um Estado. Quanto a este, não resta dúvida de que se trata de um ente soberano, pessoa jurídica de direito internacional, dotado de personalidade internacional.¹²³ Para que seja reconhecido com tal, alguns requisitos devem ser preenchidos pelo Estado: (a) população permanente; (b) território definido; (c) presença de um governo soberano; (d) capacidade de manter relações com outros Estados¹²⁴.

Conforme já explanado, para que o Estado seja submetido a uma arbitragem no ICSID, ele deve obrigatoriamente ser um Estado Contratante da Convenção de Washington. De acordo com o disposto nela, será um Estado contratante aquele que

¹²¹ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p.262.

¹²² Art. 25 (1) da Convenção ICSID: "(...) a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, (...)".

¹²³ Francisco Rezek, **Direito Internacional Público: Curso Elementar**, p. 151.

¹²⁴ Anthony Aust, **Handbook of International Law**, p. 15.

tiver depositado seu instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, entrando em vigor 30 dias após o depósito deste instrumento¹²⁵. Portanto, não basta ser signatário da Convenção ICSID.

Nenhum Estado poderá ser parte em uma controvérsia administrada pelo ICSID sem que seja parte da Convenção deste órgão, mesmo que as partes tenham concordado expressamente na possibilidade da arbitragem no ICSID. Assim, uma arbitragem *ad hoc* pelo ICSID por um Estado que não a tenha ratificado está descartada¹²⁶.

Um detalhe relevante a ser destacado é que o momento em que o Estado deve ser parte da Convenção de Washington para que ele esteja apto à arbitragem no ICSID, ocorre quando da instauração do procedimento arbitral, ou seja, quando da existência da controvérsia e de sua notificação ao Centro.

Será irrelevante o fato de o Estado parte da arbitragem não ter ratificado a Convenção de Washington anteriormente, no momento em que consentiu com a arbitragem, seja em tratado, contrato ou em sua legislação interna¹²⁷. A idéia está bem destacada na sentença do caso envolvendo *Cable TV v St Kitts and Nevis*:

(...) estabelece o princípio de que a data crítica para determinar o status de um Estado contratante é a data de submissão da disputa ao ICSID, do que a data do acordo contendo a cláusula compromissória do ICSID.¹²⁸

Ainda vale destacar que, se o pedido para instauração da arbitragem é enviado para análise do Secretário-Geral durante o período de 30 dias posterior ao depósito da ratificação da Convenção ICSID, o Secretário-Geral deverá aguardar o transcurso de tal prazo para então aceitar o pedido de instauração¹²⁹.

¹²⁵ **Article 68 (1)** *This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States in accordance with their respective constitutional procedures. (2) This Convention shall enter into force 30 days after the date of deposit of the twentieth instrument of ratification, acceptance or approval. It shall enter into force for each State which subsequently deposits its instrument of ratification, acceptance or approval 30 days after the date of such deposit.*

¹²⁶ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 144.

¹²⁷ Larissa Ramina, **Direito Internacional dos Investimentos**, p. 211.

¹²⁸ *Cable TV v St. Kitts and Nevis*, sentença de 13 de janeiro de 1997, parágrafo 4.09.

¹²⁹ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p.144.

3.8.2 Uma Subdivisão ou Agência Componente de um Estado Contratante como Parte da Arbitragem ICSID

O conteúdo da disposição entre parênteses do art. 25(1) da Convenção ICSID abre um leque de opções que poderão ser equiparadas ao Estado Contratante pelo tribunal arbitral, estendendo o status de Estado receptor a subdivisões ou agências do Estado Contratante.

Schreuer explica a hipótese:

Em muitos Estados, os acordos de investimento são firmados não pelo próprio governo, mas por companhias ou agências criadas por lei e empresas públicas que exercem funções públicas, mas são legalmente distintas do Estado. Também, em alguns Estados, não é o governo central, mas outra entidade, como uma província ou até mesmo um município que lidam com investidores estrangeiros.¹³⁰

Vale destacar, no entanto, que o Estado Contratante não se exime da responsabilidade de uma de suas agências, corporações ou outras entidades políticas. Conforme já restou decidido em alguns casos, a responsabilidade internacional do Estado contratante permanece, ainda que internamente quem responderá isoladamente será a agência ou subdivisão contratante, que possui personalidade jurídica própria dentro daquele Estado.

No caso *Vivendi v Argentina* a questão foi exemplificada para tornar sua compreensão mais fácil:

(...) Por exemplo, no caso de uma demanda baseada em um tratado, as regras de direito internacional de atribuição se aplicam, com o resultado que o Estado da Argentina é internacionalmente responsável pelos atos de suas autoridades provincianas. Por outro lado, o Estado da Argentina não é responsável pelo cumprimento de contratos firmados por Tucumán, que possui personalidade jurídica separada, sob sua própria lei e é responsável pelo cumprimento de seus próprios contratos.¹³¹

¹³⁰ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p.149.

¹³¹ Tradução livre de *Vivendi v Argentina*, Decisão de Anulação, par. 96: "(...) For example, in the case of a claim based on a treaty, international law rules of attribution apply, with the result that the state of Argentina is internationally responsible for the acts of its provincial authorities. 67 By contrast, the state of Argentina is not liable for the performance of contracts entered into by Tucumán, which

Assim, independente de existir ou não uma nomeação do Estado Contratante para que uma subdivisão ou agência interna deste Estado sejam parte de uma arbitragem ICSID, a responsabilidade do Estado Contratante permanece, caso ele mesmo seja o signatário de um BIT, e pela noção de unidade do Estado, que mantém a sua responsabilidade internacional. Harten trata do assunto:

*(...) Also, the principle of the unity of the state, consistent with the state's representative status, makes the state responsible for the acts of all its constituent elements regardless of how sovereign authority is subdivided in domestic law.(...)*¹³²

Por outro lado, a subdivisão ou agência somente poderá ser parte de um procedimento arbitral se houver a prévia indicação pelo Estado Contratante, uma vez que, em última análise, é ele o signatário e contratante da Convenção ICSID.

Portanto, a idéia encampada no art. 25(3), é a de que o Estado Contratante deve indicar previamente as subdivisões e agências que podem representá-lo no âmbito internacional, para que assim possam elas mesmas firmar instrumentos remetendo ao ICSID uma disputa, na qual poderá figurar tanto a agência ou subdivisão como o Estado Contratante. Pois, caso este não tenha previamente nomeado a entidade ao ICSID, ele não poderá ser parte de um procedimento arbitral perante o Centro, somente aquela entidade que firmou o instrumento com cláusula elegendo o ICSID.

A indicação pelo Estado Contratante deve ser feita diretamente ao ICSID. Não existe nenhuma formalidade exigida pelo ICSID, mas algum tipo de comunicação diretamente a ele com o fim da nomeação, deve ser efetuado pelo Estado Contratante.

Apesar de ser apropriado indicar a agência ou subdivisão do Estado Contratante no momento em que ela firma um contrato de investimento, o momento em que a mencionada entidade do Estado Contratante deve ter sido indicada ao ICSID é o momento do pedido de instauração do procedimento arbitral, pois

possesses separate legal personality under its own law and is responsible for the performance of its own contracts."

¹³² Tradução livre: "(...) Também, o princípio da unidade do estado, consistente com o status representativo do estado, torna o estado responsável pelos atos de todos os seus elementos constitutivos, independentemente de como a autoridade soberana é subdividida na lei interna." Gus Van Harten, **Investment Treaty Arbitration and Public Law**, p. 66.

somente aí será verificada a legitimidade das partes para figurar nos respectivos pólos da demanda.

3.8.3 Definição de Nacional de Outro Estado Contratante

Já o investidor estrangeiro é um indivíduo ou empresa privada (ou pública)¹³³, constituídos sob o direito nacional de algum outro Estado, e que realizam investimentos no Estado receptor.

A idéia é, portanto, que Estados agindo como investidores estejam fora da jurisdição do ICSID¹³⁴. Somente companhias com capital do Estado, sejam de economia mista ou de propriedade exclusiva de um Estado, que não desenvolvam funções essencialmente governamentais, podem se qualificar como parte em um procedimento no ICSID.

O caso entre *CSOB v Eslováquia* segue esta linha, afirmando que é possível a uma empresa com capital público figurar em uma demanda perante o ICSID:

Portanto, a questão de se uma companhia se qualifica como um “nacional de outro Estado Contratante” dentro do significado do Artigo 25(1) não depende de se a companhia é ou não parcialmente ou integralmente possuída pelo governo. Em vez disso, o teste aceito para fazer esta determinação foi formulado da seguinte forma: “... para os propósitos da Convenção, uma companhia de economia mista ou uma empresa possuída pelo governo não deveriam ser desqualificadas como um ‘nacional de outro Estado Contratante’, a não ser que esteja agindo como um agente para o governo ou esteja cumprindo uma função essencialmente governamental”¹³⁵.

¹³³ As empresas públicas, controladas pelo governo do Estado de sua origem, quando atuam comercialmente, são equiparadas às empresas privadas. Assim, para fins de investimento estrangeiro, também são consideradas como pessoas jurídicas de direito privado.

¹³⁴ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p.161.

¹³⁵ Tradução livre de *CSOB v Eslováquia*, Decisão sobre a Jurisdição, parágrafo 17, citando ao final A. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 135 Hague Rec. d. Cours 331, at 354–5 (1972): *It follows that the question whether a company qualifies as a “national of another Contracting State” within the meaning of Article 25(1) does not depend upon whether or not the company is partially or wholly owned by the government. Instead, the accepted test for making this determination has been formulated as follows: “... for purposes of the Convention a mixed economy company or government-owned corporation should not be disqualified as a ‘national of another Contracting State’ unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function.”*

Vale destacar que o momento em que o Estado de origem do investidor estrangeiro deve ser um Estado Contratante da Convenção ICSID é no momento de instituir o procedimento arbitral.

As regras aplicadas ao Estado receptor, com relação à ratificação da Convenção ICSID, são as mesmas, *mutatis mutandis*, ao Estado de origem do investidor estrangeiro. Assim, é perfeitamente válido o consentimento para uma arbitragem ICSID pelo investidor estrangeiro enquanto seu Estado de origem ainda não tenha ratificado a Convenção. No entanto, no momento em que houver o requerimento para instituição da arbitragem, o Estado de origem deverá ter ratificado a Convenção ICSID.

3.8.4 Legitimidade do Investidor Estrangeiro para iniciar a Arbitragem

Surge, no entanto, uma questão de legitimidade do investidor estrangeiro para iniciar um procedimento arbitral, em caso de descumprimento do tratado, contrato ou legislação que protegem o investidor estrangeiro.

Este assunto merece especial atenção, uma vez que diversas são as formas jurídicas em que o investidor pode se revestir para efetivamente realizar o investimento. O investidor pode constituir uma empresa no Estado receptor, e conforme a legislação deste; pode realizar o investimento através de aporte de capital diretamente proveniente de sua sede no exterior; pode realizar o investimento de uma de suas filiais ou subsidiárias em outros Estados.

Considera-se que a nacionalidade de um investimento acompanha a nacionalidade do investidor, baseando-se exclusivamente neste fator. Nem mesmo a origem do capital é relevante para a análise da jurisdição. O capital pode ser proveniente do próprio Estado receptor, desde que seja de propriedade do investidor estrangeiro. Assim, ensinam Dolzer e Schreuer que “*A origem do investimento, em particular do capital, não é decisivo para a questão da existência de um investimento estrangeiro*”.¹³⁶

Na mesma linha, Schreuer conclui o tema:

¹³⁶ Rudolf Dolzer; Christoph Schreuer, **Principles of international investment law**, p. 46.

Portanto, a origem dos fundos é irrelevante para os propósitos de jurisdição. Se os investimentos são feitos de capital importado, de lucros feitos localmente, de pagamentos recebidos localmente ou de empréstimos levantados localmente não faz diferença para o grau de proteção usufruída. O critério decisivo para a existência de um investimento estrangeiro é a nacionalidade do investidor. Um investimento é um investimento estrangeiro se é detido ou controlado por um investidor estrangeiro.(...)¹³⁷

Desta forma, a nacionalidade do investidor é um aspecto relevante para se determinar de que direitos ele é detentor. Pois o investidor somente pode se beneficiar de tratados de que seu Estado de origem seja signatário. Por exemplo, não poderá um investidor brasileiro beneficiar-se da Convenção do ICSID, uma vez que o Brasil não é signatário dela.

Então, a questão da jurisdição de um tribunal arbitral passa pela análise da nacionalidade do investidor e dos direitos dali advindos, uma vez que é imprescindível que seu Estado de origem seja parte do tratado que busca ser aplicado.

3.8.5 A Nacionalidade do Investidor Pessoa Física

A nacionalidade do investidor estrangeiro constitui o único critério *ratione personae* para que ele possa se submeter à arbitragem ICSID. José Augusto Fontoura Costa trata da relevância deste fator:

As pessoas físicas devem ser nacionais de um Estado contratante que não seja o Estado-parte na arbitragem. O critério utilizado, portanto, é o da nacionalidade, sendo irrelevante o domicílio ou a residência do particular.¹³⁸

A nacionalidade dos indivíduos é determinada pela legislação do país, cuja nacionalidade se pretende ver reconhecida. Conforme ensina Rezek:

Nacionalidade é um vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado. Importante no âmbito do direito das gentes, esse vínculo político recebe, entretanto, uma disciplina jurídica de direito interno: a cada Estado incumbe legislar sobre sua própria nacionalidade, desde que respeitadas,

¹³⁷ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 137.

¹³⁸ José Augusto Fontoura Costa, *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*, p. 208.

no direito internacional, as regras gerais, assim como regras particulares com que acaso se tenha comprometido.(...) ¹³⁹

Essa nacionalidade pode ser representada por documentos que a atestem. No entanto, a existência de um documento pode não representar a verdade absoluta com relação à atual nacionalidade do indivíduo, pois este pode perder a nacionalidade, como no caso em que ele adquire posteriormente outra nacionalidade. A perda, assim como a aquisição, da nacionalidade é regulada pelo direito interno do Estado correspondente.

O Secretário Geral do ICSID é quem procederá à análise do preenchimento das condições essenciais para a jurisdição do ICSID, anteriormente à instituição da arbitragem, dentre elas a nacionalidade do investidor estrangeiro.

Em última análise, cabe ao tribunal arbitral verificar o atendimento a todos os requisitos à jurisdição do ICSID. Por isso, caso a nacionalidade do investidor individual seja questionada durante o procedimento arbitral, o próprio tribunal arbitral será competente para analisar e julgar o assunto. Se o indivíduo não possuir a nacionalidade que alega, a fim de se ver protegido por um determinado Estado signatário de um tratado, o procedimento arbitral não deverá prosseguir, por ilegitimidade ativa do investidor.

