

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

ÉRIKA CAPELLA FERNANDES

**A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS RELATIVAS A INVESTIMENTOS
ESTRANGEIROS: ANÁLISE DA POSIÇÃO LATINO-AMERICANA
FRENTE AO ICSID**

FRANCA

2015

ÉRIKA CAPELLA FERNANDES

**A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS RELATIVAS A INVESTIMENTOS
ESTRANGEIROS: ANÁLISE DA POSIÇÃO LATINO-AMERICANA
FRENTE AO ICSID**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Jete Jane Fiorati

FRANCA

2015

Fernandes, Érika Capella.

A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros : análise da posição latino-americana frente ao ICSID / Érika Capella Fernandes. – Franca : [s.n.], 2015.

271 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientadora: Jete Jane Fiorati

1. Direito internacional privado. 2. Investimentos estrangeiros.
3. Tribunais de comercio. I. Título.

CDD – 342.3

ÉRIKA CAPELLA FERNANDES

**A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS RELATIVAS A INVESTIMENTOS
ESTRANGEIROS: ANÁLISE DA POSIÇÃO LATINO-AMERICANA
FRENTE AO ICSID**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Profa. Dra. Jete Jane Fiorati

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de _____ de 2015.

SUPORTE À PESQUISA POR AGÊNCIA DE FOMENTO

Este trabalho recebeu apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) através de Auxílio à Pesquisa – Regular (processo número 2013/08361-2).

As opiniões, hipóteses e conclusões ou recomendações expressas neste material são de responsabilidade da autora e não necessariamente refletem a visão da FAPESP.

Dedico este trabalho aos meus pais, Rosmari Aparecida Capella Fernandes e Luís Henrique Fernandes, meus maiores exemplos, agradecendo-lhes por acompanharem e apoiarem toda esta trajetória e por me haverem regalado aquilo que, segundo dizem, todos os filhos deveriam receber de seus pais: raízes e asas.

AGRADECIMENTOS

—E aprendi que se depende sempre de tanta, muita, diferente gente...Toda pessoa sempre é a marca das lições diárias de outras tantas pessoas...” (Caminhos do coração, Gonzaguinha).

Agradeço à UNESP, minha casa, por ter me acolhido ao final do verão de 2008 e, desde então, ter me permitido viver tantas experiências inesquecíveis e conviver com tantas pessoas especiais.

Agradeço à FAPESP, por viabilizar materialmente a consecução desta pesquisa, concedendo-me bolsa de mestrado e de estágio de pesquisa no exterior.

Agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Jete Jane Fiorati, por todo o conhecimento, seja de Direito, seja da vida, que compartilhou comigo ao longo destes três anos. Aceite, sinceramente, o meu “muito obrigada”, professora, pela confiança depositada em mim, pelo incentivo em meus planos e pelo apoio para que se concretizassem.

Agradeço aos demais docentes da UNESP, sejam aqueles com quem convivi durante a Graduação ou no Programa de Pós-Graduação, e que deixaram de alguma forma a sua contribuição para a minha formação. Agradeço ao Professor Doutor Carlos Eduardo de Abreu Boucault, por me iniciar na pesquisa acadêmica, aceitando orientar-me em projeto de iniciação científica. Agradeço à Professora Doutora Elisabete Maniglia, por ser um exemplo de comprometimento e paixão pela docência. Agradeço ao Professor Doutor Daniel Damásio Borges que, juntamente com a professora Elisabete, cedeu seu tempo e seus preciosos ensinamentos em meu Exame Geral de Qualificação.

Agradeço à *Università degli Studi di Milano*, instituição que tão bem me recebeu e tanto conhecimento me proporcionou, nos cinco meses em que lá estive. Especialmente, agradeço à Professora Mara Valenti: *—Carissima Professoressa Mara, vorrei esprimere la mia sincera gratitudine per avermi permesso di vivere la straordinaria esperienza dello scambio accademico. La ringrazio per la grande disponibilità, per i preziosi insegnamenti, per tutto*

l'aiuto che mi ha fornito mentre ero in Italia e per essere stata un grande esempio di donna e d'insegnante."

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito e aos demais colegas com quem a UNESP me permitiu conviver. E também às amizades feitas no período de intercâmbio, pessoas especiais que tornaram essa experiência muito mais significativa.

Aos funcionários da biblioteca, na pessoa de sua diretora Laura Odette Dorta Jardim, agradeço pela paciência, pela disponibilidade e pelo gentil auxílio nas solicitações.

Finalmente, agradeço à minha querida família: *—A família é a imensa vida de amor, em que se identificam algumas vidas que se amam, que se abraçam, que se completam; a família é a consolação no infortúnio, o suave descanso no fim do trabalho e das lidas, é o rir de muitos pela felicidade de cada um de seus membros.*" (Joaquim Manuel de Macedo, *A Luneta Mágica*).

Agradeço aos meus pais, Rosmari e Luís Henrique, os quais, mesmo quando longe, estão sempre por perto. Agradeço-lhes pelo incentivo constante e pelo apoio incessante. Minhas pequenas ou grandes vitórias só têm razão de ser porque posso dividi-las e comemorá-las com vocês.

Agradeço também às minhas queridas avós, Maria e Eunice, pelo carinho tão sincero e genuíno, pelas palavras de estímulo em meus estudos. E ao meu querido avô Florisvaldo, que já partiu, mas deixou-me o grande legado de seu exemplo.

Agradeço ao Daniel, por todo o incentivo neste trabalho, por todos os momentos e sonhos compartilhados nos últimos anos, pelos nossos projetos conjuntos que ainda hão de ser realizados. E faço minhas as palavras de Jorge Luis Borges (*Nova Antologia Pessoal*, 1968): "Para que acrescentar palavras vãs e laboriosas ao que nós dois sentimos?"

Firmou a mão e ergueu o pincel. Por um momento, este tremeu no ar, num doloroso mas emocionante êxtase. Por onde começar?, esse era o problema; em que ponto dar o primeiro toque? Uma linha colocada na tela a expunha a inúmeros riscos, a frequentes e irrevogáveis decisões. Tudo o que na imaginação parecia simples tornava-se, na prática, imediatamente complexo; como as ondas que, vistas do cimo do rochedo, aparentam uma forma simétrica, mas, para aqueles que nadam nelas, surgem repartidas por imensos abismos e cristas espumejantes. Contudo, é preciso correr o risco e dar o primeiro toque.

Virginia Woolf, Rumo ao Farol

FERNANDES, Érika Capella. **A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros: análise da posição latino-americana frente ao ICSID.** 2015. 271 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

RESUMO

O regime internacional de proteção do investimento estrangeiro direto (IED) estrutura-se por meio de uma ampla rede de acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos, os quais conferem direitos aos investidores, ao mesmo tempo em que estipulam regras relativas à solução de controvérsias. Dentre todos os mecanismos possíveis, a arbitragem direta entre investidor e Estado consolidou-se como o principal meio de solução de conflitos. O Centro Internacional de Solução de Disputas Relativas a Investimentos (ICSID), criado a partir da Convenção de Washington de 1965, corresponde à principal instituição arbitral responsável por administrar esses procedimentos. Contudo, não obstante o seu reconhecimento internacional, os Estados latino-americanos manifestaram hostilidade desde os primeiros anos de criação do órgão, recusando-se a assinar a referida Convenção. Por muito tempo, a atitude desses Estados consubstanciou-se na doutrina Calvo, teoria segundo a qual os estrangeiros deveriam receber exatamente a mesma proteção jurídica assegurada aos nacionais e, portanto, estariam impedidos de recorrer a foros internacionais de solução de controvérsias. Esse momento histórico perpetuou-se ao longo dos anos 60 e na década seguinte. Porém, ao final dos anos 80 e sobretudo nos anos 90, o cenário começou a alterar-se. A inicial resistência dos países latino-americanos desvaneceu e estes países passaram a celebrar muitos tratados bilaterais de investimento, além de assinar a Convenção de Washington de 1965, que possibilitava acesso ao ICSID. Além disso, promoveram reformas em suas legislações e princípios internos, de modo a propiciar a infraestrutura jurídica apta a contemplar os interesses dos investidores estrangeiros, através da criação de um ambiente juridicamente seguro para estimular a atração de IED em seus territórios. Todavia, não obstante a aparente estabilidade deste regime, o século XXI trouxe novos desafios ao direito internacional dos investimentos. A partir da última década, ressurgiram as preocupações e críticas com o regime internacional de proteção do IED. A Argentina tornou-se o país com maior número de condenações perante o ICSID; Bolívia, Equador e Venezuela denunciaram a Convenção de Washington; Brasil e México sequer fazem parte do ICSID. Além disso, os países membros da União das Nações Sul Americanas criaram um grupo de trabalho responsável por criar uma instituição arbitral regional, em substituição ao ICSID. O presente trabalho busca avaliar a posição dos Estados latino-americanos com relação à arbitragem de investimentos promovida no ICSID. O trabalho analisa o modo pelo qual estrutura-se a proteção do IED no âmbito internacional; investiga as oscilações no posicionamento dos países latino-americanos e, finalmente, verifica que a relutância com relação à arbitragem de investimentos do ICSID não mais se restringe à América Latina, mas também passou a envolver outros Estados, o que, em última análise, revela um processo de profundas transformações no direito internacional dos investimentos, um dos setores mais dinâmicos e nebulosos do direito internacional.

Palavras-chave: direito internacional dos investimentos. arbitragem de investimentos. Centro Internacional de Solução de Disputas Relativas a Investimentos. ICSID. tratados bilaterais de investimento.

FERNANDES, Érika Capella. **A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros: análise da posição latino-americana frente ao ICSID.** 2015. 271 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

ABSTRACT

The international legal regime governing foreign direct investment (FDI) consists of a complex network of international investment agreements whose purpose is to protect the investors' rights and to provide dispute settlement mechanisms. Among all the dispute settlement mechanisms, investor-State arbitration is the leading one. The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), established by the 1965 Washington Convention, is the most widely-recognized arbitral institution responsible for providing facilities for conciliation and arbitration of investment disputes. However, notwithstanding the institution's international prestige around the world, Latin American States have been very reluctant to this Centre, since its creation. These countries have refused to sign the 1965 Washington Convention and, for a long time, these States have supported the Calvo Doctrine. According to this theory, aliens are entitled exactly to the same legal rights and privileges enjoyed by nationals and, therefore, in the case of a dispute with the host State, they cannot resort to international arbitration. This theory prevailed in the 60s and 70s. However, in the late 80s and the early 90s, the scenery has become to change. The Latin American States' opposition to the investment law regime has faded away and these countries have begun to celebrate a great number of bilateral investment treaties, in addition to sign the Washington Convention, aiming to have access to ICSID. In addition to that, these countries have promoted changes in their legislations and principles, in order to create a legal framework to support and strengthen the foreign investors' protection and encourage foreign direct investment flows inside their territories. However, in spite of the apparent stability of this regime, the 21st century has brought new challenges to international investment law. During the last decade, there has been a resurgence of Latin American concerns and criticisms to the international investment law regime. Argentina has become the most condemned country in the ICSID; Bolivia, Ecuador and Venezuela have denounced the Washington Convention, Brazil and Mexico have not signed 1965 Washington Convention. At the same time, all the member States of Union of South American Nations have decided to create a working group responsible for establish a regional institution to replace ICSID. This study aims to evaluate the Latin American States position facing ICSID. For achieving this goal, this study analyzes the foreign direct investment protection at the international level; investigates the changes on the Latin American States behavior and, finally, concludes that the opposition to investment arbitration is not confined to Latin America, but encompasses other States – in short, this is the symptom of profound transformations in international investment law, one of the most dynamics and nebulous sectors of international law.

Keywords: international investment law. investment arbitration. International Centre for Settlement of Investment Disputes. ICSID. bilateral investment treaties.

LISTA DE FIGURAS

Figura 01 – Estados que assinaram e ratificaram a Convenção de Washington de 1965 até 30 de junho de 2015.....	103
Figura 02 – Número de acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos assinados entre 1980 e 2014	118
Figura 03 – Casos submetidos à arbitragem de investimentos entre 1987 e 2014.....	134
Figura 04 – Casos submetidos ao ICSID entre 1972 e junho de 2015	135
Figura 05 – Distribuição geográfica dos Estados demandados no ICSID.....	142
Figura 06 – Crítica aos tratados bilaterais de investimento	173
Figura 07 – Crítica à celebração dos BITs	174
Figura 08 – Crítica ao regime internacional de proteção do IED	175
Figura 09 – Crítica à arbitragem de investimentos do ICSID.....	176

LISTA DE SIGLAS

ACFI	Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos
ASCM	Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias
ASEAN	Associação de Nações do Sudeste Asiático
APPRI	Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
BIT	<i>Bilateral Investment Treaty</i> – Tratado Bilateral de Investimentos
BRICS	Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
CAITISA	<i>Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones</i>
CAMEX	Câmara de Comércio Exterior
CAN	Comunidade Andina de Nações
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
CETA	<i>Comprehensive Economic and Trade Agreement</i> – Acordo Econômico e Comercial Global
CIJ	Corte Internacional de Justiça
COMESA	<i>Common Market for Eastern and Southern Africa</i> – Mercado Comum da África Oriental e Austral
CPIJ	Corte Permanente Internacional de Justiça
CSN	Comunidade Sul Americana de Nações
ECT	<i>Energy Charter Treaty</i> – Tratado da Carta de Energia
FCN	<i>Friendship, Commerce and Navigation</i> – Tratados de Amizade, Comércio e Navegação
FET	<i>Fair and Equitable Treatment</i> – Tratamento justo e equitativo
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATS	<i>General Agreement on Trade in Services</i> – Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i> – Câmara Internacional de Comércio

ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i> – Centro Internacional de Solução de Disputas Relativas a Investimentos
IED	Investimento Estrangeiro Direto
IISD	Instituto Internacional de Desenvolvimento Sustentável
KAFKA	<i>Korea-Australia Free Trade Agreement</i> – Acordo de Livre Comércio entre Austrália e Coréia
MAI	<i>Multilateral Agreement on Investment</i> – Acordo Multilateral de Investimentos
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MFN	<i>Most Favoured Nation</i> – Cláusula da nação mais favorecida
MIGA	<i>Multilateral Investment Guarantee Agency</i> – Agência Multilateral de Garantias de Investimentos
MMT	Tricarbonil metilciclopentadienil manganês
MTBE	Éter metil terciário butílico
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i> – Tratado Norte-Americano de Livre-Comércio
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIC	Organização Internacional do Comércio
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
PCB	Bifenilas policloradas
PPI	<i>Producer Price Index</i>
TPP	<i>Trans-Pacific Partnership Agreement</i> – Acordo de Parceria Transpacífico
TRIMS	<i>Agreement on Trade-Related Investment Measures</i> – Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio
TRIPS	<i>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i> – Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio
TTIP	<i>Transatlantic Trade and Investment Partnership</i> – Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento
UNASUL	União das Nações Sul-Americanas
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i> – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

UNCTAD

United Nations Conference on Trade and Development – Conferência
das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
CAPÍTULO 1 A REGULAMENTAÇÃO DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS DIRETOS NO PLANO INTERNACIONAL	22
1.1 A proteção internacional do investimento estrangeiro: apontamentos acerca de sua história e desenvolvimento.....	22
1.2 Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos	36
<i>1.2.1 Acordos multilaterais: MAI, TRIMs, GATS e Tratado da Carta de Energia.....</i>	<i>37</i>
<i>1.2.2 Acordos regionais: o capítulo XI do NAFTA e os protocolos do Mercosul.....</i>	<i>43</i>
<i>1.2.3 Tratados bilaterais de investimento</i>	<i>50</i>
1.3 Os standards de proteção do investimento estrangeiro direto	56
<i>1.3.1 Definições de investimento e investidor contidas nos BITs.....</i>	<i>56</i>
<i>1.3.2 Tratamento justo e equitativo</i>	<i>59</i>
<i>1.3.3 Tratamento nacional e cláusula da nação mais favorecida.....</i>	<i>66</i>
<i>1.3.4 Plena proteção e segurança</i>	<i>74</i>
<i>1.3.5 Regras sobre expropriação e indenização devida.....</i>	<i>77</i>
<i>1.3.6 Umbrella Clauses</i>	<i>86</i>
1.4 A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros.....	91
<i>1.4.1 Negociação entre as partes</i>	<i>91</i>
<i>1.4.2 Recurso ao Poder Judiciário.....</i>	<i>93</i>
<i>1.4.3 Proteção diplomática</i>	<i>95</i>
<i>1.4.4 Arbitragem internacional</i>	<i>97</i>
1.5 ICSID: regras, estrutura, funcionamento e direito aplicável	99

CAPÍTULO 2 A POSTURA LATINO-AMERICANA DIANTE DA CONVENÇÃO DE WASHINGTON DE 1965 E DOS ACORDOS DE INVESTIMENTO	104
2.1 Panorama da atração de investimentos estrangeiros diretos na América Latina	104
2.2 Primeiros anos: proteção diplomática, o surgimento da doutrina Calvo e a hostilidade latino-americana	107
2.3 Anos 80 e 90: as políticas de estímulo ao investimento estrangeiro e o <i>boom</i> dos BITs e da arbitragem investidor-Estado	116
<i>2.3.1 Políticas de estímulo à atração de IED.....</i>	<i>124</i>
<i>2.3.2 O baby boom da arbitragem de investimentos</i>	<i>132</i>
2.4 Ressurgimento de políticas hostis: a crise argentina, as denúncias da Convenção de Washington e o momento atual.....	139
<i>2.4.1 A crise argentina</i>	<i>144</i>
<i>2.4.2 Denúncias à Convenção de Washington de 1965</i>	<i>155</i>
<i>2.4.3 A Proposta da Unasul</i>	<i>167</i>
2.5 Principais críticas e preocupações com o regime de proteção dos IEDs	169
CAPÍTULO 3 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS: RUMO A UM SISTEMA MAIS EQUILIBRADO?.....	180
3.1 As transformações do direito internacional dos investimentos.....	180
3.2 As novas gerações de acordos de investimento	188
3.3 Os ACFIs assinados pelo Brasil.....	210
3.4 A conciliação de interesses públicos e privados na arbitragem de investimentos: apontamentos para uma reavaliação da posição latino-americana	218
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	224
REFERÊNCIAS.....	232

ANEXOS

ANEXO A – LISTA DE CASOS CITADOS.....	248
ANEXO B – CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES	252

INTRODUÇÃO

O direito internacional dos investimentos corresponde a um dos tópicos mais importantes e controversos do direito internacional. Área de estudos de origem relativamente recente, o direito internacional dos investimentos caracterizou-se por um rápido crescimento e testemunhou mudanças marcantes, sobretudo a partir da proliferação dos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e da consequente expansão no número de procedimentos arbitrais estabelecidos entre investidores estrangeiros e Estados receptores de investimento.

Em um contexto internacional caracterizado pela constante negociação de tratados bilaterais de investimento (BITs), os quais possibilitam a solução de controvérsias via arbitragem direta entre investidor e Estado, os Estados latino-americanos permaneceram, por longo tempo, como uma exceção, na medida em que demonstravam relutância à assinatura destes tratados.

Todavia, após um período inicial de descontentamento, a maior parte destes Estados, constatando a necessidade de atrair investimentos estrangeiros diretos (IEDs) em seu território como ferramentas a permitir o crescimento econômico, aceitou criar um clima favorável de proteção dos investidores. Destarte, no decorrer dos anos 90, quase todos os Estados da América Latina assinaram tratados bilaterais de investimento e ratificaram a Convenção de Washington de 1965, que proporcionava acesso ao Centro Internacional de Solução de Disputas Relativas a Investimentos (ICSID), instituição responsável por administrar procedimentos arbitrais entre investidor e Estado.

Contudo, não obstante a aparente estabilidade do regime internacional de proteção do IED, o início do século XXI trouxe novos desafios ao direito internacional dos investimentos.

Com efeito, o grande número de condenações dos Estados ao pagamento de indenizações milionárias aos investidores estrangeiros desencadeou um questionamento tanto da arbitragem de investimentos, quanto dos acordos de investimento – base de interpretação dos árbitros ao proferir suas decisões.

A condenação dos Estados a indenizar o investidor estrangeiro, por medidas adotadas em situações excepcionais de crise política ou econômica (como foi o caso da Argentina), trouxe à tona a preocupação de que o regime de proteção do IED ameaçava a capacidade regulatória dos Estados. Em outros termos, o regime internacional de proteção do IED, tal qual estruturado, foi acusado de preservar apenas os propósitos privados dos

investidores, enquanto seria incapaz de contemplar o poder do Estado em adotar medidas de interesse público.

Esse processo gerou uma série de críticas à arbitragem de investimentos, especialmente ao ICSID, e conduziu às denúncias da Convenção de Washington de 1965 por parte de três Estados latino-americanos (Equador, Bolívia e Venezuela). Ao mesmo tempo, estes Estados começaram a denunciar os seus BITs e a adotar legislação doméstica hostil ao investimento estrangeiro. Além disso, os países membros da União das Nações Sul Americanas (UNASUL) estabeleceram um grupo de trabalho responsável pela criação de uma instituição arbitral regional, para substituir o acesso ao ICSID.

Por outro lado, as maiores economias da região e principais receptores de IED – Brasil e México – sequer assinaram a Convenção de Washington de 1965.

Todos estes fatores, somados, são indicativos da crescente insatisfação com o regime jurídico internacional de proteção do IED por parte dos países latino-americanos.

Dentre as principais alegações contrárias à arbitragem de investimentos, especialmente ao ICSID, é possível identificar diversas críticas, que envolvem: o elevado custo dos procedimentos arbitrais; a falta de transparência dos procedimentos; a ausência de via recursal e a alegação do viés pró-investidor presente no órgão, ou seja, o regime seria *“investor-friendly”*. Inclusive, questiona-se a imparcialidade dos árbitros, uma vez que seus interesses profissionais e financeiros podem estar envolvidos e influenciar suas decisões.

No entanto, a maior crítica e a maior preocupação demonstrada pelos Estados diz respeito ao fato de que os tribunais arbitrais seriam incapazes de contemplar matérias de interesse público, ou seja, os acordos de investimento e a arbitragem de investimentos comprometeriam a capacidade regulatória de adotar medidas de interesse público, como medidas de proteção à saúde ou ao meio-ambiente.

Tendo em vista o alto fluxo de IED destinado à região da América Latina e o crescente volume de investimentos estrangeiros originários das empresas translatinas e destinados a outros países, é fundamental refletir acerca da regulamentação do investimento estrangeiro nesta região, a fim de compreender o posicionamento e a relutância demonstrados por alguns destes países com relação a um regime reconhecido internacionalmente.

Portanto, o escopo deste trabalho consiste em avaliar a posição manifestada pelos Estados latino-americanos com relação à arbitragem de investimentos, especialmente no âmbito do ICSID.

Ademais, percebe-se que, nos últimos anos, o processo de questionamentos quanto à arbitragem de investimentos não mais se restringe à América Latina, mas afetou também alguns Estados desenvolvidos e tradicionalmente exportadores de capital.

Embora, em um primeiro momento, as preocupações com a arbitragem de investimentos se restringissem aos países em desenvolvimento, as alterações no fluxo de IED ao redor do mundo fizeram com que a mesma preocupação atingisse os países desenvolvidos.

Hoje, a necessidade de promover alterações na arbitragem de investimentos e nos acordos de investimento, de modo a alcançar um regime mais equilibrado, que contemple os interesses dos Estados, ao lado dos interesses dos investidores, não mais se restringe à América Latina, mas adquiriu dimensões maiores. Atualmente, fala-se em um processo de “transformações do direito internacional dos investimentos”.

Com vistas a avaliar este processo, com foco especial na região latino-americana, este trabalho foi estruturado em três partes.

No primeiro capítulo deste trabalho, busca-se apresentar, em linhas gerais, como está estruturado o regime internacional de proteção do investimento estrangeiro direto. Após a breve contextualização histórica sobre as origens de proteção do IED, são apresentadas as diversas modalidades de acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRIIs), com foco especial nos tratados bilaterais de investimento.

Na sequência, procede-se à exposição dos principais elementos constantes nos BITs, ou seja, os diversos *standards* de proteção do investimento. No trabalho, optou-se por tecer comentários a cada um desses *standards*, de modo individual: tratamento justo e equitativo; tratamento nacional; cláusula da nação mais favorecida; plena proteção e segurança; regras sobre expropriação e indenização devida; *umbrella clauses*.

Entende-se ser essencial a análise de cada uma dessas cláusulas, pois a maneira como esses dispositivos são redigidos impacta diretamente nas decisões proferidas pelos árbitros em matéria de investimento. Destarte, uma decisão arbitral poderá ser mais equilibrada (no sentido de contemplar os interesses do investidor e do Estado receptor de investimentos) ou menos equilibrada, a depender da maneira pela qual as cláusulas do BIT foram redigidas.

Após a menção aos principais dispositivos dos BITs, passa-se à análise dos mecanismos de solução de controvérsias usualmente empregados para dirimir litígios entre investidor e Estado receptor de investimento. São listados quatro mecanismos possíveis: a negociação entre as partes; o recurso ao Poder Judiciário do Estado receptor de investimentos; a proteção diplomática e a arbitragem internacional. Tendo em vista que a arbitragem

consagrou-se como o principal método de solução de disputas relativas a investimentos, a análise concentra-se naquela que é a principal instituição apta a realizar arbitragens de investimento: o ICSID.

O primeiro capítulo se encerra após tecer considerações a respeito do funcionamento do ICSID, desde a constituição do tribunal arbitral até a publicação do laudo arbitral, além de fazer referência ao direito aplicável pelos árbitros e outros aspectos relevantes.

Após a apresentação do regime internacional de proteção do IED, empreendida ao longo do primeiro capítulo, o segundo capítulo enfoca a relação dos Estados latino-americanos com relação àquele regime. O segundo capítulo concentra esforços no sentido de verificar a relação dos países latino-americanos com os acordos de investimento e a arbitragem de investimentos, desde suas origens.

O segundo capítulo inicia apresentando o fluxo atual de IEDs na América Latina. Os dados apresentados permitem enxergar a região como um grande destino de atração de investimentos estrangeiros, além de se tornar aos poucos um polo de origem dos IEDs, rumo ao exterior (em outros termos, trata-se do crescimento das chamadas empresas *translatinas*).

Ainda no mesmo capítulo, procede-se à reflexão acerca da postura inicial da América Latina com relação aos acordos de investimento – uma postura caracterizada por desconfiança e hostilidade. Em seguida, acompanha-se a alteração deste cenário ao longo dos anos 80 e 90, época de fortalecimento das políticas de atração de IED, que conduziram ao “*baby boom*” dos BITs e da arbitragem de investimentos.

Finalmente, o capítulo 2 dirige sua atenção para um cenário mais recente, caracterizado pelo ressurgimento de políticas hostis, críticas e preocupações com o regime de proteção do IED. Serão objetos de análise: a crise argentina, que ensejou grande número de condenações do país perante o ICSID; bem como as denúncias da Convenção de Washington de 1965 pela Bolívia, Equador e Venezuela. Ademais, menciona-se a proposta de criação de um foro arbitral no âmbito da UNASUL, projeto que ainda se encontra em fase final de discussões entre os Estados membros. Ao final deste capítulo, são sintetizadas as principais críticas manifestadas pelos países latino-americanos com relação aos BITs e com relação ao ICSID.

O terceiro capítulo parte de uma constatação muito importante: as críticas e preocupações com a proteção internacional do IED não mais se concentram exclusivamente nos países latino-americanos, mas também começaram a atingir os Estados desenvolvidos e tradicionalmente exportadores de capital.

Ao longo do terceiro capítulo, analisa-se o processo de transformações que o direito internacional dos investimentos atravessa. A partir do momento em que os fluxos de IED espalharam-se em várias regiões e os Estados desenvolvidos começaram a ser demandados e condenados em arbitragens de investimento, estes países começaram a manifestar receio com relação à arbitragem direta entre investidor e Estado. Inclusive, alguns destes países começaram a promover reformas em seus modelos tradicionais de BITs, com a finalidade de torná-los mais equilibrados.

Atualmente, é muito nítida a reivindicação dos Estados por alcançar maior equilíbrio no direito internacional dos investimentos – o que, em última análise, revela que a preocupação antes restrita à América Latina adquiriu proporções mais amplas.

Este cenário será observado no decorrer do último capítulo, o qual analisa a nova geração de acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e, inclusive, dedica especial atenção aos acordos de cooperação e facilitação de investimentos recentemente assinados pelo Brasil, uma alternativa recente e inédita.

Em suma, o foco do último capítulo consiste em apresentar a fase atual de transformações do direito internacional dos investimentos, que visa contemplar não apenas os interesses dos investidores privados, mas também resguardar o espaço dos Estados para a adoção de medidas de interesse público. Com isso, pretende-se demonstrar que os Estados latino-americanos possuem alternativas, como a redação de BITs mais equilibrados, e podem adotar estratégias para aproveitar esse processo, ao invés de simplesmente abandonar o regime internacional de proteção do IED.

A metodologia utilizada nesta pesquisa consiste no método dedutivo, uma vez que a partir da análise do mecanismo de solução de controvérsias do ICSID e da postura dos países latino-americanos com relação à arbitragem de investimentos, busca-se construir raciocínios que permitam identificar se as críticas direcionadas ao sistema ICSID são justificáveis e apropriadas.

Além disso, a pesquisa apresenta cunho dogmático, na medida em que tem por objeto a análise da regulamentação jurídica internacional do investimento estrangeiro direto e do sistema de solução de controvérsias do ICSID. Este método foi combinado com a pesquisa empírica, por meio da coleta de dados elaborados pelos órgãos competentes, como os dados fornecidos pelo ICSID e pela UNCTAD, dentre outras instituições.

CAPÍTULO 1 A REGULAMENTAÇÃO DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS DIRETOS NO PLANO INTERNACIONAL

*Investment treaties are generally seen as different from human rights conventions insofar as they are just a means to an end rather than is the case for human rights - which most see as an end in themselves. At the same time, however, the social goal of those who conclude investment treaties - securing sustainable economic development - is itself important precisely because it enables human beings to flourish. Indeed, at least States parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights appear to have accepted the proposition that economic development, as well as the rights to shelter, food or health that this enables, is itself a human right.*¹

José Enrique Alvarez

1.1 A proteção internacional do investimento estrangeiro: apontamentos acerca de sua história e desenvolvimento

Os investimentos estrangeiros diretos (IEDs), coração do comércio internacional, já foram vistos com desconfiança e até mesmo hostilidade. Hoje, contudo, são reconhecidos como uma necessidade, dado o seu *potencial* de gerar benefícios para todas as partes envolvidas, seja o investidor estrangeiro, o Estado receptor de investimentos ou a sociedade em geral.²

Inicialmente, cumpre ressaltar que inexistente uma definição única dos investimentos. O fenômeno pode ser analisado sob os prismas econômico ou jurídico. Em linhas gerais, o investimento refere-se à realização de uma despesa com finalidade de obter um resultado futuro de lucro, ou seja, uma aplicação de capital motivada pela expectativa de que as receitas futuras sejam maiores que os custos do investimento. Portanto, fundamentalmente, a atividade de investimento representa a alocação de recursos por uma pessoa física ou jurídica com o intuito específico de auferir lucros.³

Do ponto de vista econômico, investimento pode ser definido como a “[...] aplicação de recursos (dinheiro ou títulos) em empreendimentos que renderão juros ou lucros,

¹ ALVAREZ, José Enrique. **The public international law regime governing international investment.** Leiden: Brill Nijhoff, 2011. p. 62.

² —*There is no dispute concerning the necessity for foreign investment. [...] Foreign investment was once viewed as an evil in certain quarters, although at times a necessary evil; now it is universally viewed as a necessity.*” BISHOP, Raymond Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, William Michael. **Foreign investment disputes: cases, materials and commentary.** 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 8.

³ SALACUSE, Jeswald W. **The law of investment treaties.** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 18.

em geral a longo prazo.”⁴ Nesta perspectiva, o termo comporta dois sentidos possíveis – um sentido amplo e um sentido estrito:

Num sentido amplo, o termo aplica-se tanto à compra de máquinas, equipamentos e imóveis para a instalação de unidades produtivas como à compra de títulos financeiros (letras de câmbio, ações etc.). Nesses termos, investimento é toda aplicação de dinheiro com expectativa de lucro. Em sentido estrito, em economia, investimento significa a aplicação de capital em meios que levam ao crescimento da capacidade produtiva (instalações, máquinas, meios de transporte), ou seja, em bens de capital. Por isso, considera-se também investimento a aplicação de recursos do Estado em obras muitas vezes não lucrativas, mas essenciais por integrarem a infraestrutura da economia (saneamento básico, rodovias, comunicações).⁵

Ainda na seara econômica, o caráter estrangeiro do investimento é identificado a partir da “[...] aquisição de empresas, equipamentos, instalações, estoques ou interesses financeiros de um país por empresas, governos ou indivíduos de outros países.”⁶ A globalização econômica, compreendida como intenso fluxo de capitais e comércio entre Estados, desencadeou a realização de investimentos além das fronteiras do Estado de origem do investidor, com objetivo de auferir maiores vantagens econômicas. Entre as vantagens econômicas decorrentes da internacionalização da produção, podem ser citados os ganhos de escala e de otimização da produção, além dos ganhos de competitividade, bem como a melhor adaptação ao mercado onde foi realizado o investimento e a neutralização de eventuais barreiras comerciais.⁷

Paralelamente aos aspectos econômicos que a matéria comporta, é possível identificar múltiplas tentativas de conceituar o termo “investimento” do ponto de vista estritamente jurídico, seja no âmbito do direito interno ou do direito internacional. Contudo, são encontradas distintas concepções, a depender do ramo de direito interno em análise – direito empresarial, direito bancário, direito tributário, direito financeiro etc. Tampouco é possível conceber uma definição uniforme do termo no direito internacional, em razão dos diferentes instrumentos jurídicos que disciplinam a matéria.

Não obstante a ausência de uniformidade terminológica nas definições de investimento, é possível identificar duas modalidades particulares: investimentos diretos e indiretos, sendo estes últimos também denominados investimentos em carteira de títulos ou

⁴ SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Best Seller, 2001. p. 308.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid., p. 309.

⁷ DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 25.

em *portfolio*. A distinção entre ambas as modalidades tem por base dois aspectos centrais: a durabilidade do investimento e a finalidade de controle pelo investidor.

Enquanto o investimento direto caracteriza-se pela existência de algum grau de controle ou gestão por parte do investidor, além do propósito de exercer atividade produtiva duradoura, o investimento indireto consiste em mera aplicação de recursos financeiros com vistas a obter lucros decorrentes da valorização do investimento no mercado, sem objetivo de controle ou exercício de atividade duradoura. Uma hipótese de investimento indireto é o caso daquele investidor que adquire ações em companhia no mercado de valores mobiliários, com a finalidade de lucrar tão somente com a venda desses papéis por maior preço.⁸

A Definição da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de Referência dos Investimentos Estrangeiros Diretos, cuja quarta edição foi publicada em 2008, revela-se bastante esclarecedora ao diferenciar as duas modalidades típicas de investimento:

Investimento direto é definido como “uma categoria de investimento transfronteiriço feito por um residente em uma economia (o investidor direto) com o objetivo de obter um interesse duradouro em uma entidade (empresa de investimento direto) que é residente em uma economia outra que aquela do investidor direto”. A principal finalidade do investidor direto é exercer algum grau de influência na administração da empresa, quer isso implique ou não em exercer controle acionário. Entretanto, em muitos casos, se não na maioria deles, a relação é forte o bastante para que o investidor direto exerça controle sobre a empresa. A finalidade de influenciar significativamente ou controlar uma empresa é o fator fundamental que diferencia o investimento direto dos investimentos transfronteiriços de *portfolio*. Para o último, o foco do investidor está principalmente nos ganhos resultantes da aquisição e venda de ações e outros valores mobiliários, sem expectativa de controlar ou influenciar a administração dos ativos subjacentes a esses investimentos. Relações de investimento direto, pela sua própria natureza, podem conduzir a financiamento estável e de longo-prazo e transferências de tecnologia, com o objetivo de maximizar a produção e os ganhos das empresas multinacionais ao longo do tempo. Investidores de *portfolio* não têm como um objetivo qualquer relação duradoura. A

⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 33.

recuperação dos ativos é o principal fator determinante para a compra e venda de seus valores mobiliários.⁹

Destarte, do ponto de vista do Estado receptor de investimentos, o investimento estrangeiro em sua modalidade direta aparenta ser desejável, na medida em que oportuniza a geração de crescimento e desenvolvimento econômico.

Entre as principais motivações do investidor estrangeiro direto, que o impulsionam a explorar sua atividade no território de outro Estado apesar de todas as dificuldades e riscos a ela inerentes, encontra-se o acesso à mão de obra e aos recursos naturais do Estado receptor de investimento, bem como a posição geográfica do Estado; a ampliação do mercado consumidor; o aumento de lucros e a construção de alianças estratégicas.

Por sua vez, ao Estado interessa colher as possíveis vantagens resultantes do ingresso de investimentos estrangeiros diretos em seu território, às quais não se restringem a vantagens de natureza monetária, mas incluem a possibilidade de melhorias em seu desenvolvimento socioeconômico.

A obtenção de externalidades positivas a partir da atração de investimentos estrangeiros em um determinado Estado, assim como a magnitude dessas externalidades, é matéria objeto de intensa discussão, existindo ao menos três visões distintas. Para os entusiastas do Consenso de Washington¹⁰, o IED resulta, invariavelmente, em aceleração do crescimento econômico do Estado receptor. Entretanto, para os adeptos de uma visão mais cética, o IED pode gerar maiores prejuízos do que benefícios para o Estado receptor, como danos ambientais ou desrespeito à legislação trabalhista, além de prejuízos aos investidores domésticos desse Estado, que nem sempre conseguem competir com o investidor estrangeiro

⁹ —*Direct investment is defined as 'a category of cross-border investment made by a resident entity in one economy (the direct investor) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise (the direct investment enterprise) that is resident in an economy other than that of the direct investor'. The main motivation of the direct investor is to exert some degree of influence over the management of its direct investment enterprise(s) whether or not this entails exercising a controlling interest. However, in many, if not most cases, the relationship is strong enough that the direct investor will control the direct investment enterprise. The motivation to significantly influence or control an enterprise is the underlying factor that differentiates direct investment from cross-border portfolio investments. For the latter, the investor's focus is mostly on earnings resulting from the acquisition and sales of shares and other securities without expecting to control or influence the management of the assets underlying these investments. Direct investment relationships, by their very nature, may lead to long-term and steady financing and technological transfers with the objective of maximising production and the earnings of the MNE [Multinational Enterprises] over time. Portfolio investors do not have as an objective any long-term relationship. Return on the assets is the main determinant for the purchase or sale of their securities.*" ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment**. Paris, 2008. p. 22.

¹⁰ Cf. WILLIAMSON, John. **The Washington Consensus as policy prescription for development**. Washington: Institute for International Economics, 2003.

nas mesmas condições. Segundo a terceira visão, de cunho dirigista, o IED pode proporcionar benefícios para o Estado receptor, mas somente através da adoção de medidas orientadas para esta finalidade (por exemplo, a imposição de *performance requirements* aos investidores).¹¹

Não obstante as diferentes visões a respeito das externalidades positivas resultantes da atração de IEDs, é possível afirmar, ao menos, que essa modalidade de investimentos possui o *potencial* de gerar benefícios aos Estados receptores.

Com efeito, o *potencial* do fluxo de investimentos estrangeiros em gerar crescimento econômico nos países menos desenvolvidos não pode ser ignorado.¹² Entre os potenciais benefícios proporcionados pelo IED, encontra-se a contribuição à balança de pagamentos do país; a criação de empregos; o acesso à tecnologia moderna e transferência de tecnologia; o aumento de produtividade e a melhoria na infraestrutura do país. Inclusive, sob essa perspectiva, o investimento estrangeiro direto pode ser compreendido como um fator vital no desenvolvimento econômico de Estados mais pobres¹³, desde que não se ignore a necessidade de formulação de políticas desenvolvimentistas por parte dos Estados, capazes de capturar os impactos econômicos benéficos destes investimentos e evitar as suas desvantagens.

Contudo, a fruição de todos os potenciais benefícios do IED implica a assunção de compromissos por parte do Estado receptor de investimentos, de modo a prover o investidor estrangeiro com a infraestrutura jurídica adequada para assegurar proteção ao seu investimento.

Embora o investidor estrangeiro esteja em posição vantajosa durante o período de negociações que antecede o estabelecimento do investimento em determinado território,

¹¹ MORAN, Theodore H.; GRAHAM, Edward M.; BLOMSTRÖM, Magnus. **Does foreign direct investment promote development?** Washington: Center for Global Development, 2005. p. 2.

¹² —*Even those who question the extent to which particular enterprises contribute to a host State's economic development do not deny that incoming FDI flows remain the principal vehicle for generating growth in less developed countries or that the activity of the roughly 80,000 transnational corporations (TNC) that control assets abroad is crucial to the extraction of natural resources, the construction of infrastructure and the production of goods and services – in short, the factors that make most economies thrive. [...] The impact of trade in goods is not the same as the impact of the FDI. As compared to the import of one more foreign produced good, the permanent presence of a foreign controlled enterprise produces far more sociological, economic, and cultural consequences for the home State of the enterprise and particularly for the host State in which that foreign enterprise is located. These effects can be positive or negative or in all likelihood both, but they are hard to ignore.*” ALVAREZ, José Enrique. **The public international law regime governing international investment.** Leiden: Brill Nijhoff, 2011. p. 18.

¹³ “*A vital factor in the economic development of the poorer States is foreign investment. Finance from local sources within these countries can provide but a small percentage of the capital required. The injection of foreign investment has advantages which are not only of a monetary nature. These benefits may include the provision of modern technology, a trained workforce and the development of local managerial skills. Foreign investment derived from private sources is of particular value.*” SUTHERLAND, Philip F. *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes.* **The International and Comparative Law Quarterly**, London, v. 28, n. 3, p. 367, jul. 1979.

sobretudo em decorrência do interesse do Estado receptor em atrair este investimento, o cenário altera-se tão logo o investimento tenha sido realizado. A partir de então, o investidor defronta-se com ampla gama de riscos, sejam de natureza política ou econômica, além dos riscos comerciais inerentes à atividade de investir.¹⁴

Do ponto de vista do investidor estrangeiro, o maior risco é a modificação, por parte do Estado, das regras que regulam seu investimento. Uma mudança repentina e inesperada nas regras pode acarretar sérios prejuízos financeiros para o investidor. Por isso, afirma-se que, durante a vida do investimento, ocorre um declínio no poder de barganha do investidor. Neste sentido, destaca-se a explicação apresentada por Jeswald Salacuse:

*At the time that an investor is proposing an investment to a country, the investor has a certain amount of bargaining power with the host government to secure favourable treatment and conditions for its investment; however, once the investor makes the investment and thereby places its capital under the sovereignty of the host state, its bargaining power diminishes and the commitments received risk becoming obsolete in the eyes of the host government.*¹⁵

Diante dos riscos a que o investidor encontra-se sujeito, é natural a busca por alternativas para tutelar o investimento e garantir o recebimento de indenização em caso de danos. Em suma, são estas as razões que conduzem à previsão de regras internacionais destinadas a restringir as ações do Estado com relação ao IED presente em seu território.

A tutela do investimento estrangeiro direto atravessou diversas fases históricas e oscilações, até alcançar o atual momento, caracterizado por um extenso e denso conjunto de normas protetivas do investimento e pela previsão de um mecanismo de adjudicação internacional apto a conferir-lhes efetividade.

¹⁴ —*For the investor, the long-term nature of the relationship means that it must spend money immediately (to put up a factory or to buy production facilities, for example) with the hope of making a profit in the future. This entails a risk that something will occur between the putting in of financial resources and the getting back of financial profits. The profit-making potential of the factory or production facilities, however, is not just contingent on the normal risk of business (such as changing customer tastes, risks of poor business decisions, or hiring mistakes), but also on the official or unofficial actions of the government that is the host of the investment. Such governmental actions often were not, or even cannot be, foreseen at the time the investor made its decision to invest.*” SCHEFER, Krista Nadakavukaren. **International investment law: text, cases and materials**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 2-3.

¹⁵ SALACUSE, Jeswald W. **The law of investment treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 8.

Embora possam ser encontradas referências doutrinárias à existência de investimentos estrangeiros desde a Antiguidade¹⁶ e durante a Idade Média¹⁷, momentos em que a proteção do investimento confundia-se com as regras sobre o tratamento assegurado ao indivíduo estrangeiro¹⁸, entende-se que o investimento estrangeiro direto nos moldes atualmente concebidos teve início apenas em meados do século XIX, no contexto da expansão colonial europeia direcionada a países da América Latina, Ásia e África.

Neste primeiro momento, não se vislumbrava a necessidade de regulamentação internacional para a proteção dos investimentos, em virtude da integração entre os sistemas jurídicos dos países colonizados e das potências europeias. Em áreas ainda não colonizadas, a proteção contra a interferência indevida nas atividades comerciais e nos investimentos era garantida via proteção diplomática ou através do emprego de força militar.¹⁹

Contudo, com a dissolução do processo de expansão colonial, quando as antigas metrópoles tornaram-se exportadoras de capital para suas ex-colônias, a exigência de criar um sistema de proteção dos investimentos estrangeiros começou a fazer-se presente. No mesmo sentido, o advento de investimentos oriundos dos Estados Unidos e destinados a países da América Latina contribuiu sobremaneira para pressionar a regulamentação da matéria.

O período pós-colonial caracterizou-se, em um primeiro momento, pelo estabelecimento de políticas hostis ao investimento estrangeiro, em decorrência da necessidade de afirmação e controle dos Estados independentes sobre partes vitais da economia. A partir do século XIX, o mundo assistiu a uma intensa onda de nacionalizações da propriedade estrangeira, representadas notadamente pela Revolução Russa e Revolução

¹⁶ Os investimentos remontam à Antiguidade, quando investimentos eram realizados pelo próprio Estado ou por comerciantes do Egito, Fenícia e Grécia em territórios estrangeiros. Os egípcios exploravam estanho e outros metais além de suas fronteiras, os fenícios construíram portos para seus navios mercantes ao longo do Mediterrâneo, chegando a colonizar áreas como Cartagena, além de fazerem investimentos significativos em Israel. Cf. BISHOP, Raymond Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, William Michael. **Foreign investment disputes: cases, materials and commentary**. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 2.

¹⁷ Durante a Idade Média, desenvolveram-se alguns princípios concernentes ao tratamento devido aos estrangeiros. Naquela época, destaca-se a teoria de Emerich de Vattel, ao defender que o Estado, uma vez tendo admitido o estrangeiro, deveria tratá-lo como seu próprio cidadão, em sinal de cortesia com o Estado de origem do estrangeiro. SCHEFER, Krista Nadakavukaren. **International investment law: text, cases and materials**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 5.

¹⁸ —*Customary international law comprised rules for the protection of aliens on foreign territory, as part of the law of State responsibility. These rules were not limited to the protection of property against unlawful expropriation, but equally comprised standards of treatment of aliens as regards their life, security, and property more generally*”. SCHILL, Stephen W. **The multilateralization of international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 25.

¹⁹ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 19-20.

Mexicana, o que reacendeu o debate acerca do tratamento jurídico a ser conferido ao estrangeiro.²⁰

Em face das expropriações de investimento estrangeiro perpetradas pelos governos com base no princípio da soberania territorial, os investidores viam-se diante de duas opções: recorrer aos tribunais locais do Estado receptor de investimentos ou recorrer diretamente ao seu Estado de origem. A segunda opção era preferida pelos investidores, dado o receio de que a proteção jurídica garantida pelos Estados receptores de investimento fosse insuficiente ou inadequada para assegurar a proteção de seus investimentos. Os Estados de origem dos investidores, com o escopo de proteger os investimentos de seus nacionais no exterior, agiam através do instituto da proteção diplomática ou mediante o uso de força militar, também conhecida como *“gunboat diplomacy”*.

Por meio do instituto da proteção diplomática, o Estado de origem do investidor estrangeiro intervinha no plano internacional em defesa de seu cidadão, contra o Estado hóspede do investimento. Assim, a controvérsia até então restrita ao investidor estrangeiro e ao Estado receptor de investimentos convertia-se em uma controvérsia a ser solucionada entre dois Estados soberanos.

Todavia, o instituto da proteção diplomática passou a ser utilizado de maneira abusiva por muitos países contra aqueles que adotavam medidas como a nacionalização, sendo frequentemente aliado à prática de intervenção militar. Consequentemente, o emprego da proteção diplomática e o uso de força militar para resolver conflitos relacionados a investimentos passaram a ser questionados, com destaque para a elaboração das Doutrinas Calvo e Drago.

A Doutrina Calvo, concebida no âmbito da América Latina, embora tenha sido enunciada pelo jurista argentino Carlos Calvo em 1868, teve suas ideias difundidas de modo mais amplo somente após a Revolução Russa e a Revolução Mexicana. Segundo essa teoria, os investidores estrangeiros deveriam receber o mesmo tratamento jurídico assegurado aos nacionais, sendo impedidos de solicitar a proteção diplomática de seus Estados de origem. Portanto, eventuais controvérsias surgidas entre investidor estrangeiro e Estado receptor de

²⁰ —*The period immediately following the ending of colonialism witnessed hostility and antagonism towards foreign investment generated by nationalist fervour. Such nationalism was itself a result of the anti-colonial movements which spread throughout the colonised parts of the world. There was also a need felt on the part of the newly independent states to recover control over vital sectors of their economies from foreign investors, largely nationals of the former colonial powers. The result was a wave of nationalisations of foreign property. These nationalisations resulted in intense debates as to what the international law on foreign investment protection was, each opposing group of states contending for a different set of norms in the area.*” SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 19.

investimentos deveriam ser dirimidas perante os tribunais locais e a lei aplicável seria a mesma aplicada aos nacionais do Estado. A Doutrina Calvo resultou na criação da Cláusula Calvo, a qual, aposta em diversos contratos entre Estados e investidores estrangeiros, implicava na renúncia do investidor quanto ao direito de proteção diplomática.

Por sua vez, a Doutrina Drago implicava na proibição do uso de força militar. Em 1902, o chanceler argentino Luis María Drago enunciou a proibição do uso de força militar para a cobrança de dívidas públicas contratuais, tema que posteriormente tornou-se alvo de discussão durante a II Conferência da Paz em Haia, resultando na elaboração da Convenção Drago-Porter em 1907. Referido documento proibia a intervenção militar de um Estado em outro para a cobrança de dívidas.

As Convenções de Haia de 1899 e de 1907 representaram os primeiros tratados multilaterais a prever a resolução pacífica de controvérsias entre os Estados, muito embora não tenham sido capazes de evitar a Primeira Guerra Mundial. Ademais, o período subsequente à Primeira Guerra Mundial testemunhou a criação da Corte Permanente Internacional de Justiça (CPIJ), no âmbito da qual foram dirimidas algumas disputas relacionadas a investimentos.²¹

Embora algumas tentativas de criar um código internacional para regular a relação entre investidor e Estado também tenham sido feitas no âmbito da Liga das Nações entre 1929 e 1930, os esforços no sentido de regulamentar o investimento estrangeiro no âmbito internacional intensificaram-se somente após o término da Segunda Guerra Mundial.

Naquele momento, tanto os Estados exportadores de capital quanto os importadores de capital demonstravam interesse no estabelecimento de um regime internacional, se possível em termos multilaterais, para regular a matéria. Contudo, os interesses contrapostos desses Estados quanto aos aspectos materiais do regime dificultavam a obtenção de consenso.²²

²¹ Três importantes casos relacionados a investimentos foram decididos no âmbito da Corte Permanente Internacional de Justiça: casos *Oscar Chinn*, *Chorzow Factory* e *Mavrommatis Palestine Concessions*.

²² COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 68.

Um dos primeiros instrumentos a incluir dispositivos concernentes ao tratamento dos investimentos estrangeiros foi a Carta de Havana de 1948²³, cujo principal escopo consistia na criação da Organização Internacional do Comércio (OIC). A OIC, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) constituiriam o tripé apto a sustentar o Sistema de Bretton Woods, destinado a facilitar o fluxo de capital e investimentos e promover expansão econômica e prosperidade no Pós-Guerra. A percepção de que a proteção garantida na Carta de Havana seria insuficiente para proteger seus investimentos desencadeou a recusa dos Estados exportadores de capital em ratificá-la, com influência decisiva dos Estados Unidos neste processo.

O fracasso na criação da OIC impeliu a manutenção do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), inicialmente concebido com caráter provisório, como um instrumento voltado a alcançar a liberalização do comércio internacional através da redução de tarifas alfandegárias. Neste contexto, o tema de investimentos foi novamente afastado das discussões e seria retomado apenas durante a Rodada Uruguai.

Não obstante o fracasso da Carta de Havana, os Estados exportadores de capital estimularam novas tentativas na redação de instrumentos jurídicos destinados a facilitar e proteger investimentos de seus nacionais no exterior.

O Acordo Econômico de Bogotá de 1948 (*The Economic Agreement of Bogota*), formulado especificamente para o tratamento dos investidores estrangeiros, também não obteve apoio suficiente para se tornar efetivo. Outras iniciativas obtiveram maior êxito, como foi o caso do Código Internacional de Tratamento Justo para os Investidores Estrangeiros (*International Code of Fair Treatment for Foreign Investors*), adotado pela Câmara Internacional de Comércio (ICC) em 1949.

²³ —*Notwithstanding its focus on international trade, however, an important objective of the Charter was to encourage economic development, especially in developing countries, and to foster the international flow of capital for productive investment'. Consequently, the Havana Charter contained a number of provisions concerning foreign investment and the relationship between host states and foreign investors. For example, Article 11(2)(a) of the Charter would have authorized the International Trade Organization (ITO), inter alia, to make recommendations for and promote bilateral or multilateral agreements on measures designed to assure just and equitable treatment for skills, capital, enterprise, arts, and technology brought from one member country to another. This was done in order to avoid international double taxation and stimulate foreign private investments. Article 11(2)(c) of the Charter also envisioned that the ITO would formulate and promote the adoption of a general agreement or statement of principles regarding the conduct, practices, and treatment of foreign investment. In Article 12(2) of the Charter, participating states were to provide reasonable opportunities for investments acceptable to them and adequate security for existing and future investments and to give due regard to the desirability of avoiding discrimination as between foreign investments.*" SALACUSE, Jeswald W. **The law of investment treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 86.

Contudo, a iniciativa de maior influência foi proposta pelo setor privado no Reino Unido e Alemanha, combinando modelos de convenção formulados por Hermann Abs e Lord Shawcross, resultando no Projeto da Convenção Abs-Shawcross em 1959 (*The Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad*). O projeto estipulava diversas regras aptas a criar um quadro jurídico de proteção do investimento estrangeiro, tais como o tratamento justo e equitativo; a garantia de proteção e segurança; a proteção contra expropriação e, finalmente, os distintos mecanismos de solução de controvérsias. Embora o Projeto não tenha prosperado, serviu de base para a elaboração pela OCDE do Projeto de Convenção sobre a Proteção da Propriedade de Estrangeiros (*Draft Convention on the Protection of Foreign Property*), cuja primeira versão foi publicada em 1963 e posteriormente revisada em 1967.

A proposta da OCDE não recebeu apoio suficiente dos membros da organização e nunca foi aberta para assinaturas, em razão dos interesses opostos que permeavam a seara do direito dos investimentos naquele momento.²⁴ Apesar disso, o texto da Convenção exerceria significativa influência na redação dos futuros tratados bilaterais de investimento.

Em 1965, foi concluída em Washington a Convenção para a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados²⁵, responsável por instituir o Centro Internacional de Solução de Disputas Relativas a Investimentos (ICSID)²⁶, instituição incumbida de realizar procedimentos arbitrais entre investidores estrangeiros e Estados receptores de investimento.

Ao final dos anos 60, as lacunas de crescimento e desenvolvimento econômico entre os países conduziram a um questionamento das estruturas do sistema e à tentativa de alteração dos fundamentos da ordem econômica internacional. Os anos 70 seriam marcados

²⁴ —*The failure of the 1967 OECD Draft Convention was a result of the ideological divide between capital-exporting and capital-importing countries about the appropriate principles of foreign investment protection.*” SCHILL, Stephen W. **The multilateralization of international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 39.

²⁵ CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES, Washington D.C, 1965.

²⁶ Há várias siglas empregadas para referir-se ao órgão. Em inglês, ICSID; em português, CISDI; em espanhol, CIADI; em francês, CIRDI. No decorrer deste trabalho, optou-se por fazer uso da sigla em inglês, por ser de uso recorrente nos artigos científicos e trabalhos acadêmicos desta área.

por grandes expropriações, fundamentadas na afirmação do princípio da soberania, como foram os casos da Líbia, Chile, Kuwait e Irã.²⁷

Em meio a este contexto marcado por vultosas expropriações, e mediante a reunião e pressão de países em desenvolvimento, a Assembleia Geral da ONU adotou as Resoluções 3201 (S-VI) e 3281 (XXIX) em 1974, desenhadas para criar uma Nova Ordem Econômica Internacional, asseverando o direito de soberania dos Estados sobre seus recursos naturais e afirmando que disputas concernentes à expropriação deveriam ser resolvidas pela lei do Estado receptor de investimentos, mediante recurso aos seus tribunais locais.

Destarte, o fenômeno que ficaria conhecido como a Nova Ordem Econômica Internacional representou um conjunto de esforços desenvolvidos ao longo dos anos 60 e 70 no âmbito da Assembleia Geral da ONU para a formação de um pacote de normas favoráveis aos novos Estados independentes. Os países em desenvolvimento buscavam afirmar seu poder soberano sobre os recursos situados em seu território, de modo a impedir o ressurgimento dos excessos de exploração perpetrados no século anterior, ao mesmo tempo em que almejavam alcançar os padrões socioeconômicos existentes nos países desenvolvidos.

A Nova Ordem estruturou-se essencialmente com base em três documentos – a Resolução AGNU 3201 (S-VI) ou Declaração para o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional; a Resolução AGNU 3202 (S-VI) ou Programa de Ação para o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional e, finalmente, a Resolução AGNU 3281 (XXIX) ou Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados.

Não obstante o interesse dos Estados exportadores e importadores de capital em estabelecer um regime internacional de proteção dos investimentos, a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados e, de modo geral, as ideias centrais da Nova Ordem Econômica Internacional, emanaram dos Estados em desenvolvimento, jamais tendo sido integralmente aceitas pelos Estados desenvolvidos.

No mesmo período, houve novas tentativas de regulamentar as atividades das empresas, destacando-se a elaboração do Código de Conduta das Empresas Transnacionais

²⁷ —*In the early 1970s, the then new regime of Mu‘ammar Qadaffi in Lybia nationalized the petroleum industry, an action that provoked three celebrated ad hoc arbitration awards for, respectively, British Petroleum, Texaco and the Libyan American Oil Company. Chile nationalized copper mining and Jamaica drove foreign bauxite mining companies out of the country by repudiating its contracts and imposing higher levies on the companies. The end of the decade saw Kuwait nationalize the petroleum interests of the American Independent Oil Company, which led to another famous ad hoc arbitration award in the early 1980s. In this same period occurred the Iranian Revolution of 1979, which led to the expulsion of US companies and the establishment of the IUSCT.*” BISHOP, Raymond Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, William Michael. **Foreign investment disputes: cases, materials and commentary.** 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 6.

proposto pela OCDE (*Guidelines for Multinational Enterprises*) e do Código de Conduta das Empresas Transnacionais proposto pela ONU (*United Nations Draft Code of Conduct on Transnational Corporations*).

Superada essa fase inicial, marcada por divergências e embates entre Estados exportadores e importadores de capital, no decorrer dos anos 80 a atitude dos países em desenvolvimento começou a apresentar sinais de mudança. O período pós Guerra Fria caracterizou-se pela formulação de políticas neoliberais, ou seja, políticas de abertura ao investimento e competição entre os Estados para atrair investimentos. Um dos traços marcantes daquele momento consistiu na ampla generalização dos acordos de investimento, destacando-se a proliferação dos chamados tratados bilaterais de investimentos (BITs), o que transformaria completamente o direito internacional dos investimentos.

Nos anos 80, os EUA e países europeus concluíram grande número de BITs. Na mesma época, assistiu-se à criação da Agência Multilateral de Garantias de Investimentos (MIGA), concebida como uma seguradora contra riscos não comerciais, tais como os riscos políticos que atingem os investimentos.²⁸

A década seguinte também presenciou a criação de alguns acordos regionais de investimento, tais como o Tratado da Carta de Energia e os protocolos de Colônia e de Buenos Aires no âmbito do Mercosul, além da regulamentação dos investimentos estrangeiros no capítulo XI do NAFTA. Houve nova tentativa da OCDE em negociar um acordo multilateral de investimentos, embora a ideia tenha novamente fracassado.²⁹ Ainda neste período, a realização da Rodada Uruguaí resultou na assinatura do Tratado de Marraqueche e no consequente estabelecimento da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1995, no âmbito da qual foram negociados o acordo TRIMS e GATS, nos quais se encontram dispositivos concernentes aos investimentos estrangeiros.

Com efeito, merecem menção os esforços realizados no âmbito da OMC para a conclusão de um instrumento voltado à regulamentação dos investimentos. A ideia foi discutida

²⁸ A Agência Multilateral de Garantias de Investimentos, estabelecida pela Convenção de Seul de 1985, é instituição integrante do Grupo Banco Mundial e atua de modo a fornecer programas de seguros aos investidores, para ressarcir-los em caso de eventos prejudiciais ao investimento, como a ocorrência de guerra civil no Estado receptor de investimentos ou restrições a transferências de pagamento. Nestas hipóteses, a Agência compromete-se a pagar indenização ao investidor e sub-roga-se em seus direitos, para obter ressarcimento do Estado receptor pelos danos sofridos no investimento.

²⁹ O fracasso do Acordo Multilateral de Investimentos pode ser compreendido em razão das críticas dirigidas pela sociedade civil, com destaque para o papel das ONGs, que denunciavam o acordo como um instrumento voltado unicamente à proteção do investidor e incapaz de contemplar matérias de interesse público. Após o anúncio do governo da França de que o país deixaria de participar das negociações, elas foram definitivamente encerradas em 1998.

na Conferência Ministerial de Cingapura e também na Conferência de Doha, mas não alcançou os resultados almejados, sendo retirada da agenda de negociações da Organização:

*At the Singapore Ministerial Meeting of the WTO, the issue of an investment code was mooted, but at Doha there was a requirement that the issue of investment should be considered in light of the development dimension. At the Cancun Ministerial Meeting, which was concluded in September 2003, the larger developing countries opposed consideration of investment unless there was agreement to expand the discussion to include not only the protection of investment but also the potential liability of multinational corporations for the harm they may cause to the host state. As a result, investment has been removed from the agenda of the WTO.*³⁰

A proliferação dos acordos de investimento foi acompanhada pela progressiva difusão da arbitragem de investimentos, especialmente no âmbito do ICSID – estabelecido em 1965 e reconhecido internacionalmente como organismo especializado na administração de procedimentos arbitrais relacionados a investimentos.

Em resumo, identifica-se hoje a estruturação de um regime global de proteção do IED, representado por um conjunto específico de princípios, normas, regras e processo decisório.³¹ Todavia, não obstante a aparente estabilidade deste regime, o século XXI trouxe novos desafios ao direito internacional dos investimentos.

A intensificação do fluxo de investimentos em diferentes direções ao redor do globo foi responsável por atenuar a linha divisória, outrora bastante nítida, entre países exportadores de capital e países importadores de capital. Os BITs, cuja celebração antes era restrita a um Estado desenvolvido e um Estado em desenvolvimento, começaram a ser negociados entre dois Estados desenvolvidos ou dois Estados em desenvolvimento. Em consequência, os Estados desenvolvidos começaram a ser questionados em arbitragens internacionais.

Em virtude do aumento expressivo de casos submetidos à arbitragem de investimentos e da conseqüente condenação dos Estados ao pagamento de indenização aos investidores, intensificaram-se as críticas aos acordos de investimento e à arbitragem investidor-Estado.

Antes de avaliar este processo, com foco especial na região latino-americana, é necessário compreender o modo pelo qual o direito internacional dos investimentos está

³⁰ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 26-27.

³¹ —*Borrowing from international relations theory, one can think of the existing body of investment treaties as constituting a regime.*” SALACUSE, Jeswald W. **The law of investment treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 5-6.

estruturado, o que exige a observação atenta dos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos, sejam eles multilaterais, regionais ou bilaterais; bem como das principais garantias e mecanismos de solução de controvérsias neles previstos.