A dupla nacionalidade é aceita para que o indivíduo se valha de qualquer uma delas para buscar a jurisdição do ICSID. A única exceção a esta regra é o caso em que uma das nacionalidades do indivíduo for justamente a do Estado receptor contra o qual deseja iniciar procedimento arbitral. Neste caso, por mais que ele tenha outra nacionalidade, ele não poderá utilizá-la para se valer de um procedimento no ICSID contra um dos Estados de que é nacional. Esta disposição está expressa no art. 25 (2) (a) da Convenção ICSID:

(2) "Nacional de um outro Estado Contratante" significa:

(a) qualquer pessoa física que tinha a nacionalidade de um Estado Contratante diferente que o Estado parte na disputa, na data em que as partes consentiram em submeter tal disputa para conciliação ou arbitragem, bem como na data em que o requerimento foi registrado de acordo com o parágrafo (3) do Artigo 28 ou parágrafo (3) do Artigo 36, mas não inclui

¹³⁹ Francisco Rezek, **Direito Internacional Público: Curso Elementar**, p. 180.

qualquer pessoa que em qualquer data também tinha a nacionalidade do Estado Parte na disputa; e¹⁴⁰

Schreuer confirma a impossibilidade de se instituir uma arbitragem tendo o investidor como uma de suas nacionalidades a do Estado receptor:

O Secretariado do ICSID se negou a registrar requerimentos para arbitragem apresentados por indivíduos que possuíam a nacionalidade do Estado receptor e de outro Estado Contratante, fundamentando que tais disputas estão claramente fora da jurisdição do Centro.¹⁴¹

Portanto, o único fator que é relevante para se determinar a legitimidade do investidor individual no aspecto de vinculação ao Estado é sua nacionalidade. Eventual visto para residência ou mesmo uma nacionalidade que o investidor tenha possuído anteriormente, e que não seja mais válida, são irrelevantes para determinar sua legitimidade.

Para facilitar a confirmação da nacionalidade de um investidor, a cláusula modelo do ICSID¹⁴² sugere que se insira a nacionalidade do investidor em um contrato de investimento. Isto pode ser útil para dar indício da veracidade da alegação do investidor quanto à sua nacionalidade e poderá evitar uma discussão sobre o assunto no futuro.

Vale destacar que a nacionalidade do investidor deve ser confirmada no momento em que ele consente com a jurisdição do ICSID e também no momento em que é feito o registro do requerimento para a instituição do procedimento arbitral. Assim, nestes dois momentos ele deve possuir a nacionalidade de outro Estado Contratante e não pode possuir a nacionalidade do Estado receptor.

¹⁴⁰ "(2) "National of another Contracting State" means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and"

¹⁴¹ "The ICSID Secretariat has declined to register requests for arbitration presented by individuals having the nationality of the host State and another Contracting State on grounds that such disputes are manifestly outside the jurisdiction of the Centre." Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 272.

¹⁴² "Clause 6 - It is hereby stipulated by the parties that the Investor is a national of name of another Contracting State."

3.8.6 A Nacionalidade do Investidor Pessoa Jurídica

Os ordenamentos jurídicos de cada Estado têm suas próprias normas internas para determinar quem são as pessoas jurídicas. Da mesma forma, os tratados firmados para tratar de investimento estrangeiro podem diferir quanto ao que reconhecem como pessoa jurídica ou não.

Como a própria Convenção ICSID preferiu não trazer sua definição de pessoa jurídica¹⁴³, o assunto acabou reservado ao que o tribunal arbitral entende aplicável em cada caso, sendo na maior parte das vezes consultada a legislação interna do Estado onde foi constituída a pessoa jurídica ou, alternativamente, o local onde se localiza a sede administrativa da sociedade.

A nacionalidade das pessoas jurídicas é mais complicada que a das pessoas físicas¹⁴⁴. Quando se trata de nacionalidade pressupõe-se a existência de personalidade jurídica. No caso das sociedades regularmente constituídas, dentro do previsto na legislação do país onde se constituem, há definitivamente personalidade jurídica e, portanto, pode-se atrelar esta pessoa jurídica a uma, ou mais, nacionalidade(s).

Há casos, entretanto, em que entidades não formais, como as *joint ventures*, podem ser os investidores, não possuindo personalidade jurídica e em consequência nacionalidade distinta daquela de seus sócios. Nestes casos, não é possível se falar em proteção por um terceiro Estado.

Para abranger também aqueles casos de entidades sem personalidade jurídica, existem tratados que prevêem que estão também protegidos de suas

¹⁴³ Apesar de se ter discutido a possibilidade de definir pessoa jurídica na Convenção ICSID, o assunto foi deixado em aberto para a definição pelo próprio tribunal arbitral, que aplicará a legislação correspondente à matéria.

¹⁴⁴ Mencionando tal complexidade, o *International Law Association German Branch* publicou um relatório com o título "The Determination of the Nationality of Investors under Investment Treaties – A Preliminary Report", em cuja introdução, na p.9, consta "(...) In today's world of globalisation, nationality might be seen rather – at least in the Field of international commerce and investment – as a fact of coincidence or convenience. Moreover, as considered below, the very term nationality is imperfect and even problematic in its application to describing the attribution of a corporation to a particular State. Particularly with regard to multinational enterprises, the concept of nationality offers at least a prima facie flexibility that may be utilised and also exploit when structuring foreign investments. It is hardly surprising that questions of nationality have been the object of jurisdictional arguments by respondent states as well as the focus of more elaborate provisions in investment treaties themselves."

garantias aquelas espécies de organizações informais. O tratado bilateral entre Argentina e Alemanha prevê justamente esta hipótese ao definir nacional como *“qualquer pessoa jurídica e qualquer empresa comercial ou outra empresa ou associação com ou sem personalidade jurídica”*.¹⁴⁵

No tocante às sociedades com personalidade jurídica, cabe então a análise da existência efetiva da sua nacionalidade de determinado país. A regra geral estabelece que o local de registro ou a sede da sociedade são os aspectos que definem sua nacionalidade.¹⁴⁶

A Convenção ICSID trata do assunto no art. 25(2)(b):

(2) Nacional de outro Estado contratante significa: (...)

(b) qualquer pessoa jurídica que tinha a nacionalidade de um Estado contratante diferente do Estado parte da disputa na data em que as partes consentiram em submeter tal disputa a conciliação ou arbitragem e qualquer pessoa jurídica que tinha a nacionalidade do Estado Contratante parte da disputa naquela data e que, devido ao controle estrangeiro, as partes concordaram que deveria ser tratado como nacional de outro Estado Parte para os propósitos da presente Convenção.¹⁴⁷

Como não é estipulada a forma de determinação da nacionalidade da pessoa jurídica, a fórmula geral é aplicável aos casos ICSID, ou seja, será verificado o local de constituição da sociedade ou o local de sua sede administrativa. Existindo aí a nacionalidade de um Estado Contratante, haverá jurisdição do ICSID.

Diferentemente das pessoas físicas, para as quais há um duplo teste de nacionalidade, um no momento do consentimento e outro no requerimento da arbitragem, para as pessoas jurídicas a Convenção exige a nacionalidade de um Estado Contratante apenas no momento do consentimento, nada mencionando sobre o momento do requerimento de arbitragem. Esta distinção de duplo requisito

¹⁴⁵ Tradução livre do BIT Argentina-Alemanha.

¹⁴⁶ Rudolf Dolzer; Christoph Schreuer, **Principles of international investment law**, p. 49.

¹⁴⁷ (2) *“National of another Contracting State” means: (...)*

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

de nacionalidade para pessoas físicas e de um único requisito para as pessoas jurídicas está evidente na própria redação do art. 25(2)(a) e 25(2)(b)¹⁴⁸.

Ademais, há um aspecto interessante no tocante às pessoas jurídicas, pois a Convenção menciona expressamente a necessidade da nacionalidade de um Estado Contratante, não existindo qualquer proibição caso a pessoa jurídica possua também a nacionalidade de um Estado que não seja signatário da Convenção ICSID. Assim, a existência daquela nacionalidade supre o requisito previsto no art. 25(2)(b), independentemente da existência de uma segunda nacionalidade de um Estado que não seja Estado Contratante.

Cumprido ressaltar que a parte final do art. 25(2)(b) trata da possibilidade da nacionalidade da pessoa jurídica ser atribuída ao próprio Estado Receptor. Neste caso, como se verá adiante, é criada mais uma possibilidade para o investidor estrangeiro se valer da arbitragem ICSID, desde que haja controle estrangeiro da pessoa jurídica investidora e acordo entre as partes.

Outros tratados variam em escolher a sede da sociedade ou o local de sua constituição como fatores definidores de sua nacionalidade. Como exemplo vale citar o BIT entre EUA e Uruguai, que dispõe que a empresa de uma Parte é “uma empresa constituída ou organizada sob as leis daquela Parte e uma filial no território de uma Parte e tendo atividades comerciais ali”.¹⁴⁹

Se o tratado fala de nacionalidade considerando apenas o local de constituição da pessoa jurídica, diversos tribunais têm desconsiderado a hipótese de se apegar à nacionalidade dos proprietários da sociedade investidora. Isso se deve principalmente ao fato de que os tribunais arbitrais devem atender ao disposto nos tratados, que definem expressamente o conceito de investidor.

Vale citar Schreuer que esclarece o assunto da ausência de outros requisitos para definição de nacionalidade para as pessoas jurídica, seja em tratados ou em legislações internas, da seguinte maneira:

¹⁴⁸ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 296.

¹⁴⁹ Tradução livre de “**enterprise of a Party** means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there.”

*Therefore, ICSID practice repeatedly confirms that in the absence of a definition of nationality in a treaty or law imposing further, more substantial connections than mere incorporation or seat, it is both permissible and to be expected that investors will structure their investments in order to avail themselves of treaty protection and, thus, the right to submit disputes to ICSID.*¹⁵⁰

Como exemplo de tratado que trata a nacionalidade do investidor como o local de sua sede ou o principal local dos negócios da empresa vale citar o BIT entre Argentina e Alemanha, que define “O conceito de ‘sociedades’ designa todas as pessoas jurídicas, (...) que possuam sua sede no território de uma das Partes Contratantes (...)”¹⁵¹.

Alguns tratados ainda combinam as duas hipóteses acima, *i.e.* local de constituição com a sede da companhia, como é o caso do BIT entre Bélgica e República Tcheca:

O termo “investidores” designa:

a) no que concerne à União econômica belgo-luxemburguesa:

aa) toda pessoa física que, segundo a legislação belga ou luxemburguesa, é cidadão do Reino da Bélgica ou do Grão-Ducado de Luxemburgo;

ab) toda pessoa moral constituída conforme à legislação belga ou luxemburguesa tendo sua sede (lugar) social no território do Reino da Bélgica ou do Grande-Ducado de Luxemburgo;

b) no que concerne à República socialista tchecoslovaca:

ba) toda pessoa moral constituída conforme à legislação tchecoslovaca tendo sua sede social no território da República socialista tchecoslovaca;

¹⁵⁰ Tradução livre: “Portanto, a prática do ICSID confirma repetidamente que na ausência de uma definição de nacionalidade em um tratado ou lei impondo além, mais conexões substanciais que meramente constituição e sede, é permissível e tido como certo que os investidores vão estruturar seus investimentos de maneira a servir-se de proteção de um tratado e, portanto, do direito de submeter disputas ao ICSID.”

¹⁵¹ “Artículo 1 (4) El concepto de “sociedades” designa todas las personas jurídicas, (...) que tengan su sede en el territorio de una de las Partes Contratantes (...)”

bb) toda pessoa física que segundo a legislação tchecoslovaca é cidadã da República socialista tchecoslovaca e contanto que ela esteja autorizada a agir na qualidade de investidora nos termos da lei tchecoslovaca.¹⁵²

Um exemplo da combinação acima seria o artigo I (2) do *ASEAN Agreement for the promotion and protection of investments* de 1987:

O termo 'companhia' de uma parte contratante deverá significar uma sociedade, associação ou outro tipo de corporação comercial, constituída ou registrada sob as leis em vigor no território de qualquer uma das partes contratantes, onde o local da efetiva administração está localizado.¹⁵³

Alguns tratados ultrapassam os limites formais de constituição e de sede administrativa, inserindo na análise um elo de relevância econômica entre o investidor pessoa jurídica e o Estado de que alega ter a nacionalidade.

Esta outra perspectiva prevista em alguns tratados, do ponto de vista econômico, exige uma verificação da nacionalidade dos controladores da empresa investidora ou, ainda, na efetiva existência de atividade econômica da empresa no Estado em que está constituída/situada.

Por outro lado, existem tratados que exigem apenas um interesse predominante dos nacionais de determinado Estado na empresa investidora, como é o caso do BIT entre Suíça e Bolívia. Outros ainda combinam esta idéia de interesse predominante com a sede da sociedade investidora, como é o caso do tratado entre Suécia e Lituânia.

O caso extremo pode ser encontrado no BIT envolvendo Suíça e Irã, que exige todos os requisitos elencados acima: o investidor deve ser constituído sob as

¹⁵² 1. Le terme "investisseurs" désigne :

a) en ce qui concerne l'Union économique belgo-luxembourgeoise :

aa) toute personne physique qui, selon la législation belge ou luxembourgeoise, est citoyen du Royaume de Belgique ou du Grand-Duché de Luxembourg;

ab) toute personne morale constituée conformément à la législation belge ou luxembourgeoise ayant son siège social sur le territoire du Royaume de Belgique ou du Grand-Duché de Luxembourg;

b) en ce qui concerne la République socialiste tchécoslovaque :

ba) toute personne morale constituée conformément à la législation tchécoslovaque ayant son siège social sur le territoire de la République socialiste tchécoslovaque;

bb) toute personne physique qui selon la législation tchécoslovaque est citoyen de la République socialiste tchécoslovaque et pour autant qu'elle soit autorisée à agir en qualité d'investisseur aux termes de la loi tchécoslovaque."

¹⁵³ "The term "company" of a Contracting Party shall mean a corporation, partnership or other business association, incorporated or constituted under the laws in force in the territory of any Contracting Party wherein the place of effective management is situated."

leis do Estado parte, ter sua sede neste Estado e também possuir atividades econômicas lá. Alternativamente, o tratado considera investidor a sociedade não constituída naquele Estado, desde que seja efetivamente controlada por pessoas jurídicas ou físicas daquele Estado.¹⁵⁴

A Convenção que Estabelece a Agência de Garantia para Investimento Multilateral (*MIGA Convention*) de 1985 dispõe, em seu art. 13 (a) (ii), que são investidores as pessoas jurídicas constituídas e que possuem sua sede em um membro da Convenção ou a maioria de seu capital é detida por um ou vários Estados membros ou nacionais destes Estados, considerando que este membro não é o Estado receptor do investimento.¹⁵⁵

Outro aspecto que deve ser analisado é sobre a possibilidade dos controladores ou proprietários de uma pessoa jurídica possuírem duas nacionalidades. Caso uma das nacionalidades seja a do Estado receptor, estaria sua companhia impedida de iniciar um conflito contra o Estado receptor?

A resposta está no tratado que garante ao controlador da companhia investidora a possibilidade de postular contra o Estado receptor. Se não houver qualquer restrição com relação a uma eventual segunda nacionalidade, o procedimento deverá prosseguir sem qualquer prejuízo.

3.8.7 Previsão da Convenção do ICSID sobre Controle Estrangeiro

A questão das pessoas jurídicas constituídas no Estado receptor, mas controlada por estrangeiros, é complexa. Muitas vezes existe a necessidade de que o investimento estrangeiro seja viabilizado por meio da constituição de uma sociedade no país aonde o investimento é destinado.

¹⁵⁴ Rudolf Dolzer; Christoph Schreuer, **Principles of international investment law**, p. 51.

¹⁵⁵ "Article 13. Eligible Investors

(a) Any natural person and any juridical person may be eligible to receive the Agency's guarantee provided that:

(i) such natural person is a national of a member other than the host country;

(ii) such juridical person is incorporated and has its principal place of business in a member or the majority of its capital is owned by a member or members or nationals thereof, provided that such member is not the host country in any of the above cases; and

(iii) such juridical person, whether or not it is privately owned, operates on a commercial basis."

A parte final do art. 25(2)(b) da Convenção ICSID se preocupou com o assunto, criando mais uma hipótese em que investidores poderiam se valer da Convenção ICSID:

(b) (...) qualquer pessoa jurídica que tinha a nacionalidade do Estado Contratante parte da disputa naquela data e que, devido ao controle estrangeiro, as partes concordaram que deveria ser tratado como nacional de outro Estado Parte para os propósitos da presente Convenção.¹⁵⁶(grifei)

A parte final destacada acima deixa claro que a Convenção pretende incluir na condição de investidor estrangeiro e, portanto com direito a se valer do ICSID para ser o foro de sua arbitragem, a sociedade constituída no Estado receptor, mas que possui controle de estrangeiros com nacionalidade de outro Estado Contratante da Convenção, desde que as partes tenham expressamente concordado neste sentido.

Esta parte do art. 25(2)(b) não cria mais um requisito às pessoas jurídicas estrangeiros, no sentido de que seus controladores também teriam que ter nacionalidade estrangeira. Muito pelo contrário, o que ocorre é mais uma possibilidade aos estrangeiros que constituem uma sociedade no Estado receptor, de se valer de sua própria nacionalidade estrangeira, como forma de obter acesso ao ICSID. Note-se, novamente, que o acordo das partes para que seja dado tratamento neste sentido é mandatário.

A forma mais comum de concordância das partes se dá, entretanto, por meio de tratados, geralmente os BITs. Nos tratados, os Estados-parte concordam que as sociedades constituídas em seus territórios, mas com controle estrangeiro, terão tratamento de equiparação aos estrangeiros, oferecendo-lhes, assim, a oportunidade de utilizar os procedimentos de resolução de conflitos do ICSID.

No caso dos tratados, os investidores somente conferem sua concordância com o tratamento equiparado a estrangeiro quando iniciam o procedimento perante

¹⁵⁶ (2) "National of another Contracting State" means: (...)

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

o ICSID, pois estão, expressamente, aceitando a oferta do Estado receptor dada naquele tratado.

Esta concordância expressa das partes pode ser feita também com a simples inclusão, em um contrato de investimento, da cláusula compromissória com a eleição do ICSID. A cláusula deixaria implícito o tratamento pelo Estado receptor da sociedade investidora constituída em seu território como um investidor estrangeiro.

3.8.8 Avaliação da Existência de Controle Estrangeiro

Para as pessoas jurídicas constituídas no Estado receptor receberem tratamento de estrangeira, elas devem ter controle estrangeiro. Este controle, no entanto, deve ser verificado e devidamente comprovado, pois em se constatando a ausência de controle estrangeiro, o tribunal poderá negar sua jurisdição, uma vez que se trata aí de uma empresa constituída no território e detida por nacionais do Estado receptor.

A análise é delicada, pois não se trata de requisitos objetivos como participação no capital social da sociedade. O direito de voto dos sócios, sua ingerência sobre a administração da empresa são exemplos de aspectos relevantes para se determinar se a empresa detém ou não controle estrangeiro.

Antes de efetivamente enviar seus recursos para o país onde alocará seu investimento, muitos investidores fazem um minucioso planejamento de qual deve ser o local onde podem constituir a companhia investidora, para que ela obtenha os privilégios de se proteger sob um tratado que garanta estabilidade ao seu investimento e a arbitragem como meio de solução de conflitos.

Esta forma de buscar o local mais apropriado para estabelecer a sociedade de onde sairão os investimentos não é legalmente vedada, mas caberá ao tribunal arbitral analisar se houve algum tipo de manobra indevida para tentar configurar o investimento como proveniente de um investidor nacional de um Estado contratante. Uma transferência do controle da companhia investidora para nacionais de um

Estado Contratante, quando já existente o conflito entre investidor e Estado receptor, pode ser um caso considerado como indevida e, portanto, não aceita pelo tribunal.¹⁵⁷

Tal planejamento sofre resistência dos Estados receptores, que tentam combatê-lo. Uma das formas mais comuns é de exigir uma comprovada atividade econômica da sociedade investidora com o país em que está constituída. Outra maneira é prever, no próprio tratado¹⁵⁸, alguns critérios para que a empresa possa ser considerada nacional daquele Estado e, daí, receber os benefícios do tratado. Esses critérios podem ser a própria existência de uma relação econômica com o país em que a sociedade foi constituída, o que se traduziria em atividade empresarial efetiva naquele país, ou que seu controle seja detido também por nacionais daquele país, sejam pessoas físicas ou jurídicas.¹⁵⁹

3.8.9 Os Acionistas como Partes na Arbitragem ICSID

O acionista da companhia investidora é, em última análise, o interessado na arbitragem entre sua empresa e o Estado receptor. No entanto, alguns detalhes que permeiam a relação do acionista com o procedimento arbitral e sua nacionalidade, bem como a nacionalidade de sua companhia, devem ser explanados.

Um caso emblemático que tratou do tema foi o conhecido *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.* Este caso envolveu a Bélgica, Espanha e Canadá, de modo que a companhia, que foi supostamente prejudicada pelo governo espanhol, era constituída e sediada no Canadá, mas seus acionistas eram, em sua maioria, belgas.

O governo belga buscou na *International Court of Justice* (ICJ) reparação para os danos causados aos seus nacionais. A ICJ entendeu que o governo belga não podia buscar a reparação para seus nacionais, em nome de uma pessoa jurídica constituída no Canadá. Como a própria ICJ fundamentou, esta decisão foi baseada

¹⁵⁷ No caso *Banro v Congo* (ICSID Case No. ARB/98/7), Decisão do Tribunal de 01 de setembro de 2000, o tribunal declinou sua jurisdição, sob a alegação de que a transferência dos direitos da subsidiária congoleza da sede canadense do Banro – o Canadá não é um Estado Contratante - à outra subsidiária norte-americana – os EUA são um Estado Contratante - foi realizada posteriormente ao consentimento pela sociedade congoleza, por isso, extemporaneamente.

¹⁵⁸ Art. 17(1) do ECT: “Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to:

(1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized; or”

¹⁵⁹ Rudolf Dolzer; Christoph Schreuer, **Principles of international investment law**, p. 55.

nas regras de direito internacional e que tratados poderiam dispor diferentemente com relação a esta regra.

A questão que gera maior discussão é a tocante à companhia detida por investidores estrangeiros e constituída no próprio Estado receptor. A constituição da companhia investidora no Estado receptor costuma ser, inclusive, uma constante exigência do Estado receptor.

Apesar de ser assunto recorrente na análise de jurisdição dos tribunais arbitrais, a possibilidade de configurar a companhia investidora constituída localmente como investidora estrangeira, devido a seu controle estrangeiro, tem previsão na Convenção do ICSID (art. 25(2)(b)) e em diversos outros tratados. Esta previsão, no entanto, permite somente que a própria companhia inicie o procedimento contra o Estado receptor.

O caso do NAFTA é outro, uma vez que permite que o próprio controlador da companhia inicie o procedimento contra o Estado receptor, em nome da companhia.¹⁶⁰ Vale destacar que a disposição autoriza o proprietário ou controlador da companhia, ou seja, não estão incluídos os minoritários.

Por esta razão, alguns tratados já prevêem que há legitimidade para aqueles que detêm ações ou participação na companhia, de modo a abranger mais interessados.¹⁶¹ Desta forma, o investimento deixa de ser o montante que a pessoa jurídica aplica em alguma atividade econômica, e passa a ser o aporte de capital pelo estrangeiro na pessoa jurídica constituída no Estado receptor.

Levando-se em conta o fato de que os investidores estrangeiros buscam demonstrar o prejuízo que o Estado receptor causou à companhia em que seu dinheiro está investido, afetando seu valor e rendimento, a tese acima deverá ser aceita pelos tribunais, os quais têm demonstrado ampla aceitação a esta noção de

¹⁶⁰ Art. 1117 do NAFTA: "An investor of a Party, on behalf of an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim that the other Party has breached an obligation under(...)"

¹⁶¹ Art. 1(6)(b) ECT: "Definitions (...)"

(6) "Investment" means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

(a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;

(b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;(...)"

investidor com capital alocado em uma pessoa jurídica ser o investidor estrangeiro.¹⁶²

A decisão sobre jurisdição no caso *Enron v Argentina* ilustra a posição dos tribunais com relação à possibilidade de qualquer acionista iniciar o procedimento contra o Estado receptor:

39. (...) É suficiente para o propósito do presente caso enfatizar que não há nada de contrário ao direito internacional ou à Convenção do ICSID em sustentar o conceito de que acionistas podem demandar independentemente da sociedade, mesmo que tais acionistas não sejam majoritários ou não detenham o controle da companhia.

(...)

49. Este tribunal deve concluir que, conforme as disposições do BIT, amplas como são, demandas feitas pelos investidores que não são majoritários ou controladores da companhia afetada, quando reivindicando pela violação de seus direitos sob tal tratado, são admissíveis. Caso a companhia constituída localmente posteriormente demandar pela violação de seus direitos sob contratos, licenças ou outros instrumentos, isto não afetará o direito de ação dos acionistas estrangeiros, sob o BIT, para proteção de seus interesses no investimento.¹⁶³

A permissão para o acionista demandar diretamente e em seu próprio nome pode ser ainda mais ampla, pois há tribunais que aceitaram a existência, entre a companhia constituída no Estado receptor e o acionista demandante, de outra companhia intermediária. Outra situação possível, e também aceita, é a de que o acionista constitua a companhia, que vai realizar o investimento no Estado receptor, em um terceiro Estado.

¹⁶² Rudolf Dolzer; Christoph Schreuer, **Principles of international investment law**, p. 57.

¹⁶³ "39. (...) *It is sufficient for the purpose of the present case to emphasize that there is nothing contrary to international law or the ICSID Convention in upholding the concept that shareholders may claim independently from the corporation concerned, even if those shareholders are not in the majority or in control of the company.* (...) 49. *This Tribunal must accordingly conclude that under the provisions of the Bilateral Investment Treaty, broad as they are, claims made by investors that are not in the majority or in the control of the affected corporation when claiming for violations of their rights under such treaty are admissible. Whether the locally incorporated company may further claim for the violation of its rights under contracts, licences or other instruments, does not affect the direct right of action of foreign shareholders under the Bilateral Investment Treaty for protecting their interests in the qualifying investment.*"

Estas situações são mais complexas, mas tão comuns e lícitas quanto um investimento direto do investidor estrangeiro a uma sociedade constituída no Estado receptor e por isso devem gozar dos mesmos direitos e obrigações.

Vale destacar que o direito de demanda diretamente pelo acionista, não surge apenas quando o Estado receptor interfere na titularidade daquele nas ações da companhia investidora. O direito surge de qualquer ato deliberado do Estado receptor que altere substancialmente os valores de tais ações, prejudicando o investimento dos acionistas estrangeiros. Este ato, conforme explicitado acima, é equiparado à expropriação, e, portanto, oferece o direito de reparação ao investidor.

Toda essa idéia tem como finalidade determinar quem é, em última análise, o investidor e proteger aquele que efetivamente desembolsou o capital para garantir o investimento, independentemente do planejamento societário de que ele tenha se valido para que os recursos atingissem seu destino: o Estado receptor.

3.8.10 Substituição das Partes nos Pólos da Arbitragem ICSID

A transferência, sucessão ou mesmo a subrogação dos direitos de uma das partes do procedimento arbitral perante o ICSID constituem outro tema complexo.

De um lado da arbitragem ICSID figura sempre um Estado. Este estará sujeito à sucessão por um novo Estado, por distintos fatores (ex. dissolução de um Estado com a formação de outros novos Estados; união entre dois Estados para a formação de um novo, etc.).

Quando o novo Estado assume todos os direitos e obrigações do antigo Estado, inclusive sucedendo-o nos tratados que havia firmado, infere-se automaticamente que todos os consentimentos para arbitragem perante o ICSID se tornam também aplicáveis ao novo Estado.

Se, por outro lado, o novo Estado assume apenas parte dos direitos e obrigações do antigo Estado, mas inclui nessa assunção a Convenção de ICSID, é de se supor que são assumidos também todos os consentimentos para arbitragem perante o ICSID.

Uma última situação pode surgir quando o novo Estado se torna um Estado Contratante da Convenção ICSID e existem consentimentos à arbitragem ICSID do antigo Estado. Neste caso, presume-se também que todos os consentimentos anteriores são válidos, de modo que as partes poderão recorrer à arbitragem ICSID, desde que, quando seja feito o requerimento para instauração do procedimento, o novo Estado já tenha se tornado um Estado Contratante¹⁶⁴.

No outro pólo da demanda, o investidor estrangeiro não precisa ser necessariamente aquele que firmou o contrato com a cláusula contendo a arbitragem ICSID. Conforme já detalhado, o tribunal aceita como requerente, no procedimento arbitral, outras sociedades que não firmaram o instrumento com o Estado receptor, mas que estão intimamente ligadas ao investimento.