1.2 Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos

No momento anterior à Segunda Guerra Mundial, a proteção do investimento estrangeiro estruturava-se principalmente por meio do costume internacional. Após a Segunda Guerra, assistiu-se ao fenômeno que ficaria conhecido como *“reatification”*. A proteção do investimento estrangeiro, outrora centrada apenas nas regras de direito internacional consuetudinário, passou a ser regulamentada principalmente por meio de acordos internacionais.

Principal fonte de regulamentação dos investimentos estrangeiros, os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI) são celebrados entre Estados com a finalidade de regulamentar o tratamento a ser conferido ao investidor proveniente de um desses Estados ao investir no território de outro Estado parte do acordo. Concebidos com a finalidade de dotar o investidor de proteção jurídica e, conseqüentemente, estimular o fluxo de investimentos estrangeiros, a essência desses acordos reside no estabelecimento de um conjunto de direitos dos investidores estrangeiros, ao mesmo tempo em que se prevê um mecanismo eficaz de exigir indenização em caso de violação desses direitos.

Através da assinatura dos APPRI, o Estado manifesta seu comprometimento em respeitar determinadas obrigações e restringir o seu comportamento, com vistas a reduzir os riscos do investidor e, desse modo, propiciar um clima favorável de atração de investimentos.³²

Os acordos de investimento podem ser classificados em diferentes modalidades, a depender de seu âmbito de aplicação. Com finalidades didáticas, é possível dividi-los em: (i) acordos celebrados em âmbito multilateral; (ii) acordos celebrados em âmbito regional e (iii) tratados bilaterais de investimento.

³² —*The purpose of investment treaties is to impose restraints and obligations on the host State'. In other words, to control abusive conduct by the State against the property rights of foreign investors. By self-imposing mechanisms of control over such conduct by means of international adjudication, the level of business risk is reduced and thus attracts foreign capital to the host State. This is the State's motivation for entering into investment treaties.*” GONZÁLEZ GARCÍA, Luis. *The role of human rights in international investment law*. In: CALAMITA, N. Jansen; EARNEST, David; BURGSTALLER, Markus (Ed.). **The future of ICSID and the place of investment treaties in international law**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2013. p. 34.

1.2.1 Acordos multilaterais: MAI, TRIMs, GATS e Tratado da Carta de Energia

A mais ambiciosa tentativa de criar um acordo multilateral com normas exaustivas a respeito dos investimentos estrangeiros e aberto à ratificação de todos os Estados operou-se no âmbito da OCDE. Em 1995, a organização lançou a proposta de elaboração do Acordo Multilateral de Investimentos (*Multilateral Agreement on Investment - MAI*), com escopo de abranger todos os aspectos do regime jurídico de proteção dos investimentos.

Após o início da negociação, restrito aos países membros da organização, a minuta do tratado tornou-se pública em 1997. O acordo seria dividido em doze seções, incluindo os principais tópicos presentes nos acordos de investimento: disposições gerais; escopo e âmbito de aplicação; tratamento dos investidores e seus investimentos; regras de proteção do investimento; regras relativas à solução de controvérsias; exceções e salvaguardas; serviços financeiros; tributação; exceções específicas por países; relação com outros acordos internacionais; implementação e operação; disposições finais.

Todavia, tão logo publicado, o texto do acordo foi veementemente contestado por grupos ambientalistas e defensores de direitos humanos, além de tornar nítidas as divergências e a contraposição de interesses entre os Estados exportadores e importadores de capital.

Diante das fortes manifestações da sociedade civil contra o acordo, alguns países envolvidos, dentre eles os EUA, França e Canadá, reduziram seu entusiasmo nas negociações, o que conduziria, em 1998, ao anúncio oficial da suspensão das negociações por tempo indeterminado.

O fracasso do MAI deveu-se à confluência de diversos fatores de natureza política, econômica e social. Dentre eles, é possível elencar a falta de participação da sociedade civil e dos países em desenvolvimento no processo inicial de negociação do acordo. Embora alguns países em desenvolvimento tenham participado das discussões como observadores, o texto inicial do acordo foi elaborado exclusivamente pelos membros da OCDE, sendo apresentado aos demais países somente em um momento posterior.³³

³³ *—The strategy was to bring about a multilateral agreement among the developed states and have the developing states accede to it afterwards. Given the ascendancy of neo-liberal tenets in the mid-1990s, it was thought that a code which emphasized those investment protection rules supported by the developed states could easily be drafted among the developed states first and then later presented as a fait accompli to the developing world. The agreement would then be opened for accession by non-OECD countries.* SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 257.

Ademais, diversos dispositivos do acordo contrastavam com os interesses dos países em desenvolvimento, tais como a obrigação de tratamento nacional na fase pré-estabelecimento do investimento, bem como a proibição de *performance requirements*³⁴, comumente empregados pelos países em desenvolvimento. Outro motivo de discórdias dizia respeito aos dispositivos referentes às formas de solução de controvérsias.

Além das críticas dos países em desenvolvimento, havia divergência entre os próprios países desenvolvidos a respeito das normas materiais de proteção do investimento previstas no acordo. Países como a França e o Canadá queriam proteger sua indústria cultural da influência dos EUA, razão pela qual exigiam uma exceção à aplicação do acordo, de modo a resguardar o direito dos Estados em adotar medidas para regular o investimento estrangeiro no setor cultural. Os EUA, por sua vez, opunham-se fortemente a esta exceção.

Entre os demais fatores apontados como determinantes para o encerramento das negociações, incluem-se as pressões da sociedade civil organizada, com destaque para o papel de grupos ambientalistas e defensores dos direitos humanos, os quais criticavam a inexistência de dispositivos capazes de assegurar a proteção contra os abusos ambientais e violações de direitos humanos que poderiam ser perpetrados pelos investidores. A forte oposição da opinião pública influenciou significativamente os governos dos países europeus, os quais começaram a se distanciar do acordo, de modo a não se indispor com seu eleitorado.³⁵

Na mesma época de negociação do acordo, foi decidido o caso *Ethyl v. Canada*³⁶, no âmbito do NAFTA, o qual despertou a preocupação quanto à limitação do poder dos Estados de interferir no investimento para proteger o interesse público, reforçando o receio de que o mesmo ocorreria com a aprovação do MAI.³⁷ Assim, a percepção de que o acordo

³⁴ A expressão *performance requirements* refere-se às obrigações ou incentivos fornecidos pelo Estado para os investidores que cumprem determinadas metas, como a produção com conteúdo local; exportação de parte da produção total; formação de *joint ventures* com empresas locais. Essas regras não atendem ao interesse dos investidores, embora sejam instrumentos importantes de estímulo ao desenvolvimento dos Estados.

³⁵ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 258.

³⁶ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*. NAFTA/UNCITRAL Case.

³⁷ HUNER, Jan. Lessons from the MAI: A View from the Negotiating Table". In: WARD, Halina; BRACK, Duncan. (Ed.). **Trade, investment and the environment**. London: The Royal Institute of International Affairs, 2001. p. 242.

refletia um instrumento puramente *pró-investidor* acarretou a forte oposição da sociedade civil, razão determinante para o seu fracasso.³⁸

Diante do fracasso do MAI, muitos autores posicionam-se no sentido de que inexistem acordos multilaterais de investimento.³⁹ De fato, inexistem acordos multilaterais de investimentos com abrangência ampla e exaustiva, nos moldes daquele que a OCDE tentou formular. Entretanto, é possível identificar a existência de determinados acordos com tendência multilateral, embora com âmbitos materiais restritos. É o caso do TRIMs e do GATS, no contexto da OMC, bem como do Tratado da Carta de Energia, os quais tratam de temas isolados sobre os investimentos estrangeiros.

No que tange ao sistema multilateral de comércio, as normas relativas a investimentos concentram-se particularmente no Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (TRIMs) e no Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS). Além disso, é possível estabelecer um vínculo dos investimentos com o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs), uma vez que, em muitos casos, a propriedade intelectual é incluída na definição de investimentos estabelecida nos BITs⁴⁰; e com o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASCM), no qual é prevista a possibilidade de inclusão de investimentos na definição de subsídios.

O Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (TRIMs), negociado no âmbito da OMC, foi fruto de difíceis negociações iniciadas entre países

³⁸ —*The political opposition to the Agreement generated by the NGO community undoubtedly made a significant contribution by raising awareness of its one-sided nature, and by offering an organized critique based on the unaccountability of MNEs and of the multilateral economic organisations that were trying to introduce the MAI. This view of events continues to make the adoption of future multilateral rules in this area politically difficult. However, the principal reason lies in the conception of the agreement as a pure investor and investment protection instrument.*” MUCHLINSKI, Peter T. *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: where now?* **The International Lawyer**, Dallas, v. 34, n. 3, p.1049, 2000.

³⁹ —*Não há, contudo, um conjunto de regras amplas regulamentando os investimentos estrangeiros, tal como no sistema instituído pela Organização Mundial do Comércio (OMC), que regulamenta as questões de comércio internacional.*” FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 37; —*Existe uma diversidade de fontes convencionais do direito dos investimentos. No entanto, não há acordo que englobe todos os aspectos relevantes nessa matéria e que, ao mesmo tempo, envolva um número significativo de países.*” DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional.** Curitiba: Juruá, 2010. p. 68.

⁴⁰ —*Many BITs, for instance, explicitly include intellectual property within the scope of assets protected by the substantive treaty provisions. In a similar vein, the WTO Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights (TRIPs) requires WTO members to protect various forms of intellectual property as a form of investment in their domestic jurisdictions (although these obligations) are balanced against key flexibilities for state conduct.*” KURTZ, Jürgen. *The Intersections between International Trade and Investment Law: Mapping a Research Agenda.* In: CALAMITA, N. Jansen; EARNEST, David; BURGSTALLER, Markus (Ed.). **The future of ICSID and the place of investment treaties in international law.** London: British Institute of International and Comparative Law, 2013. p. 173.

desenvolvidos e em desenvolvimento a respeito da melhor forma de regular os investimentos internacionais ligados ao comércio.

A inserção das medidas de investimento relacionadas ao comércio nas negociações da Rodada Uruguai foi inicialmente proposta pelo governo dos EUA, com apoio de outras economias desenvolvidas. Por sua vez, o interesse dos países em desenvolvimento consistia em limitar as negociações, diante do temor de que um acordo muito amplo pudesse restringir o poder de intervenção dos Estados na economia, reduzindo sua capacidade de formulação de políticas públicas voltadas para o desenvolvimento econômico. Apesar da resistência das economias emergentes, ao final da Rodada Uruguai foi celebrado o acordo TRIMs, inserindo o tema dos investimentos estrangeiros nas discussões multilaterais da organização.⁴¹

O TRIMs corresponde a um tratado multilateral da OMC (e, portanto, obrigatório para todos os seus membros, conforme a concepção do *—single undertaking—*) cuja ideia subjacente não consiste em regular o fluxo internacional de investimentos, mas restringe-se a limitar a capacidade dos Estados de adotar determinadas medidas para regular o investimento, quando essas medidas possuem o efeito de distorcer ou restringir o comércio internacional. Deste modo, o acordo impede a aplicação de medidas de investimento inconsistentes com os dispositivos do artigo III (tratamento nacional) e do artigo XI (restrições quantitativas) do GATT-94. Embora não apresente definições de “medidas de investimento relacionadas ao comércio”, o TRIMs fornece uma lista ilustrativa dessas medidas.⁴²

Aos Estados que se sentirem prejudicados por medidas de investimentos que prejudiquem o comércio de bens, é facultado o acesso ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Este, caso entenda pela incompatibilidade das medidas com as normas do sistema multilateral de comércio, estabelecerá um período provisório para remoção das medidas – período variável conforme o nível de desenvolvimento de cada país.

Ainda com relação aos acordos da OMC, cumpre mencionar o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), concebido com o escopo de facilitar a liberalização do trânsito internacional de serviços. Referido acordo aplica-se aos investimentos realizados no setor de serviços.

⁴¹ RORIZ, João Henrique Ribeiro; TASQUETTO, Lucas da Silva. **Propriedade intelectual, serviços e investimentos**: panorama de regulação em acordos regionais de comércio celebrados por União Europeia, Estados Unidos, China e Índia. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2012.

⁴² CELLI JUNIOR, Umberto. Princípios e Regras do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços e do Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio da OMC. In: AYERBE, Luis Fernando; BOJIKIAN, Neusa Maria Pereira (Org.). **Negociações econômicas internacionais**: abordagens, atores e perspectivas desde o Brasil. São Paulo: Ed. Unesp, 2011. p. 248.

O comércio de serviços é definido como a prestação de serviço em diferentes modalidades. Dentre essas modalidades, prevê-se a prestação de serviços pelo prestador de um Estado Membro, por intermédio da presença comercial, no território de qualquer outro Estado Membro. Desta forma, para que um prestador de serviços possa estabelecer presença comercial no território de outro país-membro do Acordo, realiza-se um investimento estrangeiro. Portanto, embora o GATS não seja um acordo voltado diretamente para regular o IED, quanto mais ampla for a sua implementação, maior será o âmbito de setores onde o acesso ao mercado de serviços implica também maior facilidade para o trânsito internacional de capitais.⁴³

Com relação ao Tratado da Carta de Energia (*Energy Charter Treaty* ou ECT), sua negociação remonta ao início dos anos 90, impulsionada pela necessidade de estabelecer laços de cooperação energética entre os países da Europa Ocidental e os países do leste europeu, como a Rússia e outros integrantes da antiga União Soviética.

O interesse da Rússia e de países vizinhos, ricos em recursos energéticos e desejosos de atrair investimentos para reconstruir sua economia, aliado ao interesse crescente dos países da Europa Ocidental em diversificar suas fontes energéticas, conduziu à adoção da Carta Europeia da Energia em 1991, a qual apenas declarava as intenções desses países sem criar obrigações, e à posterior assinatura da Carta de Energia em 1994, cuja entrada em vigor deu-se em 1998.⁴⁴

Embora o acordo seja considerado setorial, pois restrito a regulamentar o setor energético, entende-se que possui caráter universal, uma vez que permite a adesão de outros membros, fora da região para o qual foi inicialmente concebido. Além disso, o ECT possui um caráter amplo, pois inclui dispositivos relacionados à proteção dos investimentos,

⁴³ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 101.

⁴⁴ ENERGY CHARTER SECRETARIAT. **The Energy Charter Treaty and Related Documents: a legal framework for international energy cooperation**. Brussels: Energy Charter Secretariat, 2004. Disponível em: <<http://www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015. p. 13.

dispositivos sobre comércio, trânsito energético, eficiência energética, proteção ambiental e solução de controvérsias entre Estados ou entre investidores e Estados.⁴⁵

A proteção dos investimentos assume papel de destaque no texto do tratado, com o objetivo de estimular investimentos no setor energético e diminuir os riscos de natureza não comercial dos investidores. Ao aderir ao tratado, o Estado compromete-se a assegurar determinadas garantias aos investidores dos Estados signatários do acordo, interessados em investir no setor energético, tais como o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida. Uma característica especial deste acordo consiste na previsão de sua aplicação provisória, para aqueles membros que já procederam à assinatura, mas ainda não ratificaram o tratado.

Embora todos estes acordos possam ser considerados *multilaterais*, dada a possibilidade de adesão de outros países membros interessados, o TRIMs, o GATS e o Tratado da Carta de Energia versam sobre temas específicos, não sendo capazes de fornecer um conjunto coerente e completo para a regulação dos investimentos internacionais, nos moldes daquilo que o MAI almejava criar.⁴⁶ É com base nesse entendimento que se pode afirmar: *“There is no comprehensive global agreement on investment protection.”*⁴⁷

Diante da inexistência de um acordo multilateral apto a regular todos os aspectos do investimento estrangeiro, ganharam destaque os acordos de caráter bilateral, pactuados entre dois Estados, e os acordos regionais, com abrangência limitada a um grupo restrito de Estados. Tanto os acordos bilaterais quanto os regionais possuem conteúdo mais denso, se comparado aos acordos com caráter multilateral acima elencados.⁴⁸

⁴⁵ *“The ECT is a multilateral treaty with binding force, limited in its scope to the energy sector. The purpose of the ECT, as stipulated in Article 2, is to promote long-term co-operation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter’. It is the only binding multilateral instrument dealing with intergovernmental cooperation in the energy sector, and contains far-reaching undertakings for the contracting parties. The ECT includes provisions regarding investment protection, provisions on trade, transit of energy, energy efficiency and environmental protection and dispute resolution.”* HÓBER, Kaj. Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty. **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford, v. 1, n. 1, p. 155, 2010. Cf. COOP, Graham. Energy Charter Treaty 20 year anniversary - 20 years of the Energy Charter Treaty. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 29, n. 3, p. 515-524, 2014.

⁴⁶ DORNELLES, Bárbara. **Resolução de litígios em matéria de investimentos estrangeiros: impactos na América Latina do laudo Pirâmides e AAPL v. Sri Lanka - a questão do consentimento do Estado na arbitragem do ICSID**. 2009. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. p. 17.

⁴⁷ SHAN, Wenhua. Is Calvo dead? **The American Journal of Comparative Law**, Ann Arbor, v. 55, n. 1, p. 139, 2007.

⁴⁸ DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 68.

1.2.2 Acordos regionais: o capítulo XI do NAFTA e os protocolos do Mercosul

Entre os acordos regionais de investimento, cuja finalidade consiste em promover a liberalização de IED entre os países signatários, inserem-se aqueles que tratam exclusivamente do tema, bem como os acordos de livre comércio, que também podem conter determinados dispositivos relacionados aos investimentos.

Considerado a mais importante regulamentação regional nesta área ⁴⁹, o capítulo 11 do NAFTA ⁵⁰ tornou-se um modelo de referência no direito internacional dos investimentos. Além de servir de inspiração para a redação do MAI e para muitos BITs, o acordo motivou inúmeras controvérsias arbitrais, permitindo o desenvolvimento de rica jurisprudência sobre a interpretação de seus dispositivos.

Com efeito, a área de livre comércio estabelecida entre México, EUA e Canadá, cujo tratado constitutivo entrou em vigor em 1994, representa uma das áreas com maior circulação de investimentos estrangeiros no mundo. ⁵¹ O capítulo 11 do acordo estipula um conjunto de garantias para o investidor estrangeiro e para seus investimentos, que implicam em obrigações para os Estados.

Entre os principais dispositivos do acordo, encontra-se a garantia de tratamento nacional e tratamento da nação mais favorecida; exigência de um padrão mínimo internacional de tratamento; proibição de exigências de desempenho (*performance requirements*); regras relativas à expropriação, além da estipulação de um mecanismo de solução de disputas.

O capítulo 11 do NAFTA prevê altos padrões de proteção do investimento estrangeiro, relegando pouca margem para regulamentação pelo Estado receptor de investimentos. Por essa razão, tornou-se alvo de constantes e incisivas críticas, sobretudo por parte de grupos ambientalistas, os quais reivindicam a preservação da capacidade regulatória do Estado para o desenvolvimento de políticas de interesse público.

O advento de casos arbitrais iniciados por investidores estrangeiros, onde foram questionadas políticas públicas adotadas pelos Estados com vistas a proteger a saúde e o meio

⁴⁹ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 253.

⁵⁰ UNITED STATES OF AMERICA; CANADA; MEXICO. **The North American Free Trade Agreement**. Washington, D.C., 1992. Disponível em: <<https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

⁵¹ “NAFTA created the world’s largest free trade area, and the amount of foreign investment protected by the Agreement is one of the greatest of any similar arrangement.” PUIG, Sergio; KINNEAR, Meg. NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 25, n. 2, p. 232, 2010.

ambiente, desencadeou críticas e preocupações com relação ao acordo. Dentre os casos mais famosos e alvo de maior polêmica, incluem-se os casos *Ethyl*, *S.D.Myers*, *Metaclad* e *Methanex*.⁵² A respeito destes casos, é oportuno tecer breves comentários, com vistas a compreender os principais receios da sociedade com relação aos dispositivos do acordo.

O primeiro caso envolvendo questões ambientais no âmbito do NAFTA foi o caso *Ethyl Corporation v. Canada*⁵³, já referido anteriormente. A empresa norte-americana *Ethyl Corporation*, única produtora da substância MMT⁵⁴ no mundo, estabeleceu uma subsidiária canadense, *Ethyl Canada*, cuja principal função consistia em receber o MMT da empresa matriz e, após misturá-lo com outros agentes, distribuir o produto no Canadá como um aditivo para a gasolina.

O uso da substância MMT é proibido, por razões ambientais, em vários estados norte-americanos. Em 1997, o Canadá aprovou uma lei proibindo a importação de MMT para o país, em razão das preocupações com a poluição ambiental causada pelo uso da substância, além do fato de que o manganês, integrante do MMT, teria propriedades tóxicas para a saúde humana, ainda não completamente avaliadas pela ciência.

Após a adoção da medida canadense, o investidor estrangeiro, *Ethyl Corporation*, iniciou um procedimento arbitral alegando que o Canadá violara dispositivos do NAFTA e requerendo o pagamento de indenização no valor de 250 milhões de dólares.

Não obstante as alegações do Canadá, o tribunal arbitral entendeu ser competente para decidir o caso. Pouco tempo depois, o Canadá iniciou negociação com a empresa para pôr fim ao conflito, restando estabelecido o pagamento de 13 milhões de dólares para o investidor, além da retirada da legislação questionada. Além disso, o Canadá forneceu à empresa um documento onde afirmava não haver comprovação científica dos danos causados pelo uso do MMT.

O segundo caso polêmico motivado pelo acordo NAFTA foi o caso *Metalclad*⁵⁵, envolvendo uma controvérsia entre o México e um investidor norte-americano.

Em 1993, a empresa norte-americana *Metalclad* adquiriu uma empresa mexicana que obtivera autorização federal e estadual para construir um aterro de resíduos perigosos no município de Guadalcazar, no estado mexicano de San Luis Potosi. Pouco tempo após o início

⁵² Cf. ACCONCI, Pia. **Tutela della salute e diritto internazionale**. Padova: CEDAM, 2011. p. 412-418.

⁵³ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL Arbitration Rules, Award June 24, 1998.

⁵⁴ O composto orgânico tricarbonil metilciclopentadienil manganês (MMT, na sigla inglesa), é um líquido volátil utilizado como aditivo na gasolina. Embora haja pouca informação científica sobre a toxicidade dos compostos de manganês, existem algumas evidências indicativas de que altas doses da substância podem causar danos neurológicos à saúde.

⁵⁵ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB/(AF)/97/1).

da construção do aterro, o governo municipal ordenou que a construção fosse interrompida, pois a empresa não obtivera autorização municipal para construir. Enquanto a aprovação da autorização ainda estava pendente, a empresa terminou de construir, mas foi impedida de operar. Nove meses depois que a construção estava completa, o governo municipal negou a autorização para o funcionamento. Em seguida, quando a situação atingiu grande repercussão pública, o governo estadual publicou um decreto ecológico declarando a respectiva área como “área de preservação ambiental” e, conseqüentemente, impedindo a operação do aterro.

O investidor estrangeiro *Metalclad* iniciou procedimento arbitral contra o México, alegando que este incorrera em violação aos dispositivos do Capítulo 11 do NAFTA. O procedimento arbitral resultou na decisão de que o decreto ecológico, independentemente da finalidade almejada, configurava uma medida equivalente à expropriação. Em 2000, o tribunal arbitral proferiu laudo condenando o Estado mexicano ao pagamento de indenização no valor de 16,7 milhões de dólares para o investidor estrangeiro.

Ainda na mesma tendência dos casos anteriores, o caso *S.D.Myers*⁵⁶ foi motivado por receios com os danos ambientais e danos à saúde causados pelo uso e transporte da substância PCB.

Em 1995, o Canadá adotou uma proibição temporária na exportação de resíduos de PCB⁵⁷ do Canadá para os EUA, política consistente com as obrigações assumidas pelo governo canadense na Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. A companhia norte-americana *S.D.Myers*, atuante no setor de eliminação de resíduos perigosos, com escritórios no Canadá, mas cujas principais instalações estavam localizadas nos EUA, queria exportar resíduos de PCB do Canadá para suas instalações nos EUA, onde os resíduos seriam devidamente descartados.

Sentindo-se prejudicada pela proibição do governo canadense, a empresa norte-americana iniciou procedimento arbitral contra o Canadá, solicitando indenização de 20 milhões de dólares em razão de violações ao acordo NAFTA. De acordo com o laudo proferido pelo tribunal arbitral, o Canadá foi condenado a pagar indenização ao investidor pelo prejuízo econômico sofrido, no total de 6 milhões de dólares canadenses.

⁵⁶ *S.D.Myers, Inc. v. Government of Canada*, Ad hoc arbitration under the 1976 UNCITRAL Rules, Award December 30, 2002.

⁵⁷ As bifenilas policloradas (PCBs) são compostos utilizados em diversos segmentos industriais e foram banidas de diversos países devido aos potenciais efeitos nocivos ao meio ambiente e à saúde humana.

Finalmente, outro caso objeto de muitas discussões e alvo de polêmica foi o caso *Methanex*⁵⁸, no qual um investidor canadense questionou medidas adotadas pelo governo dos EUA.

Em 1999, o estado da Califórnia, seguindo recomendação da Agência de Proteção Ambiental dos EUA, anunciou a eliminação gradativa do MTBE⁵⁹, aditivo adicionado à gasolina, em razão de seus potenciais danos ao meio ambiente e à saúde. A empresa canadense *Methanex Corporation*, fabricante de metanol (um dos principais componentes do MTBE) sentiu-se prejudicada com a medida adotada e iniciou arbitragem *ad hoc* contra os EUA, através das regras da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), alegando que ocorrera descumprimento das normas do capítulo 11 do NAFTA e requerendo o pagamento de 1 bilhão de dólares de indenização.

Em suas alegações, a empresa argumentava que a proibição de MTBE possuía caráter discriminatório, pois tinha o objetivo de retirar-lhe o mercado norte-americano para privilegiar a produção local dos EUA, em que se comercializava gasolina produzida com um aditivo à base de etanol. Além disso, segundo o investidor, a medida era equivalente à expropriação. Por sua vez, os EUA argumentavam que a medida não caracterizava expropriação, em virtude de sua finalidade pública, consistente na proteção do meio-ambiente e da saúde humana.

O caso atingiu grande repercussão pública, com a intervenção da sociedade civil através de manifestação de *amicus curiae*, além da abertura das audiências ao público. Este foi um dos primeiros casos a marcar a transição da arbitragem de investimentos para um procedimento mais transparente e aberto ao público. O tribunal arbitral, ao proferir sua decisão, rejeitou os argumentos do investidor, entendendo que a regulamentação não era discriminatória; era motivada por finalidade pública e havia respeitado o devido processo legal, portanto não poderia ser considerada expropriatória.

Os casos aqui brevemente expostos permitem ilustrar as preocupações que os dispositivos do Capítulo 11 do NAFTA trouxeram à tona. Embora o caso *Methanex* tenha sido resolvido em favor do Estado, o período compreendido entre o início dos procedimentos e a decisão arbitral foi marcado por muitas discussões, com a forte presença da sociedade civil organizada e intensos debates sobre os impactos dos dispositivos presentes no acordo.

⁵⁸ *Methanex Corporation v. United States of America*, Ad hoc arbitration under the 1976 UNCITRAL Rules, Award August 3, 2005.

⁵⁹ O éter metil terciário butílico (MTBE) é um composto químico utilizado como aditivo para a gasolina. O composto é considerado cancerígeno. Por se misturar facilmente com a água, existe o risco de que o vazamento de gasolina com MTBE em um tanque subterrâneo possa contaminar o lençol freático.

O estabelecimento destes casos arbitrais propagou a crença de que a proteção do investimento estrangeiro, que inicialmente deveria ser um *escudo* de proteção do investidor contra medidas discriminatórias ou abusivas por parte do Estado, estava começando a ser utilizada como uma *arma* do investidor contra medidas de interesse público legitimamente adotadas pelo Estado.⁶⁰

As críticas dirigidas ao NAFTA foram sintetizadas no seguinte trecho publicado no jornal *The New York Times* em 2001, poucos anos após a entrada em vigor do acordo:

*Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a small group of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments has led to national laws being revoked, justice systems questioned and environmental regulations challenged. And it is all in the name of protecting the rights of foreign investors under the North American Free Trade Agreement.*⁶¹

O impacto das decisões arbitrais alcançou grande repercussão e propagou o temor de que a proteção do investimento estrangeiro, tal qual estabelecida no capítulo 11 do NAFTA, reduzia ou eliminava a capacidade regulatória do Estado para adotar medidas de interesse público, ocasionando o chamado “*ehilling effect*”, ou seja, o Estado se absteria de adotar medidas de proteção ambiental ou proteção à saúde, para evitar futuras condenações ao pagamento de indenizações milionárias aos investidores estrangeiros.

Além do tão controverso acordo NAFTA, também em âmbito regional inserem-se os acordos de investimento negociados pelos países membros do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

A criação do Mercosul, inicialmente concebido com a finalidade de atingir um modelo de integração no formato de um mercado comum, remonta à assinatura do Tratado de Assunção em 26 de março de 1991 pela Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, com a posterior adesão da Venezuela em 2012 e da Bolívia em 2015.

Em 1994, o bloco foi elevado à condição de organização internacional através do Protocolo de Ouro Preto. Além do Protocolo de Ouro Preto e do Protocolo de Olivos (que instituiu o Tribunal Permanente do Mercosul), o Tratado de Assunção é complementado por

⁶⁰ MANN, Howard. **Private rights, public problems: a guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights.** Winnipeg: International Institute for Sustainable Development and World Wildlife Fund, 2001. p. 16.

⁶¹ DEPALMA, Anthony. *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say.* **The New York Times**, New York, March 11, 2001. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html>>. Acesso em: 30 maio 2015.

diversos outros protocolos, como aqueles relativos aos investimentos estrangeiros: o Protocolo de Colônia e o Protocolo de Buenos Aires. A adesão ao Tratado de Assunção implica a adesão obrigatória a estes protocolos.

A regulamentação dos investimentos estrangeiros no Mercosul foi precedida por diversos estudos realizados pela Comissão Técnica para a Promoção e Proteção de Investimentos, criada dentro do Subgrupo IV (responsável por assuntos financeiros) pela resolução 20/92 do Grupo Mercado Comum. Os trabalhos realizados pelo grupo de estudos motivaram a elaboração do Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul, assinado pelos membros do bloco em 1994 para regulamentar o fluxo de investimentos entre os países membros, ou seja, investimentos intrazona.

Entre as principais regras do Protocolo, destaca-se o caráter amplo da definição dos termos investimento e investidor, com objetivo de atrair a maior variedade de capital. Na sequência, são previstas as garantias do investidor, tais como a cláusula da nação mais favorecida e o tratamento nacional, a plena proteção e segurança e o tratamento justo e equitativo. Ainda, são descritos os requisitos para a legalidade das medidas de nacionalização ou expropriação. O protocolo também prevê a livre transferência de capital e estabelece mecanismos de solução de controvérsias para disputas entre Estados ou entre Estado e investidor.

O Protocolo de Colônia limita-se aos investimentos realizados entre Estados do bloco, razão pela qual foi necessário adotar nova regulamentação para os investimentos advindos de outros Estados. Tal necessidade motivou a assinatura do Protocolo de Buenos Aires sobre Promoção e Proteção dos Investimentos Provenientes de Estados não-Membros do Mercosul, o qual se aplica aos investimentos realizados por investidores originários de Estados não membros do Mercosul no território de um membro, ou seja, investimentos extrazona.

O Protocolo de Buenos Aires, concebido com a proposta de harmonizar o tratamento conferido pelos Estados membros do bloco a terceiros Estados, restringe-se a apenas quatro artigos e garante um nível mínimo de proteção aos investimentos procedentes de Estados não membros do bloco. Ademais, impõe aos Estados membros a obrigação de trocar informações acerca dos acordos de investimento em negociação com outros países.

Ambos os protocolos firmados pelos membros do Mercosul abrangiam os principais temas em matéria de proteção dos investimentos estrangeiros. Enquanto o Protocolo de Colônia assemelhava-se ao modelo de BIT dos EUA, por conceder tratamento nacional e da nação mais favorecida na fase pré-investimento, o Protocolo de Buenos Aires

adotava o modelo europeu e concedia tais direitos apenas após a admissão e estabelecimento do investimento.⁶²

Nenhum dos protocolos entrou em vigor, em razão da falta de ratificação pela totalidade dos países membros. Ante a ausência de ratificação, os Estados seguiram celebrando acordos bilaterais, de maneira autônoma e independente, com objetivo de tornar mais atrativas as suas economias para os investidores.⁶³

A resistência brasileira em ratificar os Protocolos pode ser compreendida em razão da definição ampla de investimentos neles contida, bem como a previsão de livre transferência de fundos e as regras relativas ao pagamento de indenização em caso de expropriação, que conflitariam com o disposto no ordenamento jurídico brasileiro. Outra possível justificativa diz respeito à relutância do país em admitir o sistema de solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado, previsto em ambos os protocolos.⁶⁴

Em 2010, o Conselho do Mercado Comum aprovou, através da Decisão n. 10/2010 do Conselho do Mercado Comum, as “Diretrizes para a celebração de um acordo de investimentos no Mercosul”, estabelecendo um grupo de trabalhos específico para as questões de investimentos. O documento revogou as decisões n. 11/93 e 11/94 do Conselho e seus respectivos acordos, ou seja, o Protocolo de Colônia e o Protocolo de Buenos Aires.

Além dos acordos regionais de investimentos no contexto do NAFTA e do Mercosul, é possível encontrar outros acordos de natureza regional, como o Acordo Unificado para o Investimento de Capital Árabe entre os Países Árabes (*Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States*), adotado em 1980, no âmbito da Liga dos Estados Árabes; o Acordo de Investimentos celebrado em 2009 pela Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), também denominado “*ASEAN Comprehensive Investment Agreement*”, e o Tratado Constitutivo do Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA), o qual aborda a proteção do investimento estrangeiro em seu capítulo 26.⁶⁵

⁶² FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 55.

⁶³ LINARES, Ángeles Cano. Mercosur y los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires: una tentativa de acuerdos subregionales de promoción y protección recíproca de inversiones. **Revista Electrónica Iberoamericana**, Madrid, v. 1, n. 2, p. 40, 2007.

⁶⁴ FONSECA, op.cit., p. 56.

⁶⁵ Cf. SALACUSE, Jeswald W. BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. **The International Lawyer**, Dallas, v. 24, n. 3, p. 97-103, 1990.

1.2.3 Tratados bilaterais de investimento

Não obstante os esforços empreendidos para a celebração de um acordo multilateral de investimentos e a inclusão de dispositivos relativos aos investimentos em acordos de livre comércio, as principais fontes de regulamentação dos investimentos estrangeiros são os acordos bilaterais, também denominados tratados bilaterais de investimentos ou BITs ⁶⁶.

Os tratados bilaterais de investimento são negociados entre dois Estados com o escopo de regular a relação entre ambos em matéria de investimentos. Esses acordos estabelecem regras que regulam como os investidores provenientes de cada um dos Estados serão tratados ao investirem no território do outro Estado parte do acordo.

Apesar de, em teoria, os BITs serem formulados com base na reciprocidade, na maioria dos casos o fluxo de investimentos se dá em apenas um sentido, ou seja, estão bem delimitadas as figuras do *Estado exportador de capital* e do *Estado importador de capital*, como esclarece Sornarajah no seguinte trecho:

Another feature of bilateral investment treaties is that they are made between unequal partners. They entrench an inequality that has always attended this area of international law. They are usually agreed between a capital-exporting developed state and a developing state keen to attract capital from that state. The observation that developing countries make such treaties among themselves does not obscure the fact that one of these countries is an exporter of capital vis-à-vis the other. ⁶⁷

Hoje, contudo, nota-se uma atenuação na linha divisória que demarcava a diferença entre Estados *exportadores* e *importadores* de capital, sendo possível que o mesmo Estado represente ambos os papéis (como, inclusive, é o caso do Brasil).

Embora sejam negociados entre dois Estados, é possível afirmar que os BITs caracterizam-se pela *trilateralidade*, uma vez que seus maiores beneficiários são os investidores estrangeiros, para os quais os acordos asseguram uma série de direitos e garantias, além de mecanismos aptos a exigir o seu cumprimento. Portanto, identificam-se três figuras distintas: o investidor, o Estado de origem do investidor e o Estado receptor de investimentos. Contudo, não se deve confundir os tratados bilaterais de investimento com os

⁶⁶ O termo BIT deriva da sigla inglesa “*bilateral investment treaty*”. Optou-se pelo emprego da sigla inglesa no decorrer deste trabalho, ao invés de seu correspondente em português, em virtude de seu emprego amplo e difundido no campo do direito internacional dos investimentos.

⁶⁷ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 177

contratos de investimento. Enquanto os BITs são celebrados entre dois Estados com vistas a estimular o fluxo de investimentos estrangeiros entre ambos, os contratos de investimento são celebrados diretamente entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor de investimentos.⁶⁸

A assinatura dos BITs remonta aos tratados de amizade, comércio e navegação. Esses tratados, conhecidos como *“Friendship, Commerce and Navigation”* (FCN), tinham como principal objetivo a expansão do comércio e das relações externas norte-americanas. A partir do final do século XVIII, vários tratados FCN foram concluídos entre os EUA e diversas potências europeias. Posteriormente, alguns foram celebrados com países da América Latina e da Ásia.

Embora sejam apontados como precursores dos atuais BITs, os tratados de amizade, comércio e navegação abrangiam ampla variedade de tópicos, destinados a assegurar um mínimo de proteção aos estrangeiros. Os dispositivos sobre investimentos foram acrescentados apenas de modo secundário:

*While these treaties [FCN treaties] contained provisions protecting against expropriation, requiring full protection and security, and fair and equitable treatment, their primary purpose was to establish closer commercial and political relations between the contracting parties. This reflected their original design as instruments for the United States, as a then newly independent State, to participate in international trade relations. Accordingly, their scope went beyond the standards of treatment of foreign investors and including shipping and trading rights.*⁶⁹

Durante as décadas de 1940 a 1960, vários tratados FCN foram celebrados pelos EUA. Após esse período, sua importância foi reduzida, ao mesmo tempo em que teve início a elaboração de uma nova modalidade de acordos pelos países europeus, idealizados com foco exclusivo na proteção dos investimentos. Assim, nos anos 60, diversos países europeus começaram a negociar os BITs – processo no qual a Alemanha teve a liderança, celebrando o

⁶⁸ —*International investment transactions normally engage several bodies of norms that introduce distinct substantive as well as procedural rights and obligations for the transacting parties: First, the terms of most foreign investments are laid out in a contract (or a series of contracts) between the foreign investor and a local party (often, a government agency), which typically introduces a host of private law rights and obligations. Second, foreign investments are also protected by the domestic laws of the host state. Such laws, which may include specific provisions on the protection of foreign investments, usually apply to contract claims at least as residual sources of law, and may fill normative gaps and inspire contract interpretation. Third, many contemporary foreign investment transactions are also governed by interstate agreements-BITs or multilateral investment treaties that require the host state to adhere to a more or less fixed set of international standards.*” SHANY, Yuval. Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims. **The American Journal of International Law**, Washington, D.C., v. 99, n. 4, p. 836, out. 2005.

⁶⁹ SCHILL, Stephen W. **The multilateralization of international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 29.

primeiro BIT com o Paquistão em 1959, ao que se seguiu a celebração de BITs pela Suíça, França, Itália, Reino Unido, Países Baixos e Bélgica.⁷⁰

Nos anos 80, influenciados pela experiência dos países europeus, que já haviam concluído centenas de BITs com países em desenvolvimento, os EUA deram início ao seu próprio programa de negociação de BITs.

Destarte, a formulação dos primeiros BITs nasce a partir do interesse dos países desenvolvidos em proteger os seus investidores contra as medidas arbitrárias adotadas pelo Estado receptor de investimentos, principalmente medidas de caráter expropriatório.

Por um lado, os investidores dos países desenvolvidos relutavam em confiar apenas na proteção jurídica garantida pelo ordenamento jurídico do Estado receptor de investimento. Ao mesmo tempo, as regras de proteção do investimento estrangeiro previstas no direito internacional consuetudinário eram objeto de discordância entre os Estados importadores e exportadores de capital, os quais não alcançavam consenso acerca do padrão de tratamento a ser garantido ao investidor. Portanto, por meio da assinatura de BITs, os Estados exportadores de capital poderiam proteger os seus investidores nacionais, garantindo a eles maior segurança jurídica e reduzindo os riscos não comerciais de seu investimento, sem implicar nos custos políticos da proteção diplomática.

Quando aos países em desenvolvimento, sua principal motivação para assinar os BITs embasava-se na ideia de que a *proteção* dos investimentos estrangeiros levaria à *promoção* desses investimentos, ou seja, a previsão de condições favoráveis estabelecidas nos tratados acarretaria o aumento no fluxo de IED, o que seria desejável para trazer prosperidade e desenvolvimento econômico.⁷¹

Destarte, a assinatura dos BITs, como forma de estimular o fluxo de investimentos e auferir as vantagens proporcionadas pela atração de IED, sofreu um verdadeiro *boom* no decorrer dos anos 80 e 90, o que pode ser visualizado claramente a partir dos dados apresentados por Stephen Schill:

Between 1959 and 1969, the total number of BITs concluded came up to only 75 treaties, another 92 BITs were concluded between 1970 and 1979, and 219 BITs between 1980 and 1989. From 1959 until 1989, the total number of

⁷⁰ SALACUSE, Jeswald W. BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. **The International Lawyer**, Dallas, v. 24, n. 3, p. 657, 1990.

⁷¹ Embora a principal ideia a motivar a celebração de tratados bilaterais de investimento seja a promoção de IED, não existem evidências empíricas suficientes para comprovar se a assinatura de BITs realmente proporciona o aumento do fluxo de investimentos dirigidos ao Estado signatário. Embora alguns autores defendam este argumento, outros o afastam, citando o caso do Brasil, o qual é o maior receptor de IED da América Latina, não obstante jamais ter ratificado um BIT.

*BITs summed-up to 386, and accordingly covered only a relatively small number of bilateral investment relationships worldwide. [...] Between 1990 and 2006, the number of BITs rose significantly to a total of more than 2,500, with almost every country having entered into usually several of such treaties.*⁷²

Segundo dados da UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), até o ano de 2014 foram celebrados 2.923 BITs, o que representa um número bastante considerável, ainda mais ao ser comparado com o total de 345 acordos de investimento de outras modalidades.⁷³ Inclusive, a diversidade e complexidade dos BITs existentes já foi denominada como *“spaghetti bowl de BITs”*⁷⁴, em alusão à expressão cunhada por Jagdish Bhagwati ao se referir aos acordos preferenciais de comércio como um intrincado sistema formado por subsistemas sobrepostos.⁷⁵

A construção do regime de proteção dos investimentos no plano bilateral – diferente do comércio internacional, construído essencialmente no plano multilateral – pode ser compreendida a partir de diversas razões. Uma das justificativas diz respeito à maior facilidade no entendimento entre dois Estados do que entre uma pluralidade de Estados com interesses antagônicos. Além disso, do ponto de vista dos Estados desenvolvidos, revela-se mais viável a celebração de acordos bilaterais, nos quais os Estados menos desenvolvidos têm pouco poder de barganha, do que a assunção de compromissos multilaterais, em que os Estados menos desenvolvidos podem unir suas forças para reivindicar a contemplação de seus interesses.

Desde os primeiros BITs assinados, uma prática comum dos Estados tem sido a elaboração de modelos padrões de BITs, os quais servem como base de negociação com os outros Estados. Na prática, os modelos formulados pelos países desenvolvidos, exportadores de capital, são impostos aos países em desenvolvimento, para sua aceitação ou recusa. A respeito desses modelos padronizados, são muito elucidativas as palavras de Jeswald Salacuse:

⁷² SCHILL, Stephen W. **The multilateralization of international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 41.

⁷³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. **Recent trends in IIAs and ISDS**. n. 1, February 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

⁷⁴ KARL, Joachim. The “spaghetti bowl” of IIAs: The end of history? **Columbia FDI Perspectives**, New York, n. 115, p. 1-3, 17 fev. 2014.

⁷⁵ BHAGWATI, Jagdish. U.S. Trade Policy: The Infatuation with Free Trade Areas. In: _____; KRUEGER, Anne O. (Ed.). **The dangerous drift to preferential trade agreements**. Washington, DC: The AEI Press, 1995. p. 1-18.

The prototype treaty serves several purposes. First, its preparation is an occasion for capital-exporting states to study the entire question of investment protections, to consult with interested governmental and private sector organizations, and to formulate a national position on the question. The government emerges from this process with a firm idea of the kind of treaty that would be acceptable to various constituencies, knowledge that is essential if a treaty, once negotiated, is to secure the approval and ratification of the home country authorities. Second, since the capital-exporting country contemplates negotiating BITs with many developing countries, it sees the prototype as an efficient mean of communicating to those countries a concrete idea of the type of treaty that the capital-exporting state seeks. Thirdly, to the extent possible, a capital-exporting state usually wants relative uniformity in its BITs with various developing countries. Starting all negotiations with the same draft treaty is a way to attaining that goal. An additional motivation for the preparation of a prototype is that it gives the capital-exporting state a negotiating advantage, since the party who controls the draft usually controls the negotiations. By preparing a draft BIT that becomes the basis of discussion, the capital-exporting country has, in effect, determined the agenda of the negotiation and has established the conceptual framework within which bargaining will take place. The developing country, at least at the outset, is placed in a position of merely reacting to the draft.⁷⁶

Embora tradicionalmente os tratados bilaterais de investimento fossem celebrados entre um país desenvolvido (exportador de capital) e um país em desenvolvimento (importador de capital), ao longo das décadas este cenário sofreu amplas alterações. Hoje, é possível encontrar BITs assinados entre países com diversos níveis de desenvolvimento. Além disso, conforme já foi exposto, são mais tênues os laços que demarcam os Estados *exportadores e importadores* de capital, sendo possível que um mesmo Estado ocupe ambas as posições.

É imperioso notar que, diante da ampla gama de BITs firmados pelos países, alguns autores apontam para o risco de fragmentação do direito internacional. Contudo, não obstante a variedade de BITs firmados, a maior parte deles segue padrões similares. Destarte,

⁷⁶ SALACUSE, Jeswald W. BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. **The International Lawyer**, Dallas, v. 24, n. 3, p. 662, 1990. (grifo nosso).

a semelhança entre os diversos modelos de BITs existentes permitiria afirmar a existência de uma regime multilateral de investimentos estrangeiros, ao menos *de facto*.⁷⁷

Portanto, apesar de estar construído e estruturado no plano bilateral, na prática o regime dos investimentos assume um caráter multilateral, contando com modelos muito similares. A razão pela qual os diversos modelos de BITs firmados ao redor do mundo possuem características similares pode ser compreendida com base na comunidade epistêmica de advogados e acadêmicos, isto é, a rede de profissionais com reconhecida *expertise*, competência e autoridade nesta seara.⁷⁸

Em regra, os diversos modelos de BITs estabelecem duas ordens de garantias aos investidores estrangeiros: normas de natureza material e normas de natureza procedimental, destinadas a assegurar o cumprimento das primeiras.

As normas de natureza substancial ou *standards* de proteção do investimento estipulam os direitos e garantias assegurados aos investidores estrangeiros, ou seja, a proteção que o Estado receptor de investimentos compromete-se a conferir aos investidores estrangeiros e aos investimentos realizados em seu território. Por sua vez, as normas de natureza procedimental preveem mecanismos de solução de controvérsias a serem acessados em caso de litígios entre as partes.

A análise de ambos os tipos de normas revela-se essencial para compreender e avaliar as críticas e a hostilidade de determinados Estados com relação aos BITs e, principalmente, à arbitragem de investimentos.

⁷⁷ Esta é precisamente a tese desenvolvida pelo professor Stephen Schill em sua obra. Segundo o autor, o processo de negociação dos BITs não se opera de modo isolado entre dois Estados, em barganhas de caráter *quid pro quo*. Pelo contrário, a convergência entre os diversos BITs existentes revela a intenção dos Estados de criar regras uniformes para regular o investimento estrangeiro. Portanto, embora as tentativas de redigir um acordo multilateral tenham fracassado, o conteúdo das regras e princípios expressos nos BITs possuem características multilaterais: —*The claim is, therefore, that the myriad number of bilateral treaties is an offspring of the intention of States to establish multilateral investment rules.*” SCHILL, Stephen W. **The multilateralization of international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 68. —*The convergence of BITs is, however, not purely coincidental, but stems from several factors that suggest an intention of States in creating uniform rules governing international investment relations.*” *Ibid.*, p. 118. Em última análise, essa visão conduz ao argumento de que os *standards* de proteção do investimento contidos nos acordos de investimento devem ser interpretados e aplicados pelos tribunais arbitrais de maneira uniforme.

⁷⁸ —*Since the movement to negotiate investment treaties began, the epistemic community of international lawyers, scholars, jurists, and arbitrators has through advising, writing, advocacy, and judicial and arbitral decisions shaped the regime. They are now the principal actors for maintaining and operating it.*” SALACUSE, Jeswald W. **The law of investment treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 13.

1.3 Os *standards* de proteção do investimento estrangeiro

Os elementos básicos de um tratado bilateral de investimentos (e dos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos, de modo geral) são bastante similares, incluindo: definição de investidor e investimento; condições para admissão e estabelecimento do investimento; padrões de tratamento do investimento; regras sobre a transferência de capital; sub-rogação no caso de seguradoras de investimentos; mecanismos de solução de controvérsias e disposições finais sobre entrada em vigor, prorrogação e denúncia do tratado.

Dentre os padrões de tratamento do investimento, é comum encontrar a previsão de tratamento justo e equitativo, a garantia de tratamento nacional, a cláusula da nação mais favorecida e a plena proteção e segurança, além de regras sobre expropriação e indenização devida. Além disso, alguns BITs trazem a chamada *umbrella clause* ou cláusula guarda-chuva. Antes, porém, de analisar essas garantias, afigura-se oportuno apresentar brevemente as definições de investimento e investidor usualmente empregadas nos BITs, pois somente as atividades caracterizadas como “investimento estrangeiro” gozarão da proteção assegurada nestes tratados.

1.3.1 Definições de investimento e investidor contidas nos BITs

Em geral, o primeiro elemento encontrado nos BITs é a definição do que é considerado “investimento estrangeiro” para fins de aplicação do tratado. Nesse aspecto, a tendência tradicional dos países exportadores de capital era aquela de estipular uma abordagem abrangente do termo, de modo a abarcar não somente os bens tangíveis, mas também os bens intangíveis, como quotas, ações, empréstimos, créditos e direitos de propriedade intelectual.

A definição ampla do termo permite caracterizar diversas operações como “investimentos”, ampliando o âmbito de aplicação do BIT e, conseqüentemente, aumentando a proteção do investidor. Embora uma interpretação ampla seja favorável aos investidores, ela pode contrariar os interesses do Estado receptor de investimentos, revelando-se problemática na medida em que ultrapassar o significado almejado pelas partes no momento de negociação do tratado.

A problemática acerca da definição de “investimento estrangeiro” esteve presente durante a negociação da Convenção de Washington de 1965, responsável por criar o ICSID.

Entretanto, apesar das diversas propostas apresentadas, não foi possível obter consenso, razão pela qual a Convenção não traz nenhuma definição de investimento.

Por longo tempo, os tribunais arbitrais não foram confrontados com o problema de interpretar o termo “investimento estrangeiro”. Contudo, o aumento dos casos arbitrais submetidos ao ICSID exigiu um olhar mais atento para essa definição. A esse respeito, duas teorias se contrapõem.

Segundo a primeira teoria, para verificar se uma determinada operação corresponde a um “investimento”, os árbitros devem ater-se tão somente à definição de investimento prevista no BIT. De acordo com essa visão, deve ser assegurada às partes a ampla liberdade de fornecerem a definição de investimento que julgarem ser mais adequada, pois a Convenção de Washington não impôs nenhuma restrição ao significado do termo.

Entretanto, para os adeptos da segunda teoria, a ausência de definição de IED na Convenção de Washington não significa que as partes têm liberdade ampla e irrestrita. Existiria um conceito objetivo de investimento, o qual não está expresso na Convenção, mas está implícito e foi delineado em diversas decisões proferidas por tribunais arbitrais. Destarte, ao analisar se a operação é um investimento, os árbitros devem verificar o conceito de investimento presente no BIT e também o conceito extraído da Convenção de Washington. Trata-se do chamado “*double-barrelled test*” ou “*two-fold test*”.

Portanto, os adeptos da segunda teoria posicionam-se no sentido de que a definição prevista no BIT não é suficiente, sendo necessário identificar outras características para inferir se a atividade configura um investimento estrangeiro. Entre essas características inerentes à noção de IED, os árbitros identificaram: a duração razoável do investimento; a regularidade de lucro; a assunção de um risco; o engajamento e compromisso substancial do investidor e a contribuição para o desenvolvimento econômico do Estado receptor. Um dos casos mais famosos a apresentar essa visão foi o caso *Salini v. Morocco*⁷⁹, a partir do qual se originou a expressão “teste de Salini” como a verificação destes requisitos para caracterização de um investimento estrangeiro.

Depois dessa famosa decisão arbitral, diversos tribunais arbitrais analisaram os requisitos exigidos para caracterizar um investimento estrangeiro direto. Contudo, ainda não lograram obter uniformidade em sua posição. As soluções propostas são muitas vezes conflitantes, razão que levou um dos tribunais a afirmar: “[...] *no unanimous approach has emerged.*”⁸⁰

⁷⁹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4.

⁸⁰ *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20.

Assim como a interpretação ampla do termo, a interpretação excessivamente restritiva do termo “investimento” também foi objeto de críticas contundentes. A adoção de uma postura excessivamente restritiva pode deixar sem proteção alguns casos que se mostram como verdadeiros investimentos.

Portanto, embora não seja desejável uma conceituação demasiadamente ampla de investimento, deve-se ressaltar que tampouco é desejável uma conceituação muito restrita, a qual excluiria diversas atividades do âmbito de aplicação dos acordos. A questão permanece ainda controversa na doutrina e nas decisões arbitrais.

Igualmente importante é a definição de “investidor estrangeiro”, que consta, em regra, entre os primeiros dispositivos presentes nos BITs.

Quando dois Estados concluem um BIT, seu maior propósito consiste em garantir proteção a investidores estrangeiros, e não aos investidores nacionais que investem em seu próprio Estado. Sendo assim, segundo a regra geral, o tratado protege o investidor que possui a nacionalidade do Estado de origem do investimento e que, ao mesmo tempo, não possui a nacionalidade do Estado receptor do investimento. Os dois requisitos são cumulativos e ambos devem ser preenchidos pelo investidor para que lhe seja assegurada a proteção prevista nos acordos de investimento.

Para um investidor pessoa física, a questão da nacionalidade torna-se menos problemática, na medida em que as leis internas de um Estado determinam se a pessoa física pode ser considerada nacional daquele Estado. Por sua vez, a nacionalidade das pessoas jurídicas é matéria de grande debate no direito internacional dos investimentos. Geralmente, verifica-se a nacionalidade da pessoa jurídica com base no critério do lugar de sua constituição (ou incorporação) ou sede (*siège social*). Portanto, a empresa deve estar constituída ou ter sede em outro território que não seja o Estado receptor de investimentos. Contudo, é possível adotar o critério do controle, caso em que se verifica a nacionalidade dos detentores de capital da empresa. Assim, uma pessoa jurídica constituída no Estado receptor de investimentos, que a princípio não seria considerada estrangeira, poderá ser considerada estrangeira caso o controle seja exercido por estrangeiros.

Neste caso, a maior preocupação consiste em limitar a ocorrência do chamado *“treaty shopping”*, também conhecido pela expressão *empresas de conveniência* (*“corporations of convenience”*) ou, ainda, *planejamento de nacionalidade* (*“nationality planning”*), situação em que a sociedade é estabelecida em determinado Estado com a única finalidade de valer-se da proteção prevista nos BITs firmados por esse Estado.

Importa notar que a definição de “investimento” e de “investidor” contida nos BITs refletirá em maior ou menor proteção do investidor. Portanto, essas definições devem ser objeto de muita atenção no momento de redação dos tratados, uma vez que impactam diretamente nos interesses dos investidores e dos Estados.

1.3.2 *Tratamento justo e equitativo*

A garantia de tratamento justo e equitativo (também chamada cláusula FET, sigla derivada da expressão *—fair and equitable treatment—*) é considerada o padrão mais importante de proteção do investimento estrangeiro nos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos.⁸¹ Inclusive, esta cláusula já foi definida como a norma fundamental ou *—grundnorm—* do direito dos investimentos⁸².

O histórico da previsão de tratamento justo e equitativo nos acordos de investimentos remonta à Carta de Havana, assinada em 1948. Embora o documento, cujo objetivo central consistia na criação da Organização Internacional do Comércio, não tenha sido ratificado, é interessante notar que seu texto já fazia referência ao tratamento justo e equitativo, através de uma previsão que autorizava a Organização a recomendar a inclusão dessa garantia em futuros acordos.⁸³

Embora a Carta de Havana jamais tenha entrado em vigor, seus dispositivos influenciaram a redação de futuros acordos. Entre os acordos internacionais que fizeram referência ao tratamento justo e equitativo, incluídos aqueles que foram ratificados ou não, podem ser elencados o Acordo Econômico de Bogotá de 1948; os Tratados de Amizade, Comércio e Navegação celebrados pelos EUA com outros países no Pós Segunda Guerra; o Projeto da Convenção Abs-Shawcross em 1959; o Projeto de Convenção sobre a Proteção da Propriedade de Estrangeiros, elaborado pela OCDE; a Convenção de Seul, que instituiu a

⁸¹ “*Fair and equitable treatment (FET) has replaced expropriation as the most important standard in the protection of foreign investment. It is invoked in almost every international investment arbitration. Nowadays most successful claims by investors are based on FET.*” SCHREUER, Christoph. *Fair and Equitable Treatment*. In: HOFFMANN, Anne K. (Ed.). **Protection of foreign investments through modern treaty arbitration – diversity and harmonisation**. Genève: Association Suisse de l’Arbitrage, 2010. p. 125.

⁸² Pierre-Marie Dupuy, na palestra “Il trattamento giusto ed equo degli investitori e degli investimenti stranieri”, proferida no evento “L’arbitrato Internazionale in tema di investimenti”, organizado pela “Associazione Italiana per l’arbitrato” em 9 de dezembro de 2014, em Roma.

⁸³ O artigo 11 (2) da Carta de Havana estipulava: *—The Organization may, in such collaboration with other inter-governmental organizations as may be appropriate: (a) make recommendations for and promote bilateral or multilateral agreements on measures designed: (i) to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology brought from one Member country to another.*” HAVANA CHARTER FOR AN INTERNATIONAL TRADE ORGANIZATION. Havana, 1948. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA); o Código de Conduta das Empresas Transnacionais proposto pela ONU em 1983; o Acordo Multilateral de Investimentos (MAI) elaborado pela OCDE; a Convenção de Lomé IV (voltada à cooperação entre Estados da África, Caraíbas e Pacífico e Estados da União Europeia); o Tratado Norte-Americano de Livre-Comércio (NAFTA); o Tratado da Carta de Energia; o Código Internacional para Tratamento Justo dos Investimentos Estrangeiros publicado pela ICC; as Diretrizes para o Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto propostas pelo Banco Mundial em 1992; o Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul e o Protocolo de Buenos Aires para a Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados Não Partes do Mercosul; e o Acordo de Investimentos no âmbito do Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA).⁸⁴

Além da constante presença da cláusula nas tentativas de elaboração de um acordo multilateral sobre investimentos e sua presença nos acordos de caráter regional, espalhou-se seu emprego na redação dos tratados bilaterais de investimento. A grande maioria dos BITs garante o tratamento justo e equitativo, ainda que existam diferentes versões possíveis desta cláusula.

Contudo, tão grande quanto a importância desse *standard* de proteção do investimento é a discussão sobre seu significado. Os BITs não especificam quais elementos permitem identificar um tratamento como *justo e equitativo*.

A respeito da linguagem vaga e ambígua comumente encontrada nos BITs, nota-se que a falta de precisão é intencional, seja para permitir que o conteúdo das normas possa se desenvolver e evoluir com o passar do tempo, seja com a finalidade de que os acordos de investimento não sejam interpretados de modo isolado, mas em conjunto com as normas de direito internacional público.⁸⁵

Ao investigar o conteúdo do tratamento justo e equitativo, a doutrina divide-se basicamente em duas abordagens distintas. Para a primeira corrente, o tratamento justo e equitativo equivale a um *padrão mínimo internacional* a ser assegurado aos investidores estrangeiros. De acordo com esta visão, o direito internacional consuetudinário exige que seja garantido um determinado nível de tratamento aos estrangeiros, de modo que, se um Estado tratar o investimento estrangeiro abaixo deste padrão mínimo, caracteriza-se a sua

⁸⁴ Cf. VASCIANNIE, Stephen. The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice. **British Yearbook of International Law**, Oxford, v. 70, n. 1, p. 99-164, 2000.

⁸⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, Luis. The role of human rights in international investment law. In: CALAMITA, N. Jansen; EARNEST, David; BURGSTALLER, Markus (Ed.). **The future of ICSID and the place of investment treaties in international law**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2013. p. 35.

responsabilidade internacional. A existência de um *padrão mínimo internacional* de tratamento foi, durante longo período, reivindicada pelos países exportadores de capital e questionada pelos importadores de capital, em particular pelos Estados latino-americanos. Esses Estados argumentavam que os estrangeiros deveriam receber o mesmo tratamento conferido aos nacionais.

A maneira como foi redigido o artigo 1105 do NAFTA desencadeou grande parte das controvérsias sobre a correspondência entre o *padrão mínimo internacional de tratamento* e o *tratamento justo e equitativo*. Referido dispositivo, intitulado “Tratamento Mínimo Internacional”, dispõe que “Cada Parte deverá garantir aos investimentos dos investidores da outra Parte tratamento em acordo com o direito internacional, incluindo tratamento justo e equitativo e plena proteção e segurança”.⁸⁶

A redação do dispositivo suscitou algumas dúvidas, uma vez que contempla três situações: o padrão mínimo internacional, o tratamento justo e equitativo e a plena proteção e segurança.

Visando esclarecer o significado do dispositivo e dirimir as divergências entre as decisões arbitrais, a Comissão para Livre Comércio do NAFTA, dotada de poder para adotar interpretações vinculativas sobre o Acordo, elaborou uma interpretação deste dispositivo, afirmando que “o conceito de tratamento justo e equitativo e plena proteção e segurança não requerem tratamento complementar àquele requerido pelo padrão mínimo de tratamento dos estrangeiros do direito costumeiro internacional”.⁸⁷ Dessa maneira, no que concerne especificamente ao NAFTA, o tratamento justo e equitativo foi equiparado ao padrão mínimo internacional.

Contudo, para a segunda corrente, o tratamento justo e equitativo representa uma garantia autônoma e, portanto, não se confunde com o padrão mínimo internacional. Segundo essa visão, deve-se compreendê-lo em seu pleno significado, como um tratamento caracterizado por considerações de justiça, equidade e boa-fé. Portanto, para os adeptos desta abordagem, a equiparação entre tratamento justo e equitativo e padrão mínimo internacional é

⁸⁶ No original, dispõe o artigo 1105 do acordo NAFTA: —*Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*”

⁸⁷ Dispõem as notas de interpretação do capítulo 11 do NAFTA: —*The concept of FET and full protection and security do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.*”

um equívoco. A garantia de tratamento justo e equitativo implica um tratamento *além* do padrão mínimo internacional.⁸⁸

A ideia de que o tratamento justo e equitativo é um conceito autônomo e não se confunde com o padrão mínimo internacional é defendida por consagrados internacionalistas:

*Considerable debate has surrounded the question of whether the FET standard merely reflects the international minimum standard, as contained in customary international law, or offers an autonomous standard that is additional to general international law. As a matter of textual interpretation, it seems implausible that a treaty would refer to a well-known concept such as the 'minimum standard of treatment in customary international law' by using the expression 'fair and equitable treatment'. If the parties to a treaty want to refer to customary international law, one would assume that they would refer to it as such rather than using a different expression.*⁸⁹

De fato, entende-se que, caso o desejo das partes fosse aquele de atribuir o mesmo significado ao padrão mínimo internacional e ao tratamento justo e equitativo, poderiam indicar esse entendimento ao redigir os acordos:

*At the policy level, however, the approach which equates fair and equitable treatment with the international minimum standard is problematic in certain respects. For one thing, it is to be noted that if States and investors believe that the fair and equitable standard is entirely interchangeable with the international minimum standard, they could indicate this clearly in their investment instruments. But most investment instruments do not make a link between the two standards.*⁹⁰

Além disso, as origens históricas de ambos os institutos permitem distingui-los, uma vez que, diferentemente da cláusula de tratamento justo e equitativo, o padrão mínimo internacional não teve origem nos tratados, mas surgiu como norma de direito internacional consuetudinário, cujo significado foi por longo tempo disputado entre os Estados.⁹¹

⁸⁸ —*The terms 'fair and equitable treatment' envisage conduct which goes far beyond the minimum standard and afford protection to a greater extent and according to a much more objective standard than any previously employed form of words. A tribunal would not be concerned with a minimum, maximum or average standard. It will have to decide whether in all the circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable. No standard defined by other words is likely to be material. The terms are to be understood and applied independently and autonomously.*” MANN, Frederick Alexander. *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*. **British Yearbook of International Law**, Oxford, v. 52, n. 1, p. 244, 1981.