De qualquer forma, o ideal é que em caso de contrato de investimento entre investidor e Estado receptor, conste da cláusula compromissória todas as partes que poderão requerer a instauração do procedimento arbitral, seja a sociedade local, seja uma *holding* estrangeira, ou qualquer outra de interesse das partes.

Outra é a situação em que a parte que figura no pólo da demanda é um terceiro, que assumiu todos os direitos e obrigações do investidor detentor do consentimento à arbitragem ICSID.

Se a transferência dos direitos é feita após a instauração do procedimento arbitral, não há qualquer problema para o prosseguimento da arbitragem. Os tribunais têm aceitado este tipo de transferência¹⁶⁵.

Por outro lado, não tem sido vista com bons olhos uma transferência para um terceiro sem qualquer relação com o investimento, somente pelo fato de que este tem condições de remeter a disputa a um tribunal ICSID, seja por um BIT ou pelo fato de ser nacional de um Estado Contratante. O caso envolvendo *Mihaly v Srilanka* é emblemático neste aspecto:

Isto é, ninguém poderia transferir um título melhor que aquele que ele realmente tem. Portanto, se *Mihaly* (Canadá) tinha uma reivindicação que era procedimentalmente defeituosa contra o Srilanka perante o ICSID, devido à incapacidade de *Mihaly* (Canadá) em invocar a Convenção ICSID,

¹⁶⁴ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 170.

¹⁶⁵ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 185.

uma vez que o Canadá não é um parte dela, este defeito não poderia ser corrigido perante o ICSID por meio de sua transferência a Mihaly (EUA). Para permitir que tal transferência funcionasse em favor de Mihaly (Canada), o objeto e propósito da Convenção ICSID seria derrotado, e a santidade da relação de acordos internacionais não pretendidos em criar direitos e obrigações para não-Partes. De acordo com elas, uma reivindicação canadense que não era recuperável nem compensável ou mesmo capaz de ser invocada perante o ICSID não poderia ter sido admissível ou capaz de ser considerada sob o pretexto de sua transferência para o reclamante norte-americano.¹⁶⁶

Se o Estado receptor anui com a transferência dos direitos e deveres, a extensão da jurisdição para o sucessor será também presumida. No entanto, se o Estado receptor não sabe daquela transferência ou se com ela não compactuou, o tribunal arbitral dificilmente aceitará o sucessor como parte legítima em um futuro procedimento. Obviamente que se a transferência é feita a uma subsidiária ou empresa controladora do investidor, a aceitação do tribunal é mais provável de acontecer.

De qualquer forma, é sempre recomendável uma precisão na redação da cláusula compromissória, prevendo que uma futura transferência de direitos poderá ocorrer, estando sempre o sucessor preparado para ser avaliado pelos critérios de nacionalidade contidos na Convenção ICSID.

Um caso específico que regularmente surge em casos de disputas de investimentos estrangeiros é o de subrogação nos direitos do investidor prejudicado. A maior parte dos Estados exportadores de capital oferecem seguro a seus nacionais que se aventuram em investimentos em outros territórios, contra expropriação, instabilidade no câmbio e guerras civis¹⁶⁷. Esse seguro é oferecido

¹⁶⁶ Tradução livre de *Mihaly v Sri Lanka*, Decisão de 15 de março de 2002, parágrafo 24: “That is, no one could transfer a better title than what he really has. Thus, if Mihaly (Canada) had a claim which was procedurally defective against Sri Lanka before ICSID because of Mihaly (Canada)’s inability to invoke the ICSID Convention, Canada not being a Party thereto, this defect could not be perfected vis-à-vis ICSID by its assignment to Mihaly (USA). To allow such an assignment to operate in favour of Mihaly (Canada) would defeat the object and purpose of the ICSID Convention and the sanctity of the privity of international agreements not intended to create rights and obligations for non-Parties. Accordingly, a Canadian claim which was not recoverable, nor compensable or indeed capable of being invoked before ICSID could not have been admissible or able to be entertained under the guise of its assignment to the US Claimant.”

¹⁶⁷ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 186.

diretamente pelo Estado, ou por uma de suas agências, ou ainda por alguma organização internacional que vise à proteção do investidor, e.g. o MIGA.

Com o pagamento de indenização ao segurado, o segurador assume os direitos daquele, desde que o Estado receptor concorde com tal subrogação. A dúvida surge se o segurador assume também os direitos do segurado em uma demanda contra o Estado receptor perante o ICSID.

Duas razões eliminam qualquer possibilidade de tal subrogação vir a ocorrer pelo segurador dos direitos do segurado em uma demanda perante o ICSID. Em primeiro lugar, a própria Convenção ICSID em seu art. 25(1) prevê que as disputas deverão ser entre um Estado Contratante e um nacional de outro Estado Contratante, o que elimina que figure de ambos os lados Estados Contratantes, ou mesmo um Estado Contratante e uma agência governamental ou uma organização internacional.

Em segundo lugar, faz-se imprescindível retomar a própria criação do ICSID, que pretendia ser um foro independente, que desse acesso ao investidor estrangeiro, afastando assim seu Estado de origem, de modo a despolitizar a disputa e permitir uma solução ágil ao investidor. Caso seja oferecida ao Estado de origem a possibilidade de assumir a posição de seu investidor estrangeiro, estar-se-ia burlando um dos princípios fundamentais da Convenção ICSID¹⁶⁸.

Esta regra, conforme salientado acima, aplica-se tão somente aos seguradores de natureza pública, tais como os Estados, suas agências ou organizações internacionais, nada impedindo que seguradores de direito privado se subroguem no direito do investidor estrangeiro de figurar no pólo ativo de uma arbitragem ICSID, desde que o Estado receptor tenha anuído com tal subrogação, seja na cláusula compromissória, no BIT ou por meio de algum outro instrumento formal.

3.9 As Instalações Adicionais do ICSID e sua Função

Caso o tribunal arbitral ICSID rejeite sua jurisdição sobre a demanda, pelo fato de esta não ser um investimento ou pelo fato de uma das partes não ter a

¹⁶⁸ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 186-7.

nacionalidade de um Estado Contratante, o reclamante pode se valer das Instalações Adicionais do ICSID¹⁶⁹, ou *Additional Facility* no nome em inglês.

Segundo as regras das Instalações Adicionais do ICSID¹⁷⁰, o Secretário Geral deverá aprovar que a disputa seja julgada pela instituição, pois não será qualquer tipo de disputa comercial que estará sujeita a seu julgamento. A disputa deverá ter algumas características especiais para tanto, dentre as quais se destacam o prazo de relacionamento entre as partes, o montante envolvido e a relevância da transação para a economia do Estado envolvido¹⁷¹.

As partes podem buscar as Instalações Adicionais como instituição subsidiária ao ICSID, pois uma vez que o tribunal arbitral ou comissão de conciliação entender que a disputa não deriva de um investimento, as partes podem remeter esta disputa às Instalações Adicionais.

Como não há exigência de que ambos os Estados envolvidos, o Estado receptor ou mesmo o Estado de nacionalidade do investidor, sejam signatários da Convenção ICSID, as Instalações Adicionais se tornam uma alternativa válida para esses casos.

Ademais, quando a disputa envolver a análise de fatos, o chamado *fact finding*, somente as Instalações Adicionais poderão fazer este tipo de verificação, uma vez que foge da competência do ICSID este tipo de análise. Neste caso, qualquer tipo de disputa poderá ser analisada pelas Instalações Adicionais, independentemente de seu objeto, já que inexistente *a ratione materiae* que existe no ICSID.

De toda sorte, as Instalações Adicionais do ICSID apresentam diversos fatores específicos que fogem do objeto do presente estudo, apesar de sua relevância no contexto da arbitragem comercial internacional.

¹⁶⁹ O nome em português pode ser também Mecanismo Complementar do ICSID.

¹⁷⁰ As regras estão disponíveis no endereço eletrônico
“<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AdditionalFacilityRules.jsp>”

¹⁷¹ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 142.

4 ASPECTOS DO PROCEDIMENTO ARBITRAL NA CONVENÇÃO ICSID

4.1 Nomeação de Árbitros

A Convenção ICSID possui algumas regras sobre o procedimento arbitral que deverão ser seguidas pelas partes e pelo tribunal arbitral. A compreensão dessas regras é essencial para uma noção completa da Convenção ICSID.

Primeiramente, cumpre ressaltar que ao procedimento arbitral será aplicado o Regulamento de Arbitragem do próprio ICSID, exceto se as partes tiverem acordo em sentido distinto¹⁷².

Superada a problemática da jurisdição, estando aceito e registrado o requerimento para instituição da arbitragem, deverá ser constituído o tribunal arbitral. Para compô-lo, as partes deverão designar um ou mais árbitros, desde que em número ímpar¹⁷³.

As partes terão um prazo de 90 dias contados na notificação do registro do requerimento de arbitragem para que o tribunal seja constituído. Em não sendo cumprido este prazo, o Presidente do Conselho Administrativo deverá fazê-lo¹⁷⁴, após o requerimento de qualquer das partes e após consulta a ambas.

José Augusto Fontoura Costa comenta o método de escolhas de árbitros em caso de inércia das partes:

O Cisdí, prevendo a resistência ou inércia de uma parte, conta com procedimentos para a conformação do tribunal mediante a ação de seu secretário. Deste modo, não apenas se optou pela tendência dominante na prática da arbitragem internacional privada e pública, como se resolveram as importantes questões da falta de obrigação do terceiro, o qual não é

¹⁷² Art. 44 da Convenção ICSID: "Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question."

¹⁷³ Art. 37(1) da Convenção ICSID: "The Arbitral Tribunal (hereinafter called the Tribunal) shall be constituted as soon as possible after registration of a request pursuant to Article 36."

¹⁷⁴ Art. 38 da Convenção ICSID: "If the Tribunal shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 36, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. Arbitrators appointed by the Chairman pursuant to this Article shall not be nationals of the Contracting State party to the dispute or of the Contracting State whose national is a party to the dispute."

parte da relação contratual que institui a arbitragem, quando da validade da escolha, fortalecendo a autonomia do sistema arbitral (LALIVE, 1969).¹⁷⁵

O art. 39 da Convenção ICSID prevê que a maioria dos árbitros de um tribunal arbitral não pode ter a mesma nacionalidade de qualquer uma das partes. Caso o árbitro ou os árbitros tenham sido apontados de comum acordo pelas partes, a regra do art. 39 não se aplica.

Segundo o art. 40 da Convenção ICSID, caso os árbitros sejam nomeados pelo Presidente, os nomes deverão advir necessariamente do Painel de Árbitros do ICSID. Já se forem nomeados pelas partes, poderão ser de fora do Painel de Árbitros, desde que eles satisfaçam as exigências da Convenção ICSID.

O tribunal arbitral constituído deverá ser o juiz de sua própria competência. Assim, qualquer objeção de qualquer das partes, quanto à jurisdição do ICSID ou quanto à competência do tribunal arbitral, deverá ser analisada pelo próprio tribunal, como questão preliminar ou juntamente com o mérito, conforme o próprio tribunal entender adequado.

4.2 O Direito Aplicável

O art. 42 da Convenção ICSID é o que prevê o direito aplicável ao procedimento arbitral. Conforme o mencionado artigo, o tribunal deverá decidir a disputa aplicando as regras de direito escolhidas pelas partes, demonstrando novamente o respeito à autonomia da vontade das partes¹⁷⁶.

Vale ressaltar outro ponto interessante quanto ao direito aplicável, pois como se denota da redação do art. 42(1) da Convenção ICSID¹⁷⁷, as partes estão autorizadas a escolher as regras de direito aplicáveis, ou seja, elas estão livres para escolher uma lei não-nacional, como a *lex mercatoria* e o direito internacional¹⁷⁸, e será possível a *depeçage*, para combinar distintas legislações para formar um

¹⁷⁵ José Augusto Fontoura Costa, **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**, p. 218.

¹⁷⁶ Larissa Ramina, **Direito Internacional dos Investimentos**, p. 83.

¹⁷⁷ Art. 42(1) "The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable."

¹⁷⁸ Julian D. M. Lew; Loukas A. Mistelis; Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, p. 789.

conjunto de regras que lhes agrade, dentro dos limites aceitáveis à relação entre as partes¹⁷⁹.

Não havendo escolha das partes neste sentido, o tribunal deverá aplicar a lei do Estado receptor, parte da arbitragem, bem como as regras de direito internacional¹⁸⁰.

Mesmo quando a lei do Estado receptor está sendo aplicada, as regras de direito internacional têm suma importância por seu papel complementar e corretivo em relação àquela¹⁸¹. Desta forma, procura-se prevenir que a não adequação ao direito internacional impeça que o laudo emitido seja reconhecido e executado posteriormente, além de deixar o direito internacional à disposição do tribunal, numa posição subsidiária, para sua aplicação quando as regras escolhidas pelas partes forem silentes com relação a algum assunto.

Outrossim, é necessário destacar o risco de ser escolhido pelo investidor a lei do Estado receptor, pois é possível que este altere sua legislação interna, de modo a se favorecer, causando assim evidente prejuízo ao investidor. Novamente, José Augusto Fontoura Costa faz apontamentos sobre o assunto e uma eventual solução nesses casos:

Deve-se atentar para o fato de que a indicação do Direito aplicável pode ser um fator de risco para o investidor, mesmo quando as questões possam ser submetidas a um tribunal internacional. Isso ocorre, principalmente, porque o Estado receptor do investimento pode, em face de pressões políticas ou econômicas, alterar o conteúdo de suas leis, deixando desprotegidos alguns ativos. Neste sentido, muitos contratos associam à cláusula arbitral e à

¹⁷⁹ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 563.

¹⁸⁰ As versões nos idiomas inglês e espanhol da Convenção ICSID tratam de regras de direito internacional, enquanto que a versão em francês trata, em uma oportunidade, de princípios de direito internacional. Como não houve nenhum motivo para essa modificação do termo, este deve ser considerado na versão em inglês e em espanhol. Isto chegou a levar a confusão na decisão do Tribunal do caso Klöckner v República de Camarões. Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 603.

¹⁸¹ Na Decisão sobre Anulação, de 03 de maio de 1985, do caso *Klöckner v República de Camarões*, este duplo papel dos princípios de direito internacional é amplamente comentado: *This gives these principles (perhaps omitting cases in which it should be ascertained whether the domestic law conforms to international law) a dual role, that is, complementary (in the case of a "lacuna" in the law of the State), or corrective, should the State's law not conform on all points to the principles of international law. In both cases, the arbitrators may have recourse to the "principles of international law" only after having inquired into and established the content of the law of the State party to the dispute (which cannot be reduced to one principle, even a basic one) and after having applied the relevant rules of the State's law. Article 42(1) therefore clearly does not allow the arbitrator to base his decision solely on the "rules" or "principles of international law."*

indicação do Direito do Estado receptor as chamadas cláusulas de estabilização (PETER, 1986; SCHREUER, 2001), que congelam as disposições legais no tempo da celebração do contrato.¹⁸²

Caso as partes tenham autorizado, o tribunal também poderá decidir a controvérsia *ex aequo et bono*. De qualquer forma, o tribunal nunca poderá se furtar de decidir a disputa, alegando obscuridade ou silêncio da lei¹⁸³.