⁸⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 124.

⁹⁰ VASCIANNIE, Stephen. The Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Law and Practice. **British Yearbook of International Law**, Oxford, v. 70, n. 1, p. 105, 2000.

⁹¹ VALENTI, Mara. The Protection of General Interests of Host States in the Application of the Fair and Equitable Treatment Standard. In: SACERDOTI, Giorgio et al. (Ed.). **General interests of host States in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 29.

Por tais razões, entende-se mais adequado conceber o tratamento justo e equitativo como uma garantia autônoma e independente do padrão mínimo internacional. Surge então a necessidade de identificar seus elementos. Questiona-se quais fatores o tribunal arbitral levará em consideração, na análise de um caso concreto, para decidir se o investidor recebeu do Estado um tratamento considerado *justo e equitativo*.

Embora a formulação de uma definição *a priori* do tratamento justo e equitativo seja difícil, a elucidação dos diversos elementos que compõem essa garantia tem sido feita caso a caso, através da interpretação da variedade de tribunais que se deparam com a questão. A imprecisão pode ser negativa para investidores e Estados, os quais almejam segurança jurídica, mas ao mesmo tempo tem efeitos positivos, fornecendo ao conceito a flexibilidade necessária para torná-lo adaptável conforme o caso concreto.⁹²

Nas decisões arbitrais proferidas em arbitragens de investimento, assim como nos textos doutrinários, é possível identificar a construção de um *corpus* de características que permitem preencher o conceito de tratamento justo e equitativo.

Para Christoph Schreuer, o tratamento justo e equitativo implica nos compromissos de transparência, estabilidade, respeito às expectativas legítimas do investidor, cumprimento com obrigações contratuais, devido processo legal, boa-fé e garantia de não ser tratado de modo coercitivo ou perseguido.⁹³

Portanto, o tratamento justo e equitativo poderia ser visualizado com base em duas dimensões: uma dimensão procedimental, relacionada ao devido processo legal, e uma dimensão substantiva, que implica em razoabilidade, segurança ou estabilidade, não discriminação e transparência.⁹⁴ O princípio da razoabilidade proíbe condutas arbitrárias por

⁹² —*Formulating a priori definitions of FET and related standards has proven to be difficult. What those standards actually mean in practice is being elucidated, case by case, as tribunals announce that one specific fact pattern does disclose an FET violation, while another does not. From the body of decisions, one may hope to distil basic doctrinal principles, but there are no guarantees. Unlike the common law, international investment law is being interpreted (and created?) by a wide variety of tribunals among which there is no hierarchy, and with no doctrine of stare decisis. [...] This may not be an ideal circumstance for investors or states. For lawyers, however, it is incredible fun.*” GASS, Jonathan Jacob. **Fair and equitable treatment – lawyers’ dream-clauses?** In: SCHEFER, Krista Nadakavukaren. **International investment law: text, cases and materials**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 362.

⁹³ —*The most important principles derived from the FET standard are transparency, stability and the investor's legitimate expectations, compliance with contractual obligations, procedural propriety and due process, action in good faith and freedom from coercion and harassment.*” SCHREUER, Christoph. **Fair and Equitable Treatment**. In: HOFFMANN, Anne K. (Ed.). **Protection of foreign investments through modern treaty arbitration – diversity and harmonisation**. Genève: Association Suisse de l'Arbitrage, 2010. p. 126.

⁹⁴ —*Tribunals have interpreted fair and equitable treatment to embrace five principles that are elements of the procedural and substantive dimensions of the rule of law: reasonableness, consistency, nondiscrimination, transparency, and due process.*” VANDEVELDE, Kenneth J. **A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment**. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 43, n. 1, p. 52, 2010.

parte do Estado; o princípio da não discriminação proíbe que o Estado adote medidas discriminatórias sem estar amparado por um objetivo legítimo de interesse público. O princípio de segurança ou estabilidade permite mudanças na política do Estado, mas desde que não sejam contrárias a um compromisso previamente assumido pelo governo com um investidor. O princípio da transparência relaciona-se à divulgação de informações importantes para o investidor ou para o seu investimento.

Nesse mesmo sentido, Mara Valenti, ao listar as principais características do tratamento justo e equitativo, faz referência aos compromissos de estabilidade, consistência, previsibilidade e transparência do ordenamento jurídico do Estado, bem como à proteção das expectativas legítimas do investidor, equidade processual e devido processo legal.⁹⁵

Em suma, ao analisar se o Estado conferiu ao investidor estrangeiro um tratamento justo e equitativo, o tribunal arbitral deverá considerar diversos elementos: (1) se foi garantido ao investidor o acesso à justiça e ao devido processo legal; (2) se os procedimentos administrativos ou judiciais foram conduzidos de modo adequado e transparente; (3) se foram protegidas as expectativas legítimas do investidor; (4) se foi garantido ao investidor um ordenamento jurídico estável, previsível e transparente; (5) se houve tratamento abusivo do investidor e do investimento ou má-fé por parte do Estado.

Dentre os elementos integrantes do tratamento justo e equitativo, três conceitos merecem especial atenção, sendo alvo de constante controvérsia nas decisões arbitrais. São eles: a estabilidade do ordenamento jurídico, as expectativas legítimas do investidor e a análise da má-fé.

Com relação à estabilidade no ordenamento jurídico do Estado receptor de investimento, nota-se que o Estado não pode ser impedido de legislar e alterar seu ordenamento jurídico. Por esse motivo, prevalece o entendimento de que o investidor só pode exigir a estabilidade no ordenamento jurídico do Estado se o Estado lhe ofereceu um *compromisso específico* de garantir essa estabilidade. Inclusive, este foi um dos principais motivos a embasar diversas condenações sofridas pela Argentina nos tribunais arbitrais do

⁹⁵ “As we will try to show hereafter, arbitral tribunals applying FET clauses in specific disputes have progressively clarified the constitutive elements of the standard. Such elements can be viewed as more specific obligations in which the principle is deemed to materialize depending on the circumstances of the case. Stability, consistency, predictability, and transparency of the host country’s legal framework, protection of the investor’s legitimate expectations, procedural fairness and due process are the obligations that have been mostly considered to be inherent to FET.” VALENTI, Mara. The Protection of General Interests of Host States in the Application of the Fair and Equitable Treatment Standard. In: SACERDOTI, Giorgio et al. (Ed.). **General interests of host States in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 33.

ICSID, uma vez que os árbitros entenderam que o país havia se comprometido a garantir um quadro jurídico de estabilidade aos investidores.

Esse mesmo entendimento esteve presente em outros casos arbitrais, como o caso *EDF v. Romania*, no qual os árbitros entenderam que:

*Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.*⁹⁶

Igualmente importante é o conceito de expectativas legítimas do investidor, o qual exige que seja observado não somente o comportamento do Estado, mas também o comportamento do próprio investidor.⁹⁷

No que tange à má-fé, discute-se sua relevância para caracterizar o descumprimento do tratamento justo e equitativo. Para alguns tribunais arbitrais, a violação do tratamento justo e equitativo independe da demonstração de má-fé por parte do Estado.⁹⁸ Porém, a comprovada existência de má-fé por parte do Estado pode ser suficiente para configurar a violação deste *standard*.⁹⁹ Em síntese, prevalece o entendimento de que a má-fé pode dar indícios de que ocorreu violação ao tratamento justo e equitativo, mas o tratamento justo e equitativo pode ser violado mesmo quando o Estado não age com má-fé.

A construção do conceito de tratamento justo e equitativo com base nos elementos aqui listados possibilita que esse *standard* de proteção do investimento seja utilizado não apenas como uma garantia do investidor, mas também como uma ferramenta na mão dos árbitros que lhes permite, na análise de cada caso concreto a eles submetido, balancear os interesses antagônicos do investidor e do Estado. Neste sentido: *—A textual interpretation of the clause in light of its purpose reveals the very nature of the standard: a double-facet rule*

⁹⁶ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award October 8, 2009. p. 62.

⁹⁷ Cf. POTESTÀ, Michele. Legitimate expectations in investment treaty law: understanding the roots and the limits of a controversial concept. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 28, n.1, p. 1-35, 2013. Cf. SNODGRASS, Elizabeth. Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 21, n. 1, p. 1-58, 2006.

⁹⁸ *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8); *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2); *Mondev International Ltd. v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2).

⁹⁹ *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award June 8, 2009.

well suited to balance the inherent conflicting interests involved in a transnational investment.”¹⁰⁰

Dada a difusão da cláusula FET nos acordos de investimentos, sejam aqueles estabelecidos em âmbito bilateral, regional ou multilateral, iniciou-se um questionamento no sentido de verificar se essa garantia teria o *status* de direito internacional consuetudinário. Em caso afirmativo, o tratamento justo e equitativo seria uma norma aplicável mesmo quando os BITs não lhe fazem referência expressa.

Entretanto, considerando as divergências de posicionamento entre Estados exportadores e importadores de capital, o pouco poder de barganha de alguns Estados ao assinar BITs e a ausência de previsão da cláusula FET em muitas legislações nacionais, o melhor entendimento parece ser no sentido de responder negativamente a essa questão.¹⁰¹ Afinal, apesar da previsão recorrente nos acordos, não existiriam evidências suficientes a atestar a aceitação unânime desta garantia por todos os Estados, inclusive se considerarmos as grandes divergências de opinião historicamente defendidas pelos países outrora denominados exportadores e importadores de capital. Destarte, faltaria o requisito de *opinio juris*, essencial para a caracterização do direito internacional consuetudinário.

1.3.3 Tratamento nacional e cláusula da nação mais favorecida

Previstas na maior parte dos acordos de investimentos, as garantias de tratamento nacional e tratamento da nação mais favorecida decorrem do princípio da não-discriminação e configuram padrões contingentes de proteção do investimento.

Os *standards* de proteção do investimento do tipo contingente são aqueles cujo significado não pode ser definido em abstrato, pois é variável conforme cada contexto específico. A mera referência feita a um *standard* contingencial no BIT não permite inferir qual será o tratamento específico conferido ao investidor. O preenchimento do significado destas cláusulas dependerá sempre da análise do caso concreto. Por sua vez, o *standard* de tratamento do tipo não contingencial não possui significado variável, uma vez que independe da apreciação de fatores externos. Este seria o caso do tratamento justo e equitativo, cujo significado e interpretação podem ser formulados de maneira geral, e não de maneira casuística.

¹⁰⁰ VALENTI, Mara. The Protection of General Interests of Host States in the Application of the Fair and Equitable Treatment Standard. In: SACERDOTI, Giorgio et al. (Ed.). **General interests of host States in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 55.

¹⁰¹ VASCIANNIE, Stephen. The Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Law and Practice. **British Yearbook of International Law**, Oxford, v. 70, n. 1, p. 164, 2000.

A cláusula da nação mais favorecida e o tratamento nacional representam *standards* do tipo contingencial, uma vez que os significados destas garantias só podem ser compreendidos na medida em que se comparar o tratamento dado ao investidor estrangeiro ao tratamento conferido aos investidores nacionais ou aos investidores de um terceiro país.

Ambas as garantias asseguram que o investidor estrangeiro não deve ser tratado de modo discriminatório, seja com relação a investidores nacionais do Estado receptor de investimento, seja com relação a investidores estrangeiros provenientes de terceiros Estados.

O tratamento nacional implica no fato de que o Estado receptor de investimentos não pode outorgar ao investidor estrangeiro um tratamento menos benéfico ¹⁰² do que aquele proporcionado aos seus investidores nacionais, uma vez que o acesso a mercados estrangeiros através de condições não discriminatórias representa um elemento essencial para o efetivo funcionamento de uma economia globalmente integrada.

Contudo, a garantia de tratamento nacional é acompanhada de algumas limitações, haja vista que distinções entre investidores nacionais e estrangeiros podem ser convenientes do ponto de vista político. Com efeito, nos países em desenvolvimento, investidores domésticos encontram-se em posição de desvantagem com relação aos investidores estrangeiros, o que recomenda a adoção de flexibilidade na interpretação do tratamento nacional:

National treatment raises some of the most significant development issues in the field of foreign direct investment (FDI). It stipulates formal equality between foreign and national investors. However, in practice national investors, especially those that could be identified as “infant industries” or “infant entrepreneurs”, may be in an economically disadvantageous position by comparison with foreign investors, who may be economically powerful transnational corporations (TNCs). Such “economic asymmetry” may require a degree of flexibility in the treatment of national investors, especially in developing countries, for instance through the granting of exceptions to national treatment. ¹⁰³

O primeiro limite diz respeito à sua extensão temporal. Em alguns acordos, a obrigação de conferir tratamento nacional aos investidores e aos seus investimentos já existe antes da admissão e estabelecimento do investimento, garantindo aos investidores estrangeiros o acesso ao mercado nos mesmos termos permitidos aos nacionais. Outros acordos restringem

¹⁰² Diferentes expressões podem ser utilizadas, tais como “tratamento idêntico” entre nacionais e estrangeiros; tratamento aos estrangeiros “tão favorável” quanto aos nacionais, ou tratamento aos estrangeiros “não menos favorável” que aos nacionais. Ressalta-se que o uso da última expressão dá margem para a interpretação de que o tratamento do investidor estrangeiro pode ser mais benéfico do que aquele concedido aos nacionais.

¹⁰³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **National treatment**. New York: United Nations, 1999. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Docs/psiteiid11v4.en.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015. p. 2.

a garantia de tratamento nacional ao período posterior à realização do investimento. Deste modo, na fase pré-estabelecimento do investimento o Estado pode exigir condições diferenciadas dos investidores estrangeiros e de seus nacionais.

A primeira opção pode ser encontrada no texto de alguns BITs dos EUA, bem como no Capítulo 11 do NAFTA. Estes acordos preveem obrigações de conferir tratamento nacional na fase anterior à entrada do investimento. Nestes casos, é comum prever um lista de exceções para setores sensíveis, como ocorre no NAFTA.¹⁰⁴ Contudo, predominam os acordos em que a garantia do tratamento nacional aplica-se somente no período subsequente à entrada do investimento. Destarte, é possível que, antes do estabelecimento do investimento, o Estado exija o preenchimento de determinadas condições por parte do investidor estrangeiro, distintas das condições exigidas aos seus nacionais.

Outra limitação ao tratamento nacional encontra-se na estipulação de que esse tratamento aplica-se somente quando o investidor estrangeiro e o investidor nacional encontrarem-se em situações idênticas ou similares – é comum o emprego da expressão “*in like circumstances*” ou “*in like situations*”. Um exemplo é o artigo 1102 do Capítulo 11 do NAFTA, o qual dispõe que cada Estado parte do acordo deverá garantir aos investidores provenientes dos outros Estados parte um tratamento não menos favorável do que aquele concedido, *nas mesmas circunstâncias*, aos seus próprios investidores.

Entretanto, a análise da expressão “nas mesmas circunstâncias” nem sempre é tarefa fácil, havendo divergência nas interpretações propostas pelos tribunais arbitrais. Por exemplo, o caso *Occidental v. Ecuador*¹⁰⁵ demonstrou uma interpretação ampla da expressão, enquanto no caso *Sergei Paushok v. Mongolia*¹⁰⁶ foi empregada uma interpretação restrita – entendeu-se que, não estando caracterizadas “as mesmas circunstâncias”, a discriminação entre investidor nacional e estrangeiro seria justificável. Interessa notar que em ambos os casos os árbitros fizeram referência, ainda que *en passant*, à interpretação proposta pela OMC na análise da expressão “*in like products*” prevista no GATT.

Do ponto de vista dos investidores estrangeiros, a mera garantia de serem tratados do mesmo modo como são tratados os investidores nacionais do Estado receptor de investimentos revela-se insuficiente, sobretudo quando a legislação doméstica aplicável aos

¹⁰⁴ Com relação às listas, existem duas opções possíveis: o acordo de investimentos pode assegurar o tratamento nacional e trazer uma lista negativa, estabelecendo setores em que o tratamento nacional não se aplica; ou o acordo de investimentos pode não prever o tratamento nacional, mas trazer uma lista positiva de determinados setores em que esse tratamento será aplicável.

¹⁰⁵ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, London Court of International Arbitration Case No. UN3467.

¹⁰⁶ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL Case, Award April 18, 2011.

nacionais encontra-se muito aquém dos padrões internacionais de proteção do investimento. Por esta razão, os Estados exportadores de capital sempre insistiram na garantia de um padrão mínimo internacional de tratamento.

No que tange ao significado da cláusula da nação mais favorecida, ela dispõe que não poderá ser atribuído ao investidor estrangeiro (e aos seus investimentos) um tratamento menos benéfico do que aquele conferido aos investidores provenientes de um terceiro país. Se isso ocorre, o investidor estrangeiro pode exigir que o mesmo tratamento assegurado ao investidor do terceiro país lhe seja conferido por parte do Estado receptor de investimentos.

É possível imaginar uma situação hipotética em que um investidor proveniente do Estado A investe no Estado B. A cláusula da nação mais favorecida, contida no BIT celebrado entre os Estados A e B, assegura que o investidor poderá exigir lhe seja fornecido pelo Estado B o mesmo tratamento que este concede aos investidores de um Estado C.

A cláusula da nação mais favorecida (também chamada cláusula MFN, sigla derivada da expressão *most-favoured nation*), muito antiga e de uso recorrente no sistema multilateral do comércio, tem como objetivo principal evitar que um Estado estabeleça tratamentos distintos conforme a nacionalidade do investidor.

Assim como na análise do tratamento nacional, entende-se que o tratamento da nação mais favorecida deve ser garantido desde que os investidores se encontrem “nas mesmas circunstâncias” – expressão objeto de incertezas no momento de aplicação e interpretação pelos tribunais arbitrais.

A negociação de tratados de investimento, a qual opera predominantemente no plano bilateral, conduz a uma importante reflexão de cunho político acerca das consequências desta cláusula. Ao estender os benefícios previstos em um determinado BIT a terceiros investidores provenientes de outros Estados, a cláusula da nação mais favorecida acaba desvirtuando aquilo que é a própria essência destes tratados: a negociação bilateral com base em concessões recíprocas.¹⁰⁷

Um dos aspectos mais polêmicos sobre esse *standard* de proteção do investimento diz respeito à sua aplicação procedimental. Discute-se se a cláusula da nação mais favorecida limita-se às garantias substanciais previstas no acordo ou se é possível sua aplicação

¹⁰⁷ *—The fact that most investment agreements are bilateral leads to interesting policy issues specific to the MFN obligation. Recall that BITs are negotiated agreements between sovereigns. Thus, at least in principle, the negotiations proceed on a reciprocal, concessional basis: each party agreeing to certain provisions in exchange for others. Each party has the possibility of not agreeing to all the demands of the other party if it feels that such a concession would make the overall exchange uneven. When protections meant only for investors of Land A come to an investor of Land B through the MFN clause, then, the negotiated balance of concessions may be upset in a way that the host did not expect.* SCHEFER, Krista Nadakavukaren. **International investment law: text, cases and materials.** Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 305.

procedimental, de modo a estender os mecanismos de solução de controvérsias previstos em um BIT para investidores provenientes de outros Estados. Em outros termos, alguns tribunais arbitrais entenderam que a cláusula abrangeria a obrigação de um Estado A em conceder a investidores do outro Estado B as mesmas regras relativas à solução de controvérsias previstas em BITs celebrados com o Estado C.

Em suma, o investidor, com base na cláusula da nação mais favorecida pode exigir que lhe sejam garantidos os mesmos direitos materiais outorgados pelo Estado ao investidor proveniente de outro país. Contudo, algumas decisões avançaram nesta análise, entendendo que o investidor também poderia exigir a aplicação de regras *procedimentais* que, embora não constassem no BIT que regulamenta aquele investimento, fossem encontradas em outro BIT celebrado entre o Estado receptor de investimento e um terceiro Estado. Desse modo, através da cláusula da nação mais favorecida, seria possível importar dispositivos relativos à solução de controvérsias presentes em um tratado para outro tratado distinto.

Um exemplo permite elucidar melhor a questão. Embora hoje seja incomum que um tratado bilateral de investimento condicione o início do procedimento arbitral à exaustão dos recursos judiciais internos do Estado receptor de investimentos, é frequente encontrar a previsão de prazos mínimos de tentativa de solução do conflito nas vias domésticas. Somente depois do decurso desse prazo mínimo torna-se possível o recurso à arbitragem. Em casos submetidos aos tribunais do ICSID, o investidor iniciou o procedimento arbitral antes do decurso do prazo mínimo previsto no BIT. Em sua argumentação, o investidor amparou-se na existência de um BIT assinado pelo Estado receptor de investimentos com um terceiro Estado, o qual não trazia a previsão de nenhum prazo como condição para o início da arbitragem. Assim, o investidor fundamentou-se na cláusula da nação mais favorecida para defender seu direito de aplicar a si próprio a mesma regra daquele BIT mais favorável e iniciar o procedimento arbitral.

O primeiro caso a suscitar esse questionamento foi o famoso caso *Maffezzini*¹⁰⁸. Nele, o investidor argentino Emilio Agustín Maffezini iniciou procedimento arbitral no ICSID contra a Espanha, país onde realizara os seus investimentos. Em sua defesa, a Espanha alegou que o ICSID não seria competente para decidir, pois o BIT Argentina-Espanha estabelecia a obrigatoriedade de submeter o conflito aos tribunais domésticos antes de recorrer à arbitragem internacional e esta etapa não havia sido cumprida pelo investidor.

¹⁰⁸ *Emilio Agustín Maffezzini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7.

Por sua vez, o investidor empregou um raciocínio bastante curioso: referiu-se à cláusula da nação mais favorecida prevista no BIT Argentina-Espanha e exigiu que lhe fosse aplicado o mesmo tratamento favorável previsto no BIT Chile-Espanha, o qual permitia o acesso direto à arbitragem internacional, sem exigência de iniciar procedimentos domésticos.

Ao proferir sua decisão, os árbitros concordaram com o argumento apresentado pelo investidor. Desta maneira, entenderam ser possível a aplicação da cláusula da nação mais favorecida para possibilitar o procedimento arbitral. O entendimento amplo a que se chegou no caso *Maffezini* suscitou muita polêmica e diversas críticas.

No caso *Plama v. Bulgaria*¹⁰⁹, o investidor empreendeu uma alegação similar. Baseando-se na cláusula da nação mais favorecida, procurou estender a si mesmo o consentimento para a arbitragem fornecido pelo Estado receptor de investimentos em um BIT assinado com um terceiro país. Contudo, essa argumentação não foi aceita pelo tribunal arbitral. Igualmente, no caso *Salini v. Jordan*¹¹⁰, os tribunais arbitrais também entenderam que a cláusula da nação mais favorecida não seria aplicável com relação às disposições procedimentais do tratado. A visão desses dois tribunais representou uma mudança com relação ao primeiro posicionamento manifestado pelos tribunais do ICSID, no caso *Maffezini*.

As críticas dirigidas à interpretação do caso *Maffezini* amparam-se nas situações de injustiça que a aplicação procedimental da cláusula da nação mais favorecida pode gerar. Um exemplo bastante apropriado sobre essas injustiças é fornecido pelos autores Hoffemeinster e Alexandru. O caso será brevemente aqui descrito, pois permite compreender o potencial adverso da interpretação procedimental desta cláusula.

O Canadá é contrário à inclusão de *umbrella clauses* nos BITs.¹¹¹ Imagine a hipótese em que o Canadá recusou-se a incluir essas cláusulas em um acordo de investimentos celebrado com a União Europeia. Ao mesmo tempo, a União Europeia negociou um acordo de investimento com Singapura, no qual esse tipo de cláusula foi normalmente incluído. Nesta hipótese, se fosse utilizada a interpretação empregada no caso *Maffezini*, de modo a ampliar o alcance da cláusula da nação mais favorecida, um investidor canadense poderia valer-se desta cláusula, prevista no acordo de investimentos Canadá-União Europeia, e requerer que fosse tratado do mesmo modo que o investidor de Singapura, exigindo a aplicação das *umbrella clauses*. Contudo, o contexto inverso jamais seria possível: o investidor proveniente da União Europeia não poderia jamais se valer da cláusula da nação mais favorecida para exigir a

¹⁰⁹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24.

¹¹⁰ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13.

¹¹¹ A explicação acerca das *umbrella clauses* consta na seção 1.3.6.

aplicação de *umbrella clauses*, pois o Canadá não negocia nenhum acordo de investimento, com nenhum país, em que estejam presentes estas cláusulas. Consequentemente, haveria um sério desequilíbrio se a cláusula da nação mais favorecida pudesse ser interpretada e aplicada deste modo.¹¹²

As controvérsias sobre a aplicação procedimental da cláusula da nação mais favorecida, de modo a permitir que o investidor estrangeiro estenda para si próprio os mecanismos de solução de controvérsias que o Estado receptor garantiu aos investidores de outros Estados, resumem-se basicamente em três posturas distintas: (i) aqueles que defendem a aplicação procedimental da cláusula; (ii) aqueles que são contrários à aplicação procedimental da cláusula, entendendo que sua aplicação restringe-se às garantias materiais previstas no BIT; (iii) aqueles que defendem uma análise caso a caso – uma vez que a cláusula da nação mais favorecida pode ser redigida de distintas maneiras, é preciso analisar a redação empregada em cada BIT específico. A última corrente, embora aparentemente equilibrada, traz o risco de criar insegurança jurídica, tanto para os investidores quanto para os Estados.

Para muitos autores, como Zachary Douglas, a postura mais apropriada implica em diferenciar as obrigações materiais e procedimentais previstas no BIT.¹¹³ A cláusula da nação mais favorecida permite que os investidores exijam que lhes sejam garantidos os mesmos direitos substanciais garantidos a outros investidores. Porém, não será cabível, com base nessa cláusula, exigir a aplicação de regras de solução de controvérsias existentes em outros BITs.

Contudo, outros autores, como Stephan Schill, rechaçam os argumentos contrários à tese e defendem ser possível a transferência de cláusulas de solução de controvérsias de um BIT para outro BIT, por meio da aplicação da cláusula da nação mais favorecida.¹¹⁴

Dadas as fortes divergências que pairam neste campo, alguns BITs passaram a estabelecer expressamente qual entendimento deve ser aplicado no momento de sua interpretação. No BIT assinado entre Reino Unido e Etiópia, prevê-se o alcance amplo da

¹¹² HOFFMEISTER, Frank; ALEXANDRU, Gabriela. A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT. **The Journal of World Investment and Trade**, Genève, v. 15, p. 379-401, 2014.

¹¹³ DOUGLAS, Zachary. The MFN Clause in Investment Arbitration: treaty interpretations off the rails. **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford, v. 2, n. 1, p. 97, 2011.

¹¹⁴ *—In sum, the jurisprudence of national and international courts therefore supports the argument that MFN clauses can encompass aspects of dispute settlement and jurisdiction under more favorable third-party treaties. Consequently, there is no reason to approach the application and interpretation of MFN clauses restrictively and limit the clauses to the incorporation of more favorable substantive rights.* SCHILL, Stephen. Allocating Adjudicatory Authority: most-favoured-nation clauses as a basis of jurisdiction – a reply to Zachary Douglas. **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford, v. 2, n. 2, p. 369, 2011.

cláusula de nação mais favorecida.¹¹⁵ No sentido imediatamente oposto, o modelo de BIT da Colômbia prevê em seu artigo IV, segunda parte, a aplicação restrita da cláusula.¹¹⁶

Diante da ausência de previsão expressa nos BITs, a interpretação sobre o alcance da cláusula de nação mais favorecida incumbe aos árbitros responsáveis por dirimir os litígios que lhes são submetidos. Uma vez que os árbitros são escolhidos *ad hoc* e não há exigência de *stare decisis*, proliferam decisões em diferentes sentidos, ainda que diante de cláusulas semelhantes ou idênticas nos diversos BITs analisados.

É oportuno notar o entendimento manifestado pelo Instituto de Direito Internacional na Resolução de Tóquio de 2013¹¹⁷. As resoluções adotadas por esta organização são formuladas com a finalidade de expressar uma opinião acerca de aspectos controversos do direito internacional, contribuindo para um melhor entendimento da matéria e maior cooperação internacional.¹¹⁸ A Resolução de Tóquio mostrou-se favorável à interpretação restritiva da cláusula da nação mais favorecida. Esse entendimento é perceptível mediante leitura de seu artigo 12, o qual também faz referência à relação desta cláusula com as *umbrella clauses*, citadas no exemplo hipotético acima exposto:

*Most favoured nation treatment requires interpretation of the specific wording of the clause of the treaty in which it is inserted, in order to respect the intentions of the States parties. This is of particular significance when the MFN clause is claimed to encompass dispute settlement provisions. [...] MFN treatment required by an investment treaty which does not contain an umbrella clause does not apply to an umbrella clause included in a treaty concluded by the host State with a third country.*¹¹⁹

Finalmente, resta mencionar a existência de exceções à aplicação desses *standards* de proteção do investimento, tanto a cláusula de nação mais favorecida quanto o tratamento nacional. É comum encontrar a previsão de que essas cláusulas não se aplicam para estender

¹¹⁵ Dispõe o artigo 3(3) do BIT entre Reino Unido e Etiópia (*Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Federal Democratic Republic of Ethiopia for the Promotion and Protection of Investments*), assinado em 19 de nov. de 2009: —*Except provided otherwise in this Agreement and for the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 10 of this Agreement.*” UNITED KINGDOM; ETHIOPIA. **Agreement between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Federal Democratic Republic of Ethiopia for the promotion and protection of investments.** Addis Ababa, 2009.

¹¹⁶ Modelo de BIT da Colômbia de 2007. COLOMBIA. **Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of investments between the Republic of Colombia and ____.** (Colombian Model BIT). Bogotá, Ago. 2007.

¹¹⁷ INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. **Resolution on legal aspects of recourse to arbitration by an investor against the authorities of the host state under inter-state treaties.** Tokyo, Sept. 13, 2013.

¹¹⁸ GIARDINA, Andrea. Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 29, n. 3, p. 710, 2014.

¹¹⁹ INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, op. cit.

as vantagens decorrentes de participação em acordos regionais de integração econômica, acordos de comércio ou tratados de tributação. Afinal, em todos esses casos, os Estados celebram acordos que lhes concedem determinados privilégios, os quais não devem ser estendidos a outros Estados (e aos seus investidores), se não participaram desses acordos. Do contrário, assistiríamos a uma situação em que certos Estados não arcam com o ônus de participar de uma organização regional, mas recebem o bônus de poder fazer uso das mesmas vantagens oferecidas aos Estados que dela participam.

1.3.4 Plena proteção e segurança

Nos BITs, é comum encontrar a previsão de plena proteção e segurança, muitas vezes redigida na mesma cláusula que estabelece a garantia de tratamento justo e equitativo.¹²⁰ Contudo, os dois conceitos não se confundem. A plena proteção e segurança consubstancia-se no compromisso de proteção física do investimento estrangeiro contra interferências externas, sejam praticadas por ato do próprio Estado ou de terceiros, bem como a proteção da pessoa do investidor estrangeiro.

Destarte, enquanto o tratamento justo e equitativo protege o investidor contra interferências indevidas por parte do Estado, a plena proteção e segurança implica em prestações positivas por parte do Estado, no sentido de adotar medidas para proteger as pessoas e bens relacionados ao investimento.

Os primeiros tribunais arbitrais a analisar esse *standard* de proteção do investimento entenderam que a plena proteção e segurança restringia-se à proteção física do investimento e do investidor. Esta interpretação prevaleceu nos casos *APPL v. Sri Lanka*¹²¹, *American Manufacturing & Trading v. Congo*¹²², *BG Group v. Argentina*¹²³.

¹²⁰ É o caso do artigo 5º do modelo de BIT dos EUA de 2012: —*Eah Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*” UNITED STATES OF AMERICA. **Treaty between the government of the United States of America and the government of [country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty)**. Washington D.C., 2012. De modo similar, dispõe o artigo 2º do modelo de BIT alemão de 2008: —*Eah Contracting State shall in its territory in every case accord investments by investors of the other Contracting State fair and equitable treatment as well as full protection under this Treaty.*” GERMANY. **Treaty between the Federal Republic of Germany and ____ concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (German Model Treaty - 2008)**. Berlin, 2008.

¹²¹ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/87/3, Award 27 June 1990.

¹²² *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo*. ICSID Case No ARB/93/1, Award 21 February 1997.

¹²³ *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, Final Award December 24, 2007.

Posteriormente, alguns tribunais arbitrais expandiram a compreensão do termo, manifestando-se no sentido de que a plena proteção e segurança também abrange a proteção legal do investimento, ou seja, o acesso aos tribunais domésticos do Estado. Esta interpretação foi utilizada nos casos *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic*¹²⁴, *Azurix Corp v. The Argentine Republic*¹²⁵, *Siemens AG v. The Argentine Republic*¹²⁶, *National Grid. v. The Argentine Republic*¹²⁷.

Todavia, ainda é possível encontrar decisões recentes que restringem a interpretação da plena proteção e segurança à proteção física do investimento e do investidor. Um exemplo é o caso *AWG v. Argentina*¹²⁸, cuja decisão foi proferida em 2010.

A análise da plena proteção e segurança foi objeto de minuciosa análise dos árbitros em um caso que se tornou famoso: *Wena Hotels v. Egypt*¹²⁹.

O caso remonta à assinatura de dois contratos de locação de longo prazo celebrados entre *Wena*, uma empresa do Reino Unido, e a Companhia Egípcia de Hoteis, empresa estatal do Egito (*Egyptian Hotels Company* ou EHC), concernentes à administração de dois hotéis em Luxor e no Cairo. Pouco tempo após *Wena* assumir o controle de ambos os hotéis, surgiram controvérsias entre as partes a respeito de suas respectivas obrigações. Segundo o investidor, os hotéis estavam em condições muito inferiores àquelas estipuladas nos contratos. Segundo a empresa egípcia, o investidor não estaria cumprindo com o pagamento do aluguel dos hotéis.

Em abril de 1991, multidões atacaram ambos os hotéis, expulsando seus funcionários e hóspedes. Apurou-se, posteriormente, que a empresa estatal EHC estava envolvida nesta expropriação.

Após a realização de procedimentos domésticos nos tribunais egípcios, os hotéis retornaram ao investidor, mas ainda assim ele encontrou dificuldades em retomar as operações. Diante do fracasso nas tentativas de negociação entre as partes, *Wena* iniciou reclamação no ICSID contra o Egito com base no BIT assinado entre Reino Unido e Egito em 1975. Segundo os argumentos apresentados pelo investidor, o Estado havia descumprido as garantias de tratamento justo e equitativo, plena proteção e segurança e regras relativas à expropriação.

¹²⁴ *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic*. UNCITRAL, Partial Award September 13, 2001.

¹²⁵ *Azurix Corp v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, Award June 23, 2006.

¹²⁶ *Siemens AG v. Argentine Republic* ICSID Case No ARB/02/8, Award February 6, 2008.

¹²⁷ *National Grid. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Award November 3, 2008.

¹²⁸ *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Liability, July 30, 2010.

¹²⁹ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award December 8, 2000.

Ao proferir o laudo, o tribunal arbitral concordou com o investidor, concluindo que o Egito descumprira suas obrigações assumidas no tratado. Segundo os árbitros, a obrigação do Estado em conceder plena proteção e segurança não fora respeitada. Embora o Egito não estivesse diretamente envolvido na expropriação, o governo se absteve de tomar medidas para impedir as ações ilegais dos indivíduos que atacaram os hotéis. Por essas razões, o tribunal entendeu que o Egito havia descumprido a cláusula de plena proteção e segurança prevista no BIT, conforme se observa no seguinte trecho do laudo arbitral:

*The Tribunal agrees with Wena that Egypt violated its obligation under Article 2(2) of the IPPA [Agreement for the Protection and Promotion of Investments] to accord Wena's investment "fair and equitable treatment" and "full protection and security." Although it is not clear that Egyptian officials other than officials of EHC directly participated in the April 1, 1991 seizures, there is substantial evidence that Egypt was aware of EHC's intentions to seize the hotels and took no actions to prevent EHC from doing so. Moreover, once the seizures occurred, both the police and the Ministry of Tourism took no immediate action to restore the hotels promptly to Wena's control. Finally, Egypt never imposed substantial sanctions on EHC or its senior officials, suggesting Egypt's approval of EHC's actions.*¹³⁰

Consequentemente, o Egito foi condenado a indenizar *Wena* no valor de 20 milhões de dólares. O Estado solicitou anulação do laudo, mas o comitê *ad hoc* responsável por decidir o procedimento de anulação rejeitou o pedido.¹³¹

A respeito da garantia de plena proteção e segurança, também é importante frisar que, ao inserir esta cláusula no texto do BIT, visando assegurar a proteção do investimento, o Estado não se compromete de modo absoluto. Em caso de dano aos bens relacionados ao investimento, o Estado não terá responsabilidade absoluta. Ao invés disso, os tribunais arbitrais deverão investigar se o Estado agiu com suficiente *due diligence* no sentido de proteger o investimento.¹³² Trata-se, pois, de uma obrigação de conduta, e não de resultado.

Tal entendimento foi estabelecido em uma das primeiras, e mais famosas, decisões arbitrais, no caso *APPL v. Sri Lanka*:

The arbitral Tribunal is not aware of any case in which the obligation assumed by the host State to provide the nationals of the other Contracting State with "full protection and security" was construed as an absolute

¹³⁰ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award December 8, 2000.

¹³¹ Cf. MAUPIN, Julie. The awards in *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*. In: AGUILAR-ALVAREZ, Guillermo; REISMAN, W. Michael. (Ed.). **The reasons requirements in international investment arbitration**: critical case studies. Leiden: Martins Nijhoff Publishers, 2008.

¹³² SCHREUER, Christoph. Full protection and security. **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford, v. 1, n. 2, p. 354, 2010.

*obligation which guarantees that no damages will be suffered, in the sense that any violation thereof creates automatically a —strict liability” on behalf of the host State.*¹³³

Através do conceito de *due diligence*, é possível avaliar se as medidas adotadas pelo Estado para proteger o investimento foram adequadas, conforme o desenvolvimento e os recursos à disposição do Estado. Para tanto, deve-se proceder à observação minuciosa de sua capacidade financeira e institucional.

Por fim, cumpre expor uma última observação a respeito deste *standard* de proteção do investimento. Embora a plena proteção e segurança imponha a exigência de tomada de ações do Estado para proteger o investimento estrangeiro, é necessário frisar que o Estado não pode se exceder nessa proteção. Ações excessivas por parte do Estado poderiam caracterizar ameaça aos direitos humanos.

Uma situação de proteção excessiva do investimento estrangeiro, com impactos negativos nos direitos humanos da população local, é exemplificada na obra de Krista Schefer. Trata-se do investimento da empresa sul-coreana Posco no Estado de Odisha, na Índia, referente à instalação de indústrias siderúrgicas em território indiano. A desapropriação de terras para construção da indústria desencadeou forte oposição da população local, principalmente dos agricultores. O governo indiano reagiu de maneira violenta para defender o investimento e conter os protestos, cenário que deixou alguns mortos e muitos feridos.¹³⁴ Tal situação ilustra uma conduta demasiadamente excessiva por parte do Estado, que exorbitou a sua função de garantir a plena proteção e segurança do investimento.

1.3.5 Regras sobre expropriação e indenização devida

A expropriação pode ser considerada a maior violação de direitos do investidor por parte do Estado, razão pela qual as regras de direito internacional foram construídas de modo a prever os requisitos para a legalidade da expropriação e as consequências de seu descumprimento.

Ressalte-se que alguns autores conferem aos termos “expropriação” e “nacionalização” duas acepções distintas, estabelecendo que a expropriação refere-se a medidas individualizadas de interesse público, destinadas a atingir a propriedade de uma

¹³³ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/87/3, Award June 27, 1990.

¹³⁴ SCHEFER, Krista Nadakavukaren. **International investment law**: text, cases and materials. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 326.

determinada empresa, enquanto a nacionalização refere-se a medidas governamentais que interferem em propriedades de um completo setor da economia ou diversos setores econômicos, com o intuito de transferi-los ao domínio público.¹³⁵

Segundo as normas costumeiras de direito internacional, o Estado possui o direito de expropriar a propriedade situada em seu território, seja ela pertencente aos seus nacionais ou aos estrangeiros. Contudo, para exercer esse direito, o Estado deve cumprir quatro requisitos obrigatórios: (i) as medidas expropriatórias devem ser fundamentadas em razões de interesse público; (ii) a expropriação deve ser não-discriminatória; (iii) deve respeitar os princípios do devido processo legal e (iv) implica necessariamente o pagamento de indenização.¹³⁶

O primeiro elemento é geralmente compreendido de modo amplo pelos tribunais arbitrais, sendo conferida discricionariedade ao Estado para interpretar o que corresponde ao seu interesse público. Assim, em poucos casos esse requisito não será considerado cumprido, como na hipótese em que um investidor demonstra que sua propriedade foi expropriada como forma de retaliação por parte do Estado. Em um caso submetido ao Tribunal Irã-EUA, discutiu-se se o requisito de interesse público encontrava-se preenchido quando a expropriação fosse motivada tão somente por motivos financeiros, como na situação em que o Estado nacionaliza o setor petrolífero e decide explorá-lo com objetivo de obter lucro. Ao proferir sua decisão, o tribunal em questão entendeu que a motivação financeira do Estado ao nacionalizar a exploração de recursos naturais não afastaria a existência de interesse público na adoção da medida.¹³⁷

O segundo requisito, concernente à não discriminação, proíbe o Estado de tratar determinados investidores de modo desfavorável, em comparação com os demais investidores. O Estado não pode expropriar com base nas características particulares do investidor.

Por sua vez, a exigência de devido processo legal destina-se a assegurar o respeito a determinadas garantias processuais, tais como a notificação ao proprietário acerca das medidas expropriatórias, a exigência de transparência nos procedimentos, além da possibilidade de o proprietário expropriado se manifestar e ser ouvido. Além disso, a decisão

¹³⁵ FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros:** regulamentação internacional e acordos bilaterais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 116.

¹³⁶ SCHEFER, Krista Nadakavukaren. **International investment law:** text, cases and materials. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 169.

¹³⁷ *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited*, Iran-US Tribunal, Partial Award, July 14, 1987.

deve ser tomada por uma autoridade imparcial, após o decurso de um período de tempo considerado razoável.¹³⁸ Questionamento interessante diz respeito a saber se o devido processo legal configura uma obrigação de conduta ou de resultado. Alguns autores preferem reconhecê-lo como uma obrigação de conduta, de modo que qualquer falha ocorrida durante o procedimento implica o descumprimento do devido processo legal.¹³⁹

Finalmente, o quarto e último requisito revela-se como o mais problemático e controverso, em razão das divergências de entendimento entre Estados exportadores e importadores de capital acerca dos critérios empregados para estabelecer a compensação devida.

Após a nacionalização de companhias norte-americanas estabelecidas no México, empreendida no período entreguerras, o secretário de Estado dos EUA, Cordell Hull, fez uma célebre declaração em 1938, afirmando que as regras de direito internacional exigiam o pagamento de compensação *pronta, adequada e efetiva* para os investidores prejudicados. Esses requisitos, que se tornariam conhecidos como “Fórmula Hull”, implicavam no fato de que o investidor deveria ser indenizado de forma rápida, recebendo o valor de mercado de seus investimentos em moeda conversível.

Por sua vez, os Estados em desenvolvimento argumentavam que a indenização não deveria seguir todos aqueles requisitos, mas tão somente observar um *padrão apropriado*. Embora antes se opusessem à fórmula Hull, após os anos 80 esses Estados assinaram muitos BITs, aceitando cláusulas que continham a exigência de indenização pronta, efetiva e adequada.

Uma vez preenchidos os quatro requisitos acima listados, a expropriação é reconhecida como um direito do Estado. Entretanto, se os requisitos não são respeitados, a expropriação é eivada de ilegalidade, de modo que eventual condenação ao pagamento de indenização deverá ser fixada em patamar superior àquele que seria atribuído a uma expropriação legal.

Além da possível classificação entre expropriação legal e ilegal, a expropriação também pode ser classificada como direta ou indireta, a depender da maneira pela qual é operacionalizada.

A expropriação direta, também denominada expropriação *de jure*, caracteriza-se pela transferência compulsória do título da propriedade para o Estado. Embora esse tipo de

¹³⁸ DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. **Bilateral investment treaties**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 106.

¹³⁹ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. **Law and practice of investment treaties: standards of treatment**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009. p. 375.

expropriação tenha sido comum no passado, especialmente na época das Revoluções Russa e Mexicana, atualmente deixou de ser a regra, predominando os casos de expropriação indireta.

Com efeito, a configuração de expropriação não se dá somente mediante a transferência formal do título de propriedade, mas pode ocorrer também através da adoção de medidas, por parte do Estado, que importem em redução do valor econômico do investimento ou perda do controle pelo investidor. Nesse caso, configura-se a expropriação indireta, também conhecida como expropriação *de facto*, expropriação regulatória, expropriação *creeping* ou medidas equivalentes à expropriação. O termo “expropriação *creeping*” corresponde a uma combinação de ações tomadas pelo Estado que, embora isoladamente não caracterizem expropriação, ao serem vistas em seu conjunto equivalem a uma medida expropriatória. Contudo, ressalva-se a acepção negativa que a palavra *creeping* possui, razão pela qual é preferível não empregar este termo.¹⁴⁰

Uma definição oportuna do instituto da expropriação indireta foi estabelecida em 1983 na decisão proferida pelo Tribunal Irã-EUA no caso *Starrett*, em passagem que se tornou bastante conhecida:

*It is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.*¹⁴¹

Inclusive, o trecho evidenciado foi utilizado como referência em outros casos arbitrais.¹⁴² Seu principal mérito foi aquele de corroborar a tese de que a expropriação indireta resta caracterizada mediante a adoção de medidas, por parte do Estado, que interferem de modo intenso nos direitos de propriedade do investidor, resultando na privação desses direitos.

Desde a década de 60, autores apontavam a possibilidade de ocorrência da expropriação indireta: *—Even though a State may not purport to interfere with rights to property, it may, by its actions, render those rights so useless that it will be deemed to have*

¹⁴⁰ DOLZER, Rudolf. Indirect Expropriation of Alien Property. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 1, n. 1, p. 44, 1986.

¹⁴¹ *Starret Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran et al.*, Interlocutory Award, of 19 December 1983. p. 154.

¹⁴² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award February 17, 2000.

expropriated them.”¹⁴³ Entretanto, o mesmo autor ressaltava que determinadas medidas legitimamente adotadas pelo Estado, ainda que afetassem o investidor, não poderiam ser classificadas como expropriatórias, a menos que restringissem completamente o uso da propriedade:

*The conclusion that a particular interference is an expropriation might also be avoided if the State whose actions are the subject of complaint had a purpose in mind which is recognized in international law as justifying even severe, although by no means complete, restrictions on the use of property. Thus, the operation of a State's tax laws, changes in the value of a State's currency, action in the interest of the public health and morality, will all serve to justify actions which because of their severity would not otherwise be justifiable.*¹⁴⁴

Isto posto, seria possível identificar ao menos quatro situações distintas: (i) uma medida expropriatória direta que implica o pagamento de indenização; (ii) uma medida expropriatória indireta que implica o pagamento de indenização; (iii) uma medida meramente regulatória, legitimamente adotada pelo Estado, que não caracteriza expropriação e não implica o pagamento de indenização; (iv) finalmente, há aquelas situações em que a interferência no investimento é total e absoluta e sempre caberá indenização.

A dificuldade de tratar da expropriação indireta já havia sido apontada por Rudolf Dolzer em texto elaborado em 1986.¹⁴⁵ Hoje, quase trinta anos depois, o fenômeno permanece ainda nebuloso. A maior preocupação diz respeito à identificação dos limites que distinguem as medidas regulatórias legitimamente adotadas pelo Estado das medidas equivalentes à expropriação indireta.

A complexidade do tema conduziu à afirmação de que a melhor definição de expropriação indireta poderia ser resumida em apenas uma frase, de conclusão pouco esclarecedora: *—I know it when I see it.*”¹⁴⁶

De fato, uma das tarefas mais problemáticas hoje, no campo do direito internacional dos investimentos, consiste em identificar o liame que separa uma medida regulatória adotada legitimamente pelo Estado e perfeitamente admissível, sem obrigação de

¹⁴³ CHRISTIE, George C. What constitutes a taking of property under international law? **British Yearbook of International Law**, Oxford, v. 38, n.1, p. 311, 1962.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ DOLZER, Rudolf. Indirect Expropriation of Alien Property. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 1, n.1, p. 41-65, 1986.

¹⁴⁶ FORTIER, L. Yves, DRYMER, Stephen L. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or *Caveat Investor*. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 19, n. 2, p. 327, 2004.

indenizar o investidor, de uma medida que excede seus limites e passa a configurar expropriação indireta, cabendo indenização aos investidores.

Em determinados momentos, é possível que um Estado, fazendo uso de seu poder regulamentador, estipule certas regras relacionadas à tributação, comércio, meio ambiente ou saúde, para proteger o interesse público, e tais regras podem indiretamente afetar os interesses do investidor. Torna-se necessário distinguir quando essas medidas têm caráter expropriatório e ensejam indenização e quando não ensejam compensação.

De um lado, há a necessidade de proteger o interesse dos investidores estrangeiros, garantindo-lhes segurança jurídica, para que não sejam prejudicados por uma medida regulatória adotada pelo Estado e que venha a acarretar-lhes prejuízos econômicos. Do outro lado, há o interesse do Estado em implementar medidas de interesse público, preservando a sua soberania.

A questão é bastante delicada, haja vista que, diante de medidas que afetem o interesse do investidor, se o Estado sempre for condenado a indenizar, isso equivale a reduzir ou eliminar seu espaço de manobra para desenvolver políticas públicas. Ademais, as sucessivas condenações do Estado poderiam ocasionar o chamado *chilling effect*, ou seja, o Estado se absteria de adotar medidas de interesse público de modo a evitar futuras condenações. Por outro lado, se o investidor sempre tiver que suportar os prejuízos, isso equivale a anular a proteção estabelecida no BIT.¹⁴⁷

Acerca da dificuldade que circunda a matéria, revelam-se oportunas as seguintes palavras:

Under international law, not all deprivations of property are expropriatory. Under a state's police powers, it may take property and property owners may suffer significant economic losses without giving rise to state responsibility. Property may be forfeited under a state's criminal law. Property might be destroyed for reasons of public health. General taxation is not expropriation. In all these cases, a state does not incur responsibility for the legitimate and bona fide exercise of certain types of sovereign police powers. The thorny question is: what is a legitimate and bona fide exercise

¹⁴⁷ —*At a macro-level, it is necessary to strike a balance between the competing interests of the host State, which represents and is responsible to a community, and the foreign investor. On the one hand, the community cannot reasonably be required to bear the normal commercial risks associated with foreign investments. Nor, as one arbitrator has stated, should foreign investors —“justly enrich” themselves by conducting business in a manner detrimental to the general welfare. On the other hand, investors cannot be asked to endure unreasonable regulation without compensation, and they should not be asked to pay for risks that should be socialized. As stated by Justice Brandeis of the United States Supreme Court, —“if regulation goes too far it will be recognized as a taking.” Determining when a regulation —“goes too far” is the nub of the issue.*” FORTIER, L. Yves; DRYMER, Stephen L. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or *Caveat Investor*. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 19, n. 2, p. 298, 2004.

*of state police powers that justifies a complete deprivation of property with no corresponding obligation to pay compensation? International law does not provide a clear answer to this question.*¹⁴⁸

Diante de casos concretos, os tribunais arbitrais responsáveis por julgar situações de expropriação indireta empregaram distintas abordagens para estabelecer a linha divisória entre medidas regulatórias legitimamente adotadas pelo Estado e medidas de caráter expropriatório.

A primeira abordagem possível consiste em focar apenas os efeitos da medida. Alguns tribunais arbitrais, ao analisarem se a medida adotada pelo Estado tinha caráter expropriatório, restringiram sua análise tão somente aos efeitos da medida.

Assim, desde que tenha sido capaz de causar prejuízos econômicos de determinada magnitude para o investidor, a medida estatal configuraria expropriação, independentemente da motivação do Estado em adotá-la. Por mais louváveis que sejam as motivações do Estado ao adotar uma medida destinada a proteger o meio-ambiente ou a saúde, não escusariam o Estado de pagar indenização ao investidor prejudicado. Essa concepção, conhecida como *sole effect test*, tem a desvantagem prática de anular qualquer distinção entre regulação e expropriação. Esse entendimento foi contemplado em algumas decisões arbitrais, como aquela proferida no caso *Metalclad*¹⁴⁹.

A segunda abordagem empregada pelos árbitros no momento de análise da expropriação indireta leva em consideração o conceito de expectativas legítimas do investidor. A referência a esse conceito, normalmente citado pelos tribunais ao interpretar o tratamento justo e equitativo, também é empregada pelos árbitros no momento de verificar a ocorrência de expropriação indireta.

Em regra, uma medida não discriminatória de interesse público não será considerada expropriatória, tampouco implicará o pagamento de indenização, a menos que o Estado tenha fornecido *compromissos específicos* para o investidor no sentido de que se absteria de adotar essas medidas, o que teria gerado *expectativas legítimas no investidor*. Tal raciocínio foi utilizado nos casos *Methanex*¹⁵⁰ e *Grand River v. U.S.*¹⁵¹.

¹⁴⁸ NEWCOMBE, Andrew. The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 20, n. 1, p. 394, 2005.

¹⁴⁹ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/(AF)/97/1, Award August 30, 2000.

¹⁵⁰ *Methanex Corporation v. United States* (ad hoc arbitration under the 1976 UNCITRAL Rules), Award August 3, 2005.

¹⁵¹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. Et al. v. United States of America*. UNCITRAL Arbitration Rules.

É particularmente interessante notar que o conceito de expectativas legítimas do investidor pode ser útil para favorecer não o investidor, mas o próprio Estado. Quando o investidor investe em uma área altamente regulamentada, ele se vê sujeito a medidas regulatórias que podem afetar seu investimento, não podendo alegar que desconhecia a possibilidade desta regulação.¹⁵²

Além das duas abordagens já referidas, o terceiro entendimento possível consiste em observar não somente os efeitos da medida, mas também a sua finalidade, isto é, a intenção do Estado em adotá-la. Destarte, se a medida é destinada a promover interesses públicos legítimos, ela não pode ser considerada expropriatória. Neste caso, irá caracterizar mera regulação e não implicará o pagamento de indenização. Esta corrente é conhecida como *purpose doctrine* ou *purpose test*.

A última abordagem utilizada por tribunais arbitrais na análise da expropriação indireta foi empregada no caso *Tecmed*¹⁵³, em que os árbitros atentaram para a proporcionalidade da medida. Ainda que a medida adotada pelo Estado seja legítima e justificável, ela também deve ser proporcional – do contrário, será devida indenização ao investidor.

Finalmente, observa-se que, em caso da ocorrência de uma total e absoluta aniquilação do valor econômico do investimento, prevalece o entendimento de que sempre será devida indenização ao investidor, independentemente do objetivo e da natureza da medida.¹⁵⁴

Nos primeiros BITs, a proteção do investidor abrangia os casos de expropriação direta e expropriação indireta. O primeiro BIT, celebrado entre Alemanha e Paquistão em

¹⁵² De fato, o conceito de expectativas legítimas do investidor, inserido na análise da expropriação indireta, revela-se bastante útil, uma vez que permite restringir a proteção do investidor estrangeiro e contemplar os interesses do Estado receptor de investimentos. Nesse sentido: —*The conclusion is drawn that the reference to investors' legitimate and reasonable expectations in the context of regulatory expropriation claims can pave the way to the use of the doctrine to restrict the scope of the international protection of foreign investors, as opposed to the asserted too far-reaching protection of foreign investments granted by the doctrine of legitimate expectations in the context of denial of fair and equitable treatment claims*”. DE LUCA, Anna. Indirect Expropriations and Regulatory Takings: what role for the legitimate expectations of foreign investors? In: SACERDOTI, Giorgio et al. (Ed.). **General interests of host States in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 75.

¹⁵³ *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.

¹⁵⁴ —*In the extreme case of complete and indefinite destruction of the economic value of property by otherwise fully legitimate regulation, and if individuals are required by regulation to make a special sacrifice in terms of their proprietary rights for the benefit of the society at large, compensation is also owed. This is a fair outcome since the community should pay the individual if it compels the individual to bear a special and exorbitant sacrifice for the community's preferences*.” WAEDELDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental Regulation, Investment Protection and „Regulatory Taking” in International Law. **International and Comparative Law Quarterly**, London, v. 50, n. 4, p. 846, 2001. Cf. CHRISTIE, George C. What constitutes a taking of property under international law? **British Yearbook of International Law**, Oxford, v. 38, n.1, p. 331, 1962.

1959, estabelecia em seu artigo 3º que os investimentos não deveriam ser expropriados, exceto por razões de interesse público e mediante indenização. Na sequência, em protocolo anexo a este BIT, o significado do termo “expropriação” era expandido, de modo a incluir as “medidas equivalentes à expropriação”, ou seja, casos de expropriação indireta:

*(2) The term —expropriation” within the meaning of paragraph (2) of Article 3 shall also pertain to acts of sovereign power which are tantamount to expropriation, as well as measures of nationalization.*¹⁵⁵

A previsão de garantias contra expropriação, fosse ela direta ou indireta, era tendência recorrente nos primeiros BITs, os quais eram redigidos de modo a garantir a maior proteção possível ao investidor estrangeiro e ao seu investimento.

Entretanto, nos modelos mais recentes de tratados, a cláusula referente à expropriação passou a ser redigida de maneira mais detalhada. Alguns BITs, como o modelo norte-americano de 2012, trazem a ressalva de que as medidas regulatórias de interesse público, legitimamente adotadas pelo Estado, não caracterizam expropriação.

O modelo de BIT dos EUA, reformulado em 2012, assegura em seu artigo 6º a proteção aos investidores contra medidas expropriatórias adotadas pelo Estado. Contudo, o anexo B de referido tratado apresenta uma descrição pormenorizada da caracterização de expropriação indireta.

Segundo este modelo de BIT, a caracterização da expropriação indireta exige uma ponderação que deve levar em consideração diversos fatores, tais como as características da medida; seu impacto econômico e as expectativas legítimas do investidor. O anexo do tratado ressalva que as medidas regulatórias de cunho não discriminatório e destinadas a proteger o interesse público – aqui incluídas aquelas destinadas a proteger a segurança pública, a segurança e o meio-ambiente – não caracterizam expropriação indireta. Dispositivos semelhantes a este estão presentes no modelo de BIT do Canadá de 2004, bem como no modelo de BIT da Colômbia de 2007.

A maior dificuldade no campo da expropriação indireta reside na diferenciação entre medidas regulatórias e medidas expropriatórias. A esse respeito, a maior parte dos BITs apresenta uma linguagem lacônica, o que contribui para a falta de uniformidade nas decisões arbitrais.

A solução que, em um primeiro momento, afigura-se como ideal parece ser o estabelecimento, de modo objetivo, nos BITs, das medidas regulatórias não consideradas

¹⁵⁵ GERMANY; PAKISTAN. **Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments of 25 November 1959.** Bonn, 25 November 1959.

expropriatórias. A fixação de regras objetivas nos tratados vincularia a ação dos tribunais arbitrais, uma vez que os BITs são os principais instrumentos em que os árbitros baseiam-se para proferir suas decisões.

Portanto, com o escopo de mitigar a incerteza que paira neste campo, revela-se oportuno prever nos acordos de investimento os requisitos que permitem inferir a caracterização de expropriação indireta. Esse entendimento encontra-se em conformidade com a recomendação emitida pela Comissão Europeia para a negociação de acordos de investimento celebrados no âmbito da União Europeia: *“Future EU agreements will provide a detailed set of provisions giving guidance to arbitrators on how to decide whether or not a government measure constitutes indirect expropriation.”*¹⁵⁶

1.3.6 Umbrella Clauses

Entre os dispositivos mais controversos presentes nos BITs, encontram-se as chamadas “cláusulas guarda-chuva”, comumente conhecidas como *umbrella clauses* ou, ainda, como *traité de couverture*.

Umbrella clauses são dispositivos que asseguram que cada Estado parte do tratado irá respeitar obrigações específicas assumidas com indivíduos ou empresas nacionais do outro Estado parte.¹⁵⁷

Esse tipo de cláusula já era encontrada desde o primeiro BIT celebrado entre Alemanha e Paquistão em 1959, onde previa-se expressamente que cada parte deveria observar as obrigações assumidas em relação aos investimentos por indivíduos ou empresas da outra parte: *“Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party.”*¹⁵⁸

Disposições similares são encontradas em outros acordos. O modelo de BIT do Reino Unido estabelece: *“[...]Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other*

¹⁵⁶ EUROPEAN COMMISSION. **Investment protection and investor-to-state dispute settlement in EU agreements.** [S.l.], Nov. 2013. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>>. Acesso em: 5 out. 2015.

¹⁵⁷ DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. **Bilateral investment treaties.** The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 81.

¹⁵⁸ GERMANY; PAKISTAN. **Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments of 25 November 1959.** Bonn, 25 November 1959.

Contracting Party.”¹⁵⁹ No mesmo sentido, o BIT assinado entre Suíça e Paquistão prevê: *–Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the other Contracting Party.*”¹⁶⁰

Essa modalidade de cláusula também está presente no Tratado da Carta de Energia¹⁶¹ e é frequentemente encontrada em BITs celebrados pela Alemanha, Reino Unido, Holanda, Suíça e China. Contudo, alguns Estados não são favoráveis ao seu emprego, como é o caso do Canadá – razão pela qual não consta do acordo NAFTA. A cláusula também não está presente nos modelos de BIT dos EUA e da França, embora seja encontrada em alguns BITs assinados por esses países, como o BIT Argentina-EUA de 1991¹⁶² ou o BIT França-Hong Kong de 1995¹⁶³.

O escopo das *umbrella clauses*, assim como seu alcance, é alvo de constantes discussões entre árbitros e acadêmicos, os quais debatem sobre a correta interpretação a ser atribuída ao dispositivo.

Segundo parte da doutrina, as *umbrella clauses* têm finalidade ampliativa, de modo a elevar obrigações assumidas em um contrato entre investidor e Estado receptor de investimentos ao nível de uma obrigação assumida entre dois Estados nos BITs. Deste modo, amplia-se o nível de proteção conferido ao investidor. Uma vez que o descumprimento do contrato de investimentos equivale ao descumprimento do BIT, a mera violação contratual permite acessar os meios de solução de controvérsias previstos nos BITs, como a arbitragem internacional.

A esse respeito, Christoph Schreuer afirma que a cláusula foi concebida de modo a acrescentar proteção extra aos investidores. Contudo, o mesmo autor adverte que o uso da cláusula não pode se dar de maneira trivial e indiscriminada. Assim, pequenos desacordos em

¹⁵⁹ Art. 2º do modelo de BIT do Reino Unido. UNITED KINGDOM. **Agreement between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of ____ for the promotion and protection of investments (UK Model BIT 2008)**. London, 2008.

¹⁶⁰ Art. 11 do BIT assinado entre Suíça e Paquistão. SWITZERLAND; PAKISTAN. **Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Protection of Investment**. Bern, 1995.

¹⁶¹ Artigo 10 (1) do Tratado da Carta de Energia. THE ENERGY CHARTER TREATY. Lisboa, 1994. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2427>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

¹⁶² Artigo II, 2, c, do BIT celebrado entre EUA e Argentina. UNITED STATES OF AMERICA; ARGENTINA. **Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment**. Washington D.C., 1991.

¹⁶³ Artigo 3º do BIT assinado entre França e Hong Kong. FRANCE; HONG KONG. **Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de Hong Kong sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements**. Paris, 1995.

relação ao contrato de investimento não podem ser equiparados ao descumprimento do BIT.¹⁶⁴

A interpretação a ser dada à cláusula foi inicialmente discutida em dois casos que se tornaram famosos.