A recusa do tribunal em aplicar as regras de direito escolhidas pelas partes, aplicando regras escolhidas pelo próprio tribunal, pode caracterizar um excesso de poder, que certamente servirá de fundamento para uma tentativa de anulação do laudo arbitral, com fundamento no art. 52(1)(b), assunto que será retomado adiante.

4.3 Provas e Revelia

A produção de provas pelas partes é brevemente tratada no art. 43 da Convenção ICSID. Outorga-se ampla liberdade aos árbitros, para que eles, a qualquer momento durante o procedimento, solicitem que as partes apresentem documentos ou que produzam outra espécie de prova, exceto se as partes acordarem de outra forma.

Os árbitros estão ainda autorizados a visitar o local relacionado à disputa e investigar o local da forma que entenderem apropriado.

Estas disposições com relação à produção de provas servem, por outro lado, para demonstrar a relevância que o tribunal deve conferir à verificação dos fatos relacionados à disputa, os quais deverão ser integralmente apurados.

Nesta esteira, o não comparecimento de uma das partes ao procedimento, ou mesmo a falha em apresentar suas alegações, não constitui uma presunção de veracidade às alegações da outra parte, a qual ainda terá o dever de comprovar suas afirmações.

O art. 45 da Convenção ICSID é expresso nesse sentido, mas permite que o tribunal, mediante o requerimento da parte remanescente, dê seguimento ao procedimento e emita o laudo arbitral. O próprio tribunal arbitral terá, no entanto,

¹⁸² José Augusto Fontoura Costa, **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**, p. 221.

¹⁸³ Art. 42(2) da Convenção ICSID: "The Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law."

total discricionariedade para impedir que o processo seja conduzido à revelia da parte ausente, se considerar imprescindível a presença ou a manifestação da parte revel¹⁸⁴.

O art. 45(2) da Convenção ICSID prevê ainda que, antes de emitir o laudo, o tribunal deverá notificar a parte ausente e conceder um período de graça, com sendo uma última chance para ela se manifestar. Caso o tribunal esteja convencido de que a parte ausente não tem interesse em comparecer, ele poderá deixar de enviar esta notificação. Schreuer aponta esta exceção:

A concessão de um período de Graça é obrigatória, a menos que o tribunal esteja convencido de que não há intenção de cooperar. Este seria o caso se a parte revel afirmou especificamente que ela não irá participar do procedimento.¹⁸⁵

4.4 Pedidos Adicionais e Medidas Provisórias

Para que questões relacionadas sejam julgadas juntamente, a Convenção ICSID permite que o tribunal arbitral inclua tais questões em sua decisão, a não ser que as partes tenham acordado de modo distinto.

Para tanto, o art. 46 da Convenção ICSID exige que haja o requerimento de uma das partes para que a questão incidental ou adicional seja também julgada naquela mesma oportunidade. Esta regra vale também para a reconvenção.

Feito o requerimento por uma das partes e, constatando-se que a questão se origina de matéria diretamente relacionada àquela da disputa, além de estar dentro do âmbito do consentimento das partes e da jurisdição do ICSID, o tribunal deverá, obrigatoriamente, decidi-la, sob pena de que seja declarado excesso de poderes do tribunal ou mesmo que seu laudo falhou em apresentar as razões em que se baseia (art. 52(1)(b) e (e) da Convenção ICSID)¹⁸⁶.

¹⁸⁴ José Augusto Fontoura Costa, **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**, p. 228.

¹⁸⁵ "The granting of a period of Grace is obligatory unless the tribunal is satisfied that there is no intention to cooperate. This would be the case if the defaulting party has specifically stated that it will not participate in the proceedings." Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 728.

¹⁸⁶ Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, p. 740.

Com relação às medidas provisionais, a Convenção ICSID aderiu à tendência dos tribunais nacionais e também dos tribunais internacionais, arbitrais ou não, ao permitir que o tribunal as conceda.

Tais medidas têm como finalidade garantir os direitos das partes, antes que se tenha julgado a controvérsia. Cumpre destacar que tais medidas são provisórias e de caráter de urgência e necessidade¹⁸⁷, não apresentando qualquer prejulgamento das questões de jurisdição ou de mérito da controvérsia.

As medidas provisionais não se confundem com o laudo arbitral, que é definitivo, não estando, assim, sujeitas a anulação, reconhecimento e execução, como o laudo¹⁸⁸.

Compactuando com o restante da Convenção ICSID, há autonomia das partes para dispor diferentemente sobre as medidas provisionais. Caso elas assim não disponham, o art. 47 da Convenção ICSID confere ao tribunal arbitral a possibilidade de, ao verificar que as circunstâncias exigem, recomendar medidas provisionais. Não há, portanto, necessidade de requerimento das partes, ou seja, o tribunal pode atuar de ofício.

Caberá à parte que as recebeu cumpri-las, sob pena de se estar descumprindo uma obrigação legal. Há ainda o risco de que ao se descumprir uma recomendação do tribunal, que isto venha a ser refletido no laudo arbitral posteriormente¹⁸⁹.

¹⁸⁷ José Augusto Fontoura Costa, *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*, p. 230.

¹⁸⁸ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 759.

¹⁸⁹ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 768.

5 LAUDO ARBITRAL

O procedimento arbitral é todo regulado pelas Regras de Procedimento para os Processos Arbitrais, emitidas pelo próprio ICSID¹⁹⁰. A finalidade do presente estudo não é detalhar o procedimento que deve ser seguido na arbitragem ICSID, os atos processuais e seus prazos. Somente os pontos relevantes da Convenção ICSID são objeto de análise, dentre os quais se destaca laudo arbitral e sua posterior execução.

Ao final do procedimento arbitral, os árbitros deverão emitir o laudo arbitral, em conformidade com o disposto no art. 48 da Convenção ICSID, o qual dispõe sobre todas as condições que deverão ser atendidas:

- (1) O Tribunal deverá decidir as questões pela maioria dos votos de todos os seus membros.
- (2) O laudo do Tribunal deverá ser por escrito e deverá ser assinado pelos membros do Tribunal que votaram por ele.
- (3) O laudo deverá resolver todas as questões enviadas ao Tribunal, e deverá apresentar as razões nas quais ele é baseado.
- (4) Qualquer membro do Tribunal poderá anexar sua opinião pessoal ao laudo, se ele diverge da maioria ou não, ou uma declaração de sua divergência.
- (5) O Centro não deverá publicar o laudo sem o consentimento das partes.¹⁹¹

Como regra dos tribunais colegiados, na arbitragem ICSID a decisão se dará pelo voto da maioria. Caso haja um voto divergente, este poderá ser anexado ao laudo, ou poderá ser apenas feita uma declaração de que um dos membros discorda da decisão da maioria.

¹⁹⁰ O Regulamento pode ser acessado pelo site do ICSID:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=RulesMain>.

¹⁹¹ "Article 48 (1) The Tribunal shall decide questions by a majority of the votes of all its members; (2) The award of the Tribunal shall be in writing and shall be signed by the members of the Tribunal who voted for it; (3) The award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons upon which it is based; (4) Any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent; (5) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties."

Das condições formais do laudo, vale destacar que ele deve ser emitido por escrito e todos os árbitros deverão assiná-lo, a não ser o árbitro que dele discorde.

Quanto ao conteúdo do laudo, ele deverá decidir todas as questões objeto da arbitragem, devendo a decisão ser motivada, ou seja, a razão pela qual se optou por aquela decisão deve ser estabelecida. O não cumprimento deste requerimento constitui um motivo para a anulação da decisão por um Comitê *ad hoc*, de acordo com o art. 52(1)(e) da Convenção ICSID¹⁹².

O art. 48(5) segue a tendência de sigilo imbuída nos procedimentos arbitrais, estipulando que os laudos não poderão ser publicados, a não ser que as partes consentam neste sentido¹⁹³.

Não obstante a regra ser de que as partes deverão autorizar a publicação do laudo, a grande parte dos laudos tem sido publicada, até mesmo pelo interesse público que envolve as arbitragens ICSID, uma vez que sempre uma das partes é um Estado, cujos atos interessam a seus nacionais. Eugênia Zerbini explica:

Se, nas primeiras décadas de funcionamento, o ICSID manteve muita discrição com relação aos casos que lhe foram referidos, a partir dos anos 1990, com a explosão do número de litígios oriundos de tratados internacionais – BITs e acordos de livre comércio – , a situação alterou-se. Os motivos determinantes dessa mudança parecem ser dois: em primeiro lugar, a articulação da sociedade civil internacional e o ganho de poder da opinião pública nessa esfera; em segundo, modificações na natureza das controvérsias que passaram a ser submetidas ao ICSID.¹⁹⁴

5.1 Anulação do Laudo Arbitral

A própria natureza jurisdicional da arbitragem carrega a noção de que a disputa será definitivamente resolvida pelo procedimento arbitral, não estando a controvérsia sujeita a um novo julgamento, seja por meio de nova arbitragem ou por um tribunal estatal.

¹⁹² Julian D. M Lew; Loukas A. Mistelis; Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, p. 791.

¹⁹³ COSTA, José Augusto Fontoura Costa, **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**, p. 231.

¹⁹⁴ Eugênia C. G. de Jesus Zerbini, **Novos rumos da arbitragem comercial internacional: a arbitragem sobre investimentos internacionais**, *In Aspectos Práticos da Arbitragem*, p. 286.

Na Convenção ICSID, há disposição expressa pelo art. 53(1) que proíbe que o litígio seja remetido a novo julgamento ou recurso em qualquer corte:

*(1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.*¹⁹⁵

Entretanto, a sentença arbitral ICSID pode, a requerimento de uma das partes da arbitragem, passar por um procedimento interno de anulação. Este procedimento está previsto no art. 52(1) da Convenção ICSID, o qual prevê inclusive sob quais fundamentos uma das partes poderá solicitar ao Secretário-Geral do ICSID a anulação do laudo:

Artigo 52

- (1) Qualquer parte pode requerer a anulação do laudo, por meio de um pedido por escrito endereçado ao Secretário-Geral, sob um ou mais dos seguintes motivos:
- (a) Que o Tribunal não estava devidamente constituído;
 - (b) Que o Tribunal excedeu claramente seus poderes;
 - (c) Que havia corrupção de parte de um membro do Tribunal;
 - (d) Que houve um sério desvio de uma regra fundamental do procedimento; ou
 - (e) Que a sentença falhou em motivar as razões sob quais ela está baseada.¹⁹⁶

O Secretário-Geral irá analisar o pedido de anulação, para verificar sua admissibilidade, antes de registrá-lo. O pedido deverá ser efetuado dentro de um prazo de 120 dias após a emissão do laudo arbitral. Caso o requerimento tenha como base a corrupção de um dos árbitros do Tribunal, o prazo será de 120 dias, contados da data em que a parte tomou conhecimento da corrupção do árbitro.

¹⁹⁵ Tradução livre: "(1) A sentença deverá ser vinculante para as partes e não estará sujeita a qualquer recurso ou a qualquer outra medida, exceto aquelas previstas nesta Convenção. Cada parte deverá submeter-se e cumprir com os termos da sentença, exceto até o ponto em que o reconhecimento tenha sido adiado, devido às estipulações desta Convenção."

¹⁹⁶ "Article 52 (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based."

Um Comitê *ad hoc* será constituído para analisar o pedido de anulação. Este Comitê será formado por três membros, escolhidos do Painel de Árbitros do ICSID pelo Presidente do Conselho Administrativo do ICSID.

Os membros deste Comitê *ad hoc* não poderão ter sido árbitros no Tribunal original, não poderão ser da mesma nacionalidade destes árbitros ou de qualquer das partes, nem poderão ter sido indicadas ao Painel de Árbitros pelo Estado parte ou pelo Estado da nacionalidade do investidor.

O Comitê *ad hoc* poderá suspender provisoriamente a execução do laudo, enquanto não chega a uma decisão sobre sua anulação. Este Comitê *ad hoc* terá total liberdade para anular integral ou parcialmente o laudo, desde que encontre fundamento em uma das hipóteses do art. 52(1) da Convenção.

Não obstante os poderes do Comitê *ad hoc*, ele não poderá modificar ou substituir a decisão do Tribunal originário. Assim, caso haja a anulação do laudo, um novo Tribunal deverá ser constituído, nos moldes do Tribunal originário, para que um novo procedimento seja iniciado. A decisão deste segundo Tribunal também estará sujeita a um procedimento de anulação, conforme uma das partes faça o requerimento¹⁹⁷.

5.2 Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais

5.2.1 Imunidade do Estado Receptor

Após a prolação da sentença pelos árbitros de um procedimento, espera-se que a parte perdedora cumpra a decisão espontaneamente, afinal, é sua reputação internacional que está em risco, caso descumpra com o que foi decidido.

No entanto, existem diversas ocasiões em que o cumprimento da decisão não é realizado sem a anterior execução da sentença arbitral. Para tanto, as disposições da Convenção de N.Y. são válidas.

¹⁹⁷ Julian D. M. Lew; Loukas A. Mistelis; Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, p. 800-1.

O Estado receptor, caso seja perdedor na arbitragem, tentará impedir que a sentença seja executada. Um dos argumentos mais utilizados é de sua imunidade de soberania contra a execução.

A imunidade de soberania é um princípio de direito internacional amplamente consolidado, que se baseia na igualdade dos Estados, impossibilitando, assim, que um Estado seja submetido às cortes de outro Estado.¹⁹⁸

Esta alegação de imunidade, entretanto, pode ser desconsiderada se o Estado receptor está agindo como um contratante privado. Pois há que se estabelecer aí uma distinção entre atos de Estado (*acta jure imperii*) e atos de comércio praticados pelo Estado contratante (*acta jure gestionis*)¹⁹⁹. Pois quando o Estado atua como ente privado, afastando-se das funções estritas do Estado soberano, ele estaria renunciando sua imunidade.

Ademais, no momento em que o Estado anui com a cláusula compromissória ou com alguma outra jurisdição, ele está abrindo mão de sua imunidade.

Mas o fato do Estado desistir de sua imunidade para que os conflitos sejam julgados por outra jurisdição ou arbitragem não significa que esta renúncia se estenda para a execução da decisão.

Assim, em casos em que o Estado receptor se negue a voluntariamente cumprir com a decisão, a execução se faça necessária. Caso seja impossível lograr êxito em uma execução iniciada no Estado receptor, o investidor pode ver-se obrigado a buscar a execução em algum outro Estado onde o Estado receptor tenha bens que possibilitem a satisfação da decisão em seu favor.

Aí, a corte local terá de analisar a sua competência para executar a decisão, em detrimento da imunidade do Estado receptor. Existe também a teoria de que, ao abrir mão de sua imunidade para que a controvérsia seja decidida em outra jurisdição, o Estado receptor renuncia também à imunidade para execução, uma vez que esta é consequência daquela. Caberá ao tribunal analisar a questão.

¹⁹⁸ Anthony Aust, **Handbook of International Law**, p. 145.

¹⁹⁹ Francisco Rezek, **Direito Internacional Público**, p. 179.

5.2.2 Execução Segundo a Convenção ICSID

Quando se trata do reconhecimento e execução das sentenças arbitrais decorrentes da arbitragem ICSID, o procedimento é distinto daquele empregado às demais sentenças de arbitragem comercial internacional.

Isso se deve ao fato de que a Convenção ICSID possui mecanismo específico para o reconhecimento das sentenças arbitrais emitidas por um tribunal ICSID. No que tange ao reconhecimento e à execução do laudo arbitral, deve ser respeitado o art. 54 da Convenção ICSID, conforme se verá mais adiante.

A convenção ICSID possui algumas disposições peculiares que a tornam eficiente para que suas decisões surtam o feito prático pretendido. De início, vale retomar a imposição do Artigo 53(1) da Convenção ICSID, que impede que a decisão do tribunal arbitral seja revisada por tribunais domésticos do Estado onde se pretende reconhecer e executar o laudo arbitral.

Desta forma, a autoridade do país onde se busca reconhecer e executar uma sentença proveniente de uma arbitragem ICSID, estará proibida de anular, revisar ou de qualquer forma fazer algo com a decisão, que não seja reconhecê-la. Durante o procedimento interno de reconhecimento e execução do laudo, a autoridade somente poderá verificar a autenticidade do laudo. Para tanto, a parte que busca a execução deverá fornecer à autoridade uma cópia do laudo autenticada pelo Secretário-Geral do ICSID. E somente poderão requerer a execução do laudo as próprias partes do procedimento arbitral, estando excluídos quaisquer terceiros, por mais relevante que seja seu interesse na execução do laudo.

Assim, não poderá ser analisada a jurisdição do tribunal que emitiu o laudo, os méritos do laudo, nem mesmo questões de ordem pública podem ser levantadas para impedir o reconhecimento e execução do laudo arbitral.

De acordo com o art. 54(1) da Convenção ICSID²⁰⁰, esta obrigação se estende a todos os Estados signatários da Convenção ICSID, mesmo que ele não seja parte da arbitragem, cuja sentença se busca reconhecer.

²⁰⁰ "Article 54(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its

Esta obrigação decorre do fato de se fazer considerada a sentença arbitral como proferida pelo judiciário do próprio Estado onde se pretende reconhecer a decisão. Há que se ressaltar que este dever valerá apenas para as obrigações pecuniárias impostas pela sentença arbitral.

O não cumprimento do disposto no art. 53 da Convenção ICSID, em considerar a sentença do tribunal arbitral como vinculante e, portanto, passível de reconhecimento imediato no território pretendido, será considerado como violação de uma obrigação internacional, nas palavras de Flávio Barbosa:

*(...) But the main advantage of this rule if compared to the NYC is that the non-compliance with an ICSID award shall be considered as a violation of an international obligation, subject to international liability.(...)*²⁰¹

No mesmo sentido, Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kröll esclarecem:

*(...) The obligation to comply with the award is, as far as the state is concerned, an international treaty obligation; for the non-state party it is an obligation arising under the arbitration agreement. Therefore non-compliance with an award is a breach not only of a contractual duty to the investor but also of an international commitment in relation to all other Contracting States, including the home state of the investor. The duty to comply with the award is not affected by the possibility of a state party seeking to resist enforcement by relying on its sovereign immunity under Article 55.*²⁰²

Um Estado que não cumpra com a decisão contida no laudo, sob a alegação de sua imunidade de execução, ainda estará violando uma disposição expressa da

territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state."

²⁰¹ Tradução livre: "(...) Mas a principal vantagem desta regra, se comparada com a NYC, é que a não conformidade com uma sentença ICSID deverá ser considerada como uma violação de uma obrigação internacional, sujeito a responsabilidade internacional.(...)". Flávio Spaccaquerche Barbosa, **The Enforcement of International Arbitral Award: is There a Better Way?** p. 22, *In RBA* nº 21 – Jan-Mar/2009.

²⁰² Tradução livre: "(...) A obrigação de cumprir com a sentença é, no que diz respeito ao estado, uma obrigação internacional sob um tratado; para a parte não-estado, é uma obrigação oriunda da convenção arbitral. Portanto, o não cumprimento da sentença é uma inadimplência não somente de uma obrigação contratual para o investidor, mas também de um compromisso internacional com relação a todos os outros Estados Contratantes, incluindo o estado do qual o investidor é nacional. A obrigação de cumprir com a sentença não é afetada pela possibilidade de um estado parte buscar resistir à execução, contando com sua imunidade de soberania, sob o artigo 55." Julian D. M. Lew; Loukas A. Mistelis; Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, p. 791-2.

Convenção ICSID. A consequência seria a retomada da possibilidade de proteção diplomática do investidor estrangeiro por seu Estado de origem, conforme dispõe o art. 27(1) da Convenção ICSID.

Por fim, vale destacar que uma sentença ICSID estará apenas sujeita às limitações e requisitos impostos pela Convenção ICSID, para o reconhecimento desta sentença. Como a Convenção ICSID não apresenta um rol de hipóteses nas quais poderá ser negado o reconhecimento da sentença ICSID, como é o caso do Art. V da NYC, o procedimento para reconhecimento deste tipo de sentença deverá ser mais rápido, ante sua menor complexidade.

McIlwrath e Savage reconhecem a melhor condição da sentença ICSID para sua execução:

Are ICSID awards more enforceable? An ICSID award, because of the powerful enforcement provisions of the ICSID Convention, is a significantly more enforceable title worldwide than an award rendered in an ordinary international commercial arbitration. This is borne out, perhaps, in the strong record of ICSID award debtors, which are mainly states, complying voluntarily with ICSID awards. One reason for this is surely that they evaluate their chances of successfully resisting enforcement to be low; another reason may be that they do not wish to be seen by the international community and the World Bank as having failed to comply with an award with a World Bank imprimatur.²⁰³

5.3 Relação da Convenção de N.Y. com as Sentenças Arbitrais de Investimento Estrangeiro

O crescimento dos tratados que remetem conflitos entre Estado receptor e investidor estrangeiro à arbitragem ICSID, contribuiu também para o aumento do número de sentenças arbitrais sob a Convenção ICSID. No entanto, as disputas

²⁰³ Tradução livre: "As sentenças ICSID são mais executáveis? Uma sentença ICSID, devido às poderosas provisões de execução da Convenção ICSID, é um título significativamente mais executável mundialmente que uma sentença proferida em uma arbitragem comercial internacional comum. Isto é confirmado, talvez, pelo alto registro de perdedores em sentenças ICSID, que são principalmente Estados, cumprindo voluntariamente as sentenças ICSID. Uma razão para isso é certamente que eles avaliam suas chances de sucesso como baixas ao resistir à execução; outra razão pode ser que eles não desejam ser vistos pela comunidade internacional e pelo Banco Mundial, como tendo falhado em cumprir com uma sentença com um carimbo do Banco Mundial." Michael McIlwrath; John Savage, **International Arbitration and Mediation: A Practical Guide**, p. 394.

envolvendo investimento estrangeiro não estão adstritas ao ICSID, podendo ser *ad hoc* ou mesmo administradas por outras instituições (Ex: ICC, LCIA ou AAA).

As sentenças provenientes de uma arbitragem ICSID detêm um meio próprio de reconhecimento e execução para seus laudos. Isto permite que se faça um paralelo entre o modo de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais ICSID ou não ICSID, para se ter uma idéia da eficácia de cada um deles.

Conforme já explorado acima, os procedimentos arbitrais do ICSID devem respeitar tão somente a Convenção ICSID (Art. 54), no que tange ao reconhecimento e à execução do laudo arbitral.

Já os procedimentos fora do ICSID deverão seguir os trâmites das demais sentenças arbitrais internacionais para reconhecimento e execução, que são aqueles dispostos na Convenção de N.Y. de 1958. Esta não exclui de sua abrangência os procedimentos arbitrais que incluem Estados soberanos, uma vez que não exige como requisito subjetivo a presença de pessoa jurídica de direito privado, desde que respeitado o fato de que as partes tenham anuído com o procedimento arbitral, quer seja em uma cláusula compromissória ou em um compromisso arbitral²⁰⁴.

A Convenção de N.Y. dispõe sobre seus próprios requisitos para que a decisão arbitral seja reconhecida, os quais são detalhados adiante.

Logo em seu primeiro artigo, a Convenção de N.Y. estabelece que serão consideradas estrangeiras as sentenças arbitrais proferidas fora do território do país onde se pretende reconhecê-la e executá-la²⁰⁵. A mencionada convenção, no entanto, permite que as legislações internas dos países signatários possam estabelecer outros critérios e condições para que a sentença arbitral seja

²⁰⁴ Flávio Spaccaquerche Barbosa, **The Enforcement of International Arbitral Award: is There a Better Way?** p. 10, *In* RBA nº 21 – Jan-Mar/2009.

²⁰⁵ "Article I. 1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought."

considerada estrangeira. Para citar o exemplo da Lei de Arbitragem Brasileira, é considerada sentença estrangeira aquela proferida fora do território nacional²⁰⁶.

Tendo em vista o exposto acima, é possível concluir que os procedimentos arbitrais para solução de disputas sobre investimentos serão sempre considerados estrangeiros, pois necessariamente envolvem partes de nacionalidades distintas (condição imprescindível para que se forme o tribunal arbitral de investimento estrangeiro), o que em alguns Estados já supre a condição de arbitragem internacional; versam sobre a violação de alguma norma de direito internacional, uma vez que o direito internacional é subsidiariamente aplicável ao mérito da controvérsia; e, por fim, os tratados internacionais firmados para proteger investimentos estrangeiros sempre oferecem ao investidor a opção de escolher a sede do tribunal arbitral²⁰⁷, o que confere a ele a possibilidade de escolher local distinto daquele em que a sentença será posteriormente reconhecida e executada, garantindo-lhe plena efetividade sob a Convenção de N.Y.

Outra condição presente na Convenção de N.Y. está prevista no artigo I(3)²⁰⁸, o qual confere aos Estados signatários a possibilidade de somente se comprometerem a reconhecer e executar sentenças proferidas no território de outro Estado signatário daquela Convenção. Esta reciprocidade é uma faculdade conferida aos Estados signatários da Convenção de N.Y. não sendo, portanto, obrigatória.

Esta condição também estaria solucionada por grande parte dos tratados que protegem investimentos estrangeiros, uma vez que eles prevêem que a sede do procedimento arbitral deverá estar localizada no território de um Estado signatário da Convenção de N.Y.

²⁰⁶ Lei 9.307/96. "Art. 34. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional."

²⁰⁷ A Convenção ICSID estabelece que a sede da arbitragem ICSID será na própria sede do ICSID em Washington, mas permite que as partes estipulem outro local, desde que autorizado pelo Secretário-Geral e pelo tribunal arbitral, conforme se depreende dos arts. 62 e 63 da Convenção ICSID.

²⁰⁸ "Article I. 3. When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration."

A última condição para a aplicação da Convenção de N.Y. diz respeito ao caráter comercial que deve existir na disputa objeto da arbitragem que se busca reconhecer. Esta condição está presente na parte final do artigo I(3) da Convenção ICSID e oferece ao Estado signatário a opção de se comprometer apenas a reconhecer sentenças de procedimentos arbitrais que tenham em disputa questões de ordem comercial, conforme a legislação interna do Estado que faz esta declaração.

A dúvida surge quanto à natureza das disputas sobre investimentos estrangeiros, para definir se elas estariam incluídas no conceito de disputas comerciais. A Convenção de N.Y. não faz qualquer menção a disputas de investimentos estrangeiros, assim a questão ficou a cargo de cada Estado para tratar o assunto por meio de sua própria legislação interna.

Para evitar o risco da ausência de estipulação nesse sentido, ou ainda que ele fique sujeito a falhas e inadequações das legislações internas, os Estados geralmente estipulam nos tratados de proteção a investimento estrangeiro, que as controvérsias remetidas a arbitragem serão consideradas como oriundas de relações comerciais, para os fins do artigo I da Convenção de N.Y.²⁰⁹ Esta solução supre qualquer discussão futura sobre a natureza da arbitragem que se busca reconhecer.

Não existindo nenhuma disposição semelhante àquela descrita acima, o assunto terá que ser resolvido pela legislação interna do país onde se busca reconhecer a sentença. Se a legislação interna do país tomou como base a Lei Modelo da UNCITRAL, o problema poderá ser considerado solucionado, pois o artigo 1º desta Lei, em sua Nota de Rodapé nº 2²¹⁰, prevê que investimento está incluído na noção de comercial.

²⁰⁹ Art. 34(10) do BIT modelo dos EUA: "10. A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article I of the New York Convention [and Article I of the Inter-American Convention]."

²¹⁰ "The term "commercial" should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road."

Portanto, superadas as condições acima, a Convenção de N.Y. se mostra como meio hábil para reconhecer e executar as sentenças arbitrais provenientes de disputas de investimento estrangeiro não reguladas pelo ICSID. No entanto, pelo seu modo peculiar e mais prático de reconhecimento e execução, a arbitragem ICSID ainda se destaca como meio apto para dirimir conflitos envolvendo investimentos estrangeiros.

CONCLUSÃO

Carentes até então de um centro especializado em matéria tão peculiar as partes envolvidas em investimento estrangeiro possuem, hodiernamente, uma instituição especializada na arbitragem para a solução de conflitos de investimento estrangeiro, o ICSID, conforme foi demonstrado.

A arbitragem tem se demonstrado como o meio apto a resolver este tipo de disputa, uma vez que retira dos tribunais domésticos o poder de decidir sobre a propriedade de um estrangeiro, conferindo a este maior segurança de que, em caso de dano ou tentativa de dano a seu patrimônio, ele terá direito a um julgamento imparcial e tecnicamente preparado para aferir o prejuízo a ele causado.