No caso *SGS v. Pakistan*¹⁶⁵, decidido em 2003, os tribunais arbitrais aplicaram um entendimento restritivo, repelindo a ideia de que a *umbrella clause* em discussão elevaria a violação contratual ao nível de descumprimento do BIT. Ao fundamentar sua decisão, os árbitros manifestaram preocupação de que uma interpretação ampla da cláusula poderia levar a uma expansão indefinida da proteção do investimento. Tendo em vista o alto potencial de impacto desta cláusula, entenderam ser necessária a presença de evidências suficientemente fortes para inferir que essa era a intenção do Estado – o que não estaria presente no caso. O mesmo entendimento restritivo seria utilizado no caso *Joy Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*¹⁶⁶.

Pouco tempo depois da primeira decisão, a mesma discussão esteve presente no caso *SGS v. Philippines*¹⁶⁷, decidido em 2004. Contudo, neste caso, os tribunais arbitrais chegaram a entendimento completamente oposto, afirmando que a *umbrella clause* aplicava-se de modo a abranger quaisquer obrigações a que o Estado se comprometeu com relação àquele investidor ou àquele investimento, como as obrigações previstas em um contrato. A mesma interpretação extensiva seria posteriormente utilizada nos casos *Eureko B.V. v. Poland*¹⁶⁸ e *Continental Casualty v. Argentina*¹⁶⁹.

As duas decisões iniciais que analisaram as *umbrella clauses* e chegaram a resultados radicalmente opostos – *SGS v. Pakistan* e *SGS v. Philippines* – abriram as portas

¹⁶⁴ —It cannot be the function of an umbrella clause to turn every minor disagreement on a detail of contract performance into an issue for which international arbitration is available. [...] It is to be hoped that investors will invoke umbrella clauses with the appropriate restraint. If necessary, the tribunals will have to develop appropriate restraints on their use.” SCHREUER, Christoph. Travelling the Bit Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road. **The Journal of World Investment and Trade**, Genève, v. 5, n. 2, p. 255, abr. 2004.

¹⁶⁵ *Société Generale de Surveillance SA v. The Islamic Republic of Pakistan (Decision of Jurisdiction)* ICSID ARB/01/13, August 6, 2003 (SGS v. Pakistan).

¹⁶⁶ —[...] it could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection.” *Joy Mining Machinery Limited v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, award on jurisdiction, August 6, 2004, parágrafo 81.

¹⁶⁷ *Société Generale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines (Decision on Jurisdiction)* ICSID ARB/02/6, 29 January 2004 (SGS v. Philippines).

¹⁶⁸ *Eureko B.V. v. Poland, partial award, 19 August 2005* e *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, award, February 6, 2007, parágrafo 205.

¹⁶⁹ *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, September 5, 2008.

para um campo marcado por incertezas. A matéria permanece ainda controversa, seja na doutrina, seja nas decisões arbitrais proferidas.

Atualmente, as divergências acerca da matéria podem ser sintetizadas em quatro grupos principais: (i) quanto aos efeitos da cláusula; (ii) quanto à abrangência da cláusula; (iii) quanto ao significado da cláusula de eleição de foro prevista no contrato de investimentos, em contraposição ao mecanismo de solução de controvérsias prevista no BIT e, por fim, (iv) quanto às partes do contrato de investimentos.

No que tange ao efeito da *umbrella clause*, embora existam manifestações no sentido de que ela ampliaria os direitos materiais do investidor, parece predominar a ideia de que a sua função é meramente jurisdicional, permitindo acesso ao tribunal arbitral previsto no BIT quando são violadas as obrigações previstas em um contrato de investimentos.¹⁷⁰

Com relação à sua abrangência, predomina a ideia de que esta cláusula se estende para todas as obrigações assumidas pelo Estado, sejam aquelas contratuais ou também aquelas assumidas de modo unilateral. Portanto, diante do descumprimento de quaisquer obrigações a que o Estado se comprometeu, caracteriza-se o descumprimento do BIT, sendo possível acessar os meios de solução de disputas nele presentes.¹⁷¹

Questão interessante concerne ao efeito da cláusula de eleição de foro prevista em um contrato de investimentos. Quando o BIT contém uma *umbrella clause*, o descumprimento de uma obrigação prevista no contrato de investimentos equipara-se ao descumprimento do BIT, sendo possível recorrer aos mecanismos arbitrais previstos no tratado. Neste caso, havendo uma cláusula de eleição de foro no contrato de investimentos, mesmo assim o tribunal arbitral terá jurisdição para decidir? Segundo a maioria dos tribunais arbitrais que se depararam com a questão, a resposta deve ser afirmativa.

Finalmente, a questão mais problemática diz respeito à hipótese em que as partes do BIT e do contrato de investimentos não são exatamente as mesmas.

Imagine a situação em que um BIT é celebrado entre um Estado A e um Estado B, sendo inserida uma *umbrella clause*. Suponha que um investidor originário do Estado A inicia um investimento no Estado B, valendo-se de toda a proteção prevista no BIT (inclusive a *umbrella clause*). Ao investir no Estado B, esse investidor celebra um contrato de investimentos, não diretamente com o Estado, mas com uma empresa estatal, com

¹⁷⁰ ANTONY, Jude. *Umbrella Clauses Since SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines - a developing consensus. Arbitration International*, Oxford, UK, v. 29, n. 4, p. 614, 2013.

¹⁷¹ Cf. SALIAS, María Cristina Gritón. *Do umbrella clauses apply to unilateral undertakings?* In: BINDER, Christina et al. (Org.). *International Investment Law for the 21st Century: essays in honour of Christoph Schreuer*. Oxford: Oxford University, 2009.

personalidade jurídica própria. De fato, é bastante significativa a proporção de investimentos estrangeiros diretos realizados em países em desenvolvimento através de contratos celebrados entre o investidor e entidades estatais, principalmente aquelas que operam em serviços públicos, como água, energia, telecomunicações e extração de recursos naturais.

Uma vez que seus direitos contratuais tenham sido violados, o investidor hipotético poderia se valer da *umbrella clause*, alegando que houve descumprimento do contrato de investimentos, o qual se equipara ao descumprimento do BIT, mesmo na hipótese em que o Estado não é parte do contrato, mas sim uma empresa estatal?

Em diversas decisões, os árbitros entenderam de forma afirmativa, pois aos Estados seriam atribuídos os compromissos contratuais assumidos pelas suas empresas.¹⁷² Outros tribunais, entretanto, entenderam de modo negativo. A matéria é ainda alvo de discussões, sem que se tenha alcançado um entendimento uniforme.

Não obstante as diversas abordagens a respeito do tema, parece predominar entre os tribunais uma interpretação ampla com relação ao significado e abrangência destas cláusulas¹⁷³. Do ponto de vista do investidor, tal entendimento apresenta muitas vantagens, por aumentar o nível de proteção garantido aos seus investimentos.

Todavia, do ponto de vista do Estado receptor de investimentos, tal visão apresenta inconvenientes. Para os Estados, uma alternativa possível consiste na inserção nos acordos de investimentos de dispositivos que explicitem de modo detalhado o alcance das *umbrella clauses*, inclusive abordando qual será a responsabilidade do Estado por violações contratuais cometidas por suas empresas estatais. Outra opção possível consiste em excluir as *umbrella clauses* dos tratados de investimento – nos moldes do modelo de BIT do Canadá, bem como dos acordos de investimento da ASEAN e da COMESA.

¹⁷² “It is submitted in this article that if it can be established that the entity acted in governmental capacity when it performed the contract and that it failed to honor its contractual obligation, the state can be held responsible for a violation of the umbrella clause.” FEIT, Michael. Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity. **Berkeley Journal of International Law**, Berkeley, v. 28, n. 1, p. 176, 2010.

¹⁷³ “[...] It appears that of the three approaches—narrow, wide and the middle way—the majority of tribunals, particularly of late, have taken the wide view. Thus, it would seem that overall, tribunals are moving towards the more expansive view. This view sees the clause as encompassing all contractual obligations entered into with regard the investment, including contracts to which the investor is not a party, and all legislative commitments made towards that type of investment.” MARSHALL, Fiona. **Risks for host States of the entwining of investment treaty and contract claims: dispute resolution clauses, Umbrella Clauses, and Forks-in-the-Road**. The International Institute for Sustainable Development, Manitoba, ago. 2009. Disponível em: < http://www.iisd.org/pdf/2009/best_practices_bulletin_4.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015. p. 15.

1.4 A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros

Paralelamente a todos os *standards* de proteção do investimento estrangeiro, os APPRIs também preveem regras procedimentais de solução de controvérsias, ou seja, mecanismos aptos a garantir que, em caso de descumprimento de quaisquer daqueles *standards*, o investidor poderá exigir a indenização cabível.

Diversos motivos podem dar ensejo ao surgimento de controvérsias entre investidor e Estado, como a violação dos direitos conferidos ao investidor: tratamento justo e equitativo, tratamento nacional, cláusula da nação mais favorecida etc. Nestes casos, o investidor pode solicitar a compensação pelos danos sofridos.¹⁷⁴

Embora, em teoria, os procedimentos de solução de conflitos possam ser iniciados pelo investidor ou pelo Estado, na maior parte dos casos as reclamações são iniciadas pelos investidores. Isso se deve ao fato de que os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos preveem os direitos dos investidores, e não as suas obrigações.

A disputa entre investidor e Estado pode ser resolvida de diferentes modos, dentre os quais é possível citar: as negociações entre as partes; o recurso ao Poder Judiciário do Estado receptor de investimentos; a proteção diplomática e os procedimentos arbitrais, seja a arbitragem *ad hoc* ou institucional.

1.4.1 Negociação entre as partes

A solução de controvérsias através de negociações entre as partes caracteriza-se pela tentativa das próprias partes em conflito em alcançar consenso e estabelecer um acordo amigável. A principal vantagem deste meio é sua celeridade e economia, uma vez que neste caso as partes não incorrem nos altos custos dos procedimentos arbitrais, tampouco precisam aguardar anos para o deslinde do litígio perante o Poder Judiciário.

Muitos BITs preveem que, em caso de controvérsia entre investidor e Estado, as partes devem buscar a solução amigável antes de recorrer a outros procedimentos. Este é o caso do modelo de BIT dos EUA de 2012, o qual dispõe:

¹⁷⁴ Segundo Piero Bernardini, embora em todos os casos já submetidos ao ICSID tenha sido solicitada a reparação monetária, nada obsta o pedido de outra modalidade de condenação, como a “*restitutio in integrum*”. Piero Bernardini durante a palestra “L’*esecuzione delle sentenze arbitrali*” proferida no evento “L’*arbitrato Internazionale in tema di investimenti*”, organizado pela “*Associazione Italiana per l’arbitrato*” em 9 de dezembro de 2014, em Roma.

*Article 23: Consultation and Negotiation In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of nonbinding, third-party procedures.*¹⁷⁵

Alguns BITs vão além e demarcam um período mínimo de tempo para as partes buscarem a negociação amigável, como o modelo de BIT da Alemanha:

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.

O período de seis meses também está previsto no modelo de BIT da França¹⁷⁶ e da Itália¹⁷⁷, dentre outros. O decurso de determinado período de tempo é o chamado *waiting period*, previsto em muitos BITs em vigor. Diferentes lapsos temporais podem ser estabelecidos no tratado, sendo possível encontrar a exigência do decurso de três meses, seis meses, doze meses etc.

Entretanto, questiona-se a necessidade de observância deste lapso temporal nas hipóteses em que é evidente a impossibilidade de negociação amigável entre as partes. Alguns tribunais arbitrais, ao se depararem com uma situação em que o *waiting period* exigido pelo BIT não havia expirado, entenderam que o decurso deste tempo é desnecessário quando se mostra muito improvável o deslinde da controvérsia através de negociação entre as partes. Tal foi o entendimento manifestado pelos árbitros no caso *Ethyl Corporation v. Canada*¹⁷⁸, resolvido no âmbito do NAFTA.

Embora o NAFTA exija o decurso de seis meses para a busca de solução amigável entre as partes¹⁷⁹, o tribunal entendeu que, neste caso, restava claro que as negociações não alcançariam seu intento, razão pela qual seria desnecessário aguardar os seis meses antes de

¹⁷⁵ Artigo 23 do modelo de BIT dos EUA de 2012. UNITED STATES OF AMERICA. **Treaty between the government of the United States of America and the government of [country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty)**. Washington D.C., 2012.

¹⁷⁶ Artigo 8º do modelo de BIT da França. FRANCE. **Accord entre le gouvernement de la République Française et le gouvernement de ____ sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements**. Paris, 1999.

¹⁷⁷ Artigo 9º do modelo de BIT da Itália. ITALY. **Agreement between the government of the Italian Republic and the government of the ____ on the promotion and protection of investments**. Roma, 2003.

¹⁷⁸ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*. NAFTA/UNCITRAL case, award on Jurisdiction 24 June 1998.

¹⁷⁹ Artigo 1120 do NAFTA.

iniciar outros procedimentos. Entretanto, uma vez que o requerente não esperou o tempo previsto no acordo, entendeu-se que ele deveria arcar com as custas do procedimento arbitral.

A dispensa de exigência do decurso do *waiting period* também foi a conclusão alcançada por outros tribunais arbitrais, como aqueles responsáveis por decidir os casos *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*¹⁸⁰ e *SGS v. Pakistan*¹⁸¹.

Nestas situações, o critério determinante para os tribunais declararem a desnecessidade do decurso do *waiting period* foi a inutilidade das tentativas de negociação. Os árbitros entenderam que eventuais consultas entre as partes não seriam capazes de pôr fim ao conflito. Esse entendimento é corroborado pela visão de Christoph Schreuer, segundo o qual apenas em circunstâncias extremas e excepcionais o *waiting period* deve ser visto como óbice ao início de outros procedimentos de solução de controvérsias. Contudo, ainda segundo o autor, nada impede que a inobservância do prazo previsto no tratado reflita na condenação final ao pagamento de custas, exatamente como ocorreu no caso *Ethyl Corporation v. Canada*.¹⁸²

Finalmente, importa notar que as tentativas de negociação entre as partes continuam sendo possíveis mesmo após o início de procedimentos judiciais ou arbitrais.

Contudo, a negociação entre as partes em conflito, apesar de conveniente do ponto de vista da economia e celeridade, nem sempre é possível, principalmente no caso de investimentos de alto vulto. Nessa hipótese, será necessário encontrar outro mecanismo de solução de conflitos. Uma possibilidade que se apresenta ao investidor é o recurso ao Poder Judiciário do Estado receptor de investimentos.

1.4.2 Recurso ao Poder Judiciário

O segundo mecanismo possível de solução de controvérsias relativas aos IEDs consiste no recurso aos tribunais domésticos do Estado receptor de investimentos. Entretanto, do ponto de vista do investidor, esta hipótese apresenta uma série de desvantagens.

Do ponto de vista do investidor, o recurso ao Poder Judiciário implica a morosidade dos procedimentos judiciais, bem como o temor de que o tribunal não seja imparcial, pois poderia haver indisposição das cortes domésticas em condenar o próprio

¹⁸⁰ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL arbitration, Final award September 3, 2001.

¹⁸¹ *Société Generale de Surveillance SA v. The Islamic Republic of Pakistan (Decision of Jurisdiction)* ICSID ARB/01/13, 6 August 2003 (SGS v. Pakistan).

¹⁸² SCHREUER, Christoph. Travelling the Bit Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road. **The Journal of World Investment and Trade**, Genève, v. 5, n. 2, p. 239, abr. 2004.

Estado a indenizar o investidor estrangeiro.¹⁸³ Além disso, as controvérsias relativas a investimentos estrangeiros poderiam dar ensejo a pressões políticas indevidas sendo exercidas sobre os julgadores. Por fim, entende-se que temas como este, afetos ao comércio internacional, envolvem matérias muito específicas, daí a natural preferência de que sejam analisados por árbitros especializados no assunto, os quais possuem maior competência técnica para decidir a questão, em comparação com os juízes nacionais.

São raros os BITs que permitem exclusivamente o acesso aos tribunais domésticos do Estado receptor. Um exemplo é o BIT assinado em 1986 entre Coréia e Bangladesh, o qual permanece ainda em vigor, e estabelece que nos casos de expropriação será possível apenas o recurso aos procedimentos domésticos:

*Investment of nationals or companies of either Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation") in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of that Contracting Party and against prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall amount to the market value of the investment expropriated immediately before the expropriation or impending expropriation becomes public knowledge, shall include interest until the date of payment, shall be made without delay, be effectively realizable, and be freely transferable. The national or company affected shall have a right, under the law of the Contracting Party making the expropriation, to prompt review, by a judicial or other independent authority of that Contracting Party, of his or its case and of the valuation of his or its investment in accordance with the principles set out in this paragraph.*¹⁸⁴

Ao mesmo tempo, também são raros os BITs que não fazem nenhuma menção aos procedimentos domésticos. Na maioria dos casos, prevê-se a possibilidade de recorrer às vidas domésticas ou iniciar procedimentos em âmbito internacional, decisão que incumbe ao investidor estrangeiro.

O receio de que o recurso aos tribunais do Estado receptor do investimento seria insuficiente para proteger os seus interesses fez com que os investidores estrangeiros começassem a recorrer aos seus Estados de origem, para pedir proteção.

¹⁸³ *—[...] National courts may find themselves constrained by state immunities, or subject to political influence, corruption or simply be nationalistic in their perception of the facts and the law. Accordingly, it is perfectly reasonable for foreign investors to prefer international arbitration, just as many thousands of parties engaging in international commerce have for many years.* SCHWEBEL, Stephen M. In defense of bilateral investment treaties. **Columbia FDI Perspectives**, New York, n. 135, p. 2, 24 nov. 2014.

¹⁸⁴ Artigo 5º do BIT Coréia-Bangladesh. KOREA; BANGLADESH. **Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the People's Republic of Bangladesh for the Promotion and Protection of Investments**. Dacca, 1986. (grifo nosso).

Assim, durante muito tempo, os conflitos entre investidores privados e Estados receptores de investimentos foram resolvidos através do instituto conhecido como “proteção diplomática”.

1.4.3 Proteção diplomática

Através da proteção diplomática, o Estado de origem do investidor estrangeiro intervém no plano internacional em defesa de seu cidadão nacional, contra o Estado receptor do investimento. Assim, a disputa que antes era restrita a um investidor e a um Estado passa a ser resolvida entre dois Estados soberanos.

A vantagem deste meio de solução de controvérsias reside no fato de que o Estado de origem do investidor, estando em condições de igualdade com o Estado receptor, é mais capaz de chamar atenção deste para solucionar o conflito, do que seria capaz o investidor se agisse individualmente. Todavia, algumas características da proteção diplomática a tornam uma ferramenta aparentemente inadequada para proteger os interesses do investidor.

Em primeiro lugar, a proteção diplomática não é um direito do investidor, mas uma faculdade do seu Estado de origem. Logo, o investidor não pode exigir que seu Estado intervenha em sua defesa no plano internacional. Essa discricionariedade do Estado faz com que a proteção diplomática seja uma via restrita, sujeita à conjunta política e econômica, além de privilegiar a proteção dos maiores investidores, que possuam grande capital político interno e sejam capazes de convencer o Estado a encampar sua disputa.

No caso *Barcelona Traction*¹⁸⁵, a Corte Internacional de Justiça expressou o entendimento de que Estado de origem do investidor é o único juiz para avaliar se deve exercer a proteção diplomática de seu nacional. Assim sendo, o Estado pode recusar-se a oferecer esta proteção, ainda que existam comprovadas e flagrantes violações dos direitos do investidor perpetradas pelo Estado receptor do investimento.

Além disso, uma vez que o Estado de origem aceitou proteger o investimento de seu nacional, acionando o Estado receptor perante os mecanismos internacionais, a disputa passa a ser sua, de modo que terá a palavra final sobre quaisquer decisões, como a celebração de acordos acerca do valor de indenização devida.

¹⁸⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, International Court of Justice, February 5, 1970.

Há ainda o risco de que a proteção diplomática abale as relações diplomáticas entre os países. Por outro lado, a proteção diplomática exercida pelos Estados mais poderosos pode ser eficaz, o que não ocorre com os Estados menos influentes.

Outro problema acerca da proteção diplomática diz respeito à exigência de esgotamento dos recursos internos. Em regra, o investidor só poderá pedir a proteção diplomática de seu Estado de origem após tentar resolver a controvérsia nos tribunais domésticos do Estado receptor do investimento.

Frequentemente, a proteção diplomática era exercida através de notas diplomáticas trocadas entre os dois Estados. Além disso, havia a possibilidade de levar a questão a mecanismos internacionais, como a Corte Internacional de Justiça. Contudo, no século XIX, o instituto passou a ser utilizado de modo abusivo, mediante o emprego de força militar contra os países que adotavam medidas de nacionalização. A esse respeito, são elucidativas as palavras de Krista Schefer:

*The protection of the rights of investors was a frequent reason for home state governments to militarily intervene in the host state's territory in the past, particularly as the beginning of industrialization created national interest in ensuring that a nation's own investors were not disgorge of property or profits when abroad. [...] It thus was not only in the political interest of the state to espouse its citizens' claims, it was also in the economic interest of the state to ensure the property rights of its citizens abroad. Britain, Germany, Italy, France all used troops or warships to force governments abroad to protect property.*¹⁸⁶

Diante do uso abusivo do instituto da proteção diplomática, consolidou-se na América Latina uma teoria segundo a qual os investidores estrangeiros deveriam receber o mesmo tratamento jurídico assegurado aos investidores nacionais e, além disso, eventuais controvérsias entre investidor estrangeiro e Estado receptor do investimento deveriam ser dirimidas perante os tribunais domésticos deste Estado. Essa teoria, conhecida como Doutrina Calvo, foi enunciada pelo jurista argentino Carlos Calvo e difundiu-se entre os países latino-americanos, resultando na redação da cláusula Calvo – a qual, inserida nos contratos entre Estados e investidores, implicava na renúncia destes à proteção diplomática.¹⁸⁷

Por sua vez, os investidores provenientes dos Estados exportadores de capital demonstravam insatisfação com o emprego desta cláusula. A insegurança na matéria começou

¹⁸⁶ SCHEFER, Krista Nadakavukaren. **International investment law: text, cases and materials**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 367.

¹⁸⁷ Cf. seção 2.2, para detalhes sobre o instituto da proteção diplomática.

a mostrar-se inconveniente, tornando-se necessário encontrar um mecanismo mais seguro e previsível para a proteção dos investimentos estrangeiros.

Embasadas na necessidade de estabelecer um mecanismo de solução de controvérsias neutro, fora do aparato governamental do Estado receptor dos investimentos, as grandes empresas dos países desenvolvidos e exportadores de capital mobilizaram-se e recorreram aos seus Estados de origem para a criação, em âmbito internacional, de um sistema de solução de controvérsias em que o investidor tivesse legitimidade para, em nome próprio, acionar o Estado receptor de investimentos. E assim teve início o recurso à arbitragem direta entre investidor e Estado – a também chamada “arbitragem híbrida”, que iria se tornar o principal meio de solução de controvérsias relativas a investimentos.

1.4.4 Arbitragem internacional

Para superar as dificuldades do recurso ao Poder Judiciário, bem como o emprego da proteção diplomática, os investidores estrangeiros começaram a cogitar outros remédios apropriados para a solução de controvérsias relativas a investimentos. Assim, pressionaram os seus Estados de origem, o que culminou com a celebração da Convenção de Washington de 1965.

Por meio dessa Convenção, foi estabelecido o ICSID, um órgão ligado ao Banco Mundial, cujo papel primordial refere-se à administração de procedimentos de conciliação e arbitragem entre investidor estrangeiro e Estado receptor.

Até então, o universo da arbitragem restringia-se a dois grupos bem delimitados: arbitragem entre dois Estados soberanos ou arbitragem entre duas pessoas de direito interno privado. Com a criação do ICSID, surge um novo conceito: a arbitragem híbrida, apta a dirimir controvérsias entre duas partes de naturezas distintas.¹⁸⁸ Desta forma, garante-se a sujeitos privados o direito de recorrer diretamente à arbitragem internacional de modo a obter a solução do conflito.

A arbitragem internacional se consagraria como a principal forma de resolução de litígios relacionados a investimentos estrangeiros, revelando-se oportuna não apenas na perspectiva do investidor estrangeiro, mas também do seu Estado de origem, uma vez que permite despolitizar a controvérsia:

¹⁸⁸ Nesse caso, os tribunais arbitrais são conhecidos como “*mixed arbitral tribunals*”.

*Under the previous systems, governments had to deal with their nationals seeking diplomatic protection and other forms of interventions with host country governments. That method potentially entailed significant diplomatic, political and economic costs, since it might impact on and complicate important multifaceted relationships between the investor's home country and the host country. Investor-state arbitration relieves home countries of those costs. In effect, it allows them to say to their nationals and companies aggrieved by host government acts: —You have your own remedy in the treaty. Use it if you wish. Go away and don't bother us".*¹⁸⁹

As partes podem optar pela realização de arbitragem *ad hoc* ou institucional. No primeiro caso, as partes escolhem as regras e procedimentos aplicáveis, sendo possível optar pelas regras da UNCITRAL – um sistema opcional de regras destinadas a conduzir a arbitragem. No segundo caso, as partes adotam as regras e procedimentos já pré-estabelecidos em um órgão específico, como o ICSID. A escolha de arbitragem institucional é mais apropriada para os investimentos de maior vulto, pois implica em elevados custos para o pagamento da instituição arbitral escolhida. Além disso, a arbitragem institucional facilita a execução do laudo arbitral.

Em recente estudo onde foram analisados 1.600 APPRIs, abrangendo mais de 54 países, constatou-se que apenas 6,5% dos acordos analisados não previam o recurso à arbitragem internacional.¹⁹⁰

Ainda segundo este estudo, 70% dos acordos mencionavam explicitamente a possibilidade de recurso aos procedimentos domésticos do Estado receptor do investimento. Contudo, alguns países demonstram relutância com respeito a esta possibilidade, como é o caso do Canadá, França, Alemanha e Reino Unido.¹⁹¹

O estudo concluiu que a maior parte dos acordos de investimento (aqui inclusos os BITs e alguns acordos regionais) estabelece um lapso temporal mínimo para tentativa de negociação entre as partes e, após o decurso deste prazo, permite o recurso aos procedimentos judiciais do Estado receptor ou à arbitragem internacional. Alguns acordos facultam esta escolha ao investidor; outros estabelecem uma sequência cronológica a ser cumprida (antes, o caso deverá ser levado aos tribunais domésticos e, somente em um segundo momento, à arbitragem internacional). Além disso, muitos acordos estipulam que a escolha entre procedimentos domésticos ou arbitragem internacional é definitiva. Trata-se da chamada cláusula *fork-in-the-road*.

¹⁸⁹ SALACUSE, Jeswald W. **The law of investment treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 11.

¹⁹⁰ POHL, Joachim; MASHIGO, Kekeletso; NOHEN, Alexis. **Dispute settlement provisions in international investment agreements: a large sample survey**. Paris: OECD Publishing, 2012. (OECD Working Papers on International Investment, n. 2). p. 11.

¹⁹¹ Ibid.

Ao permitir o acesso à arbitragem internacional, os acordos de investimento listam diversas instituições arbitrais. O foro arbitral mais mencionado é o ICSID, seguido pelos tribunais *ad hoc* estabelecidos conforme as regras da UNCITRAL.

Além disso, há acordos que mencionam a Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (ICC) ou o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo. Também é possível encontrar menção a câmaras arbitrais locais, como o Centro Regional do Cairo para Arbitragem Comercial Internacional; o Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio de Bogotá e o Centro Regional para Arbitragem de Kuala Lumpur.

1.5 ICSID: regras, estrutura, funcionamento e direito aplicável

O Centro Internacional de Solução de Disputas Relativas a Investimentos (ICSID) foi criado por meio da Convenção de Washington de 1965, inspirado na ideia de estabelecer um foro internacional ao qual os investidores tivessem acesso direto, o que contribuiria para despolitizar as controvérsias referentes aos investimentos estrangeiros.

A Convenção de Washington, diferente dos BITs, não estabelece regras substantivas de proteção do investimento, mas limita-se a regulamentar o procedimento para realização de conciliação ou arbitragem perante o órgão.

Para que um Estado ou investidor possa apresentar um pedido de constituição de comissão de conciliação ou tribunal arbitral perante o ICSID, exige-se a coexistência de alguns elementos que permitem fixar a jurisdição do órgão, dentre os quais: (1) a presença de uma controvérsia legal; (2) que seja diretamente relativa a um investimento; (3) entre um Estado contraente da Convenção de Washington e um investidor de outro Estado contraente; (4) desde que haja consenso das partes em submeter o caso ao ICSID.

Ressalte-se que, conforme anteriormente exposto, a definição de investimento estrangeiro é bastante controversa e já foi alvo de extensas discussões, seja na doutrina ou nas decisões arbitrais. Segundo a primeira corrente, o significado de investimento deve ser buscado apenas no BIT. Os árbitros devem averiguar tão somente os termos do BIT que rege a relação das partes, para definir se a operação discutida corresponde a um investimento. Contudo, segundo a segunda corrente, ainda que a Convenção de Washington de 1965 não contemple expressamente a definição de investimento, é possível deduzir o seu significado. Portanto, a operação de um investimento envolve ao menos cinco características distintas: a existência de um risco; a duração razoável da atividade; a

existência de controle da atividade pelo investidor; a regularidade de lucro e a contribuição para o desenvolvimento econômico do Estado receptor. Destarte, segundo os defensores dessa teoria, seria necessário interpretar a definição de investimento de acordo com o BIT que regula a relação entre as partes e também de acordo com estes cinco critérios extraídos, de modo implícito, da Convenção.

Com relação ao consentimento em submeter o caso ao ICSID, entende-se que ele pode manifestar-se de diferentes formas. O consentimento pode ser expresso em um contrato de investimento (celebrado entre investidor e Estado) ou de maneira não contratual, mediante a oferta unilateral do Estado em sua legislação interna ou em um BIT (ou outra modalidade de acordo de investimentos).

No caso em que o Estado prevê o recurso ao ICSID em sua legislação ou em um BIT, entende-se que o investidor expressa o seu consentimento à arbitragem no momento em que inicia o pedido de constituição de um tribunal arbitral. O fenômeno ficou conhecido como *“arbitration without privity”*¹⁹², referindo-se à situação em que não há um compromisso arbitral previamente firmado entre investidor e Estado – cada parte expressa seu consentimento em um momento distinto.

A aceitação do ICSID pelas partes como órgão apto a solucionar eventuais controvérsias implica no *“waiver”* da proteção diplomática. Ou seja, uma vez que concordou em submeter o caso ao ICSID, o investidor estrangeiro não poderá se valer desse instituto para pedir a proteção do seu Estado de origem.

Ao mesmo tempo, a chamada cláusula *“fork-in-the-road”*, presente em muitos acordos de investimento, estabelece que, uma vez escolhido o acesso ao ICSID como meio de solução de controvérsias, a parte não poderá escolher outro mecanismo para solucionar o mesmo caso.

Interessa notar que, ainda quando não estão preenchidos todos os requisitos necessários para fixar a jurisdição do ICSID, o acesso ao órgão é possibilitado por meio do chamado Mecanismo Complementar. Através desse mecanismo, a estrutura do ICSID pode ser utilizada quando uma das partes não é signatária da Convenção de Washington ou quando a matéria discutida não preenche os requisitos para a jurisdição do ICSID.

Com relação ao procedimento para a realização de arbitragem, o ICSID possui uma lista de conciliadores e uma lista de árbitros, ambas formadas através da indicação

¹⁹² Cf. PAULSSON, Jan. Arbitration without privity. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 10, n. 2, p. 232-257, 1995.

periódica de membros. Contudo, os investidores não estão limitados pelas listas, podendo indicar outros nomes para atuarem como árbitros ou conciliadores.

O procedimento arbitral perante o ICSID pode ser iniciado por um investidor contra o Estado receptor de investimento ou pelo Estado receptor de investimento contra o investidor. Na maior parte dos casos, os investidores encontram-se no polo ativo.

Uma vez registrada a reclamação perante o ICSID, haverá a formação de um tribunal arbitral, composto por um árbitro singular ou por um número ímpar de árbitros (geralmente três). Os árbitros são profissionais capacitados e dotados de ampla iniciativa em matéria de provas, podendo indicar as medidas provisionais cabíveis para preservar o direito das partes.

O laudo arbitral deve ser proferido em decisão tomada por maioria e não há previsão de recurso. Com efeito, uma das características da arbitragem é a ausência de via recursal, a fim de possibilitar maior celeridade à resolução do conflito. Todavia, há possibilidade de retificação do laudo arbitral, interpretação do laudo arbitral e revisão do laudo arbitral, além de sua anulação, em casos previstos em rol taxativo.

A retificação do laudo arbitral é semelhante aos embargos declaratórios, sendo utilizada para esclarecimento de omissões e retificação de pequenos erros contidos no laudo.

Por sua vez, a interpretação do laudo arbitral pode ser solicitada quando há divergência entre as partes acerca do significado da decisão. A revisão do laudo arbitral é cabível quando um fato anterior ao laudo e capaz de alterar o sentido é descoberto posteriormente.

A anulação do laudo arbitral é possível com base em cinco motivos, que são *numerus clausus*: (i) quando o tribunal não foi constituído de modo apropriado; (ii) quando o tribunal arbitral excedeu seus poderes; (iii) quando houve corrupção de um dos membros do tribunal; (iv) quando houve descumprimento grave de uma norma procedimental e (v) quando o laudo arbitral não motivou de modo adequado as razões da decisão.

Os laudos arbitrais proferidos são vinculantes, finais e não podem ser objeto de revisões externas. Entre as vantagens do órgão, está o caráter autônomo e exclusivo dos laudos arbitrais em relação às legislações nacionais, o que permite a execução direta da decisão.

Contudo, uma grande dificuldade do investidor é a execução de um laudo que lhe seja favorável. Para facilitar o *enforcement* do laudo, prevê-se a possibilidade de execução em um terceiro país, em que o Estado parte na controvérsia detenha ativos.

Com relação ao direito aplicável pelos árbitros para solução da controvérsia, a

escolha incumbe às partes, as quais podem indicar como regras aplicáveis o direito do Estado receptor do investimento, o direito de um terceiro Estado ou as regras de direito internacional, sendo também possível a *dépeçage*. Contudo, quando as partes não escolhem o direito aplicável, a Convenção de Washington determina em seu artigo 42 que o tribunal arbitral deve aplicar as normas do Estado receptor de investimento e as normas de direito internacional. Este dispositivo ensejou muitas discussões doutrinárias, pois há autores que defendem que as normas de direito internacional deveriam ter aplicação meramente subsidiária, enquanto outros entendem que tais normas podem ser livremente aplicadas pelos árbitros.¹⁹³

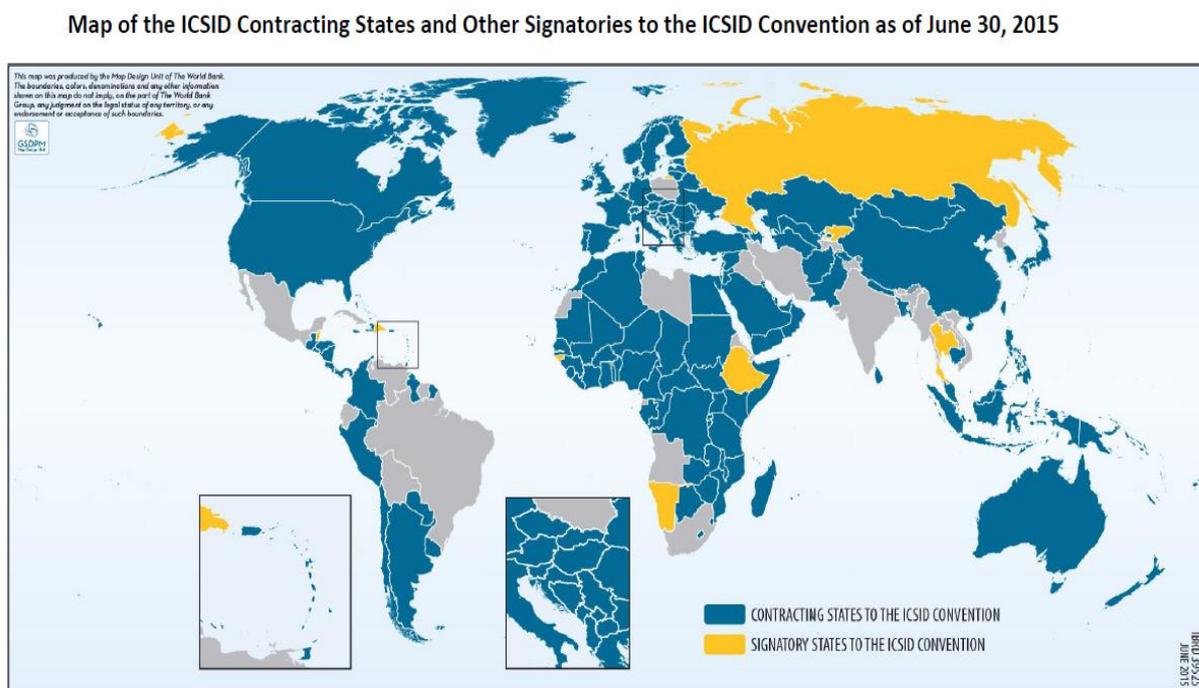
Em suma, o ICSID é a principal instituição apta a realizar procedimentos de arbitragem de investimentos. Seu acesso está disponibilizado para os 150 Estados que ratificaram a Convenção de Washington. O grande número de ratificações da Convenção (quase igual ao número de Estados membros da OMC) revela a importância deste Centro. A figura 1, apresentada na sequência, indica os Estados que assinaram e ratificaram a Convenção e possuem acesso ao ICSID.

Todavia, três Estados latino-americanos optaram por denunciar a Convenção de Washington, retirando seu consentimento à arbitragem do ICSID (Bolívia, Equador e Venezuela) e outros dois Estados (México e Brasil) ainda não a ratificaram.

Nesse contexto, sobressai a necessidade de refletir acerca dos motivos pelos quais a América Latina possui uma posição tão particular com relação a uma instituição internacionalmente aceita e reconhecida no campo de proteção dos investimentos estrangeiros diretos – o que será objeto de reflexão no capítulo seguinte.

¹⁹³ Cf. GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas. The Meaning of “and” in article 42 (1), second sentence, of the Washington Convention: the role of international law in the ICSID choice of law process. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v.18, n. 2, p. 375-411, 2003.

Figura 01 – Estados que assinaram e ratificaram a Convenção de Washington de 1965 até 30 de junho de 2015



Fonte: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Caseload Statistics 2015-2**. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(English).pdf)>. Acesso em: 10 out. 2015.

CAPÍTULO 2 A POSTURA LATINO-AMERICANA DIANTE DA CONVENÇÃO DE WASHINGTON DE 1965 E DOS ACORDOS DE INVESTIMENTO

*Así, si bien el CIADI nunca ha sido un foro de resolución de controversias pacífico pues ya en sus inicios de labores encontramos comentarios que manifiestan cierto descontento, en la actualidad se encuentra atravesando por un momento crucial ante la postura de acoso y derribo adoptada y liderada por los países latinoamericanos.*¹

Sonia Rodríguez Jiménez

2.1 Panorama da atração de investimentos estrangeiros diretos na América Latina

Segundo o relatório apresentado em 2015 pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), as entradas de investimento estrangeiro direto na região saltaram de 50 bilhões de dólares para aproximadamente 190 bilhões de dólares entre os anos de 2003 a 2013. No ano de 2014, a região recebeu a soma de 158,803 bilhões de dólares de IED.²

Todavia, constata-se uma alta concentração das entradas de IED em poucos países. Apenas cinco países latino-americanos são responsáveis pelo recebimento de 80% de todo o investimento estrangeiro direto destinado à região. São eles: Brasil, México, Chile, Colômbia e Peru.³

Além dos aspectos quantitativos, cumpre verificar os aspectos qualitativos do IED. Os dados fornecidos pela CEPAL demonstram que 17% das entradas totais de IED destinam-se ao setor de recursos naturais, como a prospecção e exploração de petróleo e gás. Ao mesmo tempo, 36% do IED recebido destina-se ao setor de manufaturas e 47% ao setor de serviços.⁴

Por sua vez, os projetos em setores de alta e média-alta tecnologia são escassos e concentrados em poucos países. Com efeito, projetos de investimento destinados a indústrias

¹ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. El arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica. Nuevas tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia. In: MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (Coord.). **Contratación y arbitraje internacionales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 423-483, 2010. p. 423.

² COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL. **La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe**. Santiago, 2015. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/la-inversion-extranjera-directa-en-america-latina-y-el-caribe-2015-documento>>. Acesso em: 01 set. 2015. p. 19.

³ Ibid., p. 37.

⁴ Ibid., p. 23.

de alto conteúdo tecnológico ou a atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D) encontram-se altamente concentrados nas duas maiores economias da região: Brasil e México.

No que tange ao fluxo de investimentos estrangeiros diretos emanados da América Latina e Caribe e dirigidos ao exterior, as saídas de IED da região totalizaram 29,162 bilhões de dólares em 2014.⁵ A maior parte das chamadas “empresas translatinas” são originárias de apenas quatro países (Brasil, Chile, Colômbia e México) e investem não apenas nos países vizinhos, mas também nos EUA e na União Europeia.

Estes dados retratam o grande volume de IED destinado à América Latina, ao mesmo tempo em que demonstram o fortalecimento das empresas da região, as quais impulsionam os seus projetos de investimento no exterior. O que torna esses números particularmente interessantes é o fato de que, não obstante o grande volume de IED dirigido a esta região e dela emanado, muitos países latino-americanos começaram a questionar o regime internacional de proteção do investimento estrangeiro, inclusive existindo aqueles que adotaram posturas radicais, optando por abandonar o sistema.

Não se ignora que a América Latina constitui região com profundas diferenças, seja do ponto de vista econômico, social, histórico, político ou jurídico, o que torna evidente a dificuldade de avaliar a postura desses países de modo uniforme. No campo dos investimentos, por exemplo, enquanto o Brasil recebeu aproximadamente 63 bilhões de dólares de IED em 2014, o Paraguai recebeu apenas 236 milhões, no mesmo período.⁶ São evidentes as diferenças encontradas no fluxo de investimentos recebidos e emanados dos países que compõem a América Latina⁷.

Por tais razões, ante a óbvia impossibilidade de tratar de modo uniforme um cenário tão díspar como este, a análise aqui empreendida concentra-se apenas nos exemplos mais emblemáticos para o direito internacional dos investimentos, ou seja, aqueles países que se tornaram alvo de maior controvérsia perante os acordos de investimento ou arbitragens de investimento. Este é o caso da Argentina, que sofreu inúmeras condenações arbitrais; da Bolívia, do Equador e da Venezuela, que denunciaram a Convenção de Washington; do México e do Brasil, que não ratificaram a Convenção, sendo que o Brasil também não ratificou nenhum BIT.

⁵ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL. **La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe**. Santiago, 2015. p. 33. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/la-inversion-extranjera-directa-en-america-latina-y-el-caribe-2015-documento>>. Acesso em: 1 set. 2015.

⁶ Ibid., p. 56.

⁷ Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Guiana, Guiana Francesa, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Porto Rico, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.

A observação da postura da América Latina diante do regime de proteção do IED permite constatar ao menos três fases distintas e marcantes.

Inicialmente, os países latino-americanos demonstraram-se contrários à assinatura de acordos de investimento e à criação do ICSID. Nos anos 60, manifestaram sua oposição ao projeto do Banco Mundial de criar uma instituição especializada em resolver disputas relativas a investimentos, naquilo que se tornaria conhecido como “El no de Tokyo” ou “O não de Tóquio”.

Essa primeira fase de temor e relutância seria radicalmente alterada no decorrer dos anos 90. Em um novo contexto, marcado por políticas de liberalização comercial, os países reavaliaram sua posição, decidindo aderir ao texto da Convenção de Washington de 1965, para ter acesso ao ICSID. Além disso, diversos Estados latino-americanos celebraram inúmeros BITs entre si e com países desenvolvidos, com vistas a estimular o crescimento econômico através da atração dos investimentos estrangeiros diretos.

Contudo, na última década, a crise financeira vivenciada pela Argentina e as várias nacionalizações promovidas por alguns Estados, como a Bolívia e a Venezuela, desencadearam grande número de reclamações no âmbito do ICSID, principalmente por parte de investidores originários dos EUA e de países europeus. Consequentemente, o número de arbitragens no Centro multiplicou-se, o que despertou a crescente desconfiança por parte dos países latino-americanos e propiciou o ressurgimento de políticas hostis ao investimento estrangeiro direto.

Tal relutância pode ser verificada empiricamente diante da política adotada por estes países, como os vários pedidos de anulação de laudos arbitrais proferidos pelo ICSID por parte do governo argentino; bem como as denúncias da Convenção por parte da Bolívia, Equador e Venezuela, além da proposta de criação de um centro regional para solução de controvérsias relativas a investimentos no âmbito da Unasul.

Além disso, alguns países da América Latina sequer ratificaram a Convenção, como é o caso do México e Brasil, as mais importantes economias da região. Com efeito, conforme inicialmente apontado, projetos de investimento destinados a indústrias de alto conteúdo tecnológico ou a atividades de pesquisa e desenvolvimento concentram-se nestes dois Estados, mas nenhum deles ratificou a Convenção de Washington até o presente momento.

Uma das maiores preocupações destes países com relação à arbitragem de investimentos relaciona-se ao temor de que a soberania dos Estados seja restringida e sua capacidade regulatória seja limitada, em troca da criação de um ambiente atrativo aos

investidores, o que pode gerar um regime internacional de investimentos em que os interesses destes estarão amplamente preservados, em detrimento do poder de ação do Estado. Eis um dos motivos de resistência dos países latino-americanos ao regime internacional de proteção do IED, que é percebido como um regime assimétrico, incapaz de contemplar os interesses dos Estados.

Essas três fases distintas da postura latino-americana, seja com relação ao ICSID ou com relação aos BITs, serão objeto de reflexão. Com isto, almeja-se compreender o modo pelo qual os anseios destes países podem ser contemplados no atual cenário internacional, caracterizado pela reformulação e reestruturação do direito internacional dos investimentos.

2.2 Primeiros anos: proteção diplomática, o surgimento da doutrina Calvo e a hostilidade latino-americana

No direito internacional público clássico, somente eram considerados sujeitos de direito internacional os Estados soberanos e as organizações internacionais.⁸ Por tal razão, o acesso à jurisdição da Corte Internacional de Justiça (CIJ) restringe-se aos Estados e não está disponível para apreciar demandas submetidas por particulares.

Destarte, a apreciação de reclamações de investidores perante a jurisdição internacional da Corte só poderia ser viabilizada mediante a intervenção do seu Estado de origem, através do instituto que se tornou conhecido como “proteção diplomática”. Deste modo, apesar de um investidor estrangeiro não ser considerado um sujeito de direito internacional, seu caso podia ser submetido à CIJ mediante uma reclamação ajuizada pelo seu Estado de origem.

O primeiro caso em que a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPIJ) analisou esta possibilidade foi o caso *Mavrommatis*⁹, julgado em 1924. Naquele caso, o cidadão grego *M. Mavrommatis*, que celebrara contratos de concessão com o Reino Unido, teve seus direitos violados, o que lhe causou prejuízos de ordem financeira. Em decorrência, a Grécia aceitou proteger os interesses de seu nacional, iniciando a reclamação contra o Reino Unido perante a Corte.

⁸ Na concepção tradicional do Direito Internacional Clássico, apenas os Estados e as organizações internacionais são sujeitos de direito internacional. Contudo, com a evolução das relações internacionais, a doutrina internacionalista mais recente começou a reconhecer a existência de outros sujeitos, como o indivíduo, as empresas e as ONGs.

⁹ *Mavrommatis Palestine Concessions Case (Greece v. United Kingdom)*, Permanent Court of International Justice, 1924.

Na ocasião, a Corte confirmou esta possibilidade e pronunciou-se no sentido de que a proteção diplomática confere ao Estado o direito de proteger os seus nacionais quando estes forem prejudicados por atos contrários ao direito internacional, cometidos por outro Estado, e desde que não tenham sido capazes de obter reparação através das vias ordinárias.¹⁰ Em síntese, a proteção diplomática é mecanismo relacionado à responsabilidade de um Estado por danos causados a particulares nacionais de outro Estado.

Uma definição apropriada da proteção diplomática é encontrada no Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU em 2006:

*For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.*¹¹

A concepção da proteção diplomática tem suas raízes no pensamento de Emmerich de Vattel, segundo o qual o indivíduo não tem personalidade jurídica no direito internacional e, portanto, um dano causado a ele deve ser considerado um dano contra o seu Estado de origem – o qual, em consequência, adquire o direito de protegê-lo.¹²

Mediante o exercício da proteção diplomática, o Estado assume a reclamação do seu nacional, a qual se torna uma reclamação do próprio Estado. Assim, o Estado de nacionalidade do cidadão prejudicado torna-se parte da controvérsia, excluindo a participação deste nacional na solução do caso.

Esta ideia também foi assentada pela CPIJ ao proferir sua decisão no caso *Mavrommatis*, como pode ser vislumbrado no trecho abaixo:

¹⁰ —*It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels.*” *Mavrommatis Palestine Concessions Case (Greece v. United Kingdom)*, Permanent Court of International Justice, 1924.

¹¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft Articles on Diplomatic Protection**. Genève, 2006.

¹² —*Private persons who are members of one nation, may offend and ill-treat the citizens of another, and may injure a foreign sovereign: — it remains for us to examine what share a state may have in the actions other citizens, and what are the rights and obligations of sovereigns in this respect. Whoever offends the state, injures its rights, disturbs its tranquillity, or does it a prejudice in any manner whatsoever, declares himself its enemy, and exposes himself to be justly punished for it. Whoever uses a citizen ill, indirectly offends the state, which is bound to protect this citizen; and the sovereign of the latter should avenge his wrongs, punish the aggressor, and, if possible, oblige him to make full reparation; since otherwise the citizen would not obtain the great end of the civil association, which is, safety.*” VATTEL, Emmerich de. **The law of nations or principles of the law of nations applied to conduct and affairs of nations and sovereigns** – edited by Joseph Chitty. 6. ed. T. & J.W. Johnson Law Booksellers: Philadelphia, 1844. p. 161.

By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law. The question, therefore, whether the present dispute originates in an injury to a private interest, which in point of fact is the case in many international disputes, is irrelevant from this standpoint. Once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is sole claimant.¹³

Contudo, alguns inconvenientes inerentes à proteção diplomática fazem dela um instrumento insuficiente para proteger um investidor estrangeiro que teve seus direitos violados pelo Estado receptor do investimento.

Entre esses inconvenientes, talvez o maior deles seja a natureza discricionária deste instituto. Com efeito, a proteção diplomática não é uma obrigação, mas uma mera faculdade do Estado, o qual goza de discricionariedade ampla e absoluta de exercê-la ou não. Além disso, se o Estado do estrangeiro lesado aceitar proteger os interesses deste indivíduo, caberá apenas ao Estado transacionar quanto à forma e valor de indenização devida – o sujeito efetivamente lesado não participará desta decisão.

Outro inconveniente diz respeito à exigência de esgotamento de recursos internos.¹⁴ Para que o Estado possa exercer a proteção diplomática de seu nacional, acionando o Estado causador do dano perante os mecanismos internacionais disponíveis, exige-se que o cidadão prejudicado tenha previamente recorrido às instâncias jurisdicionais disponíveis no plano interno. Assim, em matéria de investimentos estrangeiros, o investidor deve comprovar que exauriu todos os meios internos disponíveis no Estado receptor de investimentos antes de iniciar os procedimentos internacionais. Por razões óbvias, essa regra desatende o interesse dos investidores, uma vez que acarreta maiores custos financeiros e dispêndio de tempo.

Além da exigência de exaurimento das vias internas, o exercício da proteção diplomática é condicionado ao requisito da nacionalidade. Um Estado só pode exercer a proteção diplomática de seus nacionais. No caso de pessoas naturais, a nacionalidade é verificada conforme o ordenamento jurídico de cada Estado.

¹³ *Mavrommatis Palestine Concessions Case (Greece v. United Kingdom)*, Permanent Court of International Justice, 1924. (Grifo nosso.)

¹⁴ Cf. SCHREUER, Christoph. *Calvo's grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration. The law and practice of international courts and tribunals*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005.

Um dos casos mais célebres a discutir a nacionalidade de uma pessoa natural para efeitos de proteção diplomática foi o caso *Nottebohm*¹⁵. Por sua vez, a nacionalidade das pessoas jurídicas suscita um número ainda maior de controvérsias. O caso mais famoso a discutir a nacionalidade de uma pessoa jurídica como exigência para o exercício da proteção diplomática foi o caso *Barcelona Traction*¹⁶.

Neste caso, a Bélgica solicitou à Corte Internacional de Justiça a proteção diplomática de seus nacionais por danos que sofreram em uma empresa constituída por eles no Canadá. Ao proferir sua decisão, a Corte entendeu que a Bélgica não poderia exercer a proteção diplomática, o que caberia ao Canadá, por ser este o local onde a empresa estava constituída. Assim, nesta famosa decisão, entendeu-se que a nacionalidade da pessoa jurídica dependeria do local de sua constituição. Portanto, caberia apenas ao Estado do local de constituição da empresa exercer a proteção diplomática do investidor.

Outras hipóteses foram levantadas em decisões posteriores, como a possibilidade de aferir a nacionalidade da empresa no local de sua sede administrativa e controle financeiro. Uma terceira hipótese identifica a nacionalidade da pessoa jurídica por meio do critério de controle, ou seja, deve-se verificar a nacionalidade dos acionistas controladores. Assim, o Estado de origem destes acionistas seria parte legítima a exercer a proteção diplomática.

Além das dificuldades já elencadas quanto ao emprego da proteção diplomática, há ainda um efeito igualmente indesejável: corre-se o risco de provocar tensões que abalam as relações políticas entre os Estados.

¹⁵ Neste caso, que se desenrolou perante a Corte Internacional de Justiça entre 1951 e 1955, o Principado de Liechtenstein buscou exercer proteção diplomática em favor do cidadão Friedrich Nottebohm e contra a Guatemala. Friedrich Nottebohm nasceu na Alemanha em 1881. Em 1906, mudou-se para a Guatemala, onde estabeleceu sua residência e o centro de suas atividades empresariais. Em 1939, após a Alemanha ser invadida pela Polônia, Nottebohm pediu e obteve a nacionalidade de Liechtenstein. Contudo, em 1943, autoridades da Guatemala o prenderam e extraditaram para os Estados Unidos. Ao ser libertado, tentou retornar para a Guatemala, mas sua entrada foi impedida, além de ter os seus bens expropriados. Em seguida, o senhor Nottebohm passou a morar em Liechtenstein, razão pela qual este país aceitou exercer a sua proteção diplomática, acionando a CIJ e requerendo indenização a ser paga pela Guatemala. Por sua vez, a Guatemala apresentou diversas alegações, dentre as quais argumentava que o pedido seria inadmissível porque Nottebohm não poderia ser considerado cidadão nacional de Liechtenstein e, portanto, este país não poderia exercer a proteção diplomática. A CIJ aceitou os argumentos da Guatemala e julgou inadmissível o pedido de Liechtenstein. Na visão da Corte, a nacionalidade deve ser efetiva e real, para que seja aceita e reconhecida internacionalmente pelos outros Estados. Entendendo estar ausente um laço de ligação entre Nottebohm e Liechtenstein, tal qual aquele que havia entre ele e a Guatemala, a Corte rejeitou o pedido. Cf. SALIBA, Aziz Tuffi. Nacionalidade brasileira e Direito Internacional - Um breve comentário sobre a Emenda Constitucional n. 54/2007. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 45, n. 180, p. 79, out./dez. 2008.

¹⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, International Court of Justice, February 5, 1970.

Por todas as razões apresentadas, o mecanismo da proteção diplomática não é considerado o mais apropriado para resolver controvérsias relativas a investimentos estrangeiros, tal como sintetizado no trecho abaixo transcrito:

*Lo Stato nazionale dell'investitore potrebbe agire a livello internazionale esercitando la protezione diplomatica, tuttavia, alcuni aspetti propri di tale istituto ne limitano la portata quale strumento efficace di salvaguardia dell'investitore, i cui interessi potrebbero, quindi, non essere adeguatamente tutelati. In primo luogo, non vi è per gli Stati alcun obbligo di esercitare la protezione diplomatica [...]. Inoltre, anche nel caso in cui lo Stato nazionale dell'investitore decida di agire in protezione diplomatica, esso è libero di concordare con lo Stato ospite i termini di soluzione della controversia e l'ammontare dell'indennizzo che quest'ultimo è tenuto a pagare all'investitore, ammontare che è spesso di gran lunga inferiore all'indennizzo pieno.*¹⁷

Não obstante estas dificuldades, a proteção diplomática exerceu um importante papel no estágio inicial de proteção dos investimentos estrangeiros diretos.¹⁸ Inclusive, as decisões da CPJI e da CIJ possuem um forte peso que influencia até mesmo as decisões dos tribunais arbitrais mais recentes.¹⁹ Contudo, os inconvenientes do instituto impulsionaram o advento de outros mecanismos, sobretudo a arbitragem, o que fez com que a proteção diplomática aos poucos perdesse o seu espaço.²⁰

Além disso, no final do século XIX, em diversas situações, a proteção diplomática foi utilizada de modo abusivo, sobretudo na América Latina, onde foi aliada ao emprego de pressões militares, políticas e econômicas dos Estados mais fortes com relação aos Estados mais fracos.

Com efeito, diversos Estados desenvolvidos, credores de Estados latino-americanos, realizaram intervenção econômica e militar na região, a pretexto de exercerem a proteção diplomática de seus cidadãos.

Entre os exemplos mais notáveis, é possível elencar o bloqueio dos portos argentinos pela França entre 1838 e 1849 a pretexto de proteger a propriedade e créditos de

¹⁷ MAURO, Maria Rosario. **Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003. p. 329. (grifo nosso.)

¹⁸ Entre as principais decisões da CIJ em matéria de investimentos, podemos citar o caso *Anglo Iraniano, Interhandel, Barcelona Traction, Elettronica Sicula*.

¹⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 182.

²⁰ —*Diplomatic protection amounts to a rather limited and anachronistic method for the resolution of investment disputes, reminiscent of an earlier age of gunboat diplomacy*. [...] *As noted at the outset, in the overwhelming majority of cases, a method other than diplomatic protection will be used to settle investment disputes.*” MUCHLINSKI, Peter. The diplomatic protection of foreign investors: a tale of judicial caution. In: BINDER, Christina et al. (Org.). **International Investment Law for the 21st Century: essays in honour of Christoph Schreuer**. Oxford: Oxford University, 2009. p. 362.

seus cidadãos; bem como a intervenção da Inglaterra e França no Rio da Prata entre 1843 e 1850; a invasão do México pela França e bloqueio de seus portos em 1838, naquilo que ficou conhecido como *“pastry war”*; o ataque ao México entre 1861 e 1867, novamente pela França, apoiada dessa vez pela Espanha e Inglaterra; e também o bloqueio da costa da Venezuela entre 1902 e 1903, por parte da Alemanha, Inglaterra e Itália, que bombardearam Puerto Cabello.²¹

Os diversos e sucessivos episódios de intervenção militar na região, praticados em nome da proteção diplomática, desencadearam a forte oposição dos países latino-americanos. Consequentemente, foi nesta região que se desenvolveu a teoria que se tornaria conhecida como “Doutrina Calvo”, formulada para combater as condutas abusivas praticadas pelos países desenvolvidos.

A essência da Doutrina Calvo consubstancia-se na ideia de que os estrangeiros deveriam renunciar à proteção diplomática e submeter eventuais controvérsias aos tribunais locais do Estado, devendo ser assegurada a eles a mesma proteção jurídica garantida aos nacionais deste Estado.

Importa notar que referida doutrina foi concebida e formulada em um momento em que os países da América Latina precisavam encontrar defesas jurídicas para se proteger dos abusos da proteção diplomática e da intervenção armada em seus territórios.

Todavia, nem sempre a doutrina é bem compreendida – muitos a equiparam com a ideia de irresponsabilidade do Estado no cenário internacional. Trata-se de uma interpretação errônea. A ideia da Doutrina Calvo consistia, basicamente, em combater os abusos da proteção diplomática, mas ainda assim mantinha o comprometimento de assegurar determinadas garantias aos estrangeiros, desde que não superiores àquelas fornecidas aos nacionais do Estado.

Embora o jurista argentino Carlos Calvo seja considerado o criador desta teoria, alguns autores fazem referência às ideias do diplomata venezuelano Andrés Bello, o qual formulou a noção de igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, muito antes de Calvo.²² Estas ideias, que já teriam sido esboçadas na obra de Andrés Bello, seriam retomadas por Carlos Calvo e se tornariam conhecidas como Doutrina Calvo, estabelecendo que os estrangeiros não poderiam ter direitos e privilégios além daqueles concedidos aos nacionais e só poderiam buscar a reparação de danos sofridos perante as autoridades locais.

²¹ MONTT, Santiago. **State liability in investment treaty arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT generation.** Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 37.

²² Ibid., p. 41.

Em síntese, o pensamento central era aquele de assegurar o mesmo tratamento ao investidor estrangeiro e ao nacional, de modo que o primeiro não pudesse receber tratamento mais benéfico.

A respeito deste pensamento, são claras as palavras de Carlos Calvo, ao afirmar que os Estados não podem assumir responsabilidades maiores com os estrangeiros do que aquelas assumidas com seus cidadãos:

*La responsabilité des gouvernements envers les étrangers ne peut être plus grande que celle que ces gouvernements ont à l'égard de leurs propres citoyens. On ne saurait prétendre, en effet, que les droits d'hospitalité puissent restreindre le droit qui appartient à un gouvernement d'user de tous les moyens légaux pour pourvoir à la conservation de l'Etat, ou que les étrangers puissent obtenir une position privilégiée.*²³

Destarte, com base nesta concepção, a submissão de disputas relativas a investimentos estrangeiros estaria restrita às cortes locais, não sendo possível acessar os meios internacionais de solução de controvérsias. Além disso, na solução da disputa deveriam ser aplicadas as normas do Estado receptor do investimento, e não os padrões internacionais de proteção do investimento.

No âmago da doutrina, encontrava-se a exigência de exclusividade da jurisdição nacional e a aplicação do direito local. Com isso, os países latino-americanos almejavam combater os abusos da proteção diplomática, mas, ainda assim, almejavam atrair investimentos, mediante a garantia ao investidor estrangeiro dos mesmos direitos conferidos aos nacionais.

Embora os fundamentos da Doutrina Calvo não tenham obtido aceitação por parte dos EUA e de países europeus, essas ideias difundiram-se entusiasticamente na América Latina. Muitos contratos celebrados por países latino americanos no século XIX continham a “cláusula Calvo”. Esta cláusula especificava que as controvérsias seriam dirimidas pelos tribunais domésticos e o direito aplicável seria aquele do Estado receptor de investimentos, o que, em última análise, implicava na renúncia ao exercício da proteção diplomática.

A Doutrina Calvo influenciou a redação de alguns tratados internacionais, como a Convenção Drago-Porter de 1907, concluída na II Conferência da Paz em Haia, que proibia a intervenção militar de um Estado em outro para a cobrança de dívidas; e a Carta das Nações Unidas de 1945, a qual em seu artigo 2.3 proibiu o uso da força para proteger a propriedade

²³ CALVO, Carlos. **Le droit international théorique et pratique**: précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens. 5. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1896. t. 3. p. 138.

de estrangeiros no exterior. Além disso, a difusão dessas ideias não se restringiu à América Latina, mas também influenciou outros Estados, localizados na Ásia e na África.²⁴

As diversas tentativas de adoção de instrumentos internacionais para regular o investimento estrangeiro após a Segunda Guerra Mundial esbarravam na forte divergência de interesse entre os Estados. Os países latino-americanos, com base na Doutrina Calvo, insistiam na garantia do tratamento nacional, enquanto os países desenvolvidos exigiam a garantia de um padrão mínimo internacional de tratamento dos investidores, o que permitiria que o estrangeiro recebesse um tratamento mais favorável que o nacional. Inclusive, a formulação dos primeiros BITs permitiu diminuir a incerteza que pairava acerca da proteção devida ao investidor estrangeiro segundo as regras do direito internacional consuetudinário.

A concepção arraigada da Doutrina Calvo entre os países latino-americanos também explica a resistência inicial desses países em assinar a Convenção de Washington de 1965.