Pode-se avaliar, pelo exposto neste trabalho, que por meio do ICSID, o particular conseguiu equilibrar um pouco mais as forças com o Estado receptor, uma vez que este perde todas aquelas prerrogativas que sempre possuiu ao ver uma disputa com um investidor estrangeiro ser remetida aos seus tribunais locais, sempre passíveis de certa parcialidade.

A rede de instrumentos criada para que as disputas pudessem ser remetidas ao ICSID, por meio da eleição desta instituição como o foro competente a dirimir as controvérsias entre o Estado receptor e o investidor estrangeiro é composta por contratos de investimento, legislações domésticas e tratados internacionais.

A consolidação desta rede foi fundamental para o desenvolvimento do ICSID, que hoje possui uma identidade própria no direito internacional, devido à credibilidade que conquistou ao longo das últimas décadas.

As condições de acesso ao ICSID, em especial pelo âmbito restrito de sua jurisdição previsto no art. 25 da Convenção ICSID, criaram uma instituição profundamente especializada, fato que a torna ainda mais atraente para aqueles que vislumbram se aventurar no ramo dos investimentos estrangeiros.

Conforme pode ser notado, a jurisdição do ICSID compõe um dos principais tópicos da Convenção ICSID, pois deve atender a diversos critérios subjetivos e materiais. Reflexo da relevância deste ponto é o constante debate durante o

procedimento arbitral sobre a jurisdição do ICSID para julgar aquele litígio específico, o que resulta na constante emissão pelos tribunais arbitrais de laudos parciais decidindo a jurisdição.

Admitida a jurisdição do ICSID para julgar a demanda, o procedimento arbitral seguirá um padrão, devendo obedecer a Convenção ICSID, bem como o Regulamento de Arbitragem do ICSID.

A garantia de eficácia da arbitragem administrada pelo ICSID está na própria Convenção ICSID, que estipula que os laudos arbitrais deverão obedecer tão somente aos requisitos presentes naquela convenção, não estando sujeitos a nenhum outro crivo, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno do próprio Estado onde se pretende ver o laudo executado.

Como foi possível verificar, a única forma que a parte vencida na arbitragem possui para tentar anular o laudo é requerendo ao Secretário-Geral do ICSID a anulação do laudo, o qual poderá decidir pela constituição de um Comitê *ad hoc* para analisar o pedido de anulação do laudo.

Novamente, a solução apresentada pela Convenção ICSID é interna, ou seja, não há qualquer órgão ou instância superior ou fora dos domínios do ICSID que possua competência para rever uma decisão de um tribunal ICSID. Sem dúvida, isso confere consistência e credibilidade ao sistema implementado pela Convenção ICSID.

Ademais, além de se tratar de um procedimento arbitral que obedece tão somente as suas próprias regras, a execução o laudo arbitral também possui tratamento específico, fugindo então do alcance da Convenção de N.Y., o que é um ponto positivo para a parte que deseja ver a decisão arbitral produzindo efeitos.

É de interesse do Estado vencido em uma disputa perante o ICSID cumprir voluntariamente a decisão do tribunal arbitral, pois ele demonstra à comunidade internacional que, caso seja comprovada a necessidade de indenização de uma parte que ele tenha prejudicado, ele o fará. Este fato acabará apresentando um retorno positivo a este Estado, pois, em última análise, os investidores estrangeiros se sentiriam encorajados a destinar investimentos a este Estado. Obviamente que

diversos Estados não entendem assim, e preferem aguardar a execução do laudo arbitral para então cumpri-lo.

De toda sorte, o panorama atual na seara dos investimentos estrangeiros é muito mais bem sedimentado hoje do que nas últimas décadas, devido à evolução do ICSID, pois ambas as partes envolvidas no investimento estrangeiro, o Estado receptor e o investidor estrangeiro, estão cientes dos riscos e das conseqüências de seus atos durante o desenvolvimento da relação entre elas.

Portanto, em um mundo em que a cada dia que passa as distâncias se encurtam e em que as relações internacionais são mais constantes e dinâmicas, a existência de um foro, especializado em dirimir os conflitos envolvendo partes de naturezas distintas e sobre uma matéria tão específica e indispensável ao desenvolvimento econômico, tornou-se imprescindível para que o processo da globalização prossiga de forma ordenada e pacífica.

Há de se ressaltar, ainda, que existe espaço para o crescimento do ICSID e da arbitragem em investimento estrangeiro, de uma forma geral, pois apesar de já ter sido ratificada por 144 Estados, países que vêm conquistando relevância na economia mundial da atualidade, como o Brasil, o México e o Canadá, ainda não ratificaram a Convenção ICSID.

Há ainda o potencial crescimento dos casos remetidos ao ICSID, uma vez que se consolidando como instituição especializada em litígios relativos a investimento estrangeiro, sua previsão como meio de solução de conflitos nos tratados, contratos ou legislações internas deverá ser bem maior no futuro próximo. A perspectiva é, portanto, que a arbitragem seja definitivamente o meio apto a solucionar litígios relativos a investimento estrangeiro, com o ICSID se consagrando como a instituição de referência neste tipo de arbitragem.

ANEXO

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States

Preamble

The Contracting States

Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein;

Bearing in mind the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between Contracting States and nationals of other Contracting States;

Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases;

Attaching particular importance to the availability of facilities for international conciliation or arbitration to which Contracting States and nationals of other Contracting States may submit such disputes if they so desire;

Desiring to establish such facilities under the auspices of the International Bank for Reconstruction and Development;

Recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators, and that any arbitral award be complied with; and

Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration,

Have agreed as follows:

Chapter I

International Centre for Settlement of Investment Disputes

Section 1

Establishment and Organization

Article 1

(1) There is hereby established the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter called the Centre).

(2) The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention.

Article 2

The seat of the Centre shall be at the principal office of the International Bank for Reconstruction and Development (hereinafter called the Bank). The seat may be moved to another place by decision of the Administrative Council adopted by a majority of two-thirds of its members.

Article 3

The Centre shall have an Administrative Council and a Secretariat and shall maintain a Panel of Conciliators and a Panel of Arbitrators.

Section 2

The Administrative Council

Article 4

(1) The Administrative Council shall be composed of one representative of each Contracting State. An alternate may act as representative in case of his principal's absence from a meeting or inability to act.

(2) In the absence of a contrary designation, each governor and alternate governor of the Bank appointed by a Contracting State shall be *ex officio* its representative and its alternate respectively.

Article 5

The President of the Bank shall be *ex officio* Chairman of the Administrative Council (hereinafter called the Chairman) but shall have no vote. During his absence or inability to act and during any vacancy in the office of President of the Bank, the person for the time being acting as President shall act as Chairman of the Administrative Council.

Article 6

(1) Without prejudice to the powers and functions vested in it by other provisions of this Convention, the Administrative Council shall:

- (a) adopt the administrative and financial regulations of the Centre;
- (b) adopt the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings;
- (c) adopt the rules of procedure for conciliation and arbitration proceedings (hereinafter called the Conciliation Rules and the Arbitration Rules);
- (d) approve arrangements with the Bank for the use of the Bank's administrative facilities and services;
- (e) determine the conditions of service of the Secretary-General and of any Deputy Secretary-General;
- (f) adopt the annual budget of revenues and expenditures of the Centre;
- (g) approve the annual report on the operation of the Centre.

The decisions referred to in sub-paragraphs (a), (b), (c) and (f) above shall be adopted by a majority of two-thirds of the members of the Administrative Council.

(2) The Administrative Council may appoint such committees as it considers necessary.

(3) The Administrative Council shall also exercise such other powers and perform such other functions as it shall determine to be necessary for the implementation of the provisions of this Convention.

Article 7

(1) The Administrative Council shall hold an annual meeting and such other meetings as may be determined by the Council, or convened by the Chairman, or convened by the Secretary-General at the request of not less than five members of the Council.

(2) Each member of the Administrative Council shall have one vote and, except as otherwise herein provided, all matters before the Council shall be decided by a majority of the votes cast.

(3) A quorum for any meeting of the Administrative Council shall be a majority of its members.

(4) The Administrative Council may establish, by a majority of two-thirds of its members, a procedure whereby the Chairman may seek a vote of the Council without convening a meeting of the Council. The vote shall be considered valid only if the majority of the members of the Council cast their votes within the time limit fixed by the said procedure.

Article 8

Members of the Administrative Council and the Chairman shall serve without remuneration from the Centre.

Section 3

The Secretariat

Article 9

The Secretariat shall consist of a Secretary-General, one or more Deputy Secretaries-General and staff.

Article 10

(1) The Secretary-General and any Deputy Secretary-General shall be elected by the Administrative Council by a majority of two-thirds of its members upon the nomination of the Chairman for a term of service not exceeding six years and shall be eligible for re-election. After consulting the members of the Administrative Council, the Chairman shall propose one or more candidates for each such office.

(2) The offices of Secretary-General and Deputy Secretary-General shall be incompatible with the exercise of any political function. Neither the Secretary-General nor any Deputy Secretary-General may hold any other employment or engage in any other occupation except with the approval of the Administrative Council.

(3) During the Secretary-General's absence or inability to act, and during any vacancy of the office of Secretary-General, the Deputy Secretary-General shall act as Secretary-General. If there shall be more than one Deputy Secretary-General, the Administrative Council shall determine in advance the order in which they shall act as Secretary-General.

Article 11

The Secretary-General shall be the legal representative and the principal officer of the Centre and shall be responsible for its administration, including the appointment of staff, in accordance with the provisions of this Convention and the rules adopted

by the Administrative Council. He shall perform the function of registrar and shall have the power to authenticate arbitral awards rendered pursuant to this Convention, and to certify copies thereof.

Section 4

The Panels

Article 12

The Panel of Conciliators and the Panel of Arbitrators shall each consist of qualified persons, designated as hereinafter provided, who are willing to serve thereon.

Article 13

(1) Each Contracting State may designate to each Panel four persons who may but need not be its nationals.

(2) The Chairman may designate ten persons to each Panel. The persons so designated to a Panel shall each have a different nationality.

Article 14

(1) Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators.

(2) The Chairman, in designating persons to serve on the Panels, shall in addition pay due regard to the importance of assuring representation on the Panels of the principal legal systems of the world and of the main forms of economic activity.

Article 15

(1) Panel members shall serve for renewable periods of six years.

(2) In case of death or resignation of a member of a Panel, the authority which designated the member shall have the right to designate another person to serve for the remainder of that member's term.

(3) Panel members shall continue in office until their successors have been designated.

Article 16

(1) A person may serve on both Panels.

(2) If a person shall have been designated to serve on the same Panel by more than one Contracting State, or by one or more Contracting States and the Chairman, he shall be deemed to have been designated by the authority which first designated him or, if one such authority is the State of which he is a national, by that State.

(3) All designations shall be notified to the Secretary-General and shall take effect from the date on which the notification is received.

Section 5

Financing the Centre

Article 17

If the expenditure of the Centre cannot be met out of charges for the use of its facilities, or out of other receipts, the excess shall be borne by Contracting States which are members of the Bank in proportion to their respective subscriptions to the capital stock of the Bank, and by Contracting States which are not members of the Bank in accordance with rules adopted by the Administrative Council.

Section 6

Status, Immunities and Privileges

Article 18

The Centre shall have full international legal personality. The legal capacity of the Centre shall include the capacity:

- (a) to contract;
- (b) to acquire and dispose of movable and immovable property;
- (c) to institute legal proceedings.

Article 19

To enable the Centre to fulfil its functions, it shall enjoy in the territories of each Contracting State the immunities and privileges set forth in this Section.

Article 20

The Centre, its property and assets shall enjoy immunity from all legal process, except when the Centre waives this immunity.

Article 21

The Chairman, the members of the Administrative Council, persons acting as conciliators or arbitrators or members of a Committee appointed pursuant to paragraph (3) of Article 52, and the officers and employees of the Secretariat

(a) shall enjoy immunity from legal process with respect to acts performed by them in the exercise of their functions, except when the Centre waives this immunity;

(b) not being local nationals, shall enjoy the same immunities from immigration restrictions, alien registration requirements and national service obligations, the same facilities as regards exchange restrictions and the same treatment in respect of travelling facilities as are accorded by Contracting States to the representatives, officials and employees of comparable rank of other Contracting States.

Article 22

The provisions of Article 21 shall apply to persons appearing in proceedings under this Convention as parties, agents, counsel, advocates, witnesses or experts; provided, however, that sub-paragraph (b) thereof shall apply only in connection with their travel to and from, and their stay at, the place where the proceedings are held.

Article 23

(1) The archives of the Centre shall be inviolable, wherever they may be.

(2) With regard to its official communications, the Centre shall be accorded by each Contracting State treatment not less favourable than that accorded to other international organizations.

Article 24

(1) The Centre, its assets, property and income, and its operations and transactions authorized by this Convention shall be exempt from all taxation and customs duties. The Centre shall also be exempt from liability for the collection or payment of any taxes or customs duties.

(2) Except in the case of local nationals, no tax shall be levied on or in respect of expense allowances paid by the Centre to the Chairman or members of the Administrative Council, or on or in respect of salaries, expense allowances or other emoluments paid by the Centre to officials or employees of the Secretariat.

(3) No tax shall be levied on or in respect of fees or expense allowances received by persons acting as conciliators, or arbitrators, or members of a Committee appointed

pursuant to paragraph (3) of Article 52, in proceedings under this Convention, if the sole jurisdictional basis for such tax is the location of the Centre or the place where such proceedings are conducted or the place where such fees or allowances are paid.

Chapter II

Jurisdiction of the Centre

Article 25

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

(2) "National of another Contracting State" means:

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

(3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.

(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all

Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

Article 26

Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.

Article 27

(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.

(2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

Chapter III

Conciliation

Section 1

Request for Conciliation

Article 28

(1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute conciliation proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.

(2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to conciliation in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.

(3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

Section 2

Constitution of the Conciliation Commission

Article 29

(1) The Conciliation Commission (hereinafter called the Commission) shall be constituted as soon as possible after registration of a request pursuant to Article 28.

(2) (a) The Commission shall consist of a sole conciliator or any uneven number of conciliators appointed as the parties shall agree.

(b) Where the parties do not agree upon the number of conciliators and the method of their appointment, the Commission shall consist of three conciliators, one conciliator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Commission, appointed by agreement of the parties.

Article 30

If the Commission shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 28, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the conciliator or conciliators not yet appointed.

Article 31

(1) Conciliators may be appointed from outside the Panel of Conciliators, except in the case of appointments by the Chairman pursuant to Article 30.

(2) Conciliators appointed from outside the Panel of Conciliators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14.

Section 3

Conciliation Proceedings

Article 32

(1) The Commission shall be the judge of its own competence.

(2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Commission, shall be considered by the Commission which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.

Article 33

Any conciliation proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Conciliation Rules in effect on the date on which the parties consented to conciliation. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Conciliation Rules or any rules agreed by the parties, the Commission shall decide the question.

Article 34

(1) It shall be the duty of the Commission to clarify the issues in dispute between the parties and to endeavour to bring about agreement between them upon mutually acceptable terms. To that end, the Commission may at any stage of the proceedings and from time to time recommend terms of settlement to the parties. The parties shall cooperate in good faith with the Commission in order to enable the Commission to carry out its functions, and shall give their most serious consideration to its recommendations.

(2) If the parties reach agreement, the Commission shall draw up a report noting the issues in dispute and recording that the parties have reached agreement. If, at any stage of the proceedings, it appears to the Commission that there is no likelihood of agreement between the parties, it shall close the proceedings and shall draw up a report noting the submission of the dispute and recording the failure of the parties to reach agreement. If one party fails to appear or participate in the proceedings, the Commission shall close the proceedings and shall draw up a report noting that party's failure to appear or participate.

Article 35

Except as the parties to the dispute shall otherwise agree, neither party to a conciliation proceeding shall be entitled in any other proceeding, whether before arbitrators or in a court of law or otherwise, to invoke or rely on any views expressed or statements or admissions or offers of settlement made by the other party in the conciliation proceedings, or the report or any recommendations made by the Commission.

Chapter IV

Arbitration

Section 1

Request for Arbitration

Article 36

(1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.

(2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to arbitration in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.

(3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

Section 2**Constitution of the Tribunal****Article 37**

(1) The Arbitral Tribunal (hereinafter called the Tribunal) shall be constituted as soon as possible after registration of a request pursuant to Article 36.

(2) (a) The Tribunal shall consist of a sole arbitrator or any uneven number of arbitrators appointed as the parties shall agree.

(b) Where the parties do not agree upon the number of arbitrators and the method of their appointment, the Tribunal shall consist of three arbitrators, one arbitrator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Tribunal, appointed by agreement of the parties.

Article 38

If the Tribunal shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 36, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. Arbitrators appointed by the Chairman pursuant to this Article shall not be nationals of the Contracting State party to the dispute or of the Contracting State whose national is a party to the dispute.

Article 39

The majority of the arbitrators shall be nationals of States other than the Contracting State party to the dispute and the Contracting State whose national is a party to the dispute; provided, however, that the foregoing provisions of this Article shall not apply if the sole arbitrator or each individual member of the Tribunal has been appointed by agreement of the parties.

Article 40

(1) Arbitrators may be appointed from outside the Panel of Arbitrators, except in the case of appointments by the Chairman pursuant to Article 38.

(2) Arbitrators appointed from outside the Panel of Arbitrators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14.

Section 3

Powers and Functions of the Tribunal

Article 41

(1) The Tribunal shall be the judge of its own competence.

(2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.

Article 42

(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

(2) The Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law.

(3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree.

Article 43

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it deems it necessary at any stage of the proceedings,

- (a) call upon the parties to produce documents or other evidence, and
- (b) visit the scene connected with the dispute, and conduct such inquiries there as it may deem appropriate.

Article 44

Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.

Article 45

- (1) Failure of a party to appear or to present his case shall not be deemed an admission of the other party's assertions.
- (2) If a party fails to appear or to present his case at any stage of the proceedings the other party may request the Tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award. Before rendering an award, the Tribunal shall notify, and grant a period of grace to, the party failing to appear or to present its case, unless it is satisfied that that party does not intend to do so.

Article 46

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre.

Article 47

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.

Section 4

The Award

Article 48

- (1) The Tribunal shall decide questions by a majority of the votes of all its members.

(2) The award of the Tribunal shall be in writing and shall be signed by the members of the Tribunal who voted for it.

(3) The award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons upon which it is based.

(4) Any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent.

(5) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties.

Article 49

(1) The Secretary-General shall promptly dispatch certified copies of the award to the parties. The award shall be deemed to have been rendered on the date on which the certified copies were dispatched.

(2) The Tribunal upon the request of a party made within 45 days after the date on which the award was rendered may after notice to the other party decide any question which it had omitted to decide in the award, and shall rectify any clerical, arithmetical or similar error in the award. Its decision shall become part of the award and shall be notified to the parties in the same manner as the award. The periods of time provided for under paragraph (2) of Article 51 and paragraph (2) of Article 52 shall run from the date on which the decision was rendered.

Section 5

Interpretation, Revision and

Annulment of the Award

Article 50

(1) If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General.

(2) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter. The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision.

Article 51

(1) Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence.

(2) The application shall be made within 90 days after the discovery of such fact and in any event within three years after the date on which the award was rendered.

(3) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.

(4) The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Tribunal rules on such request.

Article 52

(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

(a) that the Tribunal was not properly constituted;

(b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;

(c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;

(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or

(e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.

(2) The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered.

(3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an *ad hoc* Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have

acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).

(4) The provisions of Articles 41-45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapters VI and VII shall apply *mutatis mutandis* to proceedings before the Committee.

(5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request.

(6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.

Section 6

Recognition and Enforcement

of the Award

Article 53

(1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.

(2) For the purposes of this Section, "award" shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50, 51 or 52.

Article 54

(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.

(2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation

of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.

(3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.

Article 55

Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.

Chapter V

Replacement and Disqualification

of Conciliators and Arbitrators

Article 56

(1) After a Commission or a Tribunal has been constituted and proceedings have begun, its composition shall remain unchanged; provided, however, that if a conciliator or an arbitrator should die, become incapacitated, or resign, the resulting vacancy shall be filled in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter III or Section 2 of Chapter IV.

(2) A member of a Commission or Tribunal shall continue to serve in that capacity notwithstanding that he shall have ceased to be a member of the Panel.

(3) If a conciliator or arbitrator appointed by a party shall have resigned without the consent of the Commission or Tribunal of which he was a member, the Chairman shall appoint a person from the appropriate Panel to fill the resulting vacancy.

Article 57

A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. A party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of an arbitrator on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Section 2 of Chapter IV.

Article 58

The decision on any proposal to disqualify a conciliator or arbitrator shall be taken by the other members of the Commission or Tribunal as the case may be, provided that

where those members are equally divided, or in the case of a proposal to disqualify a sole conciliator or arbitrator, or a majority of the conciliators or arbitrators, the Chairman shall take that decision. If it is decided that the proposal is well-founded the conciliator or arbitrator to whom the decision relates shall be replaced in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter III or Section 2 of Chapter IV.

Chapter VI

Cost of Proceedings

Article 59

The charges payable by the parties for the use of the facilities of the Centre shall be determined by the Secretary-General in accordance with the regulations adopted by the Administrative Council.

Article 60

(1) Each Commission and each Tribunal shall determine the fees and expenses of its members within limits established from time to time by the Administrative Council and after consultation with the Secretary-General.

(2) Nothing in paragraph (1) of this Article shall preclude the parties from agreeing in advance with the Commission or Tribunal concerned upon the fees and expenses of its members.

Article 61

(1) In the case of conciliation proceedings the fees and expenses of members of the Commission as well as the charges for the use of the facilities of the Centre, shall be borne equally by the parties. Each party shall bear any other expenses it incurs in connection with the proceedings.

(2) In the case of arbitration proceedings the Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. Such decision shall form part of the award.

Chapter VII

Place of Proceedings

Article 62

Conciliation and arbitration proceedings shall be held at the seat of the Centre except as hereinafter provided.

Article 63

Conciliation and arbitration proceedings may be held, if the parties so agree,

(a) at the seat of the Permanent Court of Arbitration or of any other appropriate institution, whether private or public, with which the Centre may make arrangements for that purpose; or

(b) at any other place approved by the Commission or Tribunal after consultation with the Secretary-General.

Chapter VIII

Disputes Between Contracting States

Article 64

Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement.

Chapter IX

Amendment

Article 65

Any Contracting State may propose amendment of this Convention. The text of a proposed amendment shall be communicated to the Secretary-General not less than 90 days prior to the meeting of the Administrative Council at which such amendment is to be considered and shall forthwith be transmitted by him to all the members of the Administrative Council.

Article 66

(1) If the Administrative Council shall so decide by a majority of two-thirds of its members, the proposed amendment shall be circulated to all Contracting States for ratification, acceptance or approval. Each amendment shall enter into force 30 days after dispatch by the depositary of this Convention of a notification to Contracting States that all Contracting States have ratified, accepted or approved the amendment.

(2) No amendment shall affect the rights and obligations under this Convention of any Contracting State or of any of its constituent subdivisions or agencies, or of any national of such State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given before the date of entry into force of the amendment.

Chapter X

Final Provisions

Article 67

This Convention shall be open for signature on behalf of States members of the Bank. It shall also be open for signature on behalf of any other State which is a party to the Statute of the International Court of Justice and which the Administrative Council, by a vote of two-thirds of its members, shall have invited to sign the Convention.

Article 68

(1) This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States in accordance with their respective constitutional procedures.

(2) This Convention shall enter into force 30 days after the date of deposit of the twentieth instrument of ratification, acceptance or approval. It shall enter into force for each State which subsequently deposits its instrument of ratification, acceptance or approval 30 days after the date of such deposit.

Article 69

Each Contracting State shall take such legislative or other measures as may be necessary for making the provisions of this Convention effective in its territories.

Article 70

This Convention shall apply to all territories for whose international relations a Contracting State is responsible, except those which are excluded by such State by written notice to the depositary of this Convention either at the time of ratification, acceptance or approval or subsequently.

Article 71

Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice.

Article 72

Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary.

Article 73

Instruments of ratification, acceptance or approval of this Convention and of amendments thereto shall be deposited with the Bank which shall act as the depositary of this Convention. The depositary shall transmit certified copies of this Convention to States members of the Bank and to any other State invited to sign the Convention.

Article 74

The depositary shall register this Convention with the Secretariat of the United Nations in accordance with Article 102 of the Charter of the United Nations and the Regulations thereunder adopted by the General Assembly.

Article 75

The depositary shall notify all signatory States of the following:

- (a) signatures in accordance with Article 67;
- (b) deposits of instruments of ratification, acceptance and approval in accordance with Article 73;
- (c) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 68;
- (d) exclusions from territorial application pursuant to Article 70;
- (e) the date on which any amendment of this Convention enters into force in accordance with Article 66; and
- (f) denunciations in accordance with Article 71.

DONE at Washington, in the English, French and Spanish languages, all three texts being equally authentic, in a single copy which shall remain deposited in the archives of the International Bank for Reconstruction and Development, which has indicated

by its signature below its agreement to fulfil the functions with which it is charged under this Convention.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ARAÚJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AUST, Anthony. Handbook of international law. 2ª Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARBOSA, Alexandre de Freitas. O mundo globalizado. 4ª Edição. São Paulo: Contexto, 2008.

BARBOSA, Flávio Spaccaquerche. The enforcement of international investment arbitral award: is there a better way? In: Revista Brasileira de Arbitragem: Ano V, nº 21, jan-fev-mar 2009. São Paulo: IOB; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

CARTER, Barry E.; TRIMBLE, Phillip R.; WEINER, Allen S. International Law. 5ª Edição. Nova York: Aspen Publishers, 2007.

COSTA, José Augusto Fontoura. Direito internacional do investimento estrangeiro. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2010.

CRETELLA NETO, José. Contratos Internacionais do Comércio. Campinas: Millenium Editora, 2010.

CRETELLA NETO, José. Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito privado brasileiro aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem. 2ª Edição. Campinas: Millenium Editora, 2009.

- DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. Principles of international investment law. 1ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- ECO, Umberto. Como se faz uma tese. 20ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- ENGELBERG, Esther. Contratos internacionais do comércio. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- FINKELSTEIN, Cláudio. Direito internacional. 1ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.
- FINKELSTEIN, Cláudio. O processo de formação de mercados de bloco. 1ª Edição. São Paulo: IOB – Thomson, 2003.
- FONSECA, Karla Closs. Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2008.
- FOUCHARD, Phillipe; Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold. Traité de l'arbitrage commercial international. Paris: Editions Litec, 1996.
- FRIEDEN, Jeffry A. Capitalismo global: história econômica e política do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.
- GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. Dicionário jurídico Noronha: inglês-português, português-inglês. 6ª Edição. São Paulo: Observador Legal, 2006.
- GUIMARÃES, Maria Helena. Economia política do comércio internacional: teorias e ilustrações. 1ª Edição. São João do Estoril: Principia, 2005.
- HARTEN, Gus Van. Investment treaty and public law. 1ª Edição. Oxford: Oxford Press, 2008.
- HORN, Norbert. Arbitrating foreign investment disputes. Haia: Kluwer Law International, 2004.
- LEW, Julian D. M; MISTELIS, Loukas A; KRÖLL, Stefan M. Comparative International Commercial Arbitration. Haia: Kluwer Law International, 2003.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a Lei de arbitragem: comentários à lei 9.307/96. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- MCILWRATH, Michael; SAVAGE, John. *International arbitration and mediation: a practical guide*. Haia: Kluwer Law International, 2010.
- MIMOSO, Maria João. *Arbitragem do comércio internacional: Medidas provisórias e cautelares*. Lisboa: Quid Juris, 2009.
- NUNES, Rizzato. *Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PARK, William W. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- PETROCHILOS, Georgios. *Procedural law in international arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- RAMINA, Larissa. *Direito internacional dos investimentos – solução de controvérsias entre estados e empresas transnacionais*. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2009.
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. Londres: Sweet and Maxwell, 2004.
- Revista Brasileira de Arbitragem: Ano V, nº 21, jan-fev-mar 2009. São Paulo: IOB; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2009.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SCHREUER, Christoph H. *The ICSID convention: a commentary*. 2ª Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- UNCTAD. *UNCTAD Handbook of Statistics 2009*. Nova York e Genebra: United Nations, 2009.
- UNCTAD. *Latest developments in investor-state dispute settlement*. Nova York e Genebra: United Nations, 2010.
- UNCTAD. *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development: Exploring Alternatives to Investment Treaty Arbitration and the Prevention of Investor-State Disputes*. Nova York e Genebra: United Nations, 2010.

VIDELA, Esteban M. Ymaz. Los tratados bilaterales de inversiones, el CIADI y cuestiones del arbitraje inversor extranjero – estado receptor, com base em La experiência argentina. In: Revista Brasileira de Arbitragem: Ano II, nº 8, out-dez 2005. São Paulo: IOB; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2005.

ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. Novos rumos da arbitragem comercial internacional: a arbitragem sobre investimentos internacionais. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coordenação). Aspectos práticos da arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2006.