Com efeito, a oposição dos Estados latino-americanos ao estabelecimento de um foro onde os investidores pudessem iniciar o procedimento arbitral diretamente contra o Estado já era evidente desde os primeiros anos em que a Convenção começou a ser cogitada. Conforme bem definiu Paul Szasz, à época, essa oposição tornou-se cada vez mais profunda, uniforme e persistente.²⁵

Entre as principais razões para a oposição destes países à assinatura da Convenção, encontrava-se a ideia de que qualquer forma de intervenção por parte de um Estado com relação aos seus investidores operando no exterior equivaleria a uma interferência indevida nos assuntos internos do outro Estado – e os procedimentos previstos na Convenção meramente substituíam ou mascaravam essa intervenção.²⁶

Além disso, a aceitação da Convenção ofenderia a regra de que os estrangeiros deveriam receber o mesmo tratamento conferido aos nacionais. Afinal, a Convenção permite no artigo 42 a aplicação de normas de direito internacional:

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

²⁴ SHAN, Wenhua. Is Calvo dead? **The American Journal of Comparative Law**, Ann Arbor, v. 55, n. 1, p. 129, 2007.

²⁵ SZASZ, Paul C. The Investment Disputes Convention and Latin America. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 11, n. 2, p. 258, 1971.

²⁶ *Ibid.*, p. 260.

*the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.*²⁷

Portanto, esse dispositivo conflitava com uma das noções centrais da doutrina Calvo, de que um Estado não deveria sujeitar-se a outras regras além das suas próprias, em sua relação com os estrangeiros.

É curioso notar que a arbitragem comercial internacional era reconhecida na legislação de vários países latino-americanos, mas havia relutância na aceitação de arbitragem híbrida, a ser estabelecida diretamente entre particular e Estado. Essa modalidade era vista como uma tentativa de interesses estrangeiros em pressionar os Estados em desenvolvimento, afrontando a sua soberania local.²⁸

Portanto, o principal motivo de desconfiança dos países latino-americanos com relação ao ICSID não dizia respeito à estrutura do órgão, mas ao temor de que fosse utilizado em seu detrimento, implicando em redução de sua soberania, e em prol dos Estados desenvolvidos.

Por todos esses motivos, durante os primeiros anos de formulação e de estabelecimento do ICSID, os Estados da América Latina posicionaram-se contrários à participação neste órgão. No Encontro Anual da Junta de Governadores do Banco Mundial ocorrido em Tóquio em 1964, quando foi apresentada a Convenção de Washington, todos os países latino-americanos votaram contra a proposta, o que ficou conhecido como “o não de Tóquio”.²⁹

De fato, até meados de 1980, o cenário latino-americano foi marcado por uma política de *controle* dos investimentos.³⁰ A postura relutante destes países só começaria a apresentar sinais de mudança em uma fase posterior, quando o novo cenário econômico daria ensejo à política de liberalização e promoção dos investimentos.

À medida que os países latino-americanos tornaram-se desejosos de atrair investimentos do exterior, eles reconsideraram sua atitude diante da arbitragem de

²⁷ CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES, Washington D.C, 1965.

²⁸ ABBOTT, Alden F. Latin America and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, MA, v. 17, n. 1, p. 137, 1976.

²⁹ “In the event, as is well known, the World Bank went ahead with a resolution of the Board of Governors at the Annual Meeting in Tokyo to approve the Convention for submission to member governments. The resolution was passed, but with 21 countries - all the Latin American countries plus the Philippines - voting against. I believe this was the first time that a major resolution of the World Bank had been pressed forward with so much opposition – *—El No de Tokyo*” as the Latin American press called it.” LOWENFELD, Andreas F. The ICSID Convention: Origins and Transformation. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Athens, v. 38, n. 47, p. 54, 2009.

³⁰ DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 198.

investimentos. Muitos começaram a assinar a Convenção de Washington de 1965 e os BITs, o que fez com que a Doutrina Calvo e a cláusula Calvo caíssem em desuso.

Os BITs estabelecem padrões internacionais de proteção do investimento e acesso a mecanismos internacionais de solução de controvérsia, em franca oposição à Doutrina Calvo. Nos primeiros BITs, era ainda comum encontrar a exigência de exaurimento das vias domésticas antes de ser possível recorrer à arbitragem internacional, mas essa estipulação tornou-se cada vez menos frequente e os BITs mais recentes permitem o acesso direto à arbitragem internacional.³¹

Assim, aos poucos, tornou-se perceptível a transformação na atitude dos Estados latino-americanos, passando da total rejeição à ampla aceitação e reconhecimento do sistema internacional de proteção do IED. As palavras de Carlos García sintetizam este processo:—*No region of the world has so completely moved from a principle-based rejection of any international role in the protection of foreign investment, to its near wholesale acceptance as reflected in the signing of investment treaties.*”³²

2.3 Anos 80 e 90: as políticas de estímulo ao investimento estrangeiro e o boom dos BITs e da arbitragem investidor-Estado

No início dos anos 70, Paul Szasz, internacionalista que trabalhou diretamente no Banco Mundial e atuou na Secretaria do ICSID, publicou um artigo no qual analisava a relutância da América Latina com relação a este órgão. O autor concluía com a seguinte previsão: tão logo quanto estes países desejarem atrair investidores estrangeiros, movidos pela competição com outros Estados famintos por capital e dotados de regras mais flexíveis, e tão logo quanto os investidores perceberem a vantagem que podem ganhar a partir da confiança

³¹ Embora o exaurimento das vias domésticas não seja um requisito comum nos atuais BITs, o requerimento de acessar os tribunais domésticos antes de recorrer à arbitragem internacional está reaparecendo, o que levou alguns autores a falar em um “ressurgimento da doutrina Calvo”. Cf. SCHREUER, Christoph. Calvo’s grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration. **The law and practice of international courts and tribunals**. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005. Cf. SHAN, Wenhua. Is Calvo dead? **The American Journal of Comparative Law**, Ann Arbor, v. 55, n. 1, p. 123-163, 2007.

³² GARCIA, Carlos. All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration. **Florida Journal of International Law**, Gainesville, v. 16, n. 1, p. 318, 2004.

depositada na Convenção de Washington e comecem a insistir no acesso ao Centro, é muito provável que os já desgastados obstáculos para participação neste órgão irão desvanecer.³³

A previsão de Szasz iria se concretizar ao longo das duas décadas seguintes. Nos anos 80 e 90, a massiva e repentina proliferação dos BITs, seguida pela rápida difusão da Convenção de Washington de 1965, foi definida como um dos eventos mais marcantes do direito internacional.³⁴

Com efeito, ao longo dos anos 80 e 90, movidos por uma política de liberalização comercial, muitos países latino-americanos celebraram tratados bilaterais de investimento e aderiram ao texto da Convenção, objetivando propiciar crescimento econômico através da atração de investimentos estrangeiros diretos.

Embora o primeiro BIT tenha sido celebrado em 1959 entre Alemanha e Paquistão, foi apenas nos anos 70 que outros Estados desenvolvidos iniciaram seus próprios programas de BITs, como foi o caso dos EUA, França, Reino Unido, Áustria e Japão.³⁵ Naquele momento, os tratados eram celebrados entre países desenvolvidos (exportadores de capital) e países em desenvolvimento (importadores de capital).

As décadas que se seguiram seriam palco de uma verdadeira explosão no número de BITs. Em meados dos anos 90, atingiu-se a marca histórica de cerca de quatro acordos de investimento (em sua maioria, na modalidade de acordos bilaterais) assinados por semana.

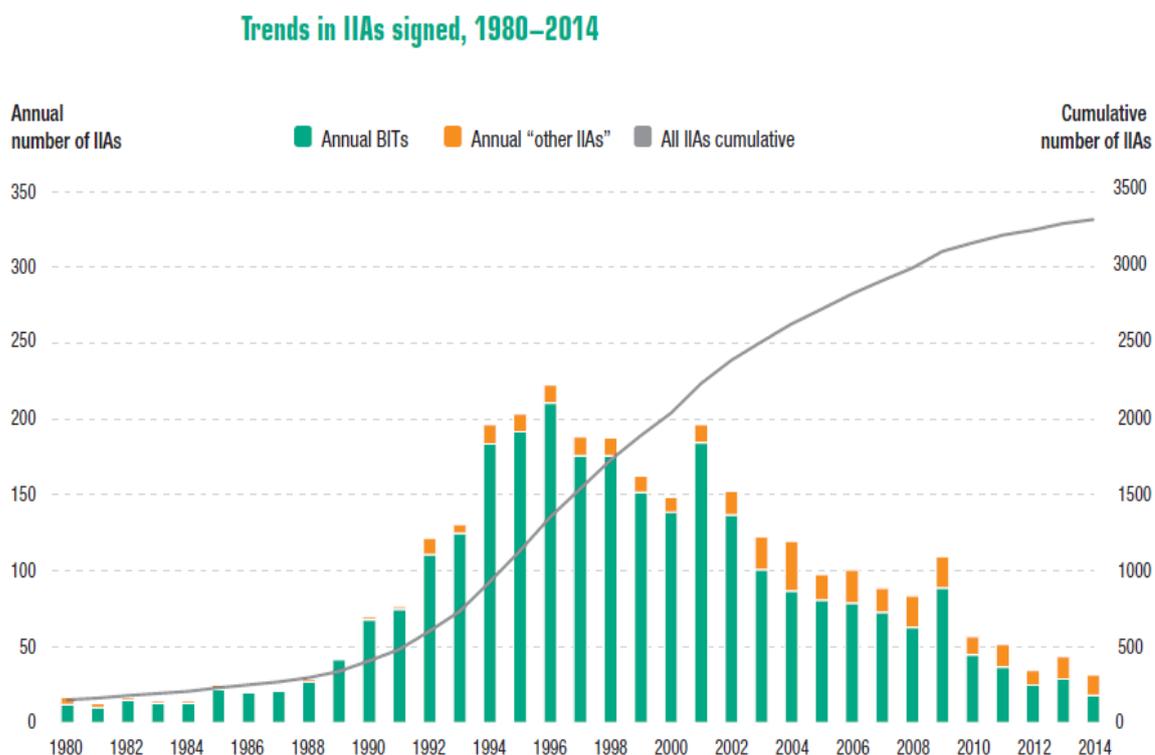
A figura 2, apresentada a seguir, demonstra o aumento no número de APPRIs assinados entre 1980 e 2014, seja na modalidade BITs ou em outras modalidades.

³³ —*But as long as countries wish to attract foreign investors, in part in competition with other capital-hungry and more flexible States, and as long as investors realize the advantage they can gain from reliance on the Convention and are therefore prepared to insist on access to the Centre, it is likely that out-worn obstacles to participation will one day be found to have faded away.*” SZASZ, Paul C. The Investment Disputes Convention and Latin America. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 11, n. 2, p. 265, 1971.

³⁴ VANDELDE, Kenneth J. The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty. **The American Journal of International Law**, Washington, D.C., v. 92, n. 4, p. 621, out. 1998.

³⁵ *Ibid.*, p. 628.

Figura 02 – Número de acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos assinados entre 1980 e 2014



Fonte: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **World Investment Report 2015: reforming international investment governance**. New York and Geneva: United Nations, 2015. p. 106. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Pages/Publications.aspx>>. Acesso em: 1 out. 2015.

Desde a assinatura do primeiro BIT em 1959 até o ano de 1989, foram celebrados aproximadamente 385 BITs. Porém, nos dez anos seguintes, esse número praticamente quintuplicou, alcançando o total de 1.857 BITs.³⁶

Atualmente, registra-se a existência de mais de 3.000 acordos de investimento. Segundo dados da UNCTAD, existem cerca de 2.926 BITs e 345 acordos de investimento de outras modalidades, totalizando 3.271 acordos – número que é constantemente atualizado pela instituição.³⁷

Ao menos 180 países do mundo já assinaram BITs e mais de 210 países fazem parte de alguma modalidade de acordo de investimento, sejam BITs ou acordos de âmbito regional.³⁸

Por meio da assinatura dos BITs, os países começaram a oferecer garantias aos investidores estrangeiros (os *standards* de proteção do investimento). Essas garantias eram reforçadas pela previsão de um mecanismo neutro de solução de conflitos: a arbitragem entre investidor e Estado, a ser realizada em órgãos como o ICSID. Portanto, a celebração dos BITs foi complementada pela concomitante difusão da Convenção de Washington de 1965, que começou a ser ratificada por um número cada vez maior de países. Assim, a generalização dos BITs contribuiu para a normalização do sistema do ICSID.³⁹

A inicial resistência dos países latino-americanos com relação à Convenção de Washington e ao ICSID desvaneceu no decorrer dos anos 80 e 90. Em ordem cronológica: Costa Rica e Paraguai assinaram a Convenção em 1981; El Salvador assinou em 1982; Haiti em 1985; Honduras, Equador e Belize, em 1986; Argentina, Bolívia, Peru e Chile assinaram a Convenção em 1991; Uruguai, em 1992; Colômbia e Venezuela tornaram-se signatárias em 1993; Nicarágua, em 1994; Panamá e Guatemala, em 1995. A República Dominicana assinou a Convenção em 2000, mas, assim como Belize, não chegou a ratificá-la. Brasil, Cuba e México figuram entre os poucos países que não assinaram a Convenção.

Concomitantemente à celebração dos BITs e ao processo de assinaturas da Convenção de Washington de 1965, os países promoveram reformas em suas legislações e

³⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Bilateral investment treaties 1959-1999**. New York and Geneva: United Nations, 2000. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Docs/poiteiid2.en.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015. p. 1.

³⁷ Ibid. **World Investment Report 2015: reforming international investment governance**. New York and Geneva: United Nations, 2015. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Pages/Publications.aspx>>. Acesso em: 01 out. 2015. p. 106.

³⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Investment Policy Hub**. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/>>. Acesso em: 17 set. 2015.

³⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 237.

princípios internos, de modo a propiciar a infraestrutura jurídica apta a contemplar os interesses dos investidores estrangeiros, através da criação de um ambiente juridicamente seguro para os seus investimentos.

De acordo com a UNCTAD, entre 1991 e 2006, das 2.533 mudanças operadas nas leis nacionais que regulam os investimentos estrangeiros, 2.305 foram adotadas para tornar o clima de investimentos mais favorável ao IED.⁴⁰

Ao assinar os BITs e a Convenção de Washington, os países latino-americanos optaram por renunciar a uma parcela de sua soberania, em prol da credibilidade que estimularia a atração de IED em seu território.

Uma das explicações mais célebres e recorrentes para justificar essa mudança radical na posição dos países, que até então se mostravam relutantes e até mesmo hostis, foi proposta por Andrew Guzman⁴¹. Sua explicação figura entre as mais citadas para justificar a difusão dos BITs.

O autor argumenta que a conduta dos países latino-americanos encerra um paradoxo: apesar de o conjunto destes países ter sempre demonstrado sua oposição a certas regras de proteção do investimento, como a Fórmula Hull, estes mesmos países começaram a assinar grande número de BITs, vinculando-se a obrigações ainda mais amplas.

Segundo Guzman, isso ocorre porque os países em desenvolvimento enfrentam o “dilema do prisioneiro”: considerando os interesses do grupo, é conveniente agir coletivamente e rejeitar as regras de interesse dos investidores, como a fórmula Hull. No entanto, considerando os seus interesses individuais, é mais conveniente assinar os BITs para obter vantagem na atração de investimentos. A esse respeito, explica o autor da teoria:

To understand the apparent paradox of the LDC struggle against the Hull Rule as customary international law and the simultaneous embracing of BITs that mandate even stricter investment protections, one must realize that developing countries have different interests when they behave as a group than they do when they behave individually. In other words, the decision of individual countries to sign bilateral agreements is not a sign that these agreements are in the interest of LDCs as a group, and the efforts of LDCs

⁴⁰ SACHS, Lisa E.; SAUVANT, Karl P. BITs, DTTs, and FDI flows: an overview. In: _____; _____. (Ed.). **The effect of treaties on foreign direct investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

⁴¹ GUZMAN, Andrew T. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 28, n. 1, p. 639-688, 1998; ELKINS, Zachary; GUZMAN, Andrew T.; SIMMONS, Beth. Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties 1960–2000. **International Organization**, Madison, v. 60, n. 4, p. 811-846, 2006.

*as a group to defeat the Hull Rule do not imply that an individual country would not want to embrace the rule for its own purposes.*⁴²

Portanto, individualmente, os países em desenvolvimento têm interesse em participar dos BITs para aumentar o volume de IED recebido e, com isso, auferir os benefícios desse IED em seu território.

De acordo com esta visão, a transformação que conduziu ao aumento exponencial no número de BITs foi motivada pela competição entre os países em desenvolvimento em assegurar condições vantajosas aos investidores e atrair investimentos para os seus territórios. Neste sentido, a origem dos BITs residiria na *competição por capital* entre os países em desenvolvimento, o que impeliu estes países a propiciar regimes de proteção muito favoráveis ao investidor.

Embora a explicação de Guzman, baseada na ideia de competição entre Estados, tenha sido criticada por alguns autores⁴³, a mesma explicação foi corroborada por outros especialistas⁴⁴.

Além dessa possível explicação, outros fatores podem ser acrescentados para compreender a súbita mudança de comportamento dos Estados latino-americanos – os quais, de ferrenhos adversários do sistema internacional de proteção do investimento estrangeiro, tornaram-se participantes e entusiastas desse sistema.

A mudança de posição dos Estados latino-americanos ao longo dos anos 80 e 90 só pode ser compreendida através da observação das alterações ocorridas nos cenários político e econômico, em âmbito internacional, neste período. De fato, os diversos eventos que se sucederam durante os anos 80 estimularam os Estados em desenvolvimento a liberalizar os seus regimes, de modo a atrair o investimento estrangeiro.

⁴² GUZMAN, Andrew T. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 28, n. 1, p. 669, 1998. (grifo nosso).

⁴³ —*The BIT generation is more accurately depicted as a virtual network. Because the treaties' key substantive provisions are worded in such similar terms, investors and countries are able to benefit from a single, relatively unified body of international investment law. As illustrated, it is the anticipation of that future body of law by the relevant players that constitutes the bulk of network effects in this case, lending BITs a particular credibility as compared to more idiosyncratic and lesser-known treaties. This is what ultimately motivated all members of the network to adopt essentially the same standards, rather than negotiate tailor-made provisions.*” MONTT, Santiago. **State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation**. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 122.

⁴⁴ “*There has been intense activity in the area of bilateral investment treaties. This activity results from a convergence of factors. Developing states are intent on attracting foreign investment, and there is competition for the investment that is available.*” SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 234.

Do ponto de vista econômico, a decisão de assinar acordos de investimento foi influenciada por uma necessidade econômica, decorrente da crise da dívida externa que assolou a região em meados dos anos 80.⁴⁵

Após um período de relativo crescimento econômico, os países latino-americanos mergulharam nos anos 80 em um período recessivo, marcado por altos índices de endividamento. A situação foi agravada pela crise financeira internacional, que reduziu o acesso destes países ao crédito. As instituições financeiras fonte de financiamento internacional começaram a formular novas regras e exigências para conceder empréstimos aos países da região. Diante da crise, muitos deles concordaram em adotar planos designados a atrair investimentos.

Entre estes planos, destacou-se aquele proposto em 1987 pelo economista John Williamsom e que se tornaria conhecido como “o consenso de Washington”. Tratava-se de uma espécie de consenso manifestado pelos países desenvolvidos sobre a natureza da crise latino-americana, bem como os meios de enfrentá-la. O pacote de reformas recomendado para a superação da crise propunha disciplina fiscal, liberalização do comércio, desregulação dos mercados internos e privatização de empresas públicas.

No mesmo período, deve ser considerado o processo de esgotamento do modelo de substituição de importações, que havia prevalecido na América Latina nas décadas anteriores e seria sucedido pela etapa do regionalismo aberto. A nova fase caracterizou-se pelo desenvolvimento de estratégias para posicionar a região no novo contexto econômico internacional, na busca de um comércio mais livre. Esses fatos, somados ao colapso do comunismo e ao advento das ideias neoliberais, são também apontados como fatores determinantes para o estabelecimento de um regime jurídico internacional mais amigável ao investimento estrangeiro.⁴⁶

Com efeito, houve uma mudança na percepção política dos Estados latino-americanos, o que conduziu à crença de que a entrada de IED em seu território seria um elemento desejável, pois auxiliaria em seu crescimento econômico. Naquele momento, a celebração de BITs, aliada à ratificação da Convenção de Washington, era percebida como um meio eficaz de aumentar o fluxo de IED.

Essa justificativa para a transformação na concepção dos países latino-americanos é corroborada pelo professor José Alvarez, segundo o qual os Estados em desenvolvimento se

⁴⁵ MOURA, Mary; CARBONNEAU, Thomas. **Latin American investment treaty arbitration: the controversies and the conflicts**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008. p. 15.

⁴⁶ YACKEE, Jason Webb, Are BITs Such a Bright Idea? Exploring the Ideational Basis of Investment Treaty Enthusiasm. **The UC Davis Journal of International Law and Policy**, Davis, v. 12, n. 195, p. 210, 2005.

aproximaram dos BITs e da Convenção de Washington porque acreditavam ser este o meio de atrair investimentos e auferir os benefícios dele resultantes. Neste sentido, Alvarez discorda da ideia defendida por Guzman, pois acredita que, tanto do ponto de vista individual quanto do ponto de vista coletivo, os países da região tinham razões suficientes para superar suas hostilidades à proteção do investimento e adotar políticas de estímulo ao IED:

Contrary to what Guzman contends, there are many explanations for the popularity of BITs with LDCs, not just one. The most prevalent, and the one most consistent with global events coinciding with the explosion of BITs after the end of the Cold War, is that LDCs turned to BITs roughly at the same time (and for the same reasons) that they turned towards liberalized capital flows and market approaches to running their economies: because they believed this was the best way to promote economic development. A global turn to economic liberalization in the 1990s, not a tit-for-tat defection from the NIEO in the 1970s, coincides with the turn to modern strong BITs and provides a powerful rationale for their proliferation. On this view, LDCs accepted treaties like the US Model BIT of 1987 because they sincerely believed in that treaty's grand bargain: the promise of capital flows in exchange for a promise to protect foreign capital now and in the future.⁴⁷

Portanto, os países assinaram BITs porque realmente acreditavam que esta seria a melhor maneira de promover crescimento e desenvolvimento econômico em seu território. Na visão destes países, além de possibilitar a *proteção*, o BIT favorecia a *promoção* dos investimentos. Ao assinar um BIT, o país estaria enviando um sinal positivo para os potenciais investidores⁴⁸, na medida em que oferecia previsibilidade e segurança jurídica, traduzida na concessão de privilégios ao investidor e na disponibilização de um mecanismo não submetido à soberania do Estado para assegurar esses privilégios.

Outro fator que explica a difusão das normas de proteção do investimento consistiu na crença dos Estados latino-americanos, naquele momento histórico, de que os custos de assinar os BITs, como a significativa redução de sua soberania, seriam menores que os benefícios que se lograva alcançar – nisto residiria a grande barganha dos acordos de investimento⁴⁹.

⁴⁷ ALVAREZ, José Enrique. **The public international law regime governing international investment**. Leiden: Brill Nijhoff, 2011. p. 132. (grifo nosso).

⁴⁸ —*In addition, BITs were increasingly being perceived as an effective investment promotion tool used by countries competing to attract FDI to send positive signals to potential investors that the country enjoyed a stable and predictable legal framework.*” EL-KADY, Hamed. An International Investment Policy Landscape in Transition: Challenges and Opportunities. **Transnational Dispute Management Journal**, Voorburg, v. 10, n. 4, p. 1, set. 2013. Disponível em: <<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1978>>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁴⁹ SALACUSE; Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, MA, v. 46, n. 1, p. 67-75, 2005.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, a atitude dos países em desenvolvimento havia se concentrado no controle de sua economia e de seus recursos naturais, restringindo a operação de empresas estrangeiras no território. Prevalencia o controle quanto à admissão dos investimentos, sendo possível condicionar sua entrada a determinados requisitos ou proibir os investimentos estrangeiros em determinados setores. Naquele momento, não se logrou alcançar consenso quanto às normas de proteção do investimento. Nos anos 80, esse quadro seria revertido, com o sucessivo dismantelamento das restrições à entrada e operação do investimento estrangeiro, aliados ao oferecimento de garantias em nível nacional e internacional, contra medidas contrárias ao interesse dos investidores. A partir desse período, começou a emergir um regime jurídico internacional de proteção do IED. Diminuíram as restrições à admissão do IED, aumentaram os fluxos de capital e a aceitação da arbitragem entre investidor e Estado se generalizou.

2.3.1 Políticas de estímulo à atração de IED

Não obstante a mudança de postura manifestada pelos países da América Latina, é curioso notar a situação peculiar do Brasil. Na década de 90, marcada por políticas de liberalização comercial e pela busca de atrair IED, o país seguiu a tendência verificada nos países vizinhos e celebrou catorze tratados bilaterais de investimentos.

Entre os anos de 1994 e 1999, o Brasil celebrou BITs com os seguintes países: Chile; Venezuela; Cuba; Dinamarca; Finlândia; França; Alemanha; Itália; Coreia do Sul; Holanda; Portugal; Suíça; Bélgica e Luxemburgo; Reino Unido. Dentre estes, apenas seis chegaram ao Congresso Nacional: aqueles celebrados com a França, Alemanha, Suíça, Portugal, Chile e Grã Bretanha. Porém, todos foram retirados da pauta no ano de 2002. Portanto, nenhum tratado bilateral de investimentos foi jamais ratificado pelo país, tampouco a Convenção de Washington de 1965.

Entre os motivos que obstaram a ratificação dos BITs pelo Brasil, aponta-se a resistência do país aos mecanismos de solução de controvérsia diretamente entre investidor e Estado, isto é, a arbitragem híbrida. Além disso, entendeu-se, à época, que os textos dos acordos discriminariam o investidor nacional, o qual não gozaria da mesma proteção jurídica oferecida ao investidor estrangeiro. Outro fator polêmico dizia respeito à forma de

indenização prevista nos BITs em caso de expropriação, cujas regras conflitariam com os dispositivos constitucionais vigentes.⁵⁰

Diante de todas essas preocupações, os BITs não foram ratificados. Aliado a isto, cresceu o entendimento de que a ratificação de BITs ou mesmo a assinatura e ratificação da Convenção de Washington de 1965 seriam desnecessárias, uma vez que o país assegurava a proteção dos investidores estrangeiros em seu ordenamento jurídico, além de não possuir histórico de discriminação do capital estrangeiro ou expropriação sem pagamento de indenização. O ordenamento jurídico brasileiro já contém dispositivos que criam um ambiente propício para a atração de investimentos estrangeiros, pois protege contra expropriações arbitrárias e estipula limites ao poder de expropriar do Estado. Antes, o ordenamento jurídico brasileiro distinguia a empresa brasileira de capital nacional e de capital estrangeiro, mas a Emenda Constitucional 06/95 revogou o artigo 171 da Constituição Federal e este tratamento desigual não mais se aplica. Portanto, em virtude das diversas garantias asseguradas ao investidor estrangeiro no Brasil, seria desnecessário assinar BITs.

O Brasil detém uma situação muito particular no campo dos investimentos estrangeiros, pois, apesar de não ter ratificado nenhum BIT nem fazer parte do ICSID, é um dos principais destinos dos IED que ingressam na América Latina. Além disso, o país começa a assumir também o papel de exportador de capital.

Ressalvado o caso brasileiro, a maioria dos países latino-americanos assinou e ratificou a Convenção do ICSID e os BITs no decorrer da década de 1990.

A Argentina foi considerada, entre os países latino-americanos, aquele com legislação mais favorável ao investidor estrangeiro.⁵¹ A Constituição do país estabelece, em seu artigo 20, a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, declarando expressamente que os estrangeiros gozam dos mesmos direitos civis dos cidadãos nacionais, podendo exercer indústria, comércio e profissão, possuir bens, adquiri-los e aliená-los.

A principal lei argentina a regulamentar os investimentos estrangeiros é a lei n. 21.382 de 1976, a qual foi submetida a algumas alterações, dentre as quais a mais significativa foi introduzida pelo decreto 1853/93. Em linhas gerais, a lei estipula que os investidores estrangeiros podem realizar investimentos em qualquer setor da atividade econômica, sem necessidade de prévia aprovação, além daquela exigida para os investidores nacionais. Além disso, a lei prevê o direito do investidor estrangeiro repatriar seu

⁵⁰ AZEVEDO, Débora Bithiah. **Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados : Consultoria Legislativa, 2001. p. 9.

⁵¹ SHAN, Wenhua. Is Calvo dead? **The American Journal of Comparative Law**, Ann Arbor, v. 55, n. 1, p. 143, 2007.

investimento ou transferir lucros a qualquer momento, sem restrições, e dispõe também acerca da igualdade de tratamento entre investidores locais e estrangeiros.⁵²

No plano internacional, o país foi bastante ativo em ingressar em acordos de promoção e proteção de investimentos, tendo assinado cerca de 58 BITs entre 1990 e 2001, sendo que 55 entraram em vigor. Além disso, ratificou a Convenção de Washington em 1965 e outros instrumentos, como a Convenção de Seul de 1985 (que instituiu a MIGA); a Convenção de Nova York de 1958 e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975, também conhecida como Convenção do Panamá.

Os tratados concluídos pela Argentina tiveram o efeito de elevar os padrões de proteção do investimento estrangeiro além daqueles padrões de proteção conferidos aos investidores nacionais, inclusive ao possibilitar o acesso direto à arbitragem internacional. Por isso, em diversos casos arbitrais surgiu a alegação de que os BITs, por serem subordinados à Constituição argentina, seriam inconstitucionais, por violarem o princípio de igualdade entre nacionais e estrangeiros, elevando o tratamento do investidor estrangeiro acima dos padrões de tratamento dos investidores domésticos.

De modo similar, o Chile também foi bastante ativo em assinar BITs, elevando o padrão de tratamento garantido aos investidores estrangeiros além daquele proporcionado aos nacionais.

No ordenamento jurídico do Chile, que hoje é reconhecido como um dos principais destinos do IED que ingressa na América Latina, a fonte mais importante de regulamentação do investimento estrangeiro consiste no Decreto-lei n. 600 de 1974, também conhecido como Estatuto do Investimento Estrangeiro.

Como o decreto foi adotado em um período particular da história política chilena (ou seja, o período ditatorial vivenciado pelo país no decorrer dos anos 70 e 80), alguns autores defenderam que os investidores estrangeiros não poderiam gozar de um regime jurídico privilegiado previsto no Estatuto, mas deveriam sujeitar-se às mesmas regras aplicáveis aos investidores domésticos. Todavia, o decreto lei permanece ainda hoje em vigor.⁵³ Além deste decreto, merecem destaque as regulamentações adotadas pelo Banco Central do Chile e a Lei 18.657/1987.

⁵² TORTEROLA, Ignacio; GOSIS, Diego Brian. Argentina. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 14.

⁵³ BIGGS, Gonzalo. Chile. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 102.

No plano internacional, o Chile assinou cerca de 53 BITs, dos quais 40 foram ratificados e entraram em vigor. A maior parte desses tratados foi assinada no decorrer dos anos 90, com seus países vizinhos da América Latina ou países europeus. Além disso, o país assinou diversos acordos regionais.

O país assinou a Convenção do ICSID em 1991 e depositou o seu instrumento de ratificação neste mesmo ano. Assim como a Argentina, o Chile também é parte da Convenção de Seul de 1985, da Convenção de Nova York de 1958 e da Convenção do Panamá.

A Bolívia, assim como os seus vizinhos latino-americanos, também se engajou na proteção do investimento estrangeiro ao longo dos anos 90. Com efeito, durante os anos 80 e 90, o país vivenciou um processo de liberalização econômica e privatizações.

A proteção do investimento na Bolívia foi regulamentada pela lei n. 1182/1990. Esta lei, que previa a regra do tratamento nacional e proibia a proteção diplomática (dois resqúícios da Doutrina Calvo) foi alterada em 1997, pela lei n. 1770, que passou a permitir o recurso aos tribunais arbitrais internacionais.⁵⁴ Foi nesse contexto que a Bolívia assinou 23 BITs, entre os anos 1987 e 2002, dentre os quais apenas dois não foram ratificados.

Em maio de 1991, o país tornou-se signatário da Convenção de Washington de 1965, a qual entrou em vigor em 1995, ano em que foi depositado seu instrumento de ratificação. A Bolívia também assinou a Convenção da MIGA, a Convenção de Nova York e a Convenção do Panamá.

Todavia, este cenário começaria a se revertido com a vinda de um novo presidente ao país em 2006. Atualmente, a legislação que regulamenta o IED na Bolívia só é aplicável na medida em que não contrariar a nova Constituição adotada pelo país em 2009. Entende-se que há conflitos entre os dispositivos da nova Constituição e os dispositivos da lei no que tange ao livre movimento de capital; ao tratamento nacional e à arbitragem entre investidor e Estado.⁵⁵ Além disso, recentemente, o país procedeu à denúncia de diversos BITs (aqueles celebrados com Áustria; Alemanha; Países Baixos; Espanha; Suécia e Estados Unidos) e também da Convenção de Washington de 1965.

Na Colômbia, por sua vez, o investimento estrangeiro foi regulamentado pela lei n.9 de 1991, além da decisão 291 da Comunidade Andina (que apresenta importantes

⁵³ Em 2007, a Bolívia tornou-se o primeiro país a comunicar ao ICSID sua denúncia à Convenção. Além disso, o país denunciou os BITs celebrados com Áustria; Alemanha; Países Baixos; Espanha; Suécia e Estados Unidos.

⁵⁴ SHAN, Wenhua. Is Calvo dead? *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, v. 55, n. 1, p. 146, 2007.

⁵⁵ AGUIRRE, Fernando. Bolivia. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). *Latin American investment protections*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 53.

definições de investimento e investidor) e do decreto 2080/2000 e suas posteriores emendas. Em regra, a admissão de investimento estrangeiro direto não exige autorização do governo.

Quanto aos instrumentos internacionais de proteção do investimento, o país assinou um número limitado de acordos de investimento e a maioria deles tem origem relativamente recente. Ao contrário dos demais países da região, a maior parte desses acordos não foi assinada nos anos 90, mas somente na década posterior. Nesse sentido, a Colômbia teve um comportamento diferenciado dos outros países latino-americanos, assumindo uma “abordagem mais conservadora”⁵⁶.

Essa peculiaridade na posição a Colômbia pode ser justificada com base em duas razões distintas. A primeira explicação remonta ao BIT assinado entre Colômbia e Reino Unido em 1994, o qual continha os dispositivos tradicionais dos BITs, tais como o tratamento nacional; cláusula da nação mais favorecida; expropriação mediante o pagamento de indenização pronta, adequada e efetiva. Conforme uma exigência do ordenamento jurídico do país, o BIT foi apresentado à Corte Constitucional da Colômbia para sua aprovação. Em uma decisão de seis votos contra três, a Corte entendeu que o BIT entre Colômbia e Reino Unido era inconstitucional, principalmente no que concernia à forma de indenização devida no caso de expropriação e também porque contrariava a regra de igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, na medida em que garantia aos investidores ingleses um tratamento mais favorável do que aquele garantido aos investidores colombianos.

Posteriormente, a Corte proferiu uma decisão similar na análise do BIT assinado entre Colômbia e Cuba, o qual também foi reconhecido como inconstitucional. As duas decisões proferidas pela Corte Constitucional do país servem de explicação para o atraso na assinatura e ratificação dos BITs.⁵⁷

Até a presente data, a Colômbia assinou 17 BITs, mas só ratificou aqueles assinados com a China; Índia; Peru; Espanha e Suíça. Todavia, é importante ressaltar que o país faz parte de vários acordos de livre comércio firmados com os EUA, Canadá, México, Chile, dentre outros países.

A aceitação da arbitragem entre investidor e Estado foi menos problemática, haja vista que a Colômbia assinou a Convenção do ICSID em 1993 e a ratificou em 1997. Ademais, a Colômbia também é parte da Convenção que criou a MIGA e da Convenção de Nova York de 1958.

⁵⁶ SHAN, Wenhua. Is Calvo dead? *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, v. 55, n. 1, p. 152, 2007.

⁵⁷ *Ibid.*

No Equador, a regulamentação do investimento estrangeiro se amparava na legislação adotada em 1997 (*Ley de Promoción y Garantía de Inversiones*). Contudo, uma nova Constituição foi promulgada no país em 2008 e em 2010 entrou em vigor um novo Código para Produção, Comércio e Investimento (*Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*) para substituir a legislação anterior. O Código estabelece incentivos ao investimento e estipula um rol de direitos dos investidores.

Além disso, o país é parte de um considerável número de convenções internacionais de promoção dos investimentos estrangeiros, que foram assinadas no decorrer dos anos 90. Deste modo, o país tentou criar um regime jurídico voltado a encorajar os investimentos estrangeiros em seu território.

No decorrer dos anos 90, o Equador assinou cerca de 29 BITs e ratificou 24. Além disso, desde 1986 o país é signatário da Convenção de Washington de 1965, tendo depositado seu instrumento de ratificação no mesmo ano, e também é signatário da Convenção que criou a MIGA e da Convenção de Nova York de 1958. Todavia, assim como a Bolívia, o Equador procedeu à denúncia de vários BITs e da Convenção de Washington.

No ordenamento jurídico do México, a proteção do investimento estrangeiro encontra amparo na Lei de Investimento Estrangeiro (*Ley de Inversión Extranjera*) e em seu respectivo regulamento (*Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras*).⁵⁸ Em regra, não há restrições para indivíduos ou empresas estrangeiras desenvolverem atividade econômica no território mexicano, exceto em determinados setores considerados estratégicos.

O México foi bastante ativo em assinar tratados bilaterais de investimento, tendo celebrado aproximadamente 30 BITs desde 1995 até 2013, além de acordos regionais de livre comércio, como o acordo NAFTA, que contém em seu capítulo XI um regime amplo e liberal de proteção do investimento estrangeiro.

O México é parte da Convenção de Nova York de 1958 e da Convenção do Panamá. Contudo, não assinou a Convenção do ICSID nem aquela que instituiu a MIGA. A recusa do país em assinar a Convenção de Washington de 1965 se deve ao entendimento de que seria inconstitucional em face da Constituição mexicana.

Na Venezuela, em 1999 foi instituída a Lei de Promoção e Proteção do Investimento, aplicável aos investimentos nacionais e estrangeiros. O escopo da lei era

⁵⁸ VON WOBESER, Claus. México. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 364.

desenvolver um regime jurídico estável e previsível para propiciar um clima de segurança aos investidores e aos seus investimentos.⁵⁹

A lei continha uma definição ampla de investimentos, aos quais eram reconhecidos os padrões internacionais de proteção: tratamento nacional; tratamento justo e equitativo; proibição de tratamento discriminatório e arbitrário; exigência de indenização em caso de expropriação. Além disso, previa que as controvérsias relativas a investimentos estrangeiros poderiam ser submetidas aos tribunais locais ou à arbitragem local. O acesso à arbitragem internacional também seria possível, desde que previsto em um BIT. Em síntese, esses dispositivos representavam uma abordagem bastante liberal de proteção dos investimentos estrangeiros.

A Venezuela assinou BITs com muitos países, totalizando 30 BITs, dentre os quais apenas dois não entraram em vigor: aquele assinado com o Brasil e um BIT assinado em 2001 com a Itália.

Além disso, o país assinou a Convenção do ICSID em agosto de 1993 e a ratificou em maio de 1995, embora tenha procedido à sua denúncia em 2012. A Venezuela também é parte da Convenção que criou a MIGA; da Convenção de Nova York de 1958 e da Convenção do Panamá.

No Uruguai, embora não exista uma lei específica para a regulamentação do investimento estrangeiro, a sua proteção é contemplada na Lei n. 16.906/1998, conhecida como Lei de Promoção do Investimento e aplicada aos estrangeiros e nacionais.⁶⁰

No plano internacional, o país assinou cerca de 34 BITs, dentre os quais apenas quatro não foram ratificados. A maioria destes acordos foi negociada e entrou em vigor durante os anos 90. Ademais, em maio de 1992, o Uruguai assinou a Convenção de Washington de 1965, a qual entrou em vigor no país somente em 2000, mediante o depósito de seu instrumento de ratificação.

Por sua vez, o Peru também estabeleceu um regime jurídico voltado a apoiar o fluxo de investimentos e de comércio, o que teve início a partir dos anos 90 e incluiu a aprovação de diversas leis e regulamentos concebidos de modo a propiciar segurança aos investidores, incluindo o acesso a um mecanismo eficaz de solução de controvérsias.

⁵⁹ GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; PORCARELLI, Eduardo. Venezuela. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 364.

⁶⁰ BERGSTEIN, Jonas; GAMETTA, Alicia. Uruguay. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 539.

Entre os instrumentos jurídicos mais importantes no país, constam o Decreto Legislativo n. 662 e o Decreto Legislativo n. 757.⁶¹ O primeiro decreto confere alguns direitos aos investidores, tais como a não discriminação entre capital doméstico e internacional; tratamento igualitário a ambos e direito de transferência do capital para o exterior. Além disso, constam neste decreto alguns dispositivos que criam estabilidade no regime de tributação aplicável ao investidor. Já o Decreto Legislativo n. 757 fornece um guia para os investidores, sejam eles peruanos ou estrangeiros, estabelecendo princípios gerais aplicáveis ao seu investimento.⁶² Ambos os decretos reconhecem a possibilidade de solução de controvérsia por meio da arbitragem.

Em âmbito internacional, o Peru também concluiu diversos acordos. O país concluiu 33 BITs e todos foram ratificados e entraram em vigor. O país assinou a Convenção do ICSID em setembro de 1991, a qual entrou em vigor em setembro de 1993, e também assinou a Convenção da MIGA; a Convenção de New York de 1958 e a Convenção do Panamá.

No Paraguai, o investimento estrangeiro é protegido pelo artigo 107 de sua Constituição, que garante a livre concorrência, e pela Lei 117/91, a Lei do Investimento. Esta lei estabelece expressamente diversas proteções para os investidores domésticos e estrangeiros. Além disso, a lei de incentivos fiscais do país providencia incentivos fiscais para determinadas modalidades de investimento.

Na década de 1990, o Paraguai foi, assim como seus países vizinhos, igualmente ativo em concluir BITs, tendo assinado 28 acordos desta modalidade, dentre os quais 26 foram ratificados e entraram em vigor.⁶³

O Paraguai assinou em 1981 a Convenção de Washington de 1965, a qual entrou em vigor no país em fevereiro de 1983. O país também é parte da Convenção de Nova York de 1958, da Convenção do Panamá e da Convenção de Seul de 1985, que instituiu a MIGA.

Em geral, os demais países latino-americanos também seguiram a mesma tendência, promovendo reformas em suas legislações internas e negociando muitos BITs, com vistas a providenciar um regime jurídico estável e confiável para o investidor estrangeiro, ressalvado o caso brasileiro, já analisado.

⁶¹ BULLARD, Alfredo. Peru. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 497.

⁶² ORTIZ DE ZEVALLOS, Felipe. Reformas para um futuro mejor. In: GUÍA legal de negocios – invirtiendo em el Perú. 3. ed. Lima: PromPerú, 1998. p. 30.

⁶³ ZAVALA, Diego. Paraguay. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 470.

Na maioria dos casos, os BITs foram assinados com países da região ou com os EUA e países europeus, principalmente na década de 1990. El Salvador assinou 24 BITs e ratificou 20; Costa Rica assinou 22 BITs e ratificou 15; Panamá assinou 24 e ratificou 20; Nicarágua assinou 20 BITs e ratificou 15. No mesmo período, Cuba assinou cerca de 60 BITs e ratificou 41; Guatemala assinou 21 BITs e ratificou 17; a República Dominicana assinou 15 BITs e ratificou 12; Honduras assinou 12 BITs e ratificou 9. Belize assinou 7 BITs e ratificou 4 e, por fim, o Haiti também assinou 7 BITs, mas ratificou apenas 3.⁶⁴

Esse breve percurso demonstra como a mudança de posicionamento dos países latino-americanos generalizou-se nos anos 90, seja com relação às reformas promovidas em seu direito interno ou com relação à aceitação de instrumentos internacionais de proteção do investimento estrangeiro.

Se, até meados dos anos 80, os Estados latino-americanos não tinham se preocupado em aderir aos tratados bilaterais de investimento, no final dos anos 90 esses países tinham negociado cerca de 300 BITs.⁶⁵

Com exceção do Brasil, que não ratificou nenhum BITs assinado, e da Colômbia, que celebrou BITs em um período relativamente recente, no final dos anos 90 todos os países da América Latina tinham ratificado algum BIT, comprometendo-se a assegurar diversos padrões internacionais de tratamento ao investidor estrangeiro: tratamento nacional; cláusula da nação mais favorecida; tratamento justo e equitativo; indenização em caso de expropriação; plena proteção e segurança etc. Inclusive, em muitos deles constava a Fórmula Hull, que antes havia sido tão criticada e combatida.

Como consequência direta da ampla difusão dos BITs e da adesão à Convenção de Washington de 1965, houve um aumento bastante significativo no número de procedimentos arbitrais iniciados perante o ICSID.

2.3.2 O —baby boom’ da arbitragem de investimentos

Nos primeiros anos de criação do ICSID, poucos casos lhe eram submetidos. No período compreendido entre 1972 e 1992, apenas 28 casos foram iniciados.⁶⁶ Todavia, as

⁶⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Investment Policy Hub**. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/>>. Acesso em: 17 set. 2015.

⁶⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Bilateral investment treaties 1959-1999**. New York: United Nations, 2000. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Docs/poiteiid2.en.pdf>> Acesso em: 10 set. 2015.

duas décadas seguintes testemunharam um excepcional aumento nos pedidos de constituição de tribunal arbitral, como reflexo da generalização dos acordos de investimento, os quais continham cláusulas de solução de controvérsias diretamente entre Estado e investidor. Destarte, entre 1993 e 2013, foram registrados 431 casos perante o ICSID, o que corresponde a um número quinze vezes maior de casos do que aquele registrado nas duas décadas anteriores.⁶⁷

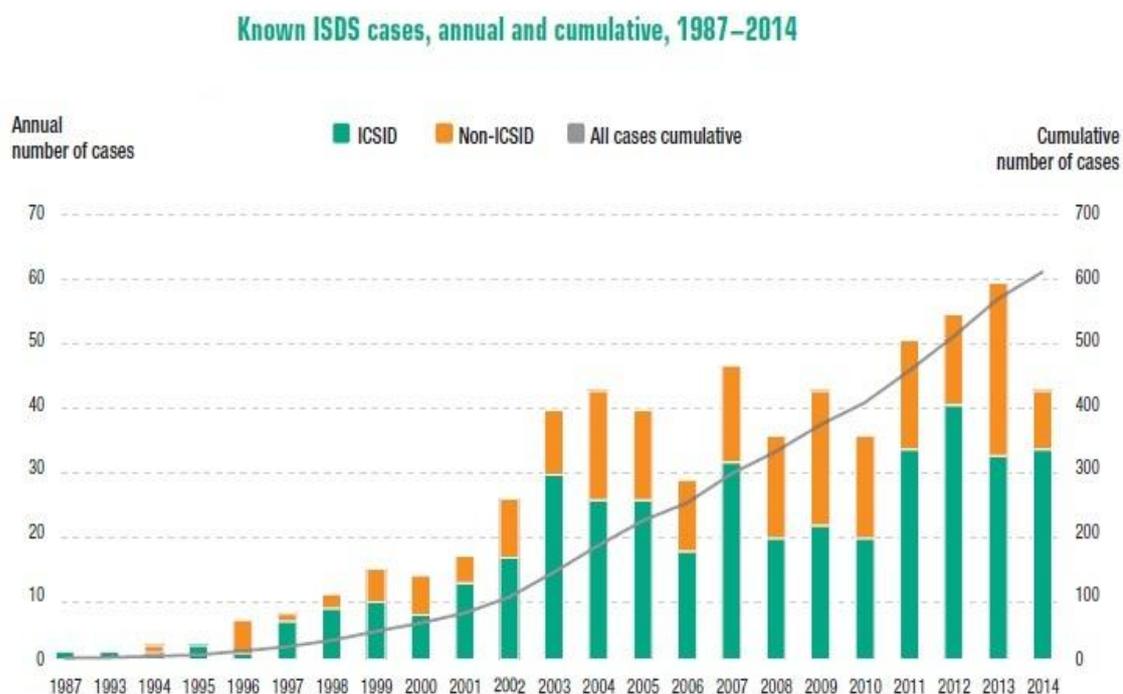
A figura 3, apresentada na sequência, indica o número de casos submetidos à arbitragem direta entre investidor e Estado, tanto nos procedimentos realizados perante o ICSID, quanto em outras instituições arbitrais. O período considerado abrange os anos de 1987 a 2014.

Em seguida, a figura 4 indica o número total de casos submetidos ao ICSID, desde 1972 a 2015.

⁶⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Caseload Statistics 2015-2**. p. 7. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(English).pdf)>. Acesso em: 10 out. 2015.

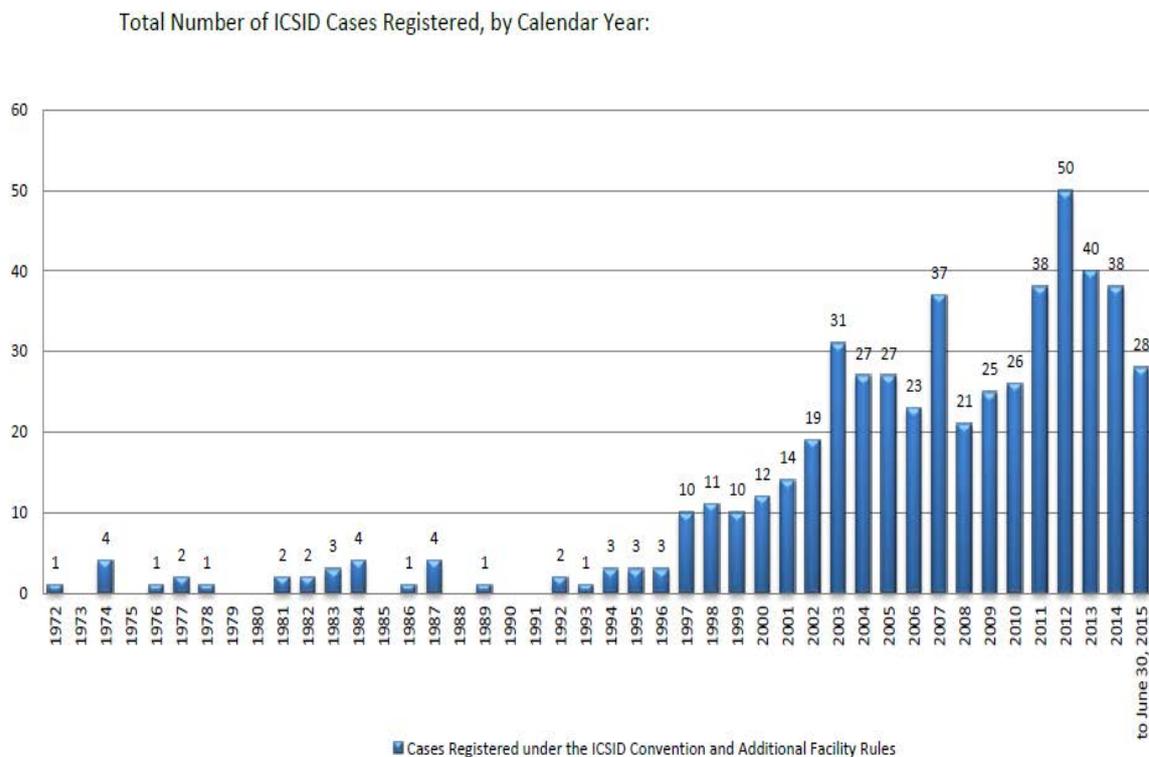
⁶⁷ Ibid.

Figura 03 – Casos submetidos à arbitragem de investimentos entre 1987 e 2014



Fonte: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **World Investment Report 2015: reforming international investment governance**. New York: United Nations, 2015. p. 114. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Pages/Publications.aspx>>. Acesso em: 01 out. 2015.

Figura 04 – Casos submetidos ao ICSID entre 1972 e junho de 2015



Fonte: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES - ICSID. **ICSID Caseload Statistics 2015-2**. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(English).pdf)>. Acesso em: 10 out. 2015.

Esse *boom* da arbitragem de investimentos pode ser explicado com base em um motivo especial, que não havia sido totalmente previsto pelos Estados no momento de assinatura dos tratados.

Uma das justificativas mais importantes para o que pode ser definido como “*baby boom* da arbitragem de investimentos”⁶⁸ reside na mudança de interpretação dos tribunais arbitrais quanto à manifestação do consentimento das partes.

O consentimento das partes é um dos requisitos mais importantes da arbitragem. No campo dos investimentos estrangeiros, entende-se que o consentimento das partes pode ser expresso de diferentes formas. A possibilidade mais comum e tradicionalmente admitida era o consentimento expresso pela via contratual, ou seja, as partes manifestavam consentimento em submeter-se à arbitragem em um contrato de investimentos, celebrado diretamente entre Estado e investidor estrangeiro.

A grande mudança interpretativa que iria revolucionar o direito internacional dos investimentos, acarretando o *boom* dos procedimentos arbitrais, adveio com o reconhecimento da possibilidade do consentimento ser manifestado unilateralmente pelo Estado e aceito pelo investidor em uma fase posterior.

A partir do caso *Pirâmides*, os tribunais arbitrais começaram a entender que o Estado poderia expressar o seu consentimento para a arbitragem por meio de uma lei nacional. Em seguida, a partir do caso *APPL v. Sri Lanka*, os árbitros entenderam que também seria possível que o Estado manifestasse o consentimento para a arbitragem por meio dos BITs ou acordos regionais de investimento. Em ambos os casos, seja por meio de uma lei nacional ou de um BIT, o Estado manifesta unilateralmente o seu consentimento em submeter eventuais disputas à arbitragem. A aceitação dessa oferta pelo investidor ocorre somente quando ele inicia o procedimento arbitral.

O primeiro caso a assentar a possibilidade do consentimento para a arbitragem ser expresso na legislação doméstica do Estado foi o caso *SPP v. Egypt*⁶⁹, que se tornou conhecido como caso *Pirâmides*.

Em 1974, o Egito firmou um contrato com a empresa *Southern Pacific Properties* (SPP), a qual era especializada em turismo e se comprometia a desenvolver um complexo turístico próximo ao Cairo, situado na região das Pirâmides, e um *resort* na região de Ras El Hekma. Em 1977, o empreendimento teve início. Todavia, o projeto começou a sofrer

⁶⁸ Expressão utilizada por Andrea Giardina na palestra “L’arbitrato degli investimenti. Origini, sviluppi e prospettive” proferida no evento “L’arbitrato Internazionale in tema di investimenti”, organizado pela “Associazione Italiana per l’arbitrato” em 9 de dezembro de 2014, em Roma.

⁶⁹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited x Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/84/3.

oposição da população local e de ONGs. Por esta razão, o Ministro da Informação e Cultura emitiu decreto onde declarava que a região das Pirâmides era de propriedade pública, obrigando a interrupção do projeto.

Após dar início a procedimentos na ICC e também na Corte de Cassação francesa, não logrando êxito, a empresa SPP requereu em 1984 a instauração de procedimento arbitral no ICSID, pleiteando indenização em face dos prejuízos financeiros sofridos. Por sua vez, a República Árabe do Egito argumentava que não havia manifestado concordância em se submeter à arbitragem. Em 1988, o tribunal arbitral constituído no ICSID decidiu acerca da jurisdição, rejeitando a alegação do Egito.

A questão principal que originou a longa discussão entre as partes dizia respeito ao consentimento do Egito em submeter-se às regras do ICSID.

Em sua decisão, o tribunal arbitral manifestou o entendimento de que, por meio da Lei n. 43 de 1974, o Egito consentira em submeter-se à arbitragem no ICSID, pois seu artigo 8º previa a possibilidade de solução de conflitos com base nas regras da Convenção de Washington, conforme abaixo transcrito:

*Investment disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor's home country, or within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of law no 90 of 1971, where it applies.*⁷⁰

Portanto, por meio desse dispositivo, o Egito consentia em submeter-se à arbitragem do ICSID. Essa decisão deu origem à farta jurisprudência, de modo que os tribunais arbitrais subsequentes começaram a entender que a mera menção ao ICSID feita na legislação dos Estados parte da Convenção de Washington implicava em seu consentimento em submeter eventuais disputas ao órgão.

O segundo caso em que a interpretação dos tribunais arbitrais revolucionou a jurisprudência até então existente, e talvez o mais importante deles, foi o caso conhecido como *APPL v. Sri Lanka*.⁷¹

⁷⁰ Artigo 8º da lei n. 43 de 1974 (*Law No. 43 of 1974 concerning the investment of Arab and foreign funds and the free zones*), conforme mencionado no laudo arbitral proferido no caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, (ICSID Case ARB/84/3).

⁷¹ *Asian Agricultural Products Limited x Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/87/3.

Em 1983, a empresa *Asian Agricultural Products Limited* (AAPL), sediada em Hong Kong, estabeleceu uma *joint venture* no Sri Lanka, denominada *Serendib*, para desenvolver a cultura de camarão no país e exportá-lo para o Japão. Na época, um grupo de rebeldes de oposição ao governo local estabeleceu controle na região em que se encontrava o cultivo de camarões. Em 1987, o governo do Sri Lanka iniciou um contra ataque aos rebeldes, invadindo a região da fazenda. Em decorrência, o local foi completamente destruído.

Em 1987, a APPL apresentou reclamação perante o ICSID, pleiteando indenização pelos prejuízos sofridos, e amparando-se em um BIT existente entre Reino Unido e Sri Lanka. No caso, Hong Kong, sede da empresa, era abrangido pelo BIT por meio do artigo 11, que previa a extensão de todos os termos do tratado aos territórios cujas relações internacionais ocorressem sob a responsabilidade do Reino Unido.⁷²

O tribunal arbitral foi constituído em 1987. O BIT aplicável continha um dispositivo em que os Estados manifestavam seu consentimento em submeter eventuais disputas sobre investimentos ao ICSID. Este foi o primeiro caso em que os árbitros reconheceram a competência do tribunal arbitral com base no consentimento expresso pelo Estado em um BIT.

Até então, não era possível reconhecer que o Estado consentira em submeter-se à arbitragem do ICSID através da mera análise de uma cláusula contida no BIT. Mas, a partir dessa decisão, o consentimento através dos BITs tornou-se uma prática recorrente e hoje é a regra.

A admissão destas duas possibilidades (o consentimento para a arbitragem ser expresso na lei do Estado ou em uma cláusula dos BITs) estabeleceu um novo precedente sobre a jurisdição do ICSID, dando ensejo à gigantesca – e talvez não prevista pelos Estados – expansão no número de procedimentos arbitrais iniciados no órgão.

Com efeito, é possível argumentar que as consequências políticas e legais de determinadas cláusulas talvez não tenham sido profundamente consideradas na época em que os BITs foram firmados.⁷³

Assim consolidou-se o que se tornaria conhecido como “arbitragem sem acordo” ou *–arbitration without privity*”, ou seja, os investidores estrangeiros que investiram em um determinado Estado recorrem a um mecanismo arbitral ao qual o Estado concordou em se

⁷² DORNELLES, Bárbara. **Resolução de litígios em matéria de investimentos estrangeiros: impactos na América Latina do laudo Pirâmides e AAPL v. Sri Lanka - a questão do consentimento do Estado na arbitragem do ICSID.** 2009. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. p. 109.

⁷³ *Ibid.*, p. 145.

submeter via tratado, mas sem que exista um acordo direto entre o Estado e o investidor a respeito da arbitragem.

O aumento excepcional (e inesperado) do número de arbitragens iniciadas perante o ICSID fez com que os países começassem a repensar sua posição perante o órgão. Destarte, apesar da ampla adesão ao ICSID nos anos 90, no início da década seguinte observou-se uma alteração radical na postura dos Estados latino-americanos com relação à arbitragem de investimentos.

Essa mudança teve início a partir da crise vivenciada pela Argentina em 2001, bem como das políticas de nacionalização desenvolvidas por alguns desses Estados, o que desencadeou inúmeras reclamações submetidas ao ICSID por parte dos investidores, resultando em condenações dos Estados ao pagamento de volumosas indenizações.

Desde então, tiveram início muitas críticas provenientes da América Latina com relação ao ICSID, em um processo que culminou com a denúncia da Convenção de Washington por parte de três Estados: Bolívia, Equador e Venezuela.

2.4 Ressurgimento de políticas hostis: a crise argentina, as denúncias da Convenção de Washington e o momento atual

Apesar da aparente aceitação do regime de proteção do IED e da arbitragem de investimentos por parte da América Latina, desde meados dos anos 2000 essa aceitação começou a ser colocada em xeque.

A relutância destes países tornou-se visível após o aumento no número de procedimentos arbitrais iniciados perante o órgão e o consequente aumento no número de condenações impostas aos Estados.

Nos primeiros anos de criação do ICSID, pouquíssimos casos lhe eram submetidos. O primeiro caso foi registrado em 1972, ao que se sucederam 4 casos em 1974. Os anos seguintes também registraram um baixo número de casos arbitrais. Em alguns anos, nenhum caso foi submetido ao ICSID (1973; 1975; 1979; 1980; 1985; 1988; 1990; 1991). De fato, desde a criação do órgão até o ano de 1996, eram registrados no máximo 4 casos por

ano. Naquele momento, o ICSID aparentava ser uma instituição “dormente” ou “subutilizada”⁷⁴.

Contudo, aos poucos, este cenário começou a se alterar. Enquanto os anos 70 haviam registrado 9 casos arbitrais e os anos 80 registraram 17 casos, na década de 1990, época em que teve impulso a adesão a instrumentos como a Convenção de Washington e os BITs, foram registrados 43 casos, no total. Então, na década seguinte, entre 2000 e 2010, o número de casos registrados saltou para 262 – conforme demonstrado na figura 4, anteriormente apresentada.

Em 2012, o número de casos submetidos ao ICSID atingiu o pico, com 50 casos registrados no intervalo de apenas um ano.⁷⁵

O excepcional aumento no número de casos registrados relaciona-se à interpretação dos tribunais arbitrais de que os BITs assinados no decorrer dos anos 90 serviam de base para reconhecer o consentimento do Estado em aceitar a jurisdição do ICSID.

Dentre os Estados mais demandados perante o ICSID, os países latino-americanos ocupam o topo da lista, o que pode ser visualizado com base em dados disponíveis no sítio eletrônico da instituição. Considerando todos os 337 casos concluídos no ICSID até a data de 20 de setembro de 2015, os Estados latino-americanos foram demandados em 107 casos, o que representa em média 31 por cento dos casos concluídos (32 casos contra Argentina; 15 contra o México; 14 contra a Venezuela; 11 contra o Equador; 10 contra o Peru; 5 contra a Costa Rica; 4 contra a Bolívia; 3 contra El Salvador, 3 contra Honduras e 3 contra Paraguai; 2 contra Chile e 2 contra Guatemala; 1 contra Guiana, 1 contra Nicarágua e 1 contra Panamá).

Por outro lado, considerando os 208 casos pendentes perante o ICSID até a mesma data, os Estados latino-americanos estão sendo demandados em 65 casos, o que também representa um percentual de 31 por cento dos casos pendentes (25 casos pendentes contra a Venezuela; 20 contra Argentina; 5 contra Costa Rica; 3 contra Equador; 3 contra Panamá; 3 contra Peru; 1 contra o Chile; 1 contra El Salvador; 1 contra Guatemala; 1 contra México; 1 contra República Dominicana; 1 contra Uruguai).

⁷⁴ —*ICSID was off to a slow start. It registered its first case, Holiday Inn v. Morocco, in 1972. The arbitral tribunal decided the case only in 1978. In the 1970s, ICSID registered a mere 9 cases. [...] For a while it seemed as if ICSID was bound to become a dormant and underutilized institution, just like the International Court of Justice at the time.*” WAIBEL, Michael; WU, Yanhui. Are arbitrators political? **SSRN Electronic Journal**, p. 2, jul. 2012. Disponível em: <<https://www.wipol.uni-bonn.de/lehrveranstaltungen-1/lawecon-workshop/archive/dateien/waibelwinter11-12>>. Acesso em: 20 set. 2015.

⁷⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Caseload Statistics 2015-2**. p. 7. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(English).pdf)>. Acesso em: 10 out. 2015.

Os Estados latino-americanos mais demandados são Argentina, Venezuela, Equador e México ⁷⁶. Dentre eles, a Argentina lidera a lista, tendo sido demandada em mais de 50 procedimentos arbitrais iniciados no órgão, o que equivale a dez por cento do total de casos já iniciados desde a criação do ICSID. ⁷⁷

A figura 5 demonstra a distribuição geográfica dos Estados demandados perante os tribunais arbitrais do ICSID. Embora o gráfico não especifique o caso da América Latina, é possível verificar que os países da América do Sul são os mais questionados, assim como alguns países do Leste Europeu e da Ásia Central.

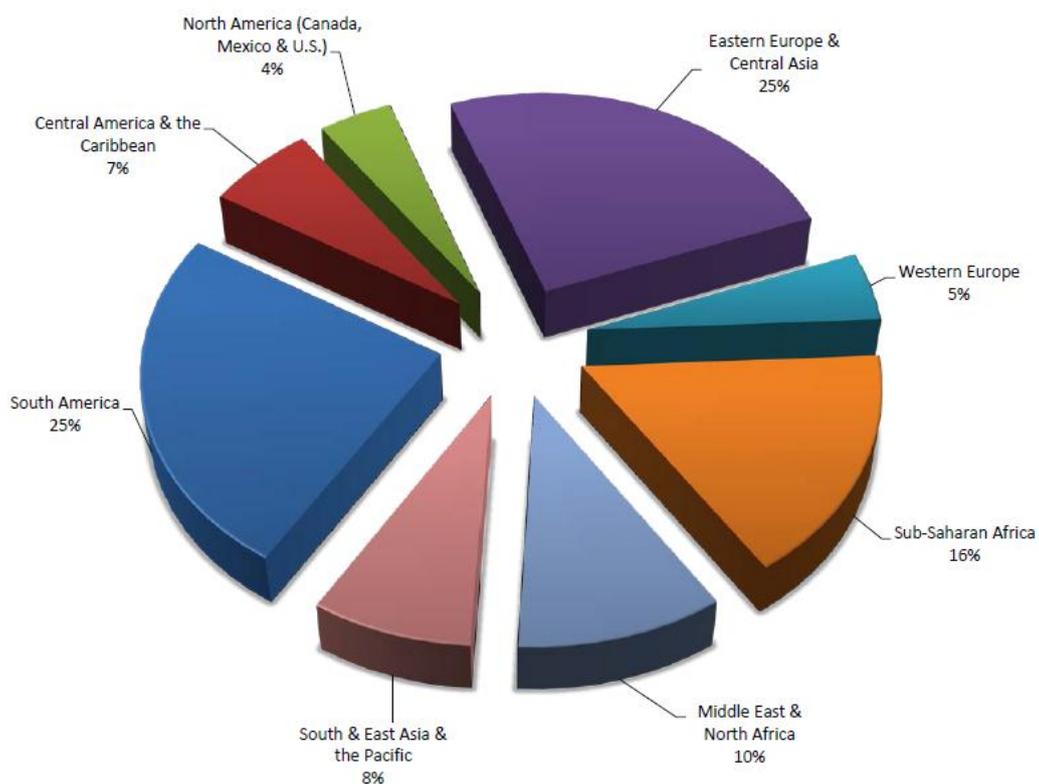
⁷⁶ Ressalta-se que o acesso ao ICSID é possível para Estados não signatários da Convenção de Washington de 1965, como o México, mediante o Mecanismo Complementar do ICSID.

⁷⁷ Até a data de 21 de setembro de 2015, já foram iniciados 545 casos perante o ICSID, segundo as informações estabelecidas no sítio eletrônico da instituição.

Figura 05 – Distribuição geográfica dos Estados demandados no ICSID

Geographic Distribution of All ICSID Cases, by State Party Involved

Geographic Distribution of All Cases Registered under the ICSID Convention and Additional Facility Rules, by State Party Involved



Fonte: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES - ICSID. **ICSID Caseload Statistics 2015-2**. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(English).pdf)>. Acesso em: 10 out. 2015.

Este cenário caracterizado por sucessivas condenações dos Estados ao pagamento de volumosas indenizações para os investidores estrangeiros explica a relutância que os países latino-americanos começaram a apresentar em face dos tribunais arbitrais do ICSID.

Em maio de 2007, a Bolívia tornou-se o primeiro Estado a denunciar a Convenção de Washington de 1965. No mesmo ano, o Equador retirou seu consentimento para arbitragem no ICSID envolvendo disputas de investimentos relacionadas à exploração de recursos naturais. Em julho de 2009, o país adotou uma postura mais incisiva e denunciou a Convenção de Washington. Em janeiro de 2012, a Venezuela seguiu o exemplo da Bolívia e do Equador e também denunciou a Convenção.

Embora a mera denúncia à Convenção de Washington de 1965 não impeça a realização de arbitragem perante outras instituições arbitrais (tais como a Câmara de Comércio Internacional de Paris; a Câmara de Comércio de Estocolmo ou a arbitragem conforme as regras da UNCITRAL), o afastamento destes países do ICSID, órgão especializado e consagrado em matéria de arbitragem de investimentos, serve como indicador da reprovação ao regime internacional de proteção do investimento estrangeiro.

Além das denúncias à Convenção de Washington, alguns países da região começaram a denunciar também os seus BITs. Este foi o caso do Equador, que denunciou 9 BITs em 2008, por entender que as cláusulas destes tratados seriam inconstitucionais. Da mesma forma, a Venezuela terminou o BIT celebrado com a Holanda, após ter sido demandada em dez casos iniciados sob a proteção daquele tratado. Na mesma direção, a Bolívia declarou sua intenção de renegociar vários BITs e encerrou unilateralmente aqueles celebrados com Alemanha, Áustria, Suécia, Espanha, Holanda e Estados Unidos. Apesar da denúncia, nem todas as obrigações contidas nos BITs deixam de existir, uma vez que a maioria desses tratados contém uma cláusula que exige o respeito aos dispositivos do acordo por um determinado lapso temporal (geralmente fixado entre dez e quinze anos), após a data da denúncia.

Outra estratégia dos países da região diz respeito à adoção de legislação doméstica hostil à arbitragem de investimentos, como um dos meios de demonstrar a insatisfação com o atual sistema de proteção do IED. Nesse contexto, merecem destaque a nova Constituição do Equador de 2008 e a nova Constituição da Bolívia de 2009, que encerram uma abordagem hostil à arbitragem de investimentos.

Não obstante a legislação nacional contrária à arbitragem internacional, parece pouco provável que os tribunais arbitrais considerem tais restrições quando confrontados com um acordo de arbitragem entre as partes, ou outro meio através do qual o Estado tenha

reconhecido expressamente o seu consentimento em recorrer à via da arbitragem internacional.⁷⁸

Outra dificuldade diz respeito ao *enforcement* dos laudos arbitrais proferidos contra os Estados latino americanos, com destaque para a situação da Argentina. Finalmente, merece menção a proposta de estabelecer um centro regional de arbitragem de investimentos, no âmbito da Unasul.

Todos esses fatores são indicadores de uma crescente insatisfação com o regime jurídico internacional de proteção dos investimentos estrangeiros.

Como a origem das críticas à arbitragem de investimentos e aos acordos de investimento remonta à crise argentina e às nacionalizações promovidas por determinados países, revela-se oportuna a análise destes casos, para que se possa compreender quais são os principais anseios e preocupações da América Latina com relação às normas internacionais de proteção do IED.

2.4.1 A crise argentina

Entre os mais de 50 casos registrados contra a Argentina no ICSID, a maior parte deles diz respeito às medidas emergenciais adotadas pelo governo durante a grave crise econômica que assolou o país ao final de 2001 e início de 2002.

A compreensão do processo que culminou na crise exige a observação do cenário econômico e político vigentes no país durante os anos 80. No início daquela década, a economia argentina era caracterizada por forte intervenção do Estado na economia. Todavia, as empresas públicas sofriam por ineficiência e produtos de baixa qualidade. Este modelo levou a crises econômicas decorrentes de um crescente endividamento com o exterior, além de altas taxas de inflação. Ao final dos anos 80, o país atravessava uma grave crise econômica caracterizada por altos índices de inflação e recessão.⁷⁹

A partir de 1989, sob a presidência de Carlos Menem, teve início na Argentina um plano de reconstrução econômica. O programa político adotado pelo novo presidente incluía a abertura do mercado e das finanças, bem como um programa ambicioso de privatização das empresas públicas, para lidar com a crescente dívida pública e fornecer serviços públicos mais eficientes.

⁷⁸ GAILLARD, Emmanuel. Anti-Arbitration Trends in Latin America. *New York Law Journal*, New York, v. 239, n. 108, 5 jun. 2008.

⁷⁹ VALENTI, Mara. Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'Argentina: due soluzioni contrapposte. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, ano 16, n. 1, p.117, 2008.

Assim, o novo presidente iniciou um programa destinado a atrair investidores estrangeiros para o setor de serviços públicos. Na época, foram conferidas concessões e licenças de longo prazo, foram revogadas as restrições ao investimento estrangeiro e foram estipuladas diversas garantias aos investidores.

Além disso, para tornar o país mais atraente aos investidores estrangeiros, preocupados com a instabilidade econômica, e para combater a inflação, o ministro da economia Domingo Cavallo deu início ao Plano de Conversibilidade, implantando a paridade do peso argentino ao dólar americano, em um sistema de câmbio fixo em que um peso valia um dólar.

Ao mesmo tempo, o Estado empreendeu um ambicioso programa de BITs, assinando mais de 50 tratados para atrair investidores estrangeiros. Assim, a Argentina se afastava da doutrina Calvo, que havia predominado por muito tempo na América Latina.

A política de paridade entre o peso argentino e o dólar americano trouxe impactos positivos e negativos: embora tenha fortalecido a moeda argentina, deixou o país vulnerável às oscilações do mercado internacional. Portanto, a dolarização da economia argentina permitiu que o país voltasse a crescer, mas à custa de uma crescente dívida externa pública.⁸⁰

No final dos anos 90, esse programa propiciou milhões de dólares de IED e atraiu muitas multinacionais para o país. Contudo, não obstante a aparente estabilidade e crescimento da economia argentina, alguns fenômenos ocorridos durante os anos 90 precipitaram o país em uma severa crise econômica. Durante os anos 90, a Argentina sofria altos índices de inflação.

Naquele momento, o contexto internacional mostrou-se desfavorável, em razão das crises ocorridas no México em 1995 e na Ásia em 1997, que reduziram o volume de seus investimentos. Além disso, em 1999 o real brasileiro sofreu desvalorização. Como a Argentina manteve a paridade de sua moeda com o dólar, as exportações argentinas tornaram-se mais caras que as brasileiras. O declínio de suas exportações reduziu a capacidade da Argentina obter moeda estrangeira para pagar suas dívidas.

No setor de serviços públicos de transporte e distribuição de gás, que foi o primeiro a ser privatizado, previa-se um sistema de ajustamento das tarifas, com base em um índice norte-americano, o *Producer Price Index* (PPI). Contudo, em razão da crise que o país estava enfrentando, o ajustamento das tarifas foi suspenso temporariamente.

⁸⁰ DI ROSA, Paolo. The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina Under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues. **Inter-American Law Review**, Miami, v. 36, n. 1, p. 45, 2004.

Em 2001, o governo argentino declarou a moratória de sua dívida externa. Em dezembro daquele mesmo ano, cinco presidentes assumiram o governo em apenas doze dias, revelando uma crise política sem precedentes no país.

Assim, no início da década de 2000, a Argentina viu-se diante de uma das piores crises da sua história: uma crise que atingiu severamente sua economia e repercutiu profundamente no campo político e social.

Em uma tentativa de estabilizar a economia, o governo adotou uma série de medidas emergenciais. Em 1º de dezembro de 2001, foi adotado o Decreto 1570/01, conhecido como *Corralito*, para bloquear os saques das contas correntes e de depósitos bancários em valores superiores a 250 pesos por semana. Ao mesmo tempo, foram proibidas transferências de capital ao exterior.⁸¹

Além disso, através da Lei de Emergência Pública de 2002, o país abandonou o sistema de paridade do peso ao dólar norte-americano, de modo que o peso poderia flutuar livremente, o que fez com que a moeda argentina sofresse uma brusca desvalorização. Essa mesma lei continha exigências específicas para o setor público. As concessionárias de serviços públicos eram obrigadas a cobrar as tarifas dos consumidores com a antiga indexação, que equiparava o dólar ao peso.

Um exemplo da situação que atingiu estas empresas é citado por Paolo di Rosa: na época, uma conta de luz de trinta dólares era convertida em trinta pesos, pois as empresas eram obrigadas a utilizar a proporção anterior (um dólar equivalente a um peso) ao cobrar as tarifas do consumidor. Contudo, os trinta pesos recebidos do consumidor eram, no mercado, convertidos para apenas dez dólares. Tal fenômeno tornou-se conhecido como a “pesificação” das tarifas, acarretando grande prejuízo para as empresas que operavam em concessões de serviço público.⁸²

Ainda, as concessionárias de serviço público foram proibidas de realizar o reajuste nas tarifas e foram obrigadas a cumprir integralmente os contratos de concessão – tais fatores, somados, colocaram essas empresas em enorme dificuldade financeira, diminuindo seu lucro e sua capacidade de pagar suas dívidas.

Diante das medidas adotadas pelo governo argentino, as empresas recorreram à arbitragem internacional, iniciando diversos procedimentos arbitrais no ICSID. E assim teve

⁸¹ VALENTI, Mara. Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'Argentina: due soluzioni contrapposte. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, ano 16, n. 1, p.120, 2008.

⁸² DI ROSA, Paolo. The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina Under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues. *Inter-American Law Review*, Miami, v. 36, n. 1, p. 47, 2004.

início o maior número de disputas iniciadas contra um único Estado na história da arbitragem de investimentos.

Os investidores, em sua maioria atuantes no serviço público, como o transporte e distribuição de petróleo, fornecimento de energia elétrica e de água, alegaram que a Argentina violara vários direitos previstos nos BITs, tais como: a exigência de indenização em caso de expropriação; o tratamento justo e equitativo; a proibição de tratamento arbitrário e discriminatório. Além disso, se valeram da chamada *umbrella clause* para reclamar pelo descumprimento da cláusula do contrato de concessão referente ao mecanismo de ajustamento de tarifas, que fora suspenso durante a crise.

Por sua vez, a Argentina defendeu-se com base em dois instrumentos jurídicos distintos. Em primeiro lugar, amparou-se em uma cláusula existente no BIT que regulava a relação entre as partes. A maioria dos investidores estrangeiros, sendo norte-americanos, baseou seus pedidos no BIT firmado entre Argentina e EUA em 1991, inspirado no modelo de BIT dos EUA de 1987.

A Argentina argumentava que o artigo XI do BIT entre Argentina e EUA permitia ao Estado adotar as medidas necessárias para manter a ordem pública e os interesses de segurança nacional, pois dispunha expressamente:

*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.*⁸³

Como segundo argumento apresentado pela defesa, a Argentina invocou o “estado de necessidade”, reconhecido como causa de exclusão de ilicitude segundo as regras do direito internacional consuetudinário, para justificar a eventual violação dos BITs. Para tanto, fez referência ao artigo 25 do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos

⁸³ UNITED STATES OF AMERICA; THE ARGENTINE REPUBLIC. **Treaty Between United States Of America And The Argentine Republic Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection Of Investment.** Washington D. C., November 14, 1991.

Estados por Ato Internacionalmente Ilícito, elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU em 2001.⁸⁴

O artigo 25 do Projeto prevê os requisitos exigidos para o reconhecimento do estado de necessidade como uma causa de exclusão da ilicitude:

Article 25. Necessity

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act: (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

*2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if: (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or (b) the State has contributed to the situation of necessity.*⁸⁵

Destarte, os tribunais arbitrais deveriam avaliar se a Argentina agiu acobertada por uma das hipóteses excepcionais que autorizavam o descumprimento das obrigações assumidas com os investidores, seja com base no BIT ou com base no direito internacional consuetudinário, ou se o país poderia ter superado a crise econômica, política e social, sem adotar as medidas prejudiciais aos investidores estrangeiros.

Enquanto alguns procedimentos foram suspensos a pedido das partes, na tentativa de realizar negociações amigáveis, outros casos chegaram à análise do mérito. Contudo, neste último caso, foram proferidas decisões em diferentes sentidos. A divergência das decisões é no mínimo peculiar, haja vista que os fatos ocorridos e as normas internacionais aplicáveis eram idênticos. Além disso, a falta de uniformidade entre as decisões ameaçou a credibilidade depositada nos procedimentos arbitrais do ICSID. Inclusive, alguns árbitros participaram de diferentes procedimentos arbitrais onde a mesma questão foi resolvida de maneiras completamente opostas.⁸⁶

⁸⁴ A Comissão de Direito Internacional foi criada pela Assembleia Geral da ONU em 1948 para possibilitar o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional. A Comissão prepara projetos de Convenção sobre temas ainda não regulamentados e codifica as normas de direito internacional nas situações em que já existe uma prática consolidada entre os Estados. O Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Ato Internacionalmente Ilícito foi adotado pela Assembleia Geral da ONU através da Resolução A/RES/59/35 de 2004, mas não se transformou em Convenção Internacional, não tendo sido aprovado e ratificado pelos Estados. Ainda assim, os Artigos são aplicados pelos tribunais internacionais, inclusive pela Corte Internacional de Justiça, uma vez que são reconhecidos como expressão do direito consuetudinário internacional.

⁸⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts.** Genève, 2001.

⁸⁶ Para exemplificar, nota-se que Francisco Rezek atuou como árbitro nos casos *CMS* e *LG&E*, enquanto Albert Jan van den Berg atuou como árbitro nos casos *LG&E* e *Enron*.

A complexidade dos casos argentinos exigiu que os tribunais arbitrais apreciassem diferentes questões. Primeiramente, os árbitros deveriam verificar se o BIT entre EUA e Argentina, que continha uma cláusula autorizando a adoção de medidas necessárias para manter a ordem pública e a segurança nacional, representava *lex specialis*, ou seja, se esse dispositivo constituía uma defesa distinta daquela providenciada pelo direito internacional consuetudinário. Entendendo que o BIT constituía *lex specialis*, ela prevaleceria sobre o direito internacional consuetudinário.

Em segundo lugar, os árbitros deveriam decidir se a alegação de estado de necessidade com base no direito internacional consuetudinário seria aplicável ainda que o BIT fosse silente a respeito dessa possibilidade. Admitindo que essa defesa fosse aplicável, o que o Estado deveria provar para invocar o estado de necessidade?

O artigo 25 do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados lista diversos requisitos para a invocação do estado de necessidade. Exige-se que exista um perigo grave e iminente que ameace um interesse essencial do Estado; que a ação tomada seja o único modo de salvaguardar aquele interesse; e que a ação adotada não lese um interesse essencial do Estado ou dos Estados para os quais aquela obrigação existe. Além disso, o estado de necessidade não pode ser invocado se a norma internacional violada exclui a possibilidade de invocá-lo ou se o Estado contribuiu para criar a situação de necessidade.

Entre todos esses requisitos, os mais controversos entre os tribunais arbitrais diziam respeito à gravidade da crise e também ao papel da Argentina em contribuir para a crise. Com base em todas essas questões, os árbitros deveriam decidir sobre a responsabilidade da Argentina em indenizar os investidores em razão das medidas adotadas pelo governo.

A questão principal consistia em avaliar se os *standards* de proteção do investimento estrangeiro poderiam ser relativizados em algumas situações excepcionais, como um cenário de grave crise econômica que exigia a adoção de medidas emergenciais por parte do Estado.

A esse respeito, duas abordagens eram possíveis: em primeiro lugar, existia o argumento de que as garantias asseguradas nos BITs deveriam permanecer naqueles momentos de crise, porque estes são, precisamente, os momentos em que os investidores mais precisam de proteção.

O segundo argumento possível admitia a necessidade de conferir ao Estado um espaço mínimo de discricionariedade para adotar medidas de interesse público, especialmente diante de situações emergenciais.

Os tribunais arbitrais responsáveis por decidir sobre a crise argentina utilizaram diferentes fundamentos. Na análise das decisões proferidas, é possível encontrar muitas divergências de entendimento, mesmo quando os árbitros encontravam-se diante dos mesmos fatos e das mesmas normas internacionais aplicáveis.

Entre os principais casos concluídos, em que os árbitros chegaram à análise do mérito, encontram-se os casos *CMS*⁸⁷, *LG&E*⁸⁸, *Enron*⁸⁹, *Sempra*⁹⁰, *Continental Casualty*⁹¹ e *El Paso*⁹².

Os casos *CMS*, *LG&E*, *Enron* e *Sempra* envolviam investidores estrangeiros atuantes no setor de transporte e distribuição de gás natural. O caso *Continental Casualty* envolvia uma empresa do setor de seguros; e o caso *El Paso* dizia respeito à companhia atuante no setor de exploração de hidrocarbonetos. Em todos os casos, os investidores estrangeiros requeriam o pagamento de indenização, diante de violação dos compromissos assumidos pelo Estado.

A decisão do caso *LG&E* foi uma das poucas a reconhecer que a conduta da Argentina era justificada pelo estado de necessidade. Para isso, considerou o artigo XI do BIT celebrado entre EUA e Argentina e as regras de direito internacional consuetudinário (artigo 25 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados).

Na decisão proferida no caso *LG&E*, os árbitros entenderam que os interesses essenciais do Estado da Argentina encontravam-se ameaçados em dezembro de 2001, quando começou a crise:

*The essential interests of the Argentine State were threatened in December 2001 [when] it faced an extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, and to the preservation of its internal peace.*⁹³

Além disso, reconheceram o grave e iminente perigo em que o país se encontrava e entenderam que as medidas adotadas pelo governo argentino eram o único caminho possível

⁸⁷ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8).

⁸⁸ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1).

⁸⁹ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/3).

⁹⁰ *Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16).

⁹¹ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/9).

⁹² *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/15).

⁹³ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1).

para superar a crise. Finalmente, a decisão enfatizou que não existiriam evidências suficientes de que a Argentina contribuíra para a situação de crise.

Diante da situação emergencial que o país apresentava, o tribunal arbitral eximiu o Estado de responsabilidade durante a fase em que aquela situação perdurou e não fixou indenização pelas violações de tratado durante o período considerado como “estado de necessidade”: de 1º de dezembro de 2001 a 26 de abril de 2003.

No caso *LG&E*, a Argentina foi condenada a pagar indenização pelas violações de suas obrigações, mas excluída a data em que perdurou o estado de necessidade – por isso, o valor foi estabelecido em 57,4 milhões de dólares, muito inferior ao valor total solicitado pelos investidores (268 milhões de dólares). Embora o investidor tenha iniciado procedimento de anulação, ele mesmo solicitou o arquivamento do procedimento, com o qual a Argentina concordou.

Já os tribunais *CMS*, *Enron* e *Sempra* observaram primeiramente as regras do direito internacional consuetudinário, relegando um segundo lugar para as regras do BIT, e concluíram que a doutrina do estado de necessidade não seria aplicável e não seria possível exonerar a Argentina de responsabilidade.⁹⁴

Além de não reconhecer expressamente a existência de grave ameaça ao interesse essencial do Estado, nestes casos os árbitros entenderam que outros meios poderiam ter sido empregados para combater a crise e que as políticas adotadas pelo governo contribuíram de modo significativo para o início daquela crise. No caso *CMS*, os árbitros afirmaram: “[...] *government policies and their shortcomings significantly contributed to the crisis and the emergency and while exogenous factors did fuel additional difficulties they do not exempt the Respondent from its responsibility in the matter.*”⁹⁵ Os casos *Enron* e *Sempra* confirmaram essa mesma ideia de que o Estado contribuiu para criar a situação de necessidade.

Consequentemente, nesses três casos, os árbitros entenderam que estava caracterizada a violação do tratamento justo e equitativo e da *umbrella clause* e condenaram a Argentina ao pagamento de indenização: 133,2 milhões de dólares no caso *CMS*; 106,2 milhões de dólares no caso *Enron* e 128 milhões de dólares no caso *Sempra*.

Com fulcro no artigo 52 da Convenção de Washington de 1965, a Argentina ingressou com pedido de anulação das três decisões (*CMS*, *Enron* e *Sempra*). Os Comitês *ad*

⁹⁴ MARTIN, Antoine. Investment Disputes after Argentina’s Economic Crisis: Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law. **Journal of International Arbitration**, New York, v. 29, n. 1, p. 50, 2012.

⁹⁵ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8).

hoc constituídos para apreciar o pedido anularam parcialmente as decisões dos casos *CMS* e *Enron* e anularam na íntegra a decisão do caso *Sempra*.

Após a anulação parcial do laudo proferido no caso *Enron*, em 2010 foi registrado o pedido de submissão do caso à análise de um novo tribunal, mas atualmente o procedimento encontra-se suspenso, a pedido de ambas as partes. Após a anulação total do laudo arbitral proferido no caso *Sempra*, em 2010 o ICSID registrou pedido de constituição de novo tribunal arbitral para apreciar a disputa. Todavia, o procedimento também foi suspenso e encerrado, a pedido das partes.

O caso *Continental Casualty* foi registrado no ICSID em maio de 2003. O investidor estrangeiro, empresa atuante no setor de seguros, requeria indenização no valor de 38 milhões de dólares, por violação do tratamento justo e equitativo, plena proteção e segurança e descumprimento das regras relativas à expropriação.

Em sua decisão, o tribunal acolheu as defesas da Argentina, reconhecendo as circunstâncias extraordinárias existentes ao tempo de adoção das medidas por parte do governo, e fixou indenização em valor muito inferior ao pedido, condenando o Estado ao pagamento de 2,8 milhões de dólares.

O investidor ingressou com pedido de anulação do laudo arbitral. O Comitê *ad hoc* proferiu decisão em 2011, rejeitando o pedido de anulação.

No caso *El Paso*, também registrado no ICSID em 2003, o investidor requeria o pagamento de indenização no valor de 286 milhões de dólares. Os árbitros proferiram sua decisão em 2011, entendendo que a Argentina violou a cláusula de tratamento justo e equitativo prevista no BIT. O tribunal rejeitou a defesa do estado de necessidade e condenou o Estado a pagar ao investidor indenização no valor de 43 milhões de dólares.

Em 2012, a Argentina ingressou com pedido de anulação da decisão. O Comitê *ad hoc* manifestou-se em 2014, rejeitando o pedido de anulação.

Em síntese, é evidente a falta de uniformidade entre as decisões proferidas nos diversos procedimentos arbitrais estabelecidos contra a Argentina no ICSID. Essa falta de uniformidade representa uma das principais críticas ao órgão, uma vez que atenta contra a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica dos investidores e dos Estados.

Além dos casos envolvendo investidores norte-americanos e amparados no BIT concluído entre Argentina e EUA, foram também submetidas à arbitragem internacional demandas por parte de investidores ingleses, alegando a violação das cláusulas do BIT assinado entre Argentina e Reino Unido.

No caso *BG Group*⁹⁶, que não foi decidido no ICSID mas em arbitragem internacional realizada segundo as regras da UNCITRAL, o laudo arbitral condenou a Argentina ao pagamento de 185 milhões de dólares para o investidor inglês atuante no setor de distribuição de gás liquefeito, em razão da violação ao tratamento justo e equitativo.

De modo similar, no caso *National GRID*⁹⁷, também decidido conforme as regras da UNCITRAL, o Estado foi condenado a pagar indenização no valor de 53 milhões de dólares para o investidor no setor de distribuição de energia elétrica, também em razão da violação à cláusula de tratamento justo e equitativo, prevista no BIT Argentina-Reino Unido.⁹⁸

O ponto fulcral na análise dos casos argentinos diz respeito ao sopesamento de dois interesses em jogo: de um lado, o combate à grave crise que assolou o país e a necessidade de garantir o acesso da população argentina aos serviços públicos essenciais; e de outro lado, o cumprimento das obrigações previamente assumidas com os investidores estrangeiros.

Tanto as decisões mais favoráveis ao Estado (como o caso *LG&E*) quanto aquelas favoráveis ao investidor (*CMS*, *Enron* e *Sempra*) encerram um dilema, que foi resumido de maneira bastante esclarecedora por Michael Waibel: *—Whereas CMS risks unduly curtailing the government's policy space, LG&E might leave investors in precisely those situations where they need such protection most without adequate international remedy.*"⁹⁹

Do ponto de vista dos investidores, o descumprimento das garantias fornecidas pela Argentina nos anos 90 acarretou severos prejuízos de ordem financeira, razão pela qual exigiam reparação. Mas, do ponto de vista do Estado, as medidas emergenciais adotadas durante a crise, tal qual a proibição de reajustamento das tarifas dos serviços públicos essenciais segundo o índice que havia sido negociado com os investidores nos contratos de concessão (PPI), tinham como objetivo a proteção da população, garantindo-lhe acesso à continuidade daqueles serviços.

Ao Estado, não restavam muitas alternativas: ou aumentava as tarifas conforme o índice PPI para cumprir as obrigações assumidas ou congelava as tarifas para garantir aos

⁹⁶ *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award December 24, 2007.

⁹⁷ *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award November 3, 2008.

⁹⁸ ALVAREZ, José Enrique. **The public international law regime governing international investment**. Leiden: Brill Nijhoff, 2011. p. 252.

⁹⁹ WAIBEL, Michael. Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 20, n. 3, p. 648, set. 2007.

usuários o acesso contínuo a esses serviços.¹⁰⁰ Neste sentido, são oportunas as palavras de Mara Valenti:

Ci pare che in una situazione del genere non si ponga nemmeno il problema dell'eventuale lesione di un interesse essenziale dello Stato nei cui confronti l'obbligo (violato) era dovuto: la protezione dei propri investitori all'estero è sicuramente un interesse importante per uno Stato, mas posto a confronto com la necessità di garantire ad una popolazione intera l'accesso ai servizi pubblici essenziali (acqua, gas, elettricità) ci sembra debba cadere in secondo piano.¹⁰¹

O grande número de condenações da Argentina ao pagamento de indenizações milionárias, fixadas por tribunais arbitrais que, em sua maioria, rejeitaram a defesa do estado de necessidade, serviu como alerta para os demais Estados. Conforme definiu José Alvarez, a Argentina pagou um alto preço pelos BITs assinados nos anos 90: *—[...] it appeared that Argentina was paying a steep price for becoming a signatory to one of the most pro-investor BITs in the world, namely the US Model BIT of 1987.*”¹⁰²

A partir de então, começou-se a questionar se o sistema estabelecido pelo ICSID e pelos acordos de investimento era suficientemente equilibrado para contemplar não somente os interesses dos investidores, mas também a soberania dos Estados em tomar decisões de interesse público.

Nesse contexto, a principal reivindicação consiste em identificar um ponto de equilíbrio entre a proteção dos investimentos estrangeiros, assegurando-lhes estabilidade e previsibilidade, com outros valores de natureza não econômica e de interesse dos Estados, especialmente em períodos de crise.¹⁰³

Os casos arbitrais envolvendo a Argentina, derivados da crise iniciada no país em 2001, sinalizaram apenas a ponta de um *icerberg*, o qual começaria a revelar suas proporções nos anos que se seguiram.

¹⁰⁰ VALENTI, Mara. Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'Argentina: due soluzioni contrapposte. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milano, ano 16, n. 1, p.129, 2008.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² ALVAREZ, José Enrique. **The public international law regime governing international investment**. Leiden: Brill Nijhoff, 2011. p. 255.

¹⁰³ SACERDOTI, Giorgio. The application of BITs in time of economic crisis. In: _____. et al. (Ed.). **General interests of host States in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 8

2.4.2 Denúncias à Convenção de Washington de 1965

Entre os anos de 2007 e 2012, três Estados latino-americanos apresentaram ao ICSID a notificação de sua denúncia à Convenção de Washington de 1965, retirando-se da instituição arbitral internacionalmente reconhecida e especializada em procedimentos de arbitragem de investimentos.

A possibilidade de denúncia é regulamentada pelos artigos 71 e 72 da Convenção, os quais estipulam:

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 e 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.*¹⁰⁴

Até o mês de setembro de 2015, 159 Estados assinaram e, dentre estes, 151 ratificaram a Convenção de Washington. No entanto, apenas 3 Estados denunciaram a Convenção, deixando de fazer parte do ICSID. Quais razões teriam levado os governos da Bolívia, Equador e Venezuela a promoverem a denúncia da Convenção, afastando-se de um sistema aceito por mais de 150 países no mundo?

A Bolívia assinou a Convenção de Washington em maio de 1991. O país aderiu à Convenção em 1994 por meio de sua “Ley Ratificatoria n. 1593” e depositou o instrumento de ratificação no Banco Mundial em junho de 1995. Por conseguinte, a Convenção começou a ter efeitos na Bolívia a partir de julho de 1995.

Hoje, o país possui três casos concluídos¹⁰⁵ e um caso pendente¹⁰⁶ no âmbito do ICSID. Em comparação a outros países da América Latina, como Argentina, Equador e Venezuela, a Bolívia não foi demandada em grande número de casos perante o ICSID. Contudo, um caso tornou-se famoso e adquiriu proporção mundial. Trata-se do caso *Aguas*

¹⁰⁴ CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES, Washington D.C, 1965.

¹⁰⁵ *Pan American Energy LLC v. Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/10/8); *E.T.I. Euro Telecom International N.V. v. Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/07/28); *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3).

¹⁰⁶ *Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/06/2).

*Del Tunari S.A. v. República da Bolívia*¹⁰⁷, marcado por um episódio que ficou mundialmente conhecido como a “Guerra da Água”.

Em 1997, o Banco Mundial aprovou um empréstimo de mais de 100 milhões de dólares para a Bolívia, condicionado à adoção de determinadas medidas, tais como a privatização do sistema de abastecimento de água de seus maiores centros urbanos: El Alto e Cochabamba.

Em 1999, um consórcio multinacional liderado pela companhia *Aguas del Tunari*, subsidiária da *Bechtel Corporation*, uma das maiores empresas de engenharia do mundo, obteve uma concessão de 40 anos para prestar os serviços relativos ao abastecimento de água em Cochabamba.

Algumas semanas depois, a companhia *Aguas del Tunari* anunciou elevados aumentos do preço da tarifa de água na cidade. Enquanto a Organização Mundial da Saúde estima que um indivíduo não deve dispende quantia superior que 3 a 5 por cento de sua renda em tarifas de água, naquele momento as famílias bolivianas tinham gastos superiores a 20 por cento de sua renda neste serviço.¹⁰⁸

O aumento do preço desencadeou uma série de manifestações populares. Os protestos foram violentamente reprimidos pela polícia, culminando na morte de um jovem estudante, além de deixar dezenas de feridos. Diante do aumento da revolta pública, só restou ao governo rescindir o contrato celebrado com a empresa. Em abril de 2000, *Aguas del Tunari* foi forçada a deixar a Bolívia.

Em 2001, tendo por base o BIT celebrado entre Bolívia e Holanda (país para o qual a empresa *Aguas del Tunari* mudou seu domicílio), o investidor deu início a um procedimento arbitral no ICSID, requerendo indenização no valor de 50 milhões de dólares pelos danos sofridos.¹⁰⁹

Em 2002, logo após a constituição do tribunal arbitral, organizações não governamentais enviaram ao ICSID uma petição requerendo sua participação na disputa como *amicus curiae*. Diante da ausência de concordância entre as partes quanto a esta possibilidade, os árbitros entenderam que lhes faltava competência para admitir terceiros no procedimento ou para lhes permitir o acesso às audiências. Essa discussão conduziria às emendas nos artigos 32 e 37 das Regras de Arbitragem do ICSID (ICSID Arbitration Rules) em abril de 2006,

¹⁰⁷ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3)

¹⁰⁸ TITI, Catharine. *Investment Arbitration in Latin America – The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas. Arbitration International*, Oxford, v. 30, n. 2, p. 381, 2014.

¹⁰⁹ AGUIRRE, Fernando. *Bolívia*. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). *Latin American investment protections*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 68.

quando se passou a admitir a inclusão de *amicus curiae* nos procedimentos, bem como o acesso de terceiros às audiências, mediante autorização do tribunal arbitral.

Em 2006, após toda a repercussão global envolvida no episódio, representantes da empresa entraram em negociação e firmaram um acordo com a Bolívia, encerrando o caso.

No ano seguinte, o governo da Bolívia enviou ao ICSID um documento no qual declarava sua intenção de denunciar a Convenção de Washington. A denúncia passou a ter efeitos após um intervalo de seis meses, em novembro de 2007. Além disso, a denúncia da Convenção também esteve relacionada com a vinda de um novo presidente no país, Evo Morales, o qual trouxe consigo o plano de nacionalizar setores estratégicos da economia, como o petróleo e o gás natural.¹¹⁰

A atitude da Bolívia representou um marco no direito internacional dos investimentos e serviu de influência para outros Estados latino-americanos, conforme evidenciado nas palavras de Sonia Rodríguez Jiménez:

*Estamos ante un caso que marcará un hito en el panorama internacional, no sólo por su salida, que es la crónica de un retiro anunciado, sino por la cantidad de medios de comunicación, organizaciones civiles, opinión pública que ha despertado y las ideas que están generándose como consecuencia de dicha retirada.*¹¹¹

Quais seriam os principais motivos que embasaram o abandono do ICSID por parte da Bolívia? Qual foi a motivação do Estado ao tomar essa atitude inédita, retirando-se de um órgão de solução de controvérsias aceito por mais de 150 países ao redor do mundo?

Em maio de 2007, foi enviada à Secretária Geral do ICSID, a espanhola Ana Palacio, uma carta elaborada por organizações da sociedade civil em apoio à retirada da Bolívia do ICSID.¹¹²

O documento sintetiza as principais críticas e preocupações com a arbitragem investidor-Estado promovida no ICSID, ao afirmar que “*ICSID es una parte importante de una red más grande de reglas e instituciones que promueven y protegen la inversión*

¹¹⁰ —[.] podemos señalar que la reciente renuncia de Bolivia al CIADI tiene que ver con la llegada de Evo Morales, el primer y único presidente indígena que ha tenido Bolivia, y su política de nacionalizar sectores claves de la economía; por ejemplo el petróleo y el gas.” RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. El arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica. Nuevas tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia. In: MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (Coord.). **Contratación y arbitraje internacionales**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. p. 437.

¹¹¹ Ibid., p. 435.

¹¹² Ibid., p. 436.

extranjera, sin hacer caso a los costos para la democracia, el ambiente y el bienestar social.”¹¹³

Para corroborar seu argumento, o documento apresenta diversas críticas ao órgão, tais como: (i) na maior parte dos casos arbitrais os demandados são países em desenvolvimento; (ii) a maioria das decisões é favorável aos investidores, em detrimento dos Estados receptores de investimento, o que demonstra o nítido viés pró-investidor do órgão; (iii) os Estados são condenados a pagar indenizações milionárias aos investidores; (iv) o ICSID é um órgão antidemocrático, uma vez que suas audiências não são públicas e não é previsto um sistema recursal; (v) não é um mecanismo neutro de solução de controvérsias, pois é ligado ao Banco Mundial; (vi) a Convenção do ICSID e os tratados de investimento violam a soberania dos Estados.¹¹⁴ Ao final, o documento faz referência ao famoso caso *Aguas del Tunari*, por ser um dos exemplo que melhor ilustra *—f.../los abusos de arbitraje del ICSID.*”¹¹⁵

Essas críticas não ficaram restritas à Bolívia, mas adquiriram ampla repercussão e se difundiram para outros Estados.

No mesmo ano em que a Bolívia denunciava a Convenção de Washington de 1965, o Equador retirava do âmbito de competência do ICSID a solução de controvérsias relativas aos investimentos dirigidos ao setor de recursos naturais, como o petróleo, que representava o principal produto de exportação do país.

O Equador assinou a Convenção de Washington em janeiro de 1986 e depositou seu instrumento de ratificação na mesma data. A Convenção entrou em vigor no país em fevereiro de 1986.

Ao lado de Argentina e México, o Equador tornou-se um dos Estados mais demandados no ICSID. Um dos casos mais polêmicos envolvendo o país foi o caso *Occidental*¹¹⁶.

A empresa petrolífera norte-americana *Occidental Petroleum Corporation* (Oxy) deu início ao seu investimento no Equador em meados dos anos 80, mediante um contrato celebrado com a companhia de petróleos do Equador, *Petroecuador*. Em 1999, a Oxy celebrou com o Equador um contrato de participação para explorar o setor de hidrocarbonetos em determinada região do país.

¹¹³ FIIL, Maj. **Firmas de apoyo al retiro de Bolivia del CIADI**. [s.l], 2007. Disponível em: <http://www.waterjustice.org/?mi=1&res_id=192>. Acesso em: 24 set. 2015.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11).

Em outubro de 2000, Oxy procurava meios de financiar a expansão de suas operações no Equador e reduzir seus riscos, ao mesmo tempo em que a empresa Alberta Energy Corporation Ltd. (AEC) queria expandir seus investimentos no Equador. Por isso, Oxy e AEC celebraram um acordo, no qual a primeira vendia parte de suas ações para a segunda. Contudo, o acordo foi realizado sem a notificação e aprovação do Equador, que era exigida por sua legislação local.¹¹⁷

Quando o governo tomou conhecimento do acordo entre a Oxy e a AEC, viu-se diante de forte pressão política para encerrar sua relação com a Oxy. Em 2006, o governo do Equador rescindiu seu contrato com a empresa, de modo unilateral. Por tais razões, o investidor iniciou procedimento arbitral no ICSID, alegando que o Equador violara suas obrigações estabelecidas no contrato celebrado entre as partes e no BIT existente entre EUA e Equador.

Em 2012, o tribunal arbitral proferiu sua decisão, reconhecendo que o acordo entre as empresas Oxy e AEC violara a lei do Equador, pois não tinha sido aprovado pelo governo equatoriano. Todavia, os árbitros aplicaram o princípio da proporcionalidade, como um elemento integrante do tratamento justo e equitativo, e entenderam que o encerramento do contrato fora uma resposta desproporcional por parte do Estado. Diante disso, o tribunal, dividido em dois votos contra um voto, condenou o Equador a pagar indenização no valor de 1,77 bilhões de dólares (o que, somado aos juros, alcançou o total de 2,33 bilhões de dólares), por violação do BIT celebrado entre Estados Unidos e Equador. Essa foi uma das maiores condenações arbitrais já proferidas.

Em outubro de 2012, poucos dias após o laudo arbitral, o Equador requereu a anulação do laudo. Para análise do pedido, foi constituído um Comitê *ad hoc*, e o procedimento de anulação ainda está pendente.

Após o início deste caso polêmico, o primeiro passo do país consistiu em excluir da competência do ICSID as disputas relativas a investimentos no setor de recursos naturais, como petróleo e gás natural. Em 2010, o país enviou uma carta à Secretaria Geral do ICSID, anunciando sua intenção de retirar do âmbito de competência do órgão a solução de disputas referentes a essas matérias.

A partir de então, já se podia antever a retirada do ICSID, uma vez que as atividades econômicas relativas a recursos naturais como petróleo, gás e minerais eram as

¹¹⁷ CHENG, Tai-Heng; BENTO, Lucas. **ICSID's largest award in history: an overview of Occidental Petroleum Corporation v. the Republic of Ecuador.** 19 dez. 2012. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

protagonistas nos casos iniciados contra o Equador. Inclusive, cogitou-se que essa atitude do Estado implicava em uma saída camuflada do ICSID, porque retirar esse tipo de demandas equivalia a retirar-se do ICSID.¹¹⁸

Posteriormente, em julho 2009, o país procedeu à denúncia formal da Convenção de Washington, a qual efetivou-se no ano seguinte, em janeiro de 2010.

Em sua nova Constituição de 2008, o Equador expressamente previu a proibição em submeter casos à arbitragem internacional:

*Art. 422 - No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas [...].*¹¹⁹

Além de denunciar a Convenção de Washington, o presidente equatoriano Rafael Correa propôs à Assembleia Nacional do Equador a denúncia de uma série de tratados bilaterais de investimentos firmados com outros Estados. Assim, o Equador denunciou diversos BITs, diante da justificativa de que esses acordos seriam inconstitucionais e contemplavam vários dispositivos unicamente favoráveis aos investidores.

No mesmo ano da entrada em vigor da nova Constituição do país, foram denunciados, de modo unilateral, os BITs assinados com Cuba, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Paraguai, Romênia e Uruguai, e em 2010 também foi denunciado o BIT entre Equador e Finlândia.¹²⁰

Corroborando sua postura receosa com relação ao ICSID, o Equador se propôs a liderar a criação de um foro de arbitragem restrito a países latino-americanos, no âmbito da Unasul, cuja ideia básica consiste em substituir o acesso àquele órgão.

Além dessas medidas, em 2013 o Equador criou a *Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones* (CAITISA), uma comissão que se propõe a realizar uma espécie de auditoria nos tratados bilaterais de investimento e nos procedimentos arbitrais em matéria de investimentos.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. El arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica. Nuevas tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia. In: MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (Coord.). **Contratación y arbitraje internacionales**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. p. 434.

¹¹⁹ EQUADOR. Constituição (2008). **Constitucion de la Republica del Ecuador**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf> Acesso em: 17 set. 2015.

¹²⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Investment Policy Hub**. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/>>. Acesso em: 17 set. 2015.

A Comissão conta com *experts* de direito internacional dos investimentos, bem como integrantes do governo, como o Secretário Nacional de Planejamento e Desenvolvimento; a Secretária Nacional de Gestão de Política; o Secretário Geral Jurídico da Presidência da República e o Ministro de Relações Exteriores.

Essa Comissão foi criada por meio do Decreto Executivo n. 1506 de 6 de maio de 2013, para que seus membros analisem o processo de negociação dos BITs e outros acordos de investimento assinados pelo país, bem como a validade dos laudos, procedimentos e decisões proferidos por órgãos de arbitragem internacional de investimentos.

Uma explicação muito interessante dos motivos que levaram países como o Equador, Bolívia e Venezuela a se retirarem do ICSID é encontrada em uma cartilha elaborada pela Secretaria Nacional de Planejamento e Desenvolvimento (*Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo*), entidade integrante da Comissão. O objetivo da cartilha consiste em explicar o que são os BITs.

Nessa cartilha, intitulada “¿Qué son los Tratados Bilaterales de Inversión?”, os BITs são definidos como “un sistema injusto para el Ecuador y Latinoamérica”¹²¹, além de representarem ameaças aos países em desenvolvimento, razão pela qual a Comissão foi criada:

*Los TBI amenazan a nuestra soberanía y recursos. Por ello, el gobierno del presidente Rafael Correa ha tomado la iniciativa de crear una Comisión que analice a fondo las implicaciones que estos tratados tienen para el Ecuador y determine su legitimidad o legalidad, así como del sistema de arbitraje internacional.*¹²²

Assim como a Bolívia e o Equador, a Venezuela também optou por denunciar a Convenção de Washington de 1965 e retirar-se do sistema do ICSID.

A República Bolivariana da Venezuela assinou a Convenção de Washington em agosto de 1993 e depositou seu instrumento de ratificação em maio de 1995.

A Venezuela era um dos principais Estados demandados perante o ICSID, principalmente em virtude das frequentes nacionalizações promovidas pelo governo venezuelano, envolvendo empresas de diversos setores da economia.

Com efeito, as expropriações atingiram as companhias de petróleo *ExxonMobil* e *ConocoPhillips*, bem como as produtoras de cimento *Cemex* e *Holcim*, a mineradora *Gold*

¹²¹ SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESAROLLO - ECUADOR. ¿Qué son los Tratados Bilaterales de Inversión? Quito, 2015. Disponível em: <<http://www.caitisa.org/pdf/Guia-de-los-TBI.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

¹²² Ibid.

Reserve, a siderúrgica *Sidor*, a empresa de recipientes de vidro *Owens Illinois*, o grupo de produção de alimentos *Vestey*, a rede de hotéis *Hilton*, além de outras companhias.

Em consequência, o Estado foi questionado em diversos procedimentos arbitrais, resultando na condenação ao pagamento de indenizações. Entre os casos mais famosos contra a Venezuela, encontra-se o caso *ConocoPhillips*.

Na década de 1990, a Venezuela conduziu uma política de abertura comercial, voltada a atrair investimentos estrangeiros, em benefício da economia local. Todavia, na década seguinte, durante a presidência de Hugo Chávez, tiveram início as políticas de nacionalização. O objetivo inicial almejado pelo governo era a criação de empresas mistas, nas quais a Venezuela teria a participação majoritária. Como a *ConocoPhillips* recusou-se a aceitar essa mudança, o Estado considerou que lhe faltava o espírito de cooperação e expropriou os bens da empresa, encerrando o seu contrato de concessão.¹²³

Diante disso, o investidor estrangeiro iniciou procedimento arbitral, exigindo indenização em decorrência do descumprimento do BIT entre Venezuela e Holanda – o qual era aplicável porque a empresa tinha sido incorporada na Holanda antes do início da disputa.

Em setembro de 2013, o tribunal arbitral decidiu que a expropriação foi ilícita, pois a Venezuela descumprira sua obrigação de negociar, com boa fé, a indenização cabível, com base no valor de mercado. A fixação do *quantum* indenizatório foi adiada para um momento posterior.

Logo após a publicação do laudo arbitral, a Venezuela solicitou a reconsideração da decisão. Contudo, o pedido não foi aceito. Diante de uma nova constituição do tribunal arbitral, a Venezuela apresentou um segundo pedido de reconsideração, que ainda está pendente.

Por sua vez, o caso *Gold Reserve v. Venezuela*¹²⁴ diz respeito a dois contratos de concessão de mineração do ouro: os contratos “Brisas Concession” e “Unicornio Concession”. Ambas as concessões seriam exploradas pela *Gold Reserve*.

Em 2009, o Ministro do Meio Ambiente negou o pedido de prorrogação do contrato de concessão Brisas. No mesmo ano, o governo expropriou os bens do investidor e ocupou a área do projeto. Também em 2009, teve início o procedimento administrativo para revogar o contrato de concessão Unicornio, o qual foi definitivamente encerrado em 2010.

¹²³ DOLZER, Rudolf. Case comment: *ConocoPhillips v. Venezuela and Gold Reserve v. Venezuela - Expropriation: a new focus on old issues*. **ICSID Review** – Foreign Investment Law Journal, Washington, D.C., v. 20, n. 2, p. 379, 2015.

¹²⁴ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1.

Os investidores iniciaram procedimento arbitral no ICSID, alegando que houve violação do BIT entre Canadá e Venezuela. Ao proferir a decisão, os árbitros entenderam que a Venezuela descumprira a cláusula de tratamento justo e equitativo e que, por isso, deveria indenizar os investidores no valor de 713 milhões de dólares, além dos juros e custas legais.

Diante das várias condenações sofridas pelo país, cresceu o número das críticas aos procedimentos arbitrais do ICSID. Além disso, não se pode olvidar a influência da Bolívia e do Equador, que tinham denunciado a Convenção de Washington em 2007 e 2009, respectivamente, acusando o ICSID de ser um órgão antidemocrático e atentar contra a soberania dos Estados. Seguindo estes exemplos, em 2012 a Venezuela informou ao ICSID a sua decisão de denunciar a Convenção de Washington. A denúncia passou a surtir efeitos a partir de julho do mesmo ano.

Para justificar sua decisão de denunciar a Convenção, o governo emitiu um comunicado oficial, no qual argumentava em defesa da soberania nacional, além de aludir ao artigo 151 da Constituição do país, segundo o qual as matérias de interesse público devem ser resolvidas pelos tribunais nacionais:

Artículo 151. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Todavia, a atitude do governo em denunciar a Convenção foi criticada por juristas do próprio país. Segundo Andrés Mezgravis, a saída do ICSID teria sido uma má opção jurídica e econômica da Venezuela. Má opção jurídica, porque não obsta a propositura de futuras demandas perante o órgão e a execução forçada de bens da Venezuela em outros

países. Má opção econômica, porque pode afastar investidores e, caso existam investimentos, eles serão mais onerosos, pois irão exigir garantias maiores contra os eventuais riscos.¹²⁵

A atitude de denunciar a Convenção de Washington pode ser compreendida diante da percepção destes Estados de que os BITs assinados nas décadas anteriores eram excessivamente favoráveis aos investidores. Por isso, “[...] como a quarentena para a saída é longa, resolveram arrancar-lhes os dentes, evitando a arbitragem.”¹²⁶ Entretanto, quando o Estado denuncia a Convenção de Washington de 1965, suas obrigações não cessam automaticamente, pois existe uma plataforma de proteção que se estende por vários anos.

A mera denúncia da Convenção não afeta os direitos e obrigações assumidos pelo Estado quando a Convenção estava em vigor. Destarte, se o investidor já tinha aceitado o consentimento do Estado na jurisdição do ICSID e iniciado o procedimento arbitral, antes da denúncia da Convenção, o Estado permanece obrigado.

Uma situação diferente se apresenta quando o Estado oferece sua oferta unilateral de consentimento à jurisdição do ICSID, seja por meio de um contrato, uma lei ou um BIT, e depois esse Estado notifica a denúncia à Convenção de Washington. Nesse caso, aquela oferta unilateral do Estado anteriormente feita ainda terá efeitos ou será revogada, diante da notificação da denúncia da Convenção?

Como exemplo, imagine-se uma situação em que o Estado X denunciou a Convenção de Washington, mas não denunciou os BITs, nos quais expressou seu consentimento para a arbitragem de investimentos no ICSID. Nesse caso, poderá o investidor estrangeiro reclamar no ICSID contra o Estado X?

Um exemplo real ocorreu com a Bolívia. A Bolívia notificou ao ICSID sua denúncia da Convenção de Washington em 1º de maio de 2007 e a denúncia passou a ter efeitos em 2 de novembro de 2007, mas vários BITs que permitiam o acesso ao ICSID continuaram em vigor no país. Dentro do período de seis meses a partir da notificação da

¹²⁵ *—Lo que sí resulta ilegítimo y muy grave es que se anuncie que no se va a dar cumplimiento a ninguna sentencia de los tribunales del Ciadi. Esto, porque la oficialización del retiro no implica que el Estado queda inmediatamente liberado de todas sus obligaciones internacionales asumidas. El artículo 71 del Convenio establece que la denuncia solo surtirá efectos luego de seis meses, una vez recibida la carta de retiro. [...] Existen alrededor de 25 tratados bilaterales, autónomos e independientes del Convenio Ciadi, en los cuales Venezuela ha acordado junto con otros Estados someterse a la figura de arbitraje internacional [...]. El retiro de Venezuela del Ciadi no implica en forma alguna la terminación de esos 25 tratados. Cada uno de ellos tendría que ser denunciado de manera autónoma, y aunque ocurriera, la mayoría de ellos consagra que las inversiones realizadas antes de la respectiva denuncia seguirían estando protegidas por un periodo de 10 o 15 años, contados a partir de la fecha de terminación.* MEZGRAVIS, Andrés. **Retiro del Venezuela del Ciadi**. Caracas, 2012. Disponível em: <<http://www.mezgravis.com/EntrevistaRetiroVzlaCIADI.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2015.

¹²⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. Os ACFIs e (a falta de) proteção dos investidores. **Valor Econômico**, São Paulo, 30 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniaio/4155438/os-acfis-e-falta-de-protecao-dos-investidores>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

denúncia, pelo menos um investidor estrangeiro apresentou seu consentimento para a jurisdição do ICSID, submetendo ao Centro uma disputa, com base no BIT entre Bolívia e Holanda. O caso *ETI Euro Telecom* foi registrado em 31 de outubro de 2007. Essa situação deu ensejo a diversos problemas de ordem prática. Dependendo da visão que se adota sobre o consentimento das partes, teremos diferentes implicações no que concerne aos efeitos da denúncia da Convenção.

Na visão de Christoph Schreuer, o consentimento para a arbitragem só se aperfeiçoa quando aceito pelas duas partes. Neste sentido:

The concept of consent to jurisdiction under the ICSID Convention is based on the need for an agreement between the parties to the proceedings, that is, a host state and a foreign investor. A consent agreement may be reached by way of a direct contract between the state and the foreign investor. It may also be reached by way of legislation or a treaty provision under which the state holds out an offer of consent to foreign investors. But a provision in legislation or in a treaty providing for ICSID jurisdiction does not represent valid consent unless and until it has been accepted in writing by the investor.
127

Portanto, para os adeptos deste entendimento, se no momento em que o Estado denuncia a Convenção existia somente uma oferta unilateral do Estado de consentimento à arbitragem, mas o investidor ainda não aceitara esse consentimento e não dera início ao procedimento arbitral, o investidor não poderá mais demandar contra aquele Estado no ICSID:

*Consent to jurisdiction is perfected only after its acceptance by both parties. A unilateral offer of consent by the host State through legislation or a treaty before a notice under Art. 70 or 71 would not suffice for purposes of Art. 72. An investor's attempt to accept a standing offer of consent by the host State that may exist under legislation or a treaty after receipt of the notice of exclusion or denunciation under Art. 70 or 71 would not succeed. In order to be preserved by Art. 72, consent would have to be perfected prior to the receipt of the notice of exclusion or denunciation. In order to benefit from the continued validity under Art. 72, consent must have been given before the denunciation of the Convention or exclusion of a territory.*¹²⁸

Todavia, outros autores entendem que a jurisdição do ICSID continua existindo após a notificação da denúncia, ou seja, durante o período de seis meses antes que a denúncia

¹²⁷ SCHREUER, Christoph. Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration. In: WAIBEL, Michael et al. (Ed.). **The backlash against investment arbitration: perceptions and reality**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

¹²⁸ SCHREUER, Christoph H. et al. **The ICSID Convention: a commentary**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 1280.

se torne efetiva. Uma vez que o consentimento à arbitragem já foi manifestado pelo Estado, ele não poderia revogá-lo unilateralmente: o consentimento já se aperfeiçoou e, se o BIT permanece em vigor, o Estado poderá ainda ser demandado no ICSID.¹²⁹

Uma hipótese ainda mais problemática surge quando o investidor expressa a sua aceitação do consentimento dado pelo Estado depois que a denúncia já se tornou efetiva.

Questiona-se: se o Estado denunciou a Convenção de Washington, mas não denunciou os BITs, os investidores poderiam se valer dos BITs em vigor e continuar a demandar no ICSID contra aquele Estado, mesmo depois que a denúncia da Convenção de Washington já se efetivou (após o período de seis meses a partir da notificação da denúncia)? Essa situação se apresentou no caso *Pan American Energy*¹³⁰, em que o investidor registrou a reclamação no ICSID contra a Bolívia dois anos após o Estado denunciar a Convenção de Washington, em 12 de abril de 2010. Nesse caso, as próprias partes decidiram encerrar o procedimento arbitral, razão pela qual o tribunal não teve oportunidade de manifestar o seu entendimento.

Contudo, a possibilidade de que o Estado seja demandado no ICSID mesmo *depois* da denúncia da Convenção se tornar efetiva é admitida por alguns autores. A esse respeito, Emmanuel Gaillard argumenta: *“[...] where an unqualified consent exists [...], the rights and obligations attached to this consent should not be affected by the denunciation of the ICSID Convention.”*¹³¹

Para Gaillard, mesmo após o decurso do prazo de seis meses exigidos para a denúncia da Convenção de Washington se efetivar, o Estado poderá ser demandado no ICSID se ainda estiver em vigor o BIT onde aquele Estado expressou seu consentimento em submeter-se à arbitragem naquele órgão. Segundo o autor, a apreciação da questão exigirá a avaliação da linguagem do BIT. Se a linguagem do BIT é clara ao permitir o consentimento à arbitragem de investimentos no ICSID, o Estado poderá ser requerido mesmo depois de não ser mais parte da Convenção de Washington. Nesse sentido:

As a result, a denouncing state's consent to the jurisdiction of the centre based on an investment protection treaty depends on the terminology used in the arbitration clause contained in that treaty. In the case of Bolivia, for example, Article 11 of the BIT with Germany of March 23, 1987 provides that, after

¹²⁹ GARIBALDI, Oscar M. On the denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction and the limits of the contract analogy. In: BINDER, Christina et al. (Org.). **International investment law for the 21st Century**: essays in honour of Christoph Schreuer. Oxford: Oxford University Press, 2009.

¹³⁰ *Pan American Energy LLC v. Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/10/8).

¹³¹ GAILLARD, Emmanuel. The Denunciation of the ICSID Convention. **New York Law Journal**, New York, v. 237, n. 122, 26 jun. 2007.

*both states have become ICSID contracting parties, the dispute –shall be submitted” to ICSID mediation and arbitration. Article IX of the Bolivia-US BIT of April 17, 1998 provides for ICSID arbitration as one of the many options offered to the investors, Article IX(4) stating that –[e]ach Party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration” in accordance with such choices and that such –consent...shall satisfy the requirement of Chapter II of the ICSID Convention...for written consent of the parties to the dispute.” The expression of consent to the jurisdiction of the centre could hardly be clearer.*¹³²

Embora a questão não seja pacífica entre os doutrinadores, e ainda não tenha sido objeto de análise dos tribunais arbitrais (sobretudo porque as denúncias da Convenção de Washington são relativamente recentes), constata-se que a mera denúncia da Convenção não encerra as possibilidades de submissão de demandas ao ICSID. Para muitos autores, o consentimento à arbitragem ICSID, manifestado em um BIT, obriga o Estado e pode ser utilizado pelo investidor a qualquer momento, mesmo após a efetivação da denúncia à Convenção de Washington de 1965.

2.4.3 A proposta da Unasul

Em meados de 2004, os presidentes da América do Sul iniciaram as negociações para criar a Comunidade Sul Americana de Nações (CSN), com o intuito de reunir forças de dois blocos econômicos: o Mercado Comum do Sul (Mercosul) e a Comunidade Andina de Nações (CAN), estimulando assim a integração regional dos países da América do Sul.

Em 2007, o nome da organização foi alterado para “União das Nações Sul Americanas” (Unasul). Sua criação formal deu-se apenas em 2008, ano em quem foi aprovado o Tratado Constitutivo da Unasul, no Brasil. Em março de 2011, após obter o número mínimo de ratificações necessárias, o tratado entrou em vigor.

São Estados membros da Unasul os doze Estados sul-americanos: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

O tratado constitutivo da Unasul corresponde ao primeiro tratado internacional negociado e assinado pela totalidade dos países sul-americanos.¹³³ O objetivo desta organização consiste em construir um espaço de integração cultural, econômica, social e

¹³² GAILLARD, Emmanuel. The Denunciation of the ICSID Convention. *New York Law Journal*, New York, v. 237, n. 122, 26 jun. 2007.

¹³³ CARDONA, Diego. El ABC de UNASUR: doce preguntas y respuestas, *Revista de la integración: la Construcción de la Integración Suramericana*, Lima, n. 2, p. 19, jul. 2008.

política, além de alcançar uma identidade sul-americana. A ideia central resume-se na busca por atingir um processo de integração nos moldes daquele obtido por comunidades como a União Europeia. Almeja-se seguir o ideal europeu de integração solidária, eliminado assimetrias econômicas entres os países membros.¹³⁴

O objetivo geral da organização está disposto no tratado constitutivo da UNASUR:

A União de Nações Sul-americanas tem como objetivo construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infraestrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.¹³⁵

Como se infere da leitura deste dispositivo, um dos interesses da organização diz respeito às matérias que envolvem energia, infraestrutura e comércio entre os países sul-americanos.

Com efeito, a Unasul se estabelece em uma parte do mundo detentora de amplas reservas de recursos naturais, tais como minerais, água, terras cultiváveis e energia. Logo, desde que amparada por uma infraestrutura adequada e moderna, e explorada por recursos humanos qualificados, tem o potencial de tornar-se uma das áreas econômicas mais importantes no mundo globalizado.¹³⁶

Desde a celebração da III Cúpula da Unasul na Venezuela, os presidentes dos países membros começaram a expressar seu interesse de estabelecer um tribunal de arbitragem que viesse a substituir o tão criticado ICSID. Entre os Estados membros, Bolívia, Equador e Venezuela foram aqueles que demonstraram maior interesse na criação de um centro de solução de controvérsias de investimentos dentro da Unasul, o que se explica diante das condenações destes Estados em diversos casos submetidos ao ICSID.¹³⁷

¹³⁴ NOGUEIRA, Uziel. **Union Sudamericana de Naciones: Desafios y Oportunidades**. Lima, 2008. Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/Prensa.aspx?id=583&accion=detalle&cat=AP&title=union-sudamericana-de-naciones-desafios-y-oportunidades>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

¹³⁵ BRASIL. Decreto n. 7667, de 11 de janeiro de 2012. Promulga o Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas, firmado em Brasília, em 23 de maio de 2008. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7667.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹³⁶ NOGUEIRA, op.cit.

¹³⁷ MORENO-PAREDES, Euyelit Adriana. El Arbitraje de Inversiones en América del Sur: Propuesta de Creación de un Centro Alternativo de Arbitraje Dentro de la Estructura Internacional de la Unión de Naciones Suramericanas. **Inter-American Law Review**, Miami, v. 42, n. 1, p. 184, 2010.

Em dezembro de 2010, os Ministros das Relações Exteriores dos países membros da Unasul decidiram que o Equador lideraria um grupo de trabalho de solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros, responsável por elaborar a proposta do centro de arbitragem.

Após cinco anos de reuniões contínuas do *—Grupo de Trabajo de Expertos de Alto Nivel de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de la Unasur—*, o projeto de *—Acuerdo Constitutivo del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de Unasur—* encontra-se em fase final, embora seu texto ainda não tenha se tornado público.

A iniciativa do Equador está de acordo com a Constituição do país, a qual, embora afaste os tratados internacionais que permitem a arbitragem diretamente entre Estado e pessoas naturais ou jurídicas, contém uma ressalva para admitir os tratados que criam instituições arbitrais regionais.¹³⁸

O Projeto, que ainda se encontra em fase final de elaboração, prevê diferentes mecanismos de solução de disputas, como a mediação, conciliação e arbitragem. O foco da proposta não está no laudo arbitral, mas nos mecanismos de mediação, facilitação e negociação, que permitem estabelecer diálogo entre as partes.

2.5 Principais críticas e preocupações com o regime de proteção dos IEDs

Os Estados latino-americanos começaram a mudar de percepção em relação ao regime de proteção dos investimentos estrangeiros na medida em que começaram a notar que os custos de participar desse regime poderiam ser maiores que os benefícios proporcionados por ele.

A interpretação dos tribunais arbitrais tratou de expandir o âmbito de aplicação dos BITs além do que os Estados previram no momento de assinatura desses acordos, o que desencadeou um alto número de procedimentos arbitrais iniciados e condenações ao pagamento de indenização aos investidores estrangeiros.

Além disso, as antigas crenças que haviam estimulado a celebração dos BITs começaram a apresentar seus sinais de fraquezas.

¹³⁸ O artigo 422 da Constituição do Equador de 2008 dispõe: *—No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.—*

A crença de que a entrada de IED no território é desejável porque promove crescimento econômico começou a ser questionada. Embora o IED tenha o potencial de beneficiar o Estado receptor, isso nem sempre irá ocorrer.

A crença de que os BITs são instrumentos eficazes para aumentar o fluxo de IED também cedeu espaço a dúvidas. As evidências empíricas sobre o impacto dos BITs no fluxo de investimentos não são conclusivas. É possível encontrar distintos entendimentos a esse respeito.

Não apenas os BITs, mas outros fatores também são considerados pelo investidor ao investir em um determinado Estado. Inclusive, o Brasil é um exemplo de país que nunca ratificou BITs, mas é o principal receptor de IED na América Latina. A China recebe grande fluxo de IED dos EUA, embora ainda não exista um BIT entre ambos os Estados.

A incerteza acerca dos méritos dos BITs em atrair IED levou os países a questionarem a viabilidade de restringir sua capacidade regulatória e fornecer amplas garantias ao investidor, com a mera expectativa de aumentar do volume de IED, o que pode não se concretizar.¹³⁹

Em artigo publicado em 1983, o professor Michael Sprague defendeu veementemente a ratificação da Convenção de Washington pelos países latino-americanos e afirmou: *—The Latin American nations will profit more than they will risk if they join the international cooperative effort in foreign investment arbitration known as the International Centre for Settlement of Investment Disputes.*”¹⁴⁰ Contudo, o argumento dificilmente se sustenta ao ser confrontado com as sucessivas condenações sofridas pelos Estados latino-americanos nos tribunais arbitrais do ICSID nos últimos anos.

Na última década, diversas críticas ao ICSID começaram a despontar. Ao lado da condenação ao pagamento de indenizações milionárias, o elevado custo dos procedimentos arbitrais é apontado como uma grande desvantagem do órgão.

Com efeito, o custo médio de um procedimento arbitral realizado nessa instituição aproxima-se de oito milhões de dólares, dos quais 82 por cento são gastos com os advogados

¹³⁹ EL-KADY, Hamed. An International Investment Policy Landscape in Transition: Challenges and Opportunities. **Transnational Dispute Management Journal**, Voorburg, v. 10, n. 4, p. 3, set. 2013. Disponível em: <<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1978>>. Acesso em: 15 set. 2015.

¹⁴⁰ SPRAGUE, Michael T. A courageous course for Latin America: urging the ratification of the ICSID. **Houston Journal of International Law**, Houston, v. 5, n. 1, p. 178, 1982.

e com a produção de provas, 14 a 16 por cento são custos dos árbitros e 1 a 2 por cento são da instituição responsável por administrar o caso.¹⁴¹

Além disso, critica-se a falta de transparência dos procedimentos arbitrais, a ausência de via recursal e a ausência de uniformidade nas decisões arbitrais proferidas, que são inconsistentes e contraditórias entre si.

Além dessas críticas relativas à estrutura e aos procedimentos do órgão, argumenta-se que os tribunais arbitrais são incapazes de contemplar matérias de interesse público, o que compromete a capacidade regulatória dos Estados e atenta contra sua soberania.

O grande número de condenações dos Estados fez surgir a desconfiança de que o órgão possuiria um viés pró-investidor, de modo que os tribunais arbitrais seriam viesados em favor das grandes multinacionais, ou seja, o regime seria *—investor-friendly*”. Inclusive, chegou-se a questionar a imparcialidade dos árbitros, tendo em vista os seus interesses profissionais e financeiros envolvidos.

As alegações de cunho procedimental são menos problemáticas, pois comportam soluções mais fáceis de implementar. Diante da exigência de transparência nos procedimentos, é preciso considerar que, na arbitragem entre investidor e Estado, os efeitos da decisão repercutem muito além das partes envolvidas. Por isso, a regra de confidencialidade não pode ser interpretada do mesmo modo que na arbitragem comercial.

Em arbitragens de investimento, a exigência de transparência abrange a comunicação ao público da existência de uma controvérsia; a publicação dos documentos produzidos durante o procedimento; a abertura das audiências ao público e a possibilidade de intervenção da sociedade civil, por meio de organizações não governamentais, no procedimento arbitral, como *amicus curiae*.¹⁴²

Para lidar com a crescente reivindicação por maior transparência, o ICSID tem promovido reformas pontuais em suas regras. Em abril de 2006, foram revisadas as Regras de Arbitragem desta instituição (*Rules of Procedure for Arbitration Proceedings*).

Embora a prática arbitral consagre o sigilo, as partes podem concordar que o laudo arbitral seja publicado. Atualmente, a maior parte dos laudos arbitrais está publicada e pode ser acessada no sítio eletrônico do ICSID.

¹⁴¹ KINNEAR, Meg. The Future of ICSID. In: CALAMITA, N. Jansen; EARNEST, David; BURGSTALLER, Markus (Ed.). **The future of ICSID and the place of investment treaties in international law**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2013. p. 355.

¹⁴² SCHLEE, Paula. Transparência em arbitragens investidor-Estado. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, Asunción, ano 3, n. 5, p. 111, mar. 2015.

Quanto ao argumento de ausência de via recursal, não se pode desconsiderar a possibilidade de alguns procedimentos, como (i) a retificação do laudo, caso seja necessário obter algum esclarecimento a respeito da decisão; (ii) a interpretação do laudo, quando as partes divergem acerca do significado da decisão; (iii) a revisão do laudo, quando um fato anterior ao laudo e que alteraria seu sentido é descoberto e (iv) a anulação do laudo, em determinadas hipóteses estabelecidas na Convenção de Washington.

A questão mais problemática, no entanto, ultrapassa as discussões de publicidade dos laudos, participação de *amicus curiae* e previsão de vias recursais. A principal preocupação dos Estados diz respeito à alegação de que o ICSID é incapaz de contemplar o seus interesses, pois beneficia tão somente o interesse dos investidores.

Em uma cartilha elaborada pelo Secretaria Nacional de Planejamento e Desenvolvimento do Equador e divulgada pela CAITISA, é possível encontrar diversas ilustrações que sintetizam as críticas dos países ao ICSID. Assim, passa-se a apresentar abaixo as figuras 6, 7, 8 e 9, nas quais é possível identificar as principais críticas dos países latino-americanos com relação ao ICSID.

Figura 06 – Crítica aos tratados bilaterais de investimento



Fonte: SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESAROLLO - ECUADOR. **¿Qué son los Tratados Bilaterales de Inversión?** Quito, 2015. Disponível em: <<http://www.caitisa.org/pdf/Guia-de-los-TBI.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

Figura 07 – Crítica à celebração dos BITs



Fonte: SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO - ECUADOR. **¿Qué son los Tratados Bilaterales de Inversión?** Quito, 2015. Disponível em: <<http://www.caitisa.org/pdf/Guia-de-los-TBI.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

Figura 08 – Crítica ao regime internacional de proteção do IED



Fonte: SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO - ECUADOR. **¿Qué son los Tratados Bilaterales de Inversión?** Quito, 2015. Disponível em: <<http://www.caitisa.org/pdf/Guia-de-los-TBI.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

Figura 09 – Crítica à arbitragem de investimentos do ICSID



Fonte: SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO - ECUADOR. **¿Qué son los Tratados Bilaterales de Inversión?** Quito, 2015. Disponível em: <<http://www.caitisa.org/pdf/Guia-de-los-TBI.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

Embora as ilustrações acima expostas tenham sido divulgadas em cartilha preparada pelo governo equatoriano, elas permitem identificar as críticas não só do Equador, mas também de outros países latino-americanos, com relação ao regime internacional de proteção do IED.

A figura 6, seguida pela pergunta: “O que são os BITs?” revela a percepção de muitos países latino-americanos no sentido de que os BITs são instrumentos impostos pelos países “mais fortes” a países politicamente e economicamente “mais fracos”.

Neste sentido, são apropriadas as palavras de Stephan Schill, ao afirmar que a maneira pela qual as regras internacionais de investimento têm sido negociadas, concluídas e implementadas faz com que sejam vistas como o produto de um comportamento hegemônico dos Estados exportadores de capital, desejosos de impor-se com relação a Estados mais fracos.¹⁴³

A figura 7 revela a mesma situação, ao insinuar que o processo de assinatura de BITs resulta da imposição dos países desenvolvidos e exportadores de capital aos menos desenvolvidos, que não podem reagir, tampouco negociar os termos do tratado.

A figura 8, assim como as anteriores, revela o mesmo processo, no sentido de que a negociação dos BITs não é feita com base em discussões recíprocas entre os Estados parte, mas imposta pelos Estados exportadores de capital, a quem cabe formular todas as “regras do jogo”.

A figura 9 sintetiza uma das principais preocupações dos países com relação às arbitragens de investimentos, principalmente no ICSID.

Nessa ilustração, são evidentes os interesses antagônicos em jogo: de um lado, está o interesse do Estado em adotar medidas de interesse público, como a adoção de legislação antitabagista mais rigorosa, para proteger a saúde pública. No entanto, de outro lado, está o investidor estrangeiro da indústria tabagista, o qual ameaça iniciar um procedimento arbitral contra o Estado caso a medida adotada contrarie os seus interesses comerciais.

Com efeito, o principal argumento que serviu de justificativa para as sucessivas denúncias da Convenção de Washington dizia respeito ao fato de os árbitros não considerarem o direito do Estado de regular as matérias de interesse público.

Mesmo naquelas situações em que é evidente que o Estado adotou medidas

¹⁴³ *—The way international investment rules are negotiated, concluded and implemented has been criticized as constituting the product of hegemonic behavior of capital-exporting countries that aim at preserving their dominance in relation to politically and economically weaker States.* SCHILL, Stephen W. **The multilateralization of international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 7.

destinadas a proteger o meio ambiente, a saúde pública, ou medidas emergenciais para superar uma grave crise econômica, a tendência dos tribunais arbitrais é a condenação do Estado a indenizar o investidor, caso esse tenha sido prejudicado.

Com relação à crítica recorrente acerca do viés pró-investidor presente nas decisões dos tribunais arbitrais do ICSID, o problema não reside na imparcialidade dos árbitros, mas sim no próprio direito aplicável ao caso.

De fato, os tribunais arbitrais solucionam a controvérsia com base nos tratados bilaterais de investimento. O conteúdo comumente encontrado nesses tratados abrange tópicos como a definição de investimento estrangeiro; as condições para regular a entrada do investimento no país; o tratamento a ser conferido aos investidores estrangeiros; os limites legais de medidas como expropriação e nacionalização; os padrões de indenização aplicáveis; a remessa de lucros e os mecanismos de solução de controvérsias entre investidores estrangeiros e o Estado receptor de investimentos.¹⁴⁴ Ou seja, os BITs fornecem um rol de direitos aos investidores, sem que exija deles qualquer obrigação específica.

De fato, o propósito que inspirou a criação dos BITs consistia em assegurar a proteção dos investidores, restringindo a liberdade de ação dos Estados, para diminuir os riscos a que os investidores estavam sujeitos. Por isso, o BIT foi formulado como um tratado muito assimétrico, privilegiando apenas os interesses do investidor. Assim, se um Estado adota uma medida prejudicial ao investidor estrangeiro e a controvérsia é submetida aos tribunais arbitrais do ICSID, a tendência natural do árbitro será decidir em favor do investidor, em decorrência da própria redação dos acordos de investimento.

É por esta razão que, recentemente, começou a surgir um movimento de revisão dos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos, dentre os quais incluem-se os BITs, de modo a torná-los mais equilibrados. A reivindicação de maior equilíbrio no texto destes acordos, como meio de alcançar um maior equilíbrio nas decisões arbitrais do ICSID, começou a ser exigida também pelos países desenvolvidos.

Hoje, a exigência de contemplação dos interesses dos Estados, ao lado dos direitos dos investidores, não mais se restringe à América Latina, mas adquiriu dimensões muito maiores, impelindo o surgimento daquilo que podemos denominar como “as transformações do direito internacional dos investimentos”.

¹⁴⁴ WEI, Dan. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos – práticas do Brasil e China. **Nação e Defesa**, n. 125, p. 159, 2010.

Destarte, cumpre avaliar este processo, com vistas a identificar de que maneira as atuais transformações do direito internacional dos investimentos ajudam a responder as principais críticas da América Latina com relação ao regime de proteção dos IEDs.

CAPÍTULO 3 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS: RUMO A UM SISTEMA MAIS EQUILIBRADO?

*Developments in Latin America are only a symptom of a wider rethinking of standards of investment protection across the globe and the new tendency towards more flexible and balanced investment agreements. If the questioning of the system seems to take place more acutely in this part of the world, it may be due to the type of disputes that have been registered. However, to confine this phenomenon to Latin America fails to reflect reality.*¹⁴⁵

Catharine Titi

3.1 As transformações do direito internacional dos investimentos

Embora, inicialmente, as preocupações com a arbitragem de investimentos se restringissem aos países em desenvolvimento (principalmente os latino-americanos), as alterações no fluxo de investimentos ao redor do mundo fizeram com que essa mesma preocupação atingisse também os países desenvolvidos.

De fato, o fluxo de IED deixou de ser *unidirecional*.¹⁴⁶ A alteração nos fluxos mundiais de investimentos estrangeiros ocasionou o desvanecimento dos limites que demarcavam a separação entre Estados *exportadores e importadores de capital*. Hoje, de certo modo, essa classificação perdeu o seu significado, na medida em que um país pode receber investimentos estrangeiros em seu território ao mesmo tempo em que os seus investidores nacionais investem no território de outros países – ou seja, ele será *exportador e receptor* de investimentos, concomitantemente.

Os EUA, exemplo de um Estado tradicionalmente exportador de capital, passaram a receber um grande fluxo de IED em seu território, assumindo também o papel de Estado importador de capital. Ao mesmo tempo, investidores originários de países em desenvolvimento começaram a projetar-se para o exterior, de modo que seus Estados deixaram de ser apenas receptores de capital para tornar-se também uma fonte de origem dos IEDs.

Atualmente, uma grande parcela dos investimentos estrangeiros diretos provém das empresas transnacionais de economias emergentes, como os BRICS (Brasil, Rússia, Índia,

¹⁴⁵ TITI, Catharine. *Investment Arbitration in Latin America – The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas. Arbitration International*, Oxford, v. 30, n. 2, p. 384, 2014.

¹⁴⁶ —*Today's flows of investment are not merely unidirectional. In most years after World War II, the United States has been the largest recipient of FDI as well as the leading capital exporter. The United States shares this duality with others, such as the so-called BRICs, Brazil, Russia, India and China – all leading recipients and exporters of capital.*” ALVAREZ, José Enrique. **The public international law regime governing international investment**. Leiden: Brill Nijhoff, 2011. p. 144.

China e África do Sul). Logo, estes países são ao mesmo tempo exportadores e receptores de capital.

Em consequência dessas mudanças, na medida em que aumentaram os investimentos estrangeiros realizados no território dos países desenvolvidos, estes países começaram a ser questionados em procedimentos arbitrais. Portanto, a constante entrada de IEDs nos Estados desenvolvidos (proveniente de outros Estados desenvolvidos ou de economias emergentes) aumentou a suscetibilidade desses países, no sentido de serem questionados na via arbitral pelos investidores estrangeiros.

Em 2014, 60 por cento dos procedimentos de arbitragem de investimentos foram iniciados contra Estados em desenvolvimento, enquanto os 40 por cento restantes foram iniciados contra Estados desenvolvidos.¹⁴⁷

Houve, portanto, uma “alteração de papéis”, como bem expõe Karla Closs Fonseca:

*A velha distinção entre países importadores e países exportadores de capital tornou-se difusa. Europa e EUA, por exemplo, estão entre os maiores receptores de investimentos e, assim como outros países desenvolvidos, vêm tendo experiências antes típicas de países em desenvolvimento. Essa alteração de papéis tem levado os países exportadores de capital a se preocupar com fatores que antes só afetavam países receptores de capital.*¹⁴⁸

Com efeito, a partir do momento em que os Estados desenvolvidos passaram a representar o papel de “Estado receptor de investimentos” e a ser questionados em arbitragens de investimento, abriu-se para eles uma “Caixa de Pandora”¹⁴⁹.

A percepção de que poderiam ser demandados nos procedimentos arbitrais do ICSID e eventualmente condenados ao pagamento de indenizações milionárias conduziu a uma mudança na posição dos tradicionais Estados exportadores de capital. Assim, as críticas aos acordos de investimento e à arbitragem investidor-Estado, antes concentradas somente nos países latino-americanos, se espalharam, atingindo tanto os países em desenvolvimento quanto os países desenvolvidos e tradicionalmente exportadores de capital.

Na medida em que os países desenvolvidos começaram a receber grande volume de IEDs, começaram a questionar aquelas regras que eles mesmos tinham criado para a proteção dos

¹⁴⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. **Recent trends in IIAs and ISDS**, n. 1, p. 5. Feb. 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹⁴⁸ FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 146.

¹⁴⁹ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 25.

seus investidores. A partir de então, adveio o interesse de adotar novas regras, que não apenas protegessem o investidor, mas resguardassem também os interesses do Estado.

Consequentemente, muitos Estados desenvolvidos começaram a reformular os seus modelos tradicionais de BITs. Este foi o caso dos EUA e do Canadá, dentre outros.

Hoje, embora a maior parte dos Estados participe de alguma modalidade de acordo de promoção e proteção recíproca de investimentos (principalmente os BITs), são poucos os Estados que se declaram satisfeitos com o regime internacional de proteção do IED.

Nesse contexto, a Austrália é um importante exemplo de Estado desenvolvido que começou a rever o seu posicionamento em face da proteção do IED. Após ser questionado em procedimentos arbitrais, o país anunciou que não aceitaria a previsão de mecanismos de solução de disputas diretamente entre investidor e Estado em futuros acordos.¹⁵⁰ Essa postura teve início a partir do caso *Philipp Morris v. Australia*¹⁵¹.

Em 2011, a Austrália adotou legislação mais rigorosa de regulamentação das embalagens de cigarro, em consequência de sua política antitabagista implementada em conformidade com recomendações da Organização Mundial da Saúde. Entre as medidas adotadas pelo governo australiano, incluía-se a proibição dos logotipos de fabricantes nas embalagens de cigarro e a exigência de ampliação dos avisos de potenciais danos à saúde nessas embalagens. Em consequência, a companhia de tabaco *Philipp Morris*, sentindo-se prejudicada, iniciou procedimento arbitral contra a Austrália requerendo o pagamento de indenização.¹⁵²

Em 2011, o governo australiano anunciou os princípios e práticas que norteariam a sua política comercial (*Trade Policy Statement*). Nessa declaração, o governo manifestou expressamente a sua oposição à inclusão de dispositivos de solução de controvérsias entre investidor e Estado em futuros acordos assinados pelo país, entendendo que estas cláusulas servem como instrumentos para limitar a autonomia regulatória do Estado.

A oposição do governo australiano à arbitragem investidor-Estado é perceptível no trecho abaixo transcrito:

Some countries have sought to insert investor-state dispute resolution clauses into trade agreements. Typically these clauses empower businesses from one country to take international legal action against the government of another country for alleged breaches of the agreement, such as for policies that allegedly discriminate against those businesses and in favour of

¹⁵⁰ KURTZ, Jürgen. Australia's rejection of investor-state arbitration: causation, omission and implication. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 27, n. 1, p. 66. ago. 2012.

¹⁵¹ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, Permanent Court of Arbitration Case No. 2012-12.

¹⁵² Assim como a Austrália, o Uruguai também foi submetido a procedimentos arbitrais iniciados pela *Philipp Morris*, em razão das medidas adotadas pelo governo para a regulamentação das embalagens de cigarro.

*the country's domestic businesses. The Gillard Government supports the principle of national treatment – that foreign and domestic businesses are treated equally under the law. However, the Government does not support provisions that would confer greater legal rights on foreign businesses than those available to domestic businesses. Nor will the Government support provisions that would constrain the ability of Australian governments to make laws on social, environmental and economic matters in circumstances where those laws do not discriminate between domestic and foreign businesses. The Government has not and will not accept provisions that limit its capacity to put health warnings or plain packaging requirements on tobacco products or its ability to continue the Pharmaceutical Benefits Scheme. In the past, Australian Governments have sought the inclusion of investor-state dispute resolution procedures in trade agreements with developing countries at the behest of Australian businesses. The Gillard Government will discontinue this practice.*¹⁵³

Posteriormente, a posição do país foi atenuada, mediante a negociação do KAFKA (*Korea-Australia Free Trade Agreement*) em 2013, o qual prevê a solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado. Contudo, este acordo foi redigido com o cuidado especial de preservar o espaço do Estado para o desenvolvimento de políticas de interesse público.

Além da Austrália, a Alemanha é outro exemplo de país desenvolvido e tradicionalmente exportador de capital que foi questionado em procedimentos arbitrais, em razão de medidas adotadas pelo governo.

Após o acidente ocorrido na usina nuclear Fukushima, no Japão, a Alemanha decidiu desligar os reatores nucleares mais antigos do país, o que deu ensejo à reclamação dos investidores deste setor. No caso *Vattenfall v. Germany*¹⁵⁴, a empresa *Vattenfall* iniciou um procedimento arbitral contra a Alemanha, requerendo o pagamento de indenização em razão dos prejuízos sofridos depois que o Estado decidiu diminuir sua dependência energética da indústria nuclear.

Estes dois casos apresentados permitem compreender as crescentes preocupações dos Estados quanto à proteção de sua capacidade regulatória, na medida em que reforçam a ideia de que os BITs restringem o espaço de manobras para a adoção de medidas de interesse público, como medidas de proteção à saúde e ao meio-ambiente.

Ao mesmo tempo, assiste-se hoje à negociação dos mega-acordos regionais que contemplam matérias de comércio e investimentos e nos quais se discute a viabilidade de inserção das cláusulas de solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado.

¹⁵³ AUSTRALIAN GOVERNMENT. Department of Foreign Affairs and Trade. **Gillard Government Trade Policy Statement:** trading our way to more jobs and prosperity. Canberra, abr. 2011. (grifo nosso).

¹⁵⁴ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany* (ICSID Case No. ARB/12/12).

O Acordo de Parceria Transpacífico (*Trans-Pacific Partnership Agreement* ou TPP) envolve os doze Estados que circundam o Pacífico: Austrália, Canadá, Brunei, Chile, Japão, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Cingapura, EUA e Vietnã. Embora seu texto ainda não seja público, um anúncio feito em 2011 com as linhas gerais de negociação do acordo indicava a intenção de que as regras do acordo fossem formuladas de modo a resguardar a capacidade do Estado em regulamentar com base no interesse público.¹⁵⁵

No âmbito da União Europeia, dois acordos estão em fase de negociação: o Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* ou TTIP, entre a União Europeia os EUA) e o Acordo Econômico e Comercial Global (*Comprehensive Economic and Trade Agreement* ou CETA, entre a União Europeia e o Canadá).

Após o Tratado de Lisboa, a competência para regular sobre investimentos estrangeiros diretos, antes pertencente aos seus Estados membros, passou a ser da União Europeia. Em diversos documentos, a União Europeia destaca a necessidade de assegurar o direito de regular do Estado.

Em uma resolução publicada pelo Parlamento Europeu em 6 de abril de 2011, afirmou-se a necessidade de proteção do investidor, mas também o respeito à capacidade de intervenção do Estado, de modo a proteger o meio ambiente, a saúde pública e os direitos dos trabalhadores e consumidores.

A importância do direito de regular do Estado também foi enfatizada em um documento interno da Comissão Europeia de julho de 2012, o qual sugere: *“EU investment treaties should safeguard the parties’ policy space in the way that their trade counterparts do.”*¹⁵⁶

Seguindo a mesma tendência, em 2012, os EUA e a União Europeia publicaram o *“Statement of the European Union and the United States on Shared Principles for International Investment”*, no qual reafirmaram seu compromisso com diversos princípios relacionados aos investimentos estrangeiros. O documento atentou para a necessidade de preservar a autoridade dos Estados para adotar e manter medidas de interesse público.¹⁵⁷

¹⁵⁵ OFFICE OF THE US TRADE REPRESENTATIVE. **Outlines of TPP**. Honolulu, 2011. Disponível em: <<https://ustr.gov/tpp/outlines-of-TPP>>. Acesso em: 2 out. 2015.

¹⁵⁶ TITI, Aikaterini. **The right to regulate in international investment law**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014. p. 65.

¹⁵⁷ *“We therefore reaffirm our shared commitment to the following principles regarding international investment, which we believe are essential elements for developing and maintaining open investment policies worldwide. We believe that governments can fully implement these principles while still preserving the authority to adopt and maintain measures necessary to regulate in the public interest to pursue certain public policies.”* UNITED STATES OF AMERICA; EUROPEAN UNION. **Statement of the EU and the US on shared principles for international investment**, 10 abr. 2012. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/april/tradoc_149331.pdf> Acesso em: 01 out. 2015.

O receio de que esses acordos de amplo alcance ameacem a capacidade regulatória dos Estados desencadeou uma forte onda de críticas. Com efeito, tanto o TTIP quanto o CETA têm sido fortemente discutidos e combatidos.

Um movimento denominado “*Stop TTIP*”, contrário ao TTIP e ao CETA, obteve mais de três milhões de assinaturas ao redor do mundo, em petição eletrônica.¹⁵⁸ A maior preocupação manifestada pelos opositores desses acordos diz respeito à previsão de cláusulas que permitem a arbitragem direta entre investidor e Estado, que são vistas como uma ameaça ao poder dos Estados de regular em prol do interesse público.

Recentemente, alguns veículos de grande circulação manifestaram sua oposição aos mega-acordos regionais, acusando-os de atentarem contra o interesse público. A maior preocupação com relação aos acordos diz respeito ao direito de regular do Estado, conforme evidenciado nos seguintes trechos:

*If you wanted to convince the public that international trade agreements are a way to let multinational companies get rich at the expense of ordinary people, this is what you would do: give foreign firms a special right to apply to a secretive tribunal of highly paid corporate lawyers for compensation whenever a government passes a law to, say, discourage smoking, protect the environment or prevent a nuclear catastrophe. Yet that is precisely what thousands of trade and investment treaties over the past half century have done, through a process known as “investor-state dispute settlement”, or ISDS.*¹⁵⁹

*Already, thanks to the insertion of ISDS into much smaller trade treaties, big business is engaged in an orgy of litigation, whose purpose is to strike down any law that might impinge on its anticipated future profits. The tobacco firm Philip Morris is suing governments in Uruguay and Australia for trying to discourage people from smoking. The oil firm Occidental was awarded \$2.3bn in compensation from Ecuador, which terminated the company’s drilling concession in the Amazon after finding that Occidental had broken Ecuadorean law. The Swedish company Vattenfall is suing the German government for shutting down nuclear power. An Australian firm is suing El Salvador’s government for \$300m for refusing permission for a goldmine over concerns it would poison the drinking water. The same mechanism, under TTIP, could be used to prevent UK governments from reversing the privatisation of the railways and the NHS, or from defending public health and the natural world against corporate greed.*¹⁶⁰

¹⁵⁸ Entre os dias 7 de outubro de 2014 a 6 de outubro de 2015, foram colhidas 3.284.289 assinaturas eletrônicas contra o TTIP e o CETA.

¹⁵⁹ THE ARBITRATION game. **The Economist**, Oct. 11, 2015. Disponível em: <www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors-arbitration>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁶⁰ MONBIOT, George. The British government is leading a gunpowder plot against democracy. **The Guardian**, London, November 4, 2014. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/nov/04/british-government-leading-gunpowder-plot-democracy-eu-us-trade>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

É particularmente notável o fato de que ambas as críticas acima expostas advêm de veículos de grande circulação internacional, *The Economist* e *The Guardian*, tradicionalmente reconhecidos por possuir uma abordagem liberal.

Seguindo esta mesma linha de críticas, o ex-primeiro ministro de Luxemburgo e atual presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, também declarou o seu posicionamento contrário à assinatura de acordos que permitissem a arbitragem direta entre investidor e Estado.¹⁶¹

As discussões polêmicas que envolvem a negociação dos mega-acordos regionais de comércio e investimentos; as revisões no texto de BITs com o escopo de torná-los mais equilibrados; as denúncias de BITs (não só por parte de países latino-americanos, mas também outros países, como a África do Sul); as denúncias da Convenção de Washington de 1965; as manifestações de Estados desenvolvidos – como a Austrália – quanto à sua preocupação com os meios de solução de controvérsias entre investidor e Estado: somados, todos estes fatores são claros indicativos das profundas e complexas transformações que caracterizam a fase atual do direito internacional dos investimentos.

No centro deste cenário, encontra-se a reivindicação crescente no sentido de salvaguardar a *capacidade regulatória dos Estados*, a qual se vê comprometida diante dos inúmeros compromissos assumidos com os investidores estrangeiros.

Portanto, a maior exigência do presente momento consiste em aliar a proteção dos investidores à contemplação dos interesses dos Estados, de modo a alcançar um maior *equilíbrio* dentro do regime de proteção do IED.

Essa tendência, que começou a ser reivindicada por parte dos países latino-americanos, e em seguida projetou-se inclusive aos países desenvolvidos, deu origem a uma nova geração de acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos.

Além disso, mesmo para aqueles países que não reformularam os seus modelos de BITs, alguns autores posicionam-se a favor da utilização do direito internacional consuetudinário e dos princípios gerais do direito como um meio de obter maior equilíbrio entre investidores e Estados.¹⁶²

¹⁶¹ JUNCKER, Jean-Claude. **A new start for Europe: my agenda for jobs, growth, fairness and democratic change.** Strasbourg, July 15, 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/priorities/docs/pg_en.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

¹⁶² Cf. KULICK, Andreas. **Global public interest in international investment law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2014; Cf. FERNANDES, Érika Capella. New concerns in international investment law: balancing investor's rights and host State's interests in investment arbitration. **Young Arbitration Review**, Lisboa, ano 4, n. 17, p. 36-42, abr. 2015.

Em síntese, ganha força um movimento que pretende trazer mais *equilíbrio* ao regime internacional de proteção dos investimentos estrangeiros. Este movimento almeja aliar a proteção dos direitos do investidor à preservação da capacidade do Estado em adotar medidas de interesse público.

Destarte, é possível afirmar que o regime internacional de proteção do IED, em sua atual fase, atravessa um processo de *reconstrução e reformulação*, de modo a permitir a sua própria sobrevivência. Uma expressão utilizada por Aikaterini Titi revela-se bastante apropriada para ilustrar este processo: “[...] *the dilemma of a make-or-break balance in international investment law.*”¹⁶³

A percepção da assimetria inerente ao regime tradicional de proteção do IED, concebido para contemplar os interesses dos investidores, mas responsável por colocar em risco a implementação de medidas de interesse público pelo Estado, conduziu àquilo que seria chamado “[...] a crise de legitimidade da arbitragem de investimentos.”¹⁶⁴

Diante disso, os Estados começaram a responder das mais diversas maneiras.¹⁶⁵ Em um extremo, estão aqueles países latino-americanos que denunciaram a Convenção de Washington ou começaram a denunciar seus BITs. Além dos Estados latino-americanos (Venezuela, Bolívia e Equador), a África do Sul também denunciou diversos BITs. Entre os anos de 2012 e 2014, o país denunciou os BITs que negociara nos anos 90 com a Áustria, Alemanha, Espanha, Suíça, Holanda, Bélgica e Luxemburgo.¹⁶⁶

Outros países, ao serem questionados em arbitragens de investimento, ao invés de simplesmente denunciar os BITs já assinados, decidiram revisar os seus modelos tradicionais de BITs. Neste sentido, importa notar os seguintes dados publicados pela UNCTAD:

¹⁶³ TITI, Aikaterini. **The right to regulate in international investment law.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014. p. 20.

¹⁶⁴ FRANCK, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. **Fordham Law Review**, New York, v. 73, n. 4, p. 1521-1625, 2005.

¹⁶⁵ —*States from both the North and South have responded to concerns about the potential for investment law to unduly fetter sovereign regulatory power in a variety of ways in recent years. At one extreme, a number of countries in Latin America have responded by denouncing, renegotiating or refusing to enter into IIAs, and by withdrawing from the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention) or seeking to limit the jurisdiction of the Centre established by the Convention (ICSID). Argentina, which has defended more claims than any other state, mostly in relation to the emergency legislation it passed in response to its 2001 economic crisis, is seeking annulment of, and refusing to pay out, arbitral awards rendered against it. Other states, including the US, Norway and South Africa, are undertaking official reviews of their IIAs to determine whether they now strike an appropriate balance between principles of investment protection and host states' need for regulatory discretion or whether additional changes are needed. Finally, some states have issued joint interpretations of their existing IIAs or have adopted new IIAs with language that seeks to address the tension between these competing principles.*” SPEARS, Suzanne A. The quest for policy space in a new generation of international investment agreements. **Journal of International Economic Law**, Oxford, v. 13, n. 4, p. 1043, 2010.

¹⁶⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Investment Policy Hub.** Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/>>. Acesso em: 17 set. 2015.

*An increasing number of countries are reviewing their model IIAs in line with recent developments in international investment law. At least 50 countries or regions are currently revising or have recently revised their model IIAs. This trend is not limited to a specific group of countries or regions but includes at least 12 African countries, 10 countries from Europe and North America, 8 Latin American countries, 7 Asian countries and 6 economies in transition. In addition, at least 4 regional organizations have reviewed or are reviewing their models.*¹⁶⁷

Deste modo, teve início “uma nova geração de BITs”, cujo foco não se restringe à proteção do investidor e seu investimento, mas busca contemplar também os interesses regulatórios do Estado.¹⁶⁸

A ideia central que inspirou a revisão nos modelos de BITs de vários países consiste em, ao invés de simplesmente se afastar do regime de proteção do IED, promover ajustes nos textos dos acordos para torná-los menos assimétricos.

De fato, aparenta ser mais apropriado que os Estados alterem a redação de cláusulas destes tratados, ao invés de simplesmente denunciá-los. Segundo ressalva Joshua Boone, o fim dos BITs não é necessário, tampouco prudente, sobretudo se considerarmos que a mera denúncia dos BITs não encerra as obrigações dos Estados. Em suma, a revisão destes acordos aparenta ser mais oportuna que a sua mera denúncia.¹⁶⁹

3.2 As novas gerações de acordos de investimento

A partir do início dos anos 2000, alguns Estados começaram a rever os seus modelos tradicionais de acordos de investimento, com vistas a incorporar considerações de interesse público e resguardar a sua liberdade regulatória.

Assim, teve início uma nova geração de acordos de investimento, que pretende ser mais equilibrada, na medida em que contempla não apenas a proteção dos investidores, mas também o interesse dos Estados.

Essa nova geração começou a empreender mudanças pontuais nos textos dos BITs, ao precisar o significado de alguns *standards* de proteção dos investimentos, além de

¹⁶⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **World Investment Report 2015: reforming international investment governance.** New York and Geneva: United Nations, 2015. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Pages/Publications.aspx>>. Acesso em: 01 out. 2015. p. 108.

¹⁶⁸ “A review of 18 IIAs concluded in 2014 for which texts are available (11 BITs and 7 “other IIAs”) shows that most of the treaties include provisions safeguarding the right to regulate for sustainable development objectives.” Ibid.

¹⁶⁹ BOONE, Joshua. How developing countries can adapt current bilateral investment treaties to provide benefits to their domestic economies. **The Global Business Law Review**, Cleveland, v. 1, n. 2, p. 202, 2011.

estabelecer exceções à aplicação do tratado e prever expressamente o direito do Estado em adotar medidas de interesse público.

Enquanto os antigos BITs preocupavam-se exclusivamente com a promoção e proteção dos investimentos estrangeiros, a nova geração procura salvaguardar a *flexibilidade normativa* dos Estados receptores de investimento. Neste sentido, destacam-se as palavras de Catharine Titi:

—Endant très longtemps, la promotion et la protection des investissements sont demeurées l'alpha et l'oméga du système régi par le droit international de l'investissement. Or, ce temps est dorénavant révolu. Sur cette dernière décennie, lors de la négociation de leurs traités d'investissement, certains États ont commencé à s'intéresser à la sauvegarde de leur flexibilité normative, autrement dit à leur « droit de réglementer ». Petit à petit, une nouvelle génération de traités d'investissement a progressivement pris forme[...].”¹⁷⁰

Alguns autores identificam a existência de ao menos quatro gerações de acordos de investimento. A primeira geração caracterizou-se pela mera liberalização do regime de proteção dos investimentos. A segunda geração foi um pouco além, e começou a adotar políticas de atração dos investimentos, criando incentivos para atrair os investidores. A terceira geração passou a incorporar novos temas, como a proteção ambiental. Por sua vez, a quarta geração está centrada na atração de investimentos que correspondem aos interesses nacionais de desenvolvimento dos Estados – em outros termos, busca-se equilibrar os interesses dos investidores e dos Estados.¹⁷¹

O modelo de BIT norte-americano de 2004 e o modelo de BIT canadense de 2004 inauguraram os BITs da quarta geração. Ambos trouxeram novas preocupações, além da proteção dos investidores e seus investimentos.¹⁷² Em razão das inovações trazidas nestes modelos, ambos serão objeto de breve análise.

¹⁷⁰ TITI, Catharine. Le « droit de réglementer » et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement. **Journal du Droit International**, Paris, n. 1, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.fr/droit-document/numeros/journal-droit-international-clunet-.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

¹⁷¹ FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 63.

¹⁷² —As states become more concerned about the need to balance defensive interests as potential respondents with offensive interests in terms of protecting their investors abroad, there may well be increased attention dedicated to revising BITs in an effort to limit investor rights and to clarify the right of host states to regulate on environmental and other social issues. In reaction to their experiences as respondents in NAFTA investor-state claims, Canada and the United States have revised their model investment treaties to address concerns with the scope of investor's procedural and substantive rights.” NEWCOMBE, Andrew. Developments in IIA treaty-making. In: DE MESTRAL, Armand; LÉVESQUE, Céline (Ed.). **Improving international investment agreements**. New York: Routledge, 2013.

Em 2002, o Congresso dos EUA promulgou o “*Bipartisan Trade Promotion Authority Act*”, o qual especificava diversos objetivos relacionados à arbitragem de investimentos. Essa regulamentação inspirou a redação de um novo modelo de BIT, para substituir o tradicional modelo de 1994¹⁷³, e resultou na criação do modelo de BIT norte-americano de 2004.

Esse novo modelo foi formulado para ser mais equilibrado que seu antecessor. As mudanças consistiram, basicamente, na previsão de salvaguardas para assegurar que as regras de proteção dos investidores não cerceassem a liberdade do Estado em regular os investimentos por razões de interesse público.¹⁷⁴

Importa notar que as mudanças empreendidas pelos EUA em seu modelo de BIT não podem ser dissociadas da experiência vivenciada pelo país no âmbito do NAFTA. Com efeitos, diversos casos arbitrais iniciados com base no acordo NAFTA questionavam medidas governamentais adotadas pelo Estado para a proteção da saúde ou do meio-ambiente.¹⁷⁵ Inclusive, aqueles casos desencadearam forte oposição da sociedade civil, o que serviu de pressão para a mudança da política norte-americana, impelindo a revisão das regras de proteção dos investimentos.

Em primeiro lugar, nota-se que o modelo de BIT de 1994 era muito mais sintético, contando com apenas 16 artigos e um breve anexo. Por sua vez, após o processo de revisão, o modelo de BIT de 2004 foi finalizado com 37 artigos e 4 anexos.

Enquanto o modelo de BIT de 1994 caracterizava-se pelo alto grau de proteção do IED e pela estipulação de regras abstratas, o novo modelo de BIT adotado em 2004 colocou

¹⁷³ KANTOR, Mark. The new draft model U.S. BIT: noteworthy development. **Journal of International Arbitration**, New York, v. 21, n. 4, p. 383, 2004.

¹⁷⁴ FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 147.

¹⁷⁵ Entre os principais casos em que os EUA foram questionados com base no NAFTA, podemos citar: o caso *Methanex Corporation v. EUA*, já exposto na seção 1.2.2; o caso *R. Loewen e Loewen Corporation v. EUA*; o caso *Mondev International Ltd. v. EUA*. A experiência do país nos tribunais arbitrais do NAFTA impeliu a alteração de seu modelo de BIT, como bem expõe José Alvarez: —*If we were to compare the texts of the US Model BIT of 2004 with its 1984-1987 predecessors, we would find that the United States has, in the course of 20 years, developed a more cautious attitude when it comes to protecting foreign investment. It is no longer accurate to portray today's US Model BIT as a single-minded quest to protect the interests of US investors overseas. Its content – and its ideology – has shifted. Comparing the texts suggests the extent to which the United States' experience, particularly as a defendant under the NAFTA's investment chapter over the past decade, has made it considerably more cautious about extending treaty based protections to foreigners. The United States is no longer as sanguine about proposing open-ended relative or absolute guarantees to foreign investors or about its own ability to comply with these*”. ALVAREZ, José Enrique. **The public international law regime governing international investment**. Leiden: Brill Nijhoff, 2011. p. 152.

em evidência a proteção dos investimentos que atendessem as prioridades nacionais de desenvolvimento do país.¹⁷⁶

O novo modelo adotou uma definição mais restrita de IED, em comparação com a definição ampla encontrada no BIT anterior. Essa delimitação no significado do termo “investimento” tem por fundamento a ideia de proteger somente os investimentos que sejam efetivamente de interesse dos Estados.

Além disso, o modelo de BIT de 1994 não continha nenhuma definição da cláusula de tratamento justo e equitativo – a qual, conforme visto no primeiro capítulo, possui significado muito vago. O modelo de BIT elaborado pelos EUA em 2004 esclareceu o seu significado, adotando a posição de que esta cláusula referia-se ao padrão mínimo de tratamento a ser concedido aos estrangeiros, segundo as regras de direito internacional consuetudinário.

Essa delimitação do significado da cláusula almeja orientar os árbitros no momento de interpretação dos acordos e auxiliar na decisão dos litígios. Para tornar a questão ainda mais clara, o artigo 5º deste modelo dispôs:

*(a) –fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and (b) –full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.*¹⁷⁷

Outra mudança marcante no modelo de BIT dos EUA diz respeito às regras relativas à expropriação. O modelo de BIT de 2004, diferente de seu predecessor, estabeleceu diversos critérios para avaliar a ocorrência de uma expropriação.

O anexo B do tratado estabeleceu as diferenças entre expropriação direta e indireta. Segundo o BIT, a caracterização da expropriação requer uma análise que dependerá do caso concreto e deverá levar em consideração: o impacto econômico da medida tomada pelo Estado; a extensão em que essa medida interferiu nos direitos e expectativas do investidor e as características da medida.

¹⁷⁶ FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 161.

¹⁷⁷ Artigo 5º do modelo de BIT de 2004 dos EUA. UNITED STATES OF AMERICA. **Treaty between the government of the United States of America and the government of [country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (2004 U.S. Model BIT).** Washington D.C., 2004.

Além disso, o novo modelo de BIT ressaltou que as medidas regulatórias não discriminatórias adotadas pelo Estado para proteger um interesse público legítimo, como saúde pública, segurança pública e meio-ambiente, não caracterizam expropriação indireta:

*(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.*¹⁷⁸

Outros dispositivos do modelo de BIT chamam atenção. Os artigos 12 e 13 afirmam que é inadequado promover os investimentos por meio do enfraquecimento ou redução dos padrões de proteção instituídos nas leis nacionais de proteção ao meio-ambiente ou na legislação trabalhista.¹⁷⁹

O modelo de BIT de 1994 mencionava em seu preâmbulo, de um modo ainda incipiente, algumas questões relativas aos direitos do trabalhador, bem como a proteção da saúde, segurança e meio-ambiente. Nesse sentido, o modelo de BIT de 2004 avançou bastante, ao prever expressamente esses dispositivos ao longo de seu texto.

Com relação à solução de controvérsias relativas a investimentos, o modelo de BIT de 2004 eliminou a possibilidade de recurso aos tribunais locais do Estado receptor de investimentos, permitindo ao investidor apenas o acesso à arbitragem internacional. No que tange às regras relativas à arbitragem, previu a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* nos procedimentos.¹⁸⁰ Além disso, o modelo de BIT de 2004 passou a exigir maior

¹⁷⁸ Artigo 4º do anexo B do modelo de BIT de 2004 dos EUA.

¹⁷⁹ *Article 12: Investment and Environment 1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws. 2. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement. 3. Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns. Article 13: Investment and Labor 1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic labor laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces adherence to the internationally recognized labor rights referred to in paragraph 2 as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.*

¹⁸⁰ *Article 28 (3): The tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party.*

transparência nos procedimentos¹⁸¹ e mencionou a possibilidade de instituição de um mecanismo de apelação (desde que mediante acordo entre as partes)¹⁸².

O modelo de BIT de 2004 também buscou assegurar maior coerência entre as decisões dos tribunais arbitrais, na medida em que permitiu a consolidação de disputas arbitrais com questões de direito ou de fato em comum.¹⁸³

Finalmente, o modelo de BIT de 2004 autorizou os Estados a chegarem a um acordo quanto à interpretação dos dispositivos do tratado. Diante de eventuais controvérsias, esse acordo vincularia a decisão dos árbitros.¹⁸⁴

Em suma, as mudanças implementadas no modelo de BIT norte-americano de 2004 representaram um significativo avanço, em comparação com o modelo anterior. No entanto, essas mudanças indicam apenas a fase inicial de uma evolução ainda em curso, no sentido de elevar o direito do Estado de perseguir os seus objetivos de desenvolvimento à mesma importância conferida ao direito dos investidores estrangeiros.¹⁸⁵

Em síntese, a mudança no modelo de BIT dos EUA pode ser compreendida a partir de uma conjunção de fatores: o conjunto de reclamações contra o Estado nos tribunais arbitrais do NAFTA; as decisões proferidas contra a Argentina nos tribunais arbitrais do ICSID (que reforçaram a preocupação de que os investidores poderiam questionar medidas tomadas pelo Estado em prol do interesse público); as pressões por parte de muitas ONGs,

¹⁸¹ *Artigo 29: 1. Subject to paragraphs 2 and 4, the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to the non-disputing Party and make them available to the public: (a) the notice of intent; (b) the notice of arbitration; (c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 28(2) [Non-Disputing Party submissions] and (3) [Amicus Submissions] and Article 33 [Consolidation]; (d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and (e) orders, awards, and decisions of the tribunal. 2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements [...].*

¹⁸² *Artigos 28 (10): 10. If a separate, multilateral agreement enters into force between the Parties that establishes an appellate body for purposes of reviewing awards rendered by tribunals constituted pursuant to international trade or investment arrangements to hear investment disputes, the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate body review awards rendered under Article 34 in arbitrations commenced after the multilateral agreement enters into force between the Parties.*

¹⁸³ *Artigo 33 (1): 1. Where two or more claims have been submitted separately to arbitration under Article 24(1) and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, any disputing party may seek a consolidation order in accordance with the agreement of all the disputing parties sought to be covered by the order or the terms of paragraphs 2 through 10.*

¹⁸⁴ *Artigo 30.3. A joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision.*

¹⁸⁵ FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 194.

convencidas de que os acordos de investimento atentam contra o *direito de regular* do Estado.¹⁸⁶

Posteriormente, o modelo de BIT norte-americano lançado em 2004 foi novamente revisado e substituído pelo modelo de BIT norte-americano de 2012.

Em abril de 2012, após três anos de revisões por parte de um Comitê Consultivo, foi anunciado um novo modelo de BIT dos EUA. O Comitê foi constituído em 2009, integrado por especialistas de investimentos, além de contar com a participação de ONGs voltadas à proteção do meio-ambiente e dos direitos trabalhistas.

As organizações representadas no Comitê propuseram diversas recomendações para o novo modelo de BIT. Contudo, o modelo de 2012 não empreendeu alterações radicais nas matérias de interesse público, se comparado ao modelo de 2004.¹⁸⁷

Embora as ONGs tenham sugerido a substituição do mecanismo de solução de controvérsias entre Estado e investidor pela solução de controvérsias entre Estados, o modelo de BIT de 2012 rejeitou essa mudança, mantendo a possibilidade da arbitragem de investimentos.

As organizações também sugeriram que a expressão “expropriação indireta” fosse delimitada para abranger somente as situações em que o Estado se apropria totalmente de um investimento, o que excluiria as situações em que o Estado adota medidas que impactam no valor do investimento, mas que não caracterizam apropriação. Essa proposta foi rejeitada.

Além disso, no documento apresentado pelas ONGs, sugeriu-se que a definição de investimento fosse ainda mais restringida, para incluir apenas os tipos de propriedade que são protegidos pela Constituição norte-americana. Assim, os investidores estrangeiros não seriam beneficiados com direitos mais amplos que aqueles conferidos aos cidadãos norte-americanos. Entretanto, essa sugestão não foi aceita.¹⁸⁸

Na sequência, a próxima proposta apresentada foi a restrição do significado da cláusula da nação mais favorecida e também a limitação da cláusula de tratamento nacional. A cláusula de tratamento nacional do modelo de BIT de 2004, ao ser interpretada de modo amplo, possibilitava que os tribunais arbitrais sancionassem o Estado por adotar medidas que resultassem em discriminação entre nacionais e estrangeiros, ainda que não existisse nenhuma intenção por parte do Estado no sentido de discriminar.

¹⁸⁶ ALVAREZ, José Enrique. **The public international law regime governing international investment.** Leiden: Brill Nijhoff, 2011. p. 161.

¹⁸⁷ ANDERSON, Sarah. **The New U.S. Model Bilateral Investment Treaty: a public interest critique.** Washington, D.C., May 9, 2012. Disponível em: <http://www.ips-dc.org/the_new_us_model_bilateral_investment_treaty_a_public_interest_critique/>. Acesso em: 16 out. 2015.

¹⁸⁸ Ibid.

Durante as discussões que antecederam o novo modelo de BIT de 2012, as organizações envolvidas sugeriram que o descumprimento da garantia de tratamento nacional fosse caracterizado apenas quando comprovada a intenção do Estado de discriminar os estrangeiros. Contudo, a redação da cláusula não foi modificada, mantendo-se idêntica ao modelo anterior.

Ainda, solicitou-se o fortalecimento da exceção de proteção à saúde, segurança e meio-ambiente, que constava no artigo 12 do modelo de 2004:

*Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.*¹⁸⁹

O principal problema com a redação deste dispositivo é o fato de permitir que o Estado adote medidas de proteção ambiental, mas somente quando essas medidas sejam *consistentes* com o BIT. Destarte, na hipótese em que o Estado seja obrigado a adotar uma medida *inconsistente* com o BIT, movido exclusivamente por razões de interesse público, ele não poderá recorrer a este artigo 12 para justificar sua conduta e eximir-se de responsabilidade.

As organizações propuseram que fosse excluído o termo “consistente com este tratado” do artigo 12.2 do modelo de BIT de 2004. Contudo, a mudança não foi realizada, o que significa que a exceção tem valor reduzido, já que o Estado só pode se valer das exceções de proteção à saúde e meio-ambiente quando adota medidas consistentes com o BIT. O Estado não pode adotar uma medida de proteção ambiental se ela contrariar, de algum modo, os dispositivos do BIT.

No modelo de BIT de 2004, o artigo 12 tratava do “Investimento e Meio-Ambiente”, afirmando ser inapropriado encorajar os investimentos através do enfraquecimento ou redução da proteção conferida nas leis domésticas de proteção ao meio-ambiente: *—[...] each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws.*”¹⁹⁰

Entretanto, essa linguagem apenas servia de incentivo ao investidor, sem obrigá-lo, pois era empregada a expressão “deverão se esforçar” (*—shall strive to ensure*”). Entre as

¹⁸⁹ Artigo 12 do modelo de BIT dos EUA de 2004. UNITED STATES OF AMERICA. **Treaty between the government of the United States of America and the government of [country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (2004 U.S. Model BIT)**. Washington D.C., 2004.

¹⁹⁰ Ibid.

mudanças propostas pelas ONGs, mencionou-se a necessidade de modificar a redação desse dispositivo, de modo a criar uma obrigação legal para o investidor, e não apenas uma intenção.

O modelo de BIT de 2012 fez algum progresso, mas ainda de modo tímido. O modelo mudou a linguagem *—shall strive to ensure*” para *—shall ensure*”.

Assim, a nova redação do dispositivo passou a ser: *—[...] each Party shall ensure that it does not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from its environmental laws.*”¹⁹¹

Além de todas essas sugestões que permearam as discussões para a redação do modelo de BIT de 2012, algumas organizações sugeriram a inserção no preâmbulo do tratado de uma linguagem que esclarecesse o objetivo de contribuir para o desenvolvimento sustentável, o que nortearia os árbitros no momento de proferir o laudo arbitral. No entanto, essa proposta também foi rejeitada.

Na sequência, entre os demais pontos apresentados pelas ONGs, solicitou-se que os Estados parte do BIT fossem obrigados a adotar leis consistentes com os direitos trabalhistas conferidos pela Organização Internacional do Trabalho. O modelo de 2012 fez alguns progressos nesse sentido, ao incluir no artigo 13 que as partes reafirmam suas obrigações como membros da OIT. Além disso, também alterou a antiga linguagem, segundo a qual os Estados deveriam se esforçar para não derrogar suas leis trabalhistas para incentivar ao investidor: modificou-se a expressão *—shall strive to ensure*” para *—shall ensure*”. No mesmo dispositivo referente aos direitos trabalhistas, prevê-se a possibilidade de consultas entre as partes no caso de controvérsias envolvendo questões trabalhistas. Além disso, afirma-se que os Estados devem admitir a participação pública nessas questões.

O artigo 7º do modelo de BIT de 2004 proibia as restrições à transferência de capital, estabelecendo poucas exceções a essa hipótese. O dispositivo foi criticado porque impossibilitava a ação dos Estados para evitar crises financeiras. Não obstante a solicitação das ONGs, o modelo de 2012 manteve o dispositivo inalterado.

Com efeito, muitos elementos do BIT de 2004 permaneceram intactos no novo modelo de BIT de 2012: *—The 2012 Model BIT is relatively unchanged from its previous*

¹⁹¹ Artigo 12 do modelo de BIT dos EUA de 2012. UNITED STATES OF AMERICA. **Treaty between the government of the United States of America and the government of [country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty)**. Washington D.C., 2012.

form, maintaining the balance that the 2004 text struck among investor, state, and other stakeholders' rights and interests."¹⁹²

Assim como os EUA, o Canadá também revisou o seu modelo tradicional de BIT em 2004. O modelo reflete a experiência do país como membro do NAFTA, após ser questionado em casos arbitrais por outros países membros do bloco.

Três objetivos inspiraram a formulação do modelo de BIT canadense: esclarecer o significado das obrigações substanciais previstas no tratado (os *standards* de proteção do investimento); aumentar a transparência dos procedimentos de solução de controvérsias e melhorar a eficiência desses procedimentos.

O modelo de BIT canadense, assim como o norte-americano, esclareceu o significado de determinadas cláusulas, como o tratamento justo e equitativo e a expropriação indireta. Segundo o tratado, as medidas de interesse público adotadas pelo Estado não configuram expropriação indireta.

Além disso, o modelo contém a chamada *“non-lowering of standards clause”*, cláusula que proíbe a promoção de investimentos por meio do enfraquecimento ou redução dos padrões de proteção das leis ambientais ou trabalhistas do país.

A preocupação com a transparência dos procedimentos é bastante nítida nos BITs assinados pelo Canadá. Em regra, prevê-se que todos os documentos submetidos a um tribunal arbitral serão públicos, exceto se as partes proibirem. As audiências também devem ser abertas ao público e os laudos arbitrais devem ser publicados.¹⁹³

Ainda, o modelo de BIT canadense faz referência, em seu preâmbulo, ao desenvolvimento sustentável.

Não obstante a ausência dessa previsão no modelo de BIT de 2004, desde 2010 o Canadá começou a inserir em BITs assinados com outros países um dispositivo relativo à responsabilidade social corporativa.¹⁹⁴ Esse dispositivo determina que os Estados parte do BIT devem estimular as empresas a incorporar, de modo voluntário, alguns padrões de responsabilidade social corporativa internacionalmente reconhecidos.

Nos últimos dois anos, o Canadá assinou BITs com nove Estados africanos. Com exceção daquele assinado com a Tanzânia, todos os demais BITs incluem o dispositivo de

¹⁹² JOHNSON, Lise. The 2012 US Model BIT and What the Changes (or Lack Thereof) Suggest about Future Investment Treaties. **Political Risk Insurance Newsletter**, v. 8, n. 2, nov. 2012. Disponível em: <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/johnson_2012usmodelBIT.pdf> Acesso em: 15 out. 2015.

¹⁹³ WILLARD, Rainbow; MORREAU, Sarah. **The Canadian Model BIT: a step in the right direction for canadian investment in Africa?** 18 jul. 2015. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/2015/07/18/the-canadian-model-bit-a-step-in-the-right-direction-for-canadian-investment-in-africa/>>. Acesso em: 16 out. 2015.

¹⁹⁴ Ibid.

responsabilidade social corporativa. Por exemplo, no BIT entre Canadá e Camarões, o artigo 15 dispõe:

*Each Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption.*¹⁹⁵

O mesmo dispositivo está presente nos BITs celebrados pelo Canadá com Mali, Nigéria, Senegal, Benin, Costa do Marfim, Burkina Faso e Guiné.

Um aspecto particular do modelo de BIT canadense consiste na estipulação de uma cláusula de exceções gerais, inspirada no artigo XX do GATT. Trata-se de um rol de hipóteses em que as garantias previstas no BIT não serão aplicáveis.

Essas exceções estão listadas no artigo 10 do modelo de BIT canadense e são inseridas na maior parte dos BITs assinados pelo país.

Há diversas maneiras de incorporar, expressamente, o direito de regular do Estado nos BITs – aqui compreendido como o direito conferido ao Estado de descumprir, em situações excepcionais, as obrigações internacionais assumidas nos acordos de investimento, sem incorrer na obrigação de compensar o investidor.¹⁹⁶

É possível prever exceções específicas à aplicação do BIT, como o artigo XXI do GATT ou prever exceções gerais, como o artigo XX do GATT. As exceções gerais aplicam-se ao BIT considerado em sua totalidade, enquanto as exceções específicas aplicam-se apenas a determinadas normas do BIT.

O modelo de BIT canadense combina os dois tipos de dispositivos. No artigo 10, são elencadas as Exceções Gerais. Dentre elas, consta que nenhum dispositivo do BIT pode impedir o Estado de adotar medidas que sejam necessárias para a proteção da vida ou saúde; medidas necessárias para assegurar o cumprimento de leis ou regulamentos ou medidas para a conservação de recursos naturais esgotáveis.

Article 10 - General Exceptions 1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a

¹⁹⁵ Artigo 15 do BIT assinado entre Canadá e Camarões. CANADA; CAMEROON. **Agreement between Canada and the Republic of Cameroon for the promotion and protection of investments.** [s.l.], 2014

¹⁹⁶ TITI, Aikaterini. **The right to regulate in international investment law.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014. p. 33.

*disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary: (a) to protect human, animal or plant life or health; (b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; or (c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.*¹⁹⁷

Na sequência, afirma-se que nenhum dispositivo do BIT pode ter o efeito de impedir o Estado de adotar medidas necessárias para a proteção dos investidores, depositários, participantes do mercado financeiro ou outras pessoas credoras de obrigações fiduciárias de responsabilidade de uma instituição financeira. Além disso, o BIT não pode impedir o Estado de adotar as medidas razoáveis para a manutenção da segurança, solidez e integridade das instituições financeiras ou, ainda, para assegurar a integridade e estabilidade do sistema financeiro:

*Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining reasonable measures for prudential reasons, such as: (a) the protection of investors, depositors, financial market participants, policy-holders, policy-claimants, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial institution; (b) the maintenance of the safety, soundness, integrity or financial responsibility of financial institutions; and (c) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system.*¹⁹⁸

O modelo de BIT canadense prevê, ainda, outras exceções, ressaltando que nenhum dispositivo do BIT é aplicável às medidas tomadas por uma entidade pública na condução da política monetária ou de crédito ou políticas relacionadas à taxa de câmbio.

O artigo 10, quarta parte, relaciona-se à proteção dos interesses de segurança nacional do Estado. Nenhum dispositivo presente no BIT pode ser interpretado de modo a obrigar o Estado a fornecer ou permitir acesso a informações cuja divulgação seja contrária aos seus interesses de segurança nacional. No mesmo sentido, as normas estipuladas no BIT não podem impedir o Estado de adotar as medidas necessárias para a proteção dos seus interesses de segurança nacional, relativos ao tráfico de armas, munição e material de guerra, ou outros bens, serviços e tecnologias com propósitos militares; ou medidas tomadas em período de guerra ou outra emergência nas relações internacionais; ou, ainda, medidas relativas à implementação de políticas nacionais ou acordos internacionais concernentes à não proliferação de armas nucleares. Ademais, as normas do BIT não podem impedir o Estado de

¹⁹⁷ Artigo 10 do modelo de BIT do Canadá. CANADA. **Agreement between Canada and _____ for the promotion and protection of investments (Canada Model BIT)**. Ottawa, 2004.

¹⁹⁸ Ibid.

adotar medidas voltadas ao cumprimento das obrigações assumidas na Carta das Nações Unidas para a manutenção da paz e segurança internacional.

*Nothing in this Agreement shall be construed: (a) to require any Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; (b) to prevent any Party from taking any actions that it considers necessary for the protection of its essential security interests (i) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic and transactions in other goods, materials, services and technology undertaken directly or indirectly for the purpose of supplying a military or other security establishment, (ii) taken in time of war or other emergency in international relations, or (iii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of nuclear weapons or other nuclear explosive devices; or (c) to prevent any Party from taking action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.*¹⁹⁹

As normas estipuladas no BIT não podem ser interpretadas de modo a exigir que um Estado permita o acesso a certas informações consideradas confidenciais:

*Nothing in this Agreement shall be construed to require a Party to furnish or allow access to information the disclosure of which would impede law enforcement or would be contrary to the Party's law protecting Cabinet confidences, personal privacy or the confidentiality of the financial affairs and accounts of individual customers of financial institutions.*²⁰⁰

O artigo 10, sexta parte, afirma que os dispositivos do BIT não se aplicam para investimentos realizados no setor cultural.

Finalmente, a última parte deste artigo prevê que qualquer medida tomada pelo Estado em conformidade com uma decisão adotada pela OMC deve ser considerada em conformidade com o BIT.

Embora a cláusula de exceção geral esteja presente na maioria dos BITs canadenses, esse tipo de cláusula é relativamente rara em outros BITs, mas está sendo progressivamente inserida em acordos de livre comércio ou outros acordos que contêm capítulos referentes à proteção de investimentos. Essa cláusula pode ser encontrada no Tratado da Carta de Energia; no Acordo de Livre Comércio entre Austrália e Cingapura, no Acordo de Investimentos celebrado em 2009 pela ASEAN (*ASEAN Comprehensive*

¹⁹⁹ Artigo 10 do modelo de BIT do Canadá. CANADA. **Agreement between Canada and _____ for the promotion and protection of investments (Canada Model BIT)**. Ottawa, 2004.

²⁰⁰ Ibid.

Investment Agreement); no Acordo de Livre Comércio entre ASEAN e Coréia; no Acordo de Investimentos entre ASEAN e China.

A cláusula de exceções gerais contida nos BITs ou em outras modalidades de acordos de investimento revela-se como um instrumento muito importante para contemplar os interesses do Estado. Afinal, essa cláusula cria uma espécie de área em que o Estado poderá adotar determinadas medidas e, ainda que afetem os direitos do investidor, o Estado não terá obrigação de indenizá-lo.

Destarte, trata-se de um mecanismo adequado para alcançar equilíbrio entre os interesses do Estado e do investidor. A esse respeito:

*In conclusion, general exceptions clauses modelled after Article XX GATT are an important component in states' attempt to reserve policy space, given that they are dedicated to offering regulatory freedom – subject to compliance with the chapeau –, they are applicable to the entire treaty and cover a large and varied range of public interests.*²⁰¹

Exceções gerais também estão presentes no modelo de BIT desenvolvido pelo Instituto Internacional de Desenvolvimento Sustentável, publicado em 2005 (*IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*).

Seguindo a atitude iniciada pelos EUA e pelo Canadá, outros Estados começaram a revisar os seus tradicionais acordos de investimento. A França revisou o seu modelo de BIT em 2006; a Colômbia em 2007; a Alemanha em 2008.

Todavia, foi na Noruega que surgiu uma das propostas mais ousadas de redação de um BIT destinado a assegurar a proteção dos direitos do investidor, ao mesmo tempo em que resguardava os interesses do Estado receptor de investimentos.

Em 2007, a Noruega elaborou um projeto de modelo de BIT, inspirado na ideia de proteger a discricionariedade do Estado em adotar medidas de interesse público. Muito embora esse projeto tenha sido abandonado em 2009, representou uma importante contribuição, na medida em que seu texto oferece um exemplo notável de como alcançar equilíbrio entre interesses conflitantes.²⁰²

Desde meados dos anos 90, a Noruega não assinava novos BITs, dada a preocupação quanto à compatibilidade desses tratados com a Constituição do país. Então, em

²⁰¹ TITI, Aikaterini. **The right to regulate in international investment law**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014. p. 177.

²⁰² Ibid., p. 61.

2007, foi anunciada a proposta de criar um modelo BIT norueguês, que traria uma série de inovações.

Entre as principais inovações do modelo de BIT, destacou-se o seu preâmbulo, que declarava a necessidade de proteger o investimento de modo consistente com a proteção da saúde, segurança, meio-ambiente e proteção de direitos trabalhistas.

Ao mesmo tempo, o preâmbulo enfatizava a importância da responsabilidade social corporativa e reafirmava os seus compromissos com a democracia, o Estado de direito, os direitos humanos e as liberdades fundamentais, de acordo com as obrigações internacionalmente reconhecidas na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal de Direitos Humanos. Ainda, o preâmbulo mencionava os esforços no combate à corrupção; a promoção do desenvolvimento sustentável e, por fim, a transparência dos procedimentos arbitrais.

Na sequência, ao longo do texto propriamente dito, o modelo de BIT continha diversos dispositivos destinados a contemplar os interesses dos Estados, como o artigo 11, chamado *“non-lowering standards”*, também presente nos modelos de BIT dos EUA e Canadá, que visa impedir a redução dos padrões de proteção ambiental ou trabalhista do país para atrair IEDs.

Por sua vez, o artigo 12 do projeto de BIT norueguês previa expressamente o direito de regular do Estado. Inclusive, esse artigo denominava-se *“Right to Regulate”* e estabelecia que o BIT não poderia ser interpretado de modo a impedir o Estado de adotar medidas apropriadas para assegurar que o investimento respeite a saúde, segurança ou meio-ambiente.²⁰³

O artigo 21 do projeto de BIT tratava da transparência dos procedimentos arbitrais, determinando que todos os documentos submetidos aos tribunais arbitrais deveriam se tornar públicos, exceto no caso de informações confidenciais neles contidas. Além disso, as audiências deveriam ser conduzidas de modo aberto ao público e os árbitros poderiam aceitar a intervenção de *amicus curiae* nos procedimentos, desde que essa intervenção se mostrasse relevante para o deslinde da controvérsia.

²⁰³ Segundo o artigo 12 do projeto de BIT norueguês: *“Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety or environmental concerns.”* NORWAY. **Agreement between the Kingdom of Norway and ____ for the promotion and protection of investments (Draft version)**. Oslo, 2007.

Assim como o modelo de BIT canadense, o projeto de BIT norueguês elencava, em seu artigo 24, uma lista de exceções gerais em que as garantias previstas no tratado não seriam aplicáveis, como é possível verificar no seguinte trecho:

*Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international [trade or] investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary: i. to protect public morals or to maintain public order; ii. to protect human, animal or plant life or health; iii. to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; iv. for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value; or v. for the protection of the environment.*²⁰⁴

No final do texto do BIT, o artigo 32 reafirmava a importância da responsabilidade social corporativa, razão pela qual os Estados deveriam encorajar os investidores a conduzirem os seus investimentos em respeito às Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*) e a participarem do Pacto Global da Organização das Nações Unidas.

Após receber muitas críticas, seja por parte dos investidores que se sentiram pouco protegidos, ou por parte das organizações que exigiam a contemplação do interesse público de modo mais efetivo, o governo norueguês decidiu abandonar o seu projeto de criar um modelo de BIT. A decisão foi comunicada oficialmente em 2009.²⁰⁵

Em março de 2015, a Índia também lançou um novo modelo de BIT, concebido de modo a propiciar maior proteção aos Estados, colocando em foco a sua habilidade de regular os investimentos.²⁰⁶

Com efeito, alguns dispositivos do BIT indiano reforçam o direito de regular do Estado, como o artigo 5.4, que prevê: *“For the avoidance of doubt, the parties also agree that, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives such as public health, safety and the environment shall not constitute expropriation.”*²⁰⁷

²⁰⁴ Artigo 24 do modelo de BIT da Noruega. NORWAY. **Agreement between the Kingdom of Norway and _____ for the promotion and protection of investments (Draft version)**. Oslo, 2007.

²⁰⁵ *“Amid public criticism from both business and civil society, Norway’s Draft Model BIT fell short of reaching an acceptable compromise and was abandoned in 2009”*. TITI, Aikaterini. **The right to regulate in international investment law**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014. p. 61.

²⁰⁶ Cf. JANDHYALA, Srividya. Bringing the state back in: India’s 2015 model BIT. **Columbia FDI Perspectives**, New York, n. 154, 17 ago. 2015, p. 1-3.

²⁰⁷ INDIA. **Bilateral investment treaty between the government of the Republic of India and _____ (Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty)**. Nova Deli, 2015.

Em suma, todos os exemplos acima expostos evidenciam a nova tendência que começou a inspirar a redação dos acordos de investimento mais recentes, mediante o reconhecimento do desequilíbrio existente nos primeiros BITs e a necessidade de superar esse desequilíbrio.²⁰⁸

Os novos modelos de acordos de investimento possuem uma linguagem voltada a encorajar uma interpretação mais balanceada entre os interesses dos investidores e dos Estados.

Afinal, a forma como estes acordos são redigidos exerce forte influência na interpretação realizada pelos árbitros diante do surgimento de um caso concreto. Portanto, na redação destes acordos, é importante atentar para os termos empregados: *“words can be incredibly powerful”*²⁰⁹.

Hoje, muitos países formulam os seus modelos de BITs com a preocupação de superar o desequilíbrio destes acordos – o desequilíbrio entre os direitos e deveres dos investidores e dos Estados. Almeja-se alcançar um acordo mais *equilibrado*, o que pode ser compreendido no sentido empregado no seguinte trecho:

Um acordo equilibrado é aquele que concede proteção aos investidores estrangeiros a fim de desempenhar sua função de instrumento de atração de investimentos, e que, ao mesmo tempo, preserva a flexibilidade necessária para o Estado escolher os instrumentos capazes de garantir o desenvolvimento nacional, além do espaço para desenvolver suas políticas públicas. A proteção dos investidores permanece um dos objetivos dos acordos bilaterais, mas não é o único. Tão importante quanto o direito do investidor é o direito do Estado de perseguir o desenvolvimento, seja atuando, seja legislando, seja decidindo de acordo com o interesse público. Fala-se, nesse sentido, em equilíbrio entre a proteção dos interesses privados e a necessidade de promover e proteger os interesses públicos.²¹⁰

Com base nos diferentes acordos citados anteriormente, é possível identificar diversas medidas que auxiliam a alcançar este equilíbrio, diminuindo a assimetria dos tradicionais BITs. Dentre essas medidas, encontram-se: (i) a importância da redação do

²⁰⁸ — *Important economic powers recognize the growing need for public interest considerations in the investment régime given a certain degree of imbalance towards investment protections and a legitimate interest of the host State to preserve the power to regulate for certain purposes. This may be mostly due to several major economies, in particular the USA, turning from merely large exporters of capital into both capital exporting and capital importing economies and thus themselves experiencing the leashes of BITs lacking any leeway for public interest considerations*”. KULICK, Andreas. **Global public interest in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 75.

²⁰⁹ MEMBIELA, Gustavo J.; MARTÍNEZ-CID, Jordi C. He who controls the past controls the future: crafting an effective arbitration provision for A Latin American deal. **Mealey’s International Arbitration Report**, Philadelphia, v. 28, n. 5, maio 2013.

²¹⁰ FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 74.

preâmbulo dos BITs; (ii) a necessária delimitação de significado dos *standards* de proteção do investimento; (iii) a previsão de exceções gerais à aplicação do tratado; (iv) além de todas essas medidas, também é possível impor obrigações para o investidor estrangeiro.

Primeiramente, com relação ao preâmbulo dos BITs, nota-se que a nova geração de acordos de investimento contém preâmbulos diferenciados, que servem para nortear a interpretação dos árbitros. Nos primeiros BITs, os preâmbulos dispunham que o objetivo do tratado consistia unicamente em proteger o investimento estrangeiro. Os preâmbulos mais recentes manifestam outras preocupações e fazem referência à proteção da saúde, segurança, meio-ambiente e direitos trabalhistas, bem como o direito de regular do Estado.

O preâmbulo dos acordos de investimento, além de demonstrar o intento de proteção do investimento estrangeiro, que é a razão fundamental da realização destes acordos, pode incluir referências ao desenvolvimento sustentável.

Neste sentido, alguns Estados declaram o desenvolvimento sustentável como um objetivo específico do BIT, como é o caso do modelo de BIT canadense:

*Recognizing that the promotion and the protection of investments of investors of one Party in the territory of the other Party will be conducive to the stimulation of mutually beneficial business activity, to the development of economic cooperation between them and to the promotion of sustainable development [...].*²¹¹

Outros Estados não inserem o desenvolvimento sustentável como um dos objetivos do BIT, mas impõem às partes o respeito a esse princípio. Este é o caso do modelo de BIT dos EUA, o qual estabelece no preâmbulo: *—Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights [...].*²¹²

Em outros BITs, o preâmbulo indica os objetivos do tratado e, na sequência, afirma que esses objetivos devem ser alcançados sem relaxar os padrões de proteção ao meio ambiente, saúde, segurança. Este é o caso do modelo de BIT da Finlândia, o qual menciona: *—Agreeing that these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application [...].*²¹³

²¹¹ Preâmbulo do modelo de BIT de 2004 do Canadá.

²¹² Preâmbulo do modelo de BIT de 2012 dos EUA.

²¹³ Preâmbulo do modelo de BIT da Finlândia. FINLAND. **Agreement between the government of the Republic of Finland and the government of _____ on the promotion and protection of investments.** Helsinki, 2001.

O mesmo ocorre com o modelo de BIT holandês, que estipula: *—Considering that these objectives can be achieved without compromising health, safety and environmental measures of general application.*”²¹⁴

Os BITs mais recentes assinados pelo Japão possuem a mesma fórmula, ao prever: *—Recognising that these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application.*”²¹⁵

Em raras ocasiões, é possível encontrar no preâmbulo de alguns BITs a referência direta a tratados internacionais relacionados ao desenvolvimento sustentável. Este é o caso do modelo de BIT do Instituto Internacional de Desenvolvimento Sustentável, de 2005 (*IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*):

*The Parties, Seeking to promote sustainable development at the national, regional and global levels; Understanding sustainable development as being development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs, and recognizing the contribution of the 1992 Rio Declaration on Environment and Development, the 2002 World Summit on Sustainable Development and the Millennium Development Goals to our understanding of sustainable development; Recognizing that the promotion of sustainable investments is critical for the further development of national and global economies, as well as for the pursuit of national and global objectives for sustainable development; Understanding further that the promotion of such investments requires cooperative efforts of investors, host governments and home governments; Recognizing the development of protections for foreign investors in international law to date; Affirming the progressive development of international law and policy on the relationships between multinational enterprises and host governments as seen in such international instruments as the ILO Tripartite Declaration on Multinational Enterprises and Social Policy; the OECD Guidelines for Multinational Enterprises; and the United Nations’ Norms and Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights; Seeking an overall balance of rights and obligations in international investment between investors, host countries and home countries; and Recognizing that an international investment agreement should reflect the basic principles of transparency, accountability and legitimacy for all participants in foreign investment processes, Have agreed as follows [...].*²¹⁶

²¹⁴ Preâmbulo do modelo de BIT da Holanda. THE NETHERLANDS. **Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between _____ and the Kingdom of the Netherlands.** Amsterdam, 2004.

²¹⁵ Preâmbulo do BIT assinado entre Japão e Moçambique em 2014. JAPAN; MOZAMBIQUE. **Agreement between the government of Japan and the government of the Republic of Mozambique on the reciprocal liberalisation, promotion and protection of investment.** Yokohama, 2013.

²¹⁶ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. **IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development.** [s.l.], 2005. Disponível em: <https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2015.

O modelo de BIT norueguês também colocava em evidência, em seu preâmbulo, o desenvolvimento sustentável, fazendo referência à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal de Direitos do Homem.

O preâmbulo de um tratado indica seu objeto e propósito, mas não cria direitos ou obrigações legalmente exigíveis para as partes. Contudo, sua importância não pode ser menosprezada, sobretudo no que diz respeito à sua utilidade como ferramenta interpretativa à disposição do árbitro.

Com efeito, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ao tratar da interpretação dos tratados, dispõe em seu artigo 31 que “Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.”²¹⁷ Para averiguar o contexto do tratado, o julgador deverá observar “além do texto, seu preâmbulo e seus anexos.”²¹⁸

Inclusive, a função do preâmbulo dos BITs foi discutida por tribunais arbitrais responsáveis por decidir algumas controvérsias relativas a investimentos.

No caso *SGS v. Philippines*²¹⁹, o tribunal arbitral baseou-se no preâmbulo do BIT, o qual previa como um dos objetivos do tratado a criação e manutenção de condições favoráveis para os investimentos, e decidiu que quaisquer incertezas na interpretação do acordo deveriam ser resolvidas de modo a favorecer a proteção dos investimentos. No caso *Lemire*²²⁰, decidido em 2011, o tribunal arbitral também recorreu ao preâmbulo do BIT, o qual estabelecia ser desejável o tratamento justo e equitativo para manter um quadro jurídico estável para os investimentos. Uma vez que o tratamento justo e equitativo está intimamente ligado à noção de expectativas legítimas do investidor, os árbitros entenderam ser necessário examiná-las antes de proferir a decisão.

Portanto, ainda que o preâmbulo não crie direitos ou obrigações legalmente exigíveis para as partes, deve ser redigido com cautela, uma vez que futuros tribunais arbitrais poderão utilizá-lo como base para decidir determinados aspectos da controvérsia entre as partes. A redação cuidadosa do preâmbulo pode impedir os árbitros de enfatizarem exclusivamente a promoção e proteção dos investimentos e incentivá-los a considerar também os interesses do Estado receptor do investimento.

²¹⁷ Artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES. Vienna, 1969. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Republic of the Philippines*, ICSID Case No ARB/02/6.

²²⁰ *Joseph Charles Lemire versus Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18.

Além da diferença na redação do preâmbulo, a nova geração de acordos de investimento estabelece *standards* de proteção de investimento mais delimitados.

Os primeiros BITs possuíam uma linguagem muito aberta, enquanto os novos modelos são construídos de modo mais preciso.

A tradicional definição de investimento encontrada nos BITs possuía uma abordagem abrangente, permitindo caracterizar diversas operações como “investimentos”, o que era favorável para os investidores mas contrariava os interesses do Estado receptor de investimentos. A amplitude do conceito de investimento coloca o interesse dos investidores acima dos interesses do conjunto dos atores econômicos e da política de desenvolvimento implementada pelo governo. Por essas razões, os novos acordos fixam definições de investimento mais restritas.

Ademais, os acordos de nova geração tornaram mais objetivo o significado dos *standards* de proteção do investimento. Para restringir a margem de interpretação dos árbitros, os acordos de nova geração revisaram os *standards* de proteção do investimento, esclarecendo o significado de cláusulas como o tratamento justo e equitativo, a expropriação indireta, o tratamento nacional etc.

A prática dos EUA e do Canadá era de conferir a obrigação de tratamento nacional e cláusula da nação mais favorecida desde a fase pré-estabelecimento do investimento. Essa abordagem contrastava com os BITs europeus, em que essas obrigações surgem após o estabelecimento do investimento.²²¹ Os novos modelos, que almejam ser mais equilibrados, concedem o tratamento nacional e da nação mais favorecida somente após o estabelecimento do investimento.

Com relação à solução de controvérsias, os novos acordos contêm regras detalhadas sobre a arbitragem, colocando em evidência a necessidade de garantir a transparência dos procedimentos arbitrais, através de sessões abertas ao público, publicação de documentos e possibilidade de participação da sociedade civil.

Outro elemento importante da nova geração de acordos de investimento consiste na previsão de uma lista de exceções gerais, em que as garantias previstas no acordo não se aplicam. Nesse âmbito, o exemplo mais notável é o modelo de BIT do Canadá, já anteriormente analisado.

²²¹ LÉVESQUE, Céline; NEWCOMBE, Andrew. The evolution of IIA practice in Canada and the United States. In: DE MESTRAL, Armand; LÉVESQUE, Céline (Ed.). **Improving international investment agreements**. New York: Routledge, 2013.

O principal motivo de descontentamento de alguns Estados com o ICSID diz respeito ao temor de ter a sua capacidade regulatória diminuída, com vistas a criar um ambiente favorável somente ao investidor. A preocupação destes países é a de serem privados de espaço para desenvolver suas políticas públicas, porque algumas dessas políticas poderiam resultar em condenação no ICSID. Assim, ocorreria a erosão do poder regulatório do Estado.

Por isso, os novos acordos incluem novos temas, como saúde, meio-ambiente e direitos trabalhistas, e incorporam diversas disposições que permitem ao Estado adotar medidas para proteger o interesse público. Com isso, pretende-se alcançar equilíbrio entre os direitos dos investidores e o espaço para o desenvolvimento de políticas públicas e proteção da soberania dos Estados.

Os tradicionais BITs concedem direitos e benefícios aos investidores, mas não lhes impõem nenhuma obrigação. Por isso, alguns autores defendem a inserção de obrigações do investidor no texto do BIT.

Os autores Patrick Dumberry e Gabrielle Dumas Aubin defendem que temas relativos a direitos humanos devem ser incorporados no texto dos BITs, mas não apenas em seu preâmbulo. Segundo os autores, é importante que existam dispositivos no texto dos BITs voltados a exigir que os investidores adotem comportamentos condizentes com os direitos humanos:

*The first question is where human rights obligations on investors could be placed in BITs? Referring to corporations' responsibilities in the preamble of a BIT would undoubtedly have a positive impact. The preamble is a contextually important part of a treaty and could serve to indicate and colour the treaty's object and purpose. However, a simple reference to human rights in the preamble would not create any substantive obligations for the investors. A more promising avenue is for human rights obligations to be expressly referred to in the main text of the BIT. The type of language used is another related and equally important issue. Merely encouraging investors to do something has not worked in the past and is unlikely to be an effective remedy in the future. It is therefore paramount that a treaty provision creates mandatory legal obligations that would force corporations to adopt a certain behavior. The provision must also establish a mechanism whereby non-compliance is efficiently sanctioned by an arbitral tribunal.*²²²

Nesse ponto de vista, o texto do BIT deve trazer não somente os direitos dos investidores, mas também seus deveres. Uma vez descumpridos esses deveres, o investidor

²²² DUMBERRY, Patrick; AUBIN, Gabrielle Dumas. How to incorporate human rights obligations in bilateral investment treaties? **Investment Treaty News**, Genève, v. 3, n. 3, p. 9, mar. 2013.

deve sujeitar-se a sanções, assim como o Estado sujeita-se a sanções quando descumpre seus deveres assumidos com o investidor.

Entre as possíveis sanções para o investidor, uma alternativa consiste em estipular que, se não cumprir os seus deveres relativos aos direitos humanos, legislação ambiental e trabalhista, o investidor não poderá efetuar reclamações perante o ICSID. Este tipo de dispositivo pode contribuir para o reajuste de equilíbrios na regulamentação dos investimentos estrangeiros.

Em suma, todas as mudanças acima apresentadas podem servir de diretrizes para que os Estados latino-americanos adotem estratégias adequadas para a negociação de futuros acordos de investimento, colocando-se em conformidade com os acordos mais avançados e equilibrados.

Ademais, a importância de construir um acordo de investimentos equilibrado deriva do fato de que muitos países da América Latina atualmente se encontram tanto na posição de Estado importador de capital quanto Estado exportador de capital, o que torna essencial proteger os seus interesses em ambas as direções.

Em meio a este cenário caracterizado por profundas transformações no direito internacional dos investimentos e pela revisão dos acordos de investimento, com vistas a torná-los mais equilibrados, o Brasil adotou uma postura inédita.

O país, um dos poucos do mundo que não possui nenhum BIT em vigor, tampouco faz parte do ICSID, começou a assinar “Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos” (ACFIs) com seus parceiros comerciais – um novo modelo de acordo de investimentos, muito diferente dos tradicionais BITs.

3.3 Os ACFIs assinados pelo Brasil

Em um cenário mundial caracterizado pela progressiva expansão dos acordos de investimento entre Estados com diferentes níveis de desenvolvimento, o Brasil permaneceu como um dos poucos países do mundo a não participar de nenhum BIT – não obstante ser uma das economias mais importantes da América Latina, principal destino de atração de IEDs na região.

Por muito tempo, o distanciamento do Brasil frente ao regime internacional dos investimentos embasava-se na concepção de que a assinatura de BITs ou da Convenção de Washington seria desnecessária, uma vez que o país, mesmo omissos com relação a esses instrumentos, continuava a ser o principal destino dos IEDs dentre os Estados latino-

americanos. Além disso, havia a forte percepção de que o texto dos tradicionais BITs ou da referida Convenção conflitaria com os dispositivos constitucionais vigentes.

Contudo, a mudança no papel do país – de importador para exportador de capital – exigiu uma nova reflexão sobre o assunto. Ao final de março e início de abril de 2015, a tradicional posição assumida pelo Estado brasileiro sofreu uma modificação bastante expressiva, em razão da assinatura de Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos com alguns parceiros comerciais na África (Moçambique e Angola) e na América Latina (México).

A recente assinatura dos ACFIs pode ser compreendida diante da necessidade de proteção dos investimentos de multinacionais brasileiras em mercados estrangeiros. Em Angola, destaca-se a presença da multinacional brasileira Odebrecht; em Moçambique, os principais investimentos brasileiros dirigem-se ao setor de mineração, energia e construção civil, com destaque para a atuação da Vale, no corredor de Nacala. Por sua vez, entre os principais projetos de investimentos brasileiros situados no México, é possível citar o polo petroquímico operado pela empresa brasileira Braskem e o complexo siderúrgico da Gerdau.

De fato, a progressiva atuação do Brasil como um Estado não apenas importador, mas também exportador de capital, impeliu à ligeira modificação de sua postura, outrora omissa, face à regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros diretos.

Esses acordos surgiram a partir de uma iniciativa elaborada pelo Itamaraty, pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e pelo Ministério da Fazenda, após discussões com o setor privado. Os ACFIs colocam em evidência a cooperação entre os Estados; o intercâmbio de informações; a prevenção de conflitos e a resolução amigável de controvérsias.

Os ACFIs brasileiros já foram assinados com Moçambique, Angola, México, Maláui e Colômbia, enquanto outros estão em fase de negociação. A elaboração dessa modalidade específica de acordo de investimentos nasceu a partir de uma proposta brasileira e guarda aspectos bastante singulares, que a distinguem dos tradicionais BITs. Todavia, um olhar atento no texto dos acordos permite vislumbrar que a mudança operada não foi tão radical quanto os investidores poderiam desejar. Trata-se de uma regulamentação ainda incipiente, no sentido de que os ACFIs foram redigidos como *“modelos light”* de acordos, em comparação com os tradicionais BITs,

Apesar de conferir algumas garantias ao investidor, tais como o tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida, os acordos de cooperação e facilitação de investimentos não permitem o recurso à arbitragem direta entre investidor e Estado,

consagrada como o principal meio de solução de controvérsias de investimentos e presente na maior parte dos BITs em vigor.

Os ACFIs assinados pelo Brasil no início de 2015 representam um novo modelo de acordo de investimentos com características bastante particulares, sendo possível identificar neles três aspectos distintos: (i) a presença de dispositivos similares àqueles tradicionalmente existentes nos BITs, tais como a cláusula da nação mais favorecida, o tratamento nacional e as regras sobre expropriação e indenização devida; (ii) a inserção de provisões novas, não encontradas nos BITs, como a previsão de um Comitê Conjunto e de Pontos Focais; (iii) a omissão de algumas regras geralmente encontradas nos BITs, como o tratamento justo e equitativo e a solução de controvérsias investidor-Estado.

Os ACFIs destinam-se, como seu próprio nome evidencia, a estimular e facilitar a realização de investimentos recíprocos entre os Estados signatários. Ao contrário do que geralmente se encontra no texto dos BITs, os ACFIs não empregam o termo “proteção do investimento estrangeiro”, mas referem-se tão somente à sua “promoção”. Ao mesmo tempo, o foco destes acordos não reside na solução de controvérsias, mas na resolução amigável de eventuais conflitos.

De fato, os ACFIs devem ser diferenciados dos tradicionais BITs, pois possuem particularidades e inovações não encontradas nestes últimos. A esse respeito, é apropriado notar o seguinte trecho:

The first question one may ask in this regard is whether CFIs are BITs. Although they are bilateral and regulate investments, it does not seem to be the case. This is particularly so if one considers BITs to be treaties for the promotion and protection of investments. Indeed, this view seems to be shared by UNCTAD, who classified CFIs as international investment agreements (“IAs”), but not as BITs.²²³

Entre os diversos objetivos expostos no preâmbulo dos ACFIs, encontra-se o incentivo ao aprofundamento nos laços de amizade e cooperação entre as partes; o estímulo e apoio aos investimentos bilaterais; o reconhecimento do papel fundamental dos investimentos para crescimento e desenvolvimento econômico dos Estados; a compreensão dos benefícios resultantes da parceria entre os Estados em matéria de investimentos; o realce na importância de um ambiente transparente, ágil e amigável para investimentos; a reafirmação da autonomia legislativa dos Estados e espaço para desenvolverem políticas públicas; o estreitamento de

²²³ MARTINI, Pedro. **Brazil's new investment treaties: outside looking...out?** Kluwer Arbitration Blog, 16 jun. 2015. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/2015/06/16/brazils-new-investment-treaties-outside-looking-out-2/>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

vínculos entre o setor privado e o governo; a busca por diálogo e iniciativas governamentais que contribuam para o aumento dos investimentos.

Os preâmbulos destes acordos enfatizam o estímulo e apoio aos investimentos, reconhecendo sua importância e os benefícios deles advindos. Contudo, diferentemente dos antigos BITs, não se limitam a reconhecer a necessidade de criar condições favoráveis para a promoção e proteção do investimento estrangeiro. Ao invés disso, enfatizam a necessária parceria a ser estabelecida entre as partes a fim de proporcionar benefícios amplos e recíprocos. Logo, o preâmbulo dos ACFIs revela-se mais equilibrado, pois almeja contemplar não somente o interesse dos investidores, mas também dos Estados receptores de investimento, tal qual a tendência atualmente reivindicada no regime internacional de proteção do IED.

O preâmbulo do novo modelo de acordo traz um elemento particularmente relevante, ao afirmar a “autonomia legislativa e espaço para políticas públicas”, ou seja, preocupa-se em salvaguardar a capacidade regulatória do Estado para adotar medidas de interesse público, ainda que afetem direta ou indiretamente os interesses do investidor.

Ao analisar a inserção de interesses regulatórios do Estado no preâmbulo de tratados bilaterais de investimento, a autora Aikaterini Titi argumenta acerca da importância desta previsão:

*Although the main purpose of an investment treaty is the promotion and protection of reciprocal investment between the contracting parties, rather than the preservation of regulatory space (it would be incongruous to claim the opposite, since, in any event, the parties have more regulatory space in the absence of an IIA [international investment agreement]), it may be apposite to include regulatory interests in the preamble to ensure that investment promotion and protection are not the only considerations when interpreting a treaty.*²²⁴

Outro elemento de destaque no preâmbulo dos ACFIs consiste na inserção do termo “transparência” como um requisito fundamental em um ambiente de investimentos. Com efeito, a necessidade de assegurar transparência no regime internacional dos investimentos, bem como a preservação da capacidade regulatória dos Estados, constituem duas das principais reivindicações dos Estados importadores de capital.

O preâmbulo dos ACFIs avançou bastante se comparado ao preâmbulo dos BITs, mas é necessário que as previsões ali estipuladas encontrem amparo no texto do tratado. A

²²⁴ TITI, Aikaterini. **The right to regulate in international investment law**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014. p. 119.

simples menção à preservação da autonomia legislativa das partes, por exemplo, deveria ser reforçada ao longo do texto, sob pena de tornar-se apenas uma intenção, e não um direito legalmente exigível.

Com relação aos *standards* de proteção do IED, também é possível identificar algumas alterações neste novo modelo.

A tradicional definição de investimento encontrada nos BITs era mais abrangente, permitindo caracterizar diversas operações como “investimentos”, o que é favorável para os investidores, mas pode contrariar os interesses do Estado receptor de investimentos. A definição de investimentos contida no texto dos BITs era muito mais ampla que a definição ora presente nos ACFIs.

Os ACFIs celebrados pelo Brasil apresentam uma definição de investidor mais restrita do que aquela usualmente encontrada nos BITs, com a preocupação central de minimizar a ocorrência de eventuais abusos.

Os ACFIs celebrados pelo Brasil não fazem referência ao tratamento justo e equitativo. Essa omissão pode ter consequências negativas, sobretudo se considerarmos que não há unanimidade no sentido de que o tratamento justo e equitativo seja uma regra de direito internacional consuetudinário. Assim, para ter aplicação, a cláusula deve constar expressamente no acordo.

A importância de prever o tratamento justo e equitativo no texto dos ACFIs decorre principalmente de sua capacidade de balancear os distintos interesses envolvidos, sejam aqueles dos investidores estrangeiros ou dos Estados receptores de investimento.²²⁵

Os ACFIs trazem a previsão de tratamento nacional e cláusula da nação mais favorecida. Contudo, estes acordos não fazem nenhuma referência à possibilidade de expropriação indireta. Este aspecto contrasta com a nova geração de BITs. Trata-se de uma falha dos ACFIs. Afinal, uma vez que a expropriação direta deixou de ser a regra, é fundamental estabelecer os requisitos da expropriação indireta, demarcando os limites que permitem diferenciar as medidas regulatórias legitimamente adotadas pelo Estado e as medidas expropriatórias.

Nos ACFIs, é possível identificar diversos dispositivos que não são tradicionalmente encontrados nos BITs.

Entre as principais inovações trazidas pelo novo modelo brasileiro, pode ser citada a previsão de um Comitê Conjunto; o estabelecimento de Pontos Focais; a previsão de troca

²²⁵ Cf. seção 1.3.2 deste trabalho.

de informações entre as partes; o incentivo ao envolvimento do setor privado, além de disposições concernentes à responsabilidade social corporativa, transparência e desenvolvimento de agendas temáticas.

Duas novas figuras foram criadas pelos ACFIs: o Comitê Conjunto e os Pontos Focais, também denominadas *Ombudsmen*. Ambos devem atuar como mediadores nas controvérsias iniciadas entre investidores e Estados.

O Comitê Conjunto será composto por representantes governamentais dos Estados parte do acordo, designados pelos respectivos governos. Entre as atribuições deste Comitê, está aquela de resolver amigavelmente quaisquer questões ou conflitos sobre os investimentos estrangeiros.

Por sua vez, a função dos Pontos Focais consiste em prestar apoio governamental aos investimentos estrangeiros realizados em seu país. No caso do Brasil, o Ponto Focal será a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX). Uma de suas competências é a prevenção de disputas e facilitação de sua resolução. Os Pontos Focais deverão atuar entre si e com o Comitê Conjunto de modo a prevenir, gerir e resolver eventuais controvérsias.

Os ACFIs estabelecem agendas temáticas a serem discutidas pelas autoridades governamentais dos Estados, com inclusão de temas de interesse para o fomento e incremento dos investimentos bilaterais, objetivando alcançar um entendimento comum na matéria.

Outro ponto de relevo é a referência expressa à responsabilidade social corporativa, dispositivo cuja redação é idêntica nos ACFIs assinados com Angola e Moçambique:

Os investidores e seus investimentos deverão se empenhar em realizar o maior número possível de contribuições ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da comunidade local, por meio da adoção de um elevado grau de práticas socialmente responsáveis, tomando por referência os princípios voluntários e padrões definidos no Anexo II – Responsabilidade Social Corporativa.²²⁶

Ao contrário dos BITs assinados pelo Brasil, os ACFIs omitiram-se quanto à possibilidade de acesso direto ao foro internacional pelo investidor estrangeiro. Focados principalmente na prevenção de litígios, os ACFIs estabelecem a solução negociada de disputas, com auxílio de um Comitê Conjunto. Caso não seja possível solucionar o litígio, os

²²⁶ Artigo 10 em ambos os acordos. BRASIL; ANGOLA. **Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República Federativa do Brasil e o governo da República de Angola**. Luanda, 1 abr. 2015; BRASIL; MOÇAMBIQUE. **Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República Federativa do Brasil e o governo da República de Angola**. Maputo, 30 mar. 2015.

Estados poderão recorrer a mecanismos de arbitragem. Permite-se apenas a arbitragem entre Estados e não há menção à arbitragem investidor-Estado.

Antes do início de qualquer procedimento arbitral, a questão deverá ser objeto de consultas e negociações entre as partes e deverá obrigatoriamente ser avaliada pelo Comitê Conjunto, o qual terá o prazo de 60 dias para apresentar informações sobre o caso. Somente se não for possível solucionar a disputa com o auxílio do Comitê, será possível recorrer aos mecanismos arbitrais – restritos à arbitragem entre Estados.

Entretanto, a linguagem lacônica empregada nos ACFIs assinados com Angola e Moçambique não implica o consentimento expresso à arbitragem. Enquanto o acordo Brasil-Angola afirma que “[...] as partes *poderão* recorrer a mecanismos de arbitragem entre Estados para solucionarem a referida disputa [...]”²²⁷, o acordo Brasil-Moçambique é ainda mais impreciso, ao dispor que “[...] as partes *poderão* recorrer a mecanismos de arbitragem entre Estados a serem desenvolvidos pelo Comitê Conjunto, *quando julgado conveniente entre as Partes [...]*.”²²⁸

Portanto, da forma como o texto está redigido, não há reconhecimento automático do compromisso dos Estados em estabelecer a arbitragem, de modo que ambos deverão, posteriormente, expressar seu consentimento. Caso não o façam, não será possível estabelecer o procedimento arbitral.²²⁹

Embora seja louvável a tentativa de estímulo à negociação entre as partes²³⁰, as dificuldades tendem a se intensificar quando a negociação for infrutífera. A propósito, importa notar que raros seriam os investidores dispostos a recorrer à arbitragem (e seus elevados custos) quando a mera negociação fosse capaz de pôr fim ao conflito.

Quando Estado e investidor não alcançarem solução amigável do conflito, o investidor ficará, obrigatoriamente, dependendo da atuação de seu Estado de origem. Esse cenário implica um retorno ao antigo – e tão criticado – instituto da proteção diplomática. Por se tratar de uma faculdade do Estado de origem do investidor, caso ele opte por não exercê-la,

²²⁷ Artigo 15 do ACFI Brasil-Angola. BRASIL; ANGOLA. **Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República Federativa do Brasil e o governo da República de Angola**. Luanda, 1 abr. 2015. (grifo nosso).

²²⁸ Artigo 15 do ACFI Brasil-Moçambique. BRASIL; MOÇAMBIQUE. **Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República Federativa do Brasil e o governo da República de Angola**. Maputo, 30 mar. 2015. (grifo nosso).

²²⁹ HAMILTON, Jonathan C.; GRANDO, Michelle. **Brazil and the future of investment protections**. [s.l.], 2015. Disponível em: <<http://latinarbitrationlaw.com/brazil-and-the-future-of-investment-protections/>>. Acesso em: 5 maio 2015.

²³⁰ O estímulo à solução negocial das controvérsias é uma tendência crescente no ordenamento jurídico brasileiro. Inclusive, diversas regras a esse respeito foram estabelecidas em seu Novo Código de Processo Civil.

o investidor estrangeiro permanecerá sem outro recurso, a não ser o acesso ao Poder Judiciário – e todas as dificuldades daí decorrentes.

É curioso notar que esses ACFIs foram assinados em um momento em que a arbitragem comercial avança no país, inclusive com a recente revisão da lei de arbitragem e expansão de seu âmbito de aplicação para abranger a Administração pública direta e indireta.²³¹

A ideia central da arbitragem internacional em matéria de investimentos é aquela de despolitizar as controvérsias. Todavia, os ACFIs caminham na contramão desta tendência, resultando nos inconvenientes da proteção diplomática.

O temor quanto à solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado explica a ausência de sua previsão nos ACFIs. Todavia, não obstante os benefícios da proposta dos ACFIs em resolver amigavelmente os conflitos, tal proposta revela-se insuficiente. Afinal, em muitos desses casos, não é possível chegar a uma solução negociada do conflito – hipótese em que a única alternativa para o investidor será solicitar a intervenção de seu Estado de origem.

Portanto, a solução de controvérsias tal como estabelecida nesses acordos comporta as desvantagens da proteção diplomática. Uma vez que o Estado de origem do investidor opte por não exercê-la, o investidor estrangeiro permanecerá sem outro recurso, a não ser o acesso ao Poder Judiciário – e todas as dificuldades daí decorrentes.

Em conjunto, todas essas inovações, assim como a previsão de troca de informações entre as partes, o incentivo ao envolvimento do setor privado e os dispositivos referentes à transparência, providenciam um regime jurídico caracterizado, sobretudo, pelo diálogo entre as partes envolvidas e pela busca de solução amigável de conflitos, motivo pelo qual o ACFI pode ser compreendido como um “BIT light”²³².

A assinatura de acordos de cooperação e facilitação de investimentos pelo Brasil evidencia uma notável modificação na postura do país perante a regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros. Com efeito, a postura brasileira sempre foi considerada bastante peculiar, por ser um dos únicos países do mundo a não ratificar nenhum tratado bilateral de investimentos, tampouco assinar a Convenção de Washington de 1965, responsável por instituir um centro especializado em administrar arbitragem de investimentos.

²³¹ A lei 13.129/2015 alterou a lei 9.307/96 (Lei de arbitragem) para ampliar o seu âmbito de aplicação.

²³² RITTNER, Daniel. Com modelo „light“, Brasil conclui primeiro acordo de investimentos. **Valor Econômico**, São Paulo, 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3976244/com-modelo-light-brasil-conclui-primeiro-acordo-de-investimentos>>. Acesso em: 6 maio 2015.

Em resumo, a assinatura dos ACFIs pelo Brasil representa um avanço, por indicar uma mudança no comportamento do país. Contudo, o *modelo light* de acordo ainda não confere ampla segurança jurídica aos investidores, mormente no que se refere à ausência de recurso à arbitragem investidor-Estado.

3.4 A conciliação de interesses públicos e privados na arbitragem de investimentos: apontamentos para uma reavaliação da posição latino-americana

O direito internacional dos investimentos corresponde a um dos setores “mais dinâmicos e criativos”²³³ do direito internacional. Sua principal força reside na existência de uma ampla rede de acordos de investimento, os quais possibilitam a proteção dos investidores e estabelecem um mecanismo especializado de solução de controvérsias (a arbitragem direta entre investidor e Estado). Ao mesmo tempo, sua maior fraqueza reside no perigo de reduzir ou cercear os interesses regulatórios legítimos do Estado.

Desde 1959, ano de celebração do primeiro BIT (entre Alemanha e Paquistão), a prioridade absoluta do direito dos investimentos era a proteção e a promoção dos IEDs. A multiplicidade de acordos acabou por circunscrever a capacidade normativa dos Estados para adotar medidas de interesse público, o que desencadeou diversas críticas aos acordos de investimento e à arbitragem entre investidor e Estado.

Inicialmente, estas críticas restringiram-se aos países latino-americanos. Contudo, aos poucos, as preocupações com a proteção internacional do IED se espalharam, atingindo também Estados desenvolvidos e tradicionalmente exportadores de capital.

A fase atual do direito internacional dos investimentos preza por restabelecer o equilíbrio entre os interesses do investidor e dos Estados, com foco na manutenção do direito de regular do Estado. Almeja-se alcançar maior equilíbrio entre a proteção dos investidores estrangeiros e seus investimentos, assegurando-lhes estabilidade e previsibilidade, e outros valores de natureza não econômica e de interesse dos Estados.

As mudanças promovidas nos BITs de vários Estados; as discussões que circundam a negociação de mega-acordos regionais como o TPP, o TTIP e o CETA e as recentes críticas manifestadas por muitos países quanto à arbitragem de investimentos são fatores que demonstram uma grande preocupação dos Estados em proteger a sua capacidade

²³³ —*Qu* le droit international des investissements soit à l'heure actuelle un des secteurs les plus dynamiques et les plus inventifs de la discipline internationaliste est désormais une chose largement acquise.” NANTEUIL, Arnaud de. **L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement**. Paris: Éditions A. Pedone, 2014. p. 5.

regulatória. Esse tema passa a estar no foco das discussões, sem que se tenha alcançado uma resposta definitiva para o problema.²³⁴

Na última década, teve início a elaboração de uma nova geração de acordos de investimento, mais avançada que os primeiros BITs. A salvaguarda de um espaço de manobra em proveito dos Estados receptores de investimento é uma condição central dessa nova geração de acordos de investimento. Nota-se um crescente clamor para que a fase anterior, focada unicamente na proteção dos direitos do investidor, seja superada, cedendo espaço para a contemplação dos interesses do Estado receptor de investimentos, especialmente através da afirmação de sua capacidade regulatória.

Em síntese, o momento atual busca obter um balanceamento entre os interesses privados do investidor e os interesses públicos do Estado, como exigência para a própria manutenção do sistema.

Todos os tratados restringem a soberania do Estado.²³⁵ Essa restrição é ainda mais considerável nos BITs. Mas será que, ao assinar e ratificar um BIT, o Estado renuncia totalmente ao seu poder de controlar o IED em seu território? A resposta a essa questão dependerá da redação do BIT. É possível restringir o escopo destes tratados, de modo a preservar a flexibilidade normativa dos Estados.

O foco das críticas da América Latina com relação à arbitragem de investimentos do ICSID, e que hoje abrange também outros Estados, concentra-se na preocupação com o “direito de regular do Estado”.

Os antigos acordos eram desequilibrados, pois eram redigidos de modo a proteger unicamente os investidores. Ademais, a arbitragem de investimentos era percebida por muitos Estados como uma ameaça, isto é, um mecanismo parcial em favor dos investidores. Destarte, a afirmação do “direito de regular dos Estados” visa corrigir essa nítida assimetria no sistema. É interessante notar que, o desequilíbrio deve ser superado não apenas no interesse dos Estados, mas dos próprios investidores estrangeiros, os quais, de outro modo, veem-se diante do risco de abandono do sistema.

²³⁴ —*Substantive standards still are stated in a highly indeterminate manner in new-generation IIAs, while general exceptions clauses and new preambular language refer to a wide range of non-economic policy objectives in only the vaguest of terms. Thus, while they provide tribunals with more guidance than earlier IIAs, none of the innovations in new-generation IIAs actually resolve the tension that will continue to arise between competing policy objectives in investor-state cases.*” SPEARS, Suzanne A. The quest for policy space in a new generation of international investment agreements. **Journal of International Economic Law**, Oxford, v. 13, n. 4, p. 1071, 2010. (grifo nosso).

²³⁵ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 231.

A antiga geração de BITs era composta por acordos assimétricos, desequilibrados. A percepção dessa assimetria conduziu a um processo de revisão destes acordos, resguardando o devido espaço público do Estado, com finalidade de preservar o próprio sistema.

Há também a construção de uma teoria segundo a qual, mesmo na ausência desses acordos, seria possível se valer dos princípios gerais e direito internacional consuetudinário para assegurar o direito de regular do Estado.

Em uma situação em que o Estado adota determinadas medidas (como a promulgação de legislação ambiental ou trabalhista mais rigorosa) e é questionado na via arbitral por um investidor estrangeiro, o Estado poderia valer-se dos princípios gerais e direito internacional consuetudinário para eximir-se de responsabilidade em indenizar o investidor. Uma vez comprovado que a medida foi tomada com base na regulação do interesse público, ou na proteção dos interesses nacionais ou da ordem pública, o Estado não seria condenado a pagar indenização ao investidor.

Na medida em que se entende que as normas de direito costumeiro são suficientes para fundamentar a existência do “direito de regular do Estado”, o Estado poderia usar essa defesa para justificar eventuais violações aos acordos de investimento, mesmo em caso de ausência de uma expressa previsão nesse sentido no texto do acordo.

Em outros termos, a grande questão que se coloca consiste em saber se, mesmo na ausência de uma disposição específica nos APPRIs, os principais *standards* de proteção do investimento podem ser violados pelo Estado receptor de investimentos, com vistas a garantir o seu espaço de regulação em prol do interesse público.

Alguns autores admitem essa hipótese, amparando-se na existência de um direito de regular *implícito*.²³⁶ Contudo, uma vez que essa teoria ainda não é pacífica, é mais prudente prever expressamente o direito de regular nos acordos de investimento.

Além das mudanças promovidas nos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos, merecem menção as mudanças promovidas na arbitragem de investimentos. Ainda que de modo incipiente, é possível verificar uma tendência crescente no sentido de os árbitros levarem em consideração algumas preocupações de interesse público, ao analisarem uma disputa entre investidor estrangeiro e Estado receptor de investimentos. Alguns casos arbitrais relativos à proteção ambiental ilustram essa tendência.

²³⁶ Cf. KULICK, Andreas. **Global public interest in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Uma das primeiras e mais famosas disputas entre investidor e Estado relativas à matéria de proteção ambiental foi o caso *Metalclad v. Mexico*. Naquele caso, já analisado neste trabalho ²³⁷, o investidor estrangeiro iniciou um procedimento arbitral contra o México por ter sido impedido de operar um aterro sanitário de resíduos perigosos.

Embora o México tenha argumentado, em sua defesa, que impediu a operação do aterro por razões de interesse público, ou seja, a proteção do meio-ambiente e da saúde, os árbitros não aceitaram este argumento. Segundo o laudo arbitral, as medidas adotadas pelo México, independente de sua finalidade, caracterizavam expropriação. Neste sentido, o laudo arbitral dispôs expressamente: “*The Tribunal need not decide or consider the motivation or intente of the adoption of the Ecological Decree. [...] The Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation.*” ²³⁸

Em vista destas circunstâncias, o Estado mexicano foi condenado ao pagamento de 16,7 milhões de dólares para o investidor estrangeiro.

Em um caso bastante similar, o caso *Tecmed v. Mexico*, um investidor espanhol operava um aterro sanitário no México. Contudo, depois de uma forte pressão política e social por parte da opinião pública, o governo mexicano decidiu denegar a renovação de autorização para a operação do aterro. Em seguida, o governo iniciou um programa para o encerramento do aterro sanitário.

Nesta situação, o investidor estrangeiro argumentou que a recusa em renovar a autorização de operação do aterro configurava um ato equivalente à expropriação, o que correspondia à violação do tratado bilateral de investimentos que regulava a relação das partes. Por tais razões, o investidor iniciou um procedimento arbitral no ICSID solicitando o pagamento de indenização.

Neste caso, assim como no anterior, o tribunal arbitral condenou o México a pagar indenização ao investidor estrangeiro. Contudo, ao fundamentar sua decisão, os árbitros fizeram referência ao princípio da proporcionalidade, admitindo a necessidade de realizar um teste de proporcionalidade entre o prejuízo sofrido pelo investidor estrangeiro e o objetivo visado pela medida adotada pelo Estado receptor de investimentos.

²³⁷ Cf. seção 1.2.2 deste trabalho.

²³⁸ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB/(AF)/97/1), Award August 30, 2000.

Segundo estabeleceu o laudo arbitral: “*There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure.*”²³⁹

Portanto, embora neste caso o Estado também tenha sido condenado ao pagamento de indenização, os fundamentos do laudo arbitral representaram um considerável avanço, pois reconheceram a importância de analisar a motivação do Estado receptor de investimentos ao adotar uma determinada medida de interesse público.

Na sequência, é possível citar outros casos arbitrais similares levados ao ICSID. No caso *Waste Management v. Mexico*, também relativo à operação de um aterro sanitário, uma empresa norte-americana iniciou um procedimento arbitral contra o México alegando que o estado de Guerrero e o município de Acapulco concederam uma concessão para a operação do aterro, mas falharam no cumprimento de suas obrigações.

O primeiro laudo arbitral foi proferido em 2000 e não adentrou na análise do mérito. O caso foi novamente submetido pelo investidor e, em 2004, o tribunal arbitral proferiu nova decisão, analisando o mérito e rejeitando os argumentos do investidor.

Neste caso, é particularmente interessante notar as razões do tribunal arbitral. O tribunal fez referência à crise financeira que o México atravessou:

*In the Tribunal's view the evidence before it does not support the conclusion that the City acted in a wholly arbitrary way or in a way that was grossly unfair. It performed part of its contractual obligations, but it was in a situation of genuine difficulty, for the reasons explained above. It sought alternative solutions to the problems both parties faced, without finding them. [...] In the present case the failure to pay can be explained, albeit not excused, by the financial crisis which meant that at key points the City could hardly pay its own payroll.*²⁴⁰

Portanto, diferentemente dos casos anteriores, no caso *Waste Management v. Mexico*, os árbitros levaram em consideração os motivos de interesse público (consubstanciados na crise financeira que assolou o país) que impeliram à adoção de determinadas medidas, as quais impactaram negativamente nos compromissos assumidos com o investidor estrangeiro.

Uma decisão arbitral mais recente, também relativa à matéria de proteção ambiental, foi o caso *Biwater v. Tanzania*. Neste caso, um consórcio anglo-germânico iniciou um procedimento arbitral contra a Tanzânia, argumentando que recebera autorização para

²³⁹ *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2).

²⁴⁰ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3). Award, April 30, 2004.

operar os serviços de água e esgotos da capital do país, mas a Tanzânia cancelou o contrato e expropriou os bens da empresa.

Neste caso, ocorreu uma situação bastante peculiar. Os árbitros entenderam que as atitudes da Tanzânia configuravam violação do BIT que regia a relação das partes. Não obstante essa conclusão, os árbitros não condenaram o Estado a pagar indenização ao investidor, pois o Estado não poderia se responsabilizado pela má administração por parte do investidor.

O laudo arbitral dispôs que as ações da Tanzânia, embora em violação às obrigações previstas no BIT, não foram exclusivamente responsáveis pelos prejuízos do investidor, mas o próprio investidor teve responsabilidade em seus prejuízos.²⁴¹

Essa breve visualização de algumas decisões arbitrais recentes proferidas em procedimentos realizados perante o ICSID permite ilustrar a tendência crescente, ainda que em formação, no sentido de contemplar considerações de interesse público na arbitragem de investimentos.

Enquanto os primeiros casos arbitrais ignoravam completamente quaisquer considerações de interesse público, os casos mais recentes começam a incorporar essas preocupações, ainda que de maneira implícita.

O impacto dessas mudanças é especialmente considerável para os Estados latino-americanos. Com efeito, a principal preocupação destes Estados com relação à arbitragem de investimentos promovida no ICSID dizia respeito à redução de sua soberania, ou seja, a perda de sua capacidade de regular matérias de interesse público.

Na medida em que o direito internacional dos investimentos atravessa um processo de transformações, e os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos, bem como a arbitragem de investimentos, cedem espaço a considerações de interesse público (proteção do meio-ambiente, da saúde, dos direitos trabalhistas), é importante que os Estados latino-americanos reavaliem sua posição, por meio da adoção de estratégias para a redação de acordos de investimento mais equilibrados, aptos a nortear futuras decisões arbitrais e capazes de proporcionar benefícios para todos os envolvidos.

²⁴¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22). Award, July 24, 2008.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito que norteou a realização deste trabalho consistiu em identificar o comportamento manifestado por parte dos Estados latino-americanos face à regulamentação internacional do investimento estrangeiro direto, aqui compreendida em seus dois alicerces: os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos, responsáveis por assegurar uma série de direitos aos investidores estrangeiros, e os mecanismos de solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado, destinados a garantir o cumprimento daqueles direitos.

A pesquisa originou-se a partir da constatação de que muitos Estados da América Latina demonstravam uma postura aparentemente *hostil* com relação à arbitragem de investimentos, mormente no que tange aos procedimentos arbitrais iniciados perante o ICSID.

Com efeito, na fase inicial de elaboração da Convenção de Washington de 1965, responsável por instituir um centro especializado em administrar procedimentos de arbitragem direta entre investidor e Estado, ou seja, o ICSID, os Estados latino-americanos assentaram sua posição contrária à assinatura desta Convenção.

Naquele momento histórico, predominava na região a teoria que se tornou conhecida como Doutrina Calvo, segundo a qual os indivíduos estrangeiros poderiam receber o mesmo tratamento assegurado aos nacionais, mas não poderiam gozar de privilégios, como o recurso a foros internacionais de solução de disputas. Destarte, os investidores estrangeiros deveriam submeter-se à legislação local e aos mecanismos de solução de controvérsias locais, como os tribunais locais do Estado receptor de investimentos.

A razão pela qual a Doutrina Calvo floresceu e solidificou-se nessa região do globo pode ser compreendida na medida em que se constatam os diversos abusos cometidos por parte de países desenvolvidos, os quais, em nome de exercerem a proteção diplomática de seus nacionais, praticavam atos de intervenção militar na região.

Os diversos episódios de intervenção militar, conhecidos como *“gunboat diplomacy”*, desencadearam a forte oposição dos países latino-americanos, os quais encontraram na Doutrina Calvo uma defesa jurídica capaz de protegê-los dos abusos da proteção diplomática.

Com base na concepção de Carlos Calvo, no caso de eventuais controvérsias entre os Estados receptores de investimentos e os investidores estrangeiros, a única alternativa destes seria o recurso às cortes locais, não sendo possível recorrer a meios internacionais de

solução de disputas. Em outros termos, exigia-se a exclusividade da jurisdição nacional, bem como a aplicação do direito local.

Durante o século XIX, essas ideias difundiram-se entusiasticamente pelos países latino-americanos. Naquele período, muitos contratos de investimento continham a chamada “cláusula Calvo”, que implicava na renúncia ao exercício da proteção diplomática.

A ampla difusão da Doutrina Calvo entre os Estados latino-americanos explica a relutância inicial destes Estados em assinar a Convenção de Washington de 1965, cujo objetivo consistia em criar um órgão perante o qual um investidor poderia iniciar um procedimento arbitral diretamente contra um Estado – naquilo que se tornaria conhecido como “arbitragem híbrida”, uma vez que envolve um particular e um Estado.

Naquele momento histórico, embora a arbitragem comercial internacional fosse prevista na legislação de diversos países, a arbitragem híbrida era vista com muita relutância, percebida como uma tentativa de interesses estrangeiros pressionarem os Estados em desenvolvimento, afrontando diretamente a sua soberania.

Em 1964, na reunião anual da Junta de Governadores do Banco Mundial, ocorrida em Tóquio, o posicionamento da América Latina tornou-se claro: todos os países latino-americanos votaram contra a proposta de criação da Convenção de Washington de 1965 e o consequente estabelecimento do Centro Internacional de Solução de Disputas relativas a Investimentos Estrangeiros (ICSID).

Não obstante o receio geral que predominava entre os países latino-americanos durante os anos 60, as décadas seguintes atenuaram a *hostilidade* destes países com relação à arbitragem de investimentos e ao ICSID.

Com efeito, o novo cenário econômico que se apresentaria a partir dos anos 80 e, sobretudo, no decorrer dos anos 90, ensejou o desenvolvimento de uma política caracterizada pela progressiva liberalização e promoção dos investimentos estrangeiros diretos.

Movidos pelo desejo de atrair IED em seus territórios, os países latino-americanos começaram a assinar a Convenção de Washington de 1965 e a negociar tratados bilaterais de investimento com outros países, principalmente os EUA e países europeus.

Na medida em que a Doutrina Calvo e a Cláusula Calvo caíram em desuso, muitos países latino-americanos começaram a promover reformas em sua legislação e princípios internos, de modo a fornecer aos investidores estrangeiros a infraestrutura jurídica apta a assegurar segurança e previsibilidade, necessárias para a proteção dos seus investimentos.

Ao assinar e ratificar os tratados bilaterais de investimento, os países latino-americanos renunciaram a uma parcela de sua soberania, em prol da credibilidade que estimularia a atração de IED em seu território. Acreditava-se, outrossim, que a atração de IED proporcionaria o desenvolvimento econômico dos países da região.

Ao mesmo tempo, desvaneceu a resistência à assinatura da Convenção de Washington de 1965. Ao longo dos anos 80 e 90, a maior parte dos países latino-americanos assinaram e ratificaram a Convenção, de modo a possibilitar o acesso dos investidores estrangeiros ao ICSID. Entre os poucos países que não assinaram o referido instrumento, podem ser citados o Brasil, México e Cuba.

A intensidade com a qual os países latino-americanos celebraram tratados bilaterais de investimento, ao mesmo tempo em que permitiram o acesso ao ICSID, resultou em um efeito de grandes proporções, que possivelmente não fora previsto por estes países no momento de assinatura daqueles tratados. Ao longo dos anos 90 e no início da década seguinte, assistiu-se a um verdadeiro *boom* no número de procedimentos arbitrais iniciados por investidores estrangeiros contra os países da região.

Nos primeiros anos de funcionamento do ICSID, pouquíssimos casos eram submetidos ao órgão. Entretanto, a partir de meados dos anos 90, o número de reclamações iniciadas perante o Centro multiplicou-se, com sucessivos pedidos de constituição de tribunal arbitral.

O *boom* da arbitragem de investimentos pode ser compreendido diante de uma mudança de interpretação dos árbitros. Antes, era comum que o consentimento do Estado em participar da arbitragem fosse expresso no contrato de investimentos celebrado diretamente com o investidor estrangeiro. No entanto, uma mudança interpretativa alterou este cenário. Após alguns casos que se tornaram famosos (caso *Pirâmides* e caso *APPL v. Sri Lanka*), os árbitros passaram a admitir a possibilidade de que o consentimento do Estado em participar da arbitragem fosse auferido a partir da legislação nacional daquele Estado ou, principalmente, a partir de um tratado bilateral de investimentos.

A admissão destas diversas possibilidades (o Estado pode expressar seu consentimento não somente no contrato de investimentos, mas também em sua legislação ou em um BIT) ampliou de modo gigantesco o número de procedimentos arbitrais iniciados contra os Estados.

É possível argumentar que, na época em que os BITs foram assinados, os Estados não atentaram suficientemente para as consequências políticas e legais que poderiam resultar de determinadas cláusulas. Contudo, atualmente, reconhece-se que o principal meio pelo qual

o Estado expressa seu consentimento em realizar uma arbitragem no ICSID se dá através da assinatura de BITs.

O aumento excepcional no número de procedimentos arbitrais iniciados no ICSID alarmou os países latino-americanos. Após a crise vivenciada pela Argentina em 2001, bem como as políticas de nacionalização promovidas por alguns Estados da região, teve início no ICSID um grande número de reclamações por parte de investidores estrangeiros, principalmente norte-americanos e europeus, contra os Estados latino-americanos. Essas reclamações, na maior parte das vezes, resultavam em condenações do Estado ao pagamento de indenizações milionárias ao investidor estrangeiro.

Dentre os Estados mais demandados perante o ICSID, os Estados latino-americanos figuram ainda no topo da lista. Este cenário marcado por sucessivas condenações ao pagamento de volumosas indenizações para os investidores estrangeiros explica o *ressurgimento* da relutância por parte dos Estados latino-americanos com relação ao ICSID.

Com efeito, a relutância destes países pode ser constatada a partir de diferentes situações. Por um lado, três países latino-americanos foram os únicos países do mundo a denunciarem a Convenção de Washington de 1965. A Bolívia denunciou a Convenção em 2007; o Equador denunciou a Convenção em 2009 e a Venezuela denunciou a Convenção em 2012.

A simples denúncia da Convenção de Washington de 1965 não obsta o estabelecimento de procedimentos em outras instituições arbitrais, mas o significado do afastamento destes países do ICSID não pode ser menosprezado, na medida em que se trata da principal instituição arbitral, reconhecida internacionalmente e aceita por mais de 150 Estados.

Concomitantemente às denúncias da Convenção do ICSID, estes países começaram a denunciar seus tratados bilaterais de investimento, além de adotar legislação doméstica hostil à solução de controvérsias entre investidor e Estado.

Além destas medidas individuais adotadas por alguns Estados da América Latina, é particularmente notável a elaboração de um grupo de trabalhos no âmbito da UNASUL, responsável por estabelecer um tribunal de arbitragem nos moldes do ICSID, para substituir o acesso àquele centro de solução de controvérsias.

Ao mesmo tempo, não se pode ignorar o fato de que as principais economias da região não fazem parte do ICSID. Com efeito, Brasil e México, responsáveis por receber o maior volume de investimentos estrangeiros diretos direcionados à América Latina, não são signatários da Convenção de Washington de 1965.

Considerados em conjunto, todos esses fatores são representativos de uma crescente preocupação dos Estados latino-americanos com relação às consequências negativas que podem advir da assinatura dos tratados bilaterais de investimento e do consentimento para a realização de arbitragens de investimento.

Neste determinado ponto, a pesquisa desenvolvida tratou de identificar as principais críticas emanadas dos Estados latino-americanos e dirigidas ao ICSID.

A esse respeito, um dos primeiros aspectos a ser considerado corresponde ao enfraquecimento das antigas crenças que haviam estimulado a celebração dos BITs e a adoção da Convenção de Washington de 1965. Houve um arrefecimento na crença de que a entrada de IED no território seria sempre benéfica, capaz de gerar crescimento econômico para o Estado receptor de investimentos.

Ao mesmo tempo, a crença de que os BITs são instrumentos eficazes para aumentar o fluxo de IED começou a ser questionada. Inclusive, o Brasil é o principal exemplo de país que não ratificou nenhum BIT e, apesar disso, é o maior receptor de IED da região latino-americana.

A incerteza quanto aos méritos dos BITs em atrair IED e gerar crescimento econômico levou os países a questionarem a viabilidade de assinar estes acordos, restringindo sua capacidade regulatória e fornecendo amplas garantias ao investidor estrangeiro, sem garantia de auferir os benefícios deste processo.

Dentre as diversas críticas ao ICSID que começaram a despontar, é possível mencionar o elevado custo dos procedimentos, bem como a alegação de falta de transparência, ausência de uniformidade entre as decisões dos árbitros e falta de um mecanismo de apelação.

Não obstante a importância destas críticas, relativas à estrutura dos procedimentos estabelecidos perante o ICSID, este trabalho constatou que a principal preocupação dos países diz respeito à incapacidade dos tribunais arbitrais em contemplar matérias de interesse público.

Com efeito, a principal preocupação demonstrada por parte dos Estados latino-americanos diz respeito ao fato de que os árbitros, ao proferirem sua decisão, não contemplam as matérias de interesse público, o que, em última análise, compromete a capacidade regulatória dos Estados, além de atentar contra a sua soberania.

Neste sentido, o exemplo mais marcante corresponde à Argentina, que se tornou o Estado mais demandado perante o ICSID, em razão de medidas adotadas pelo governo para combater a crise financeira que assolou o país em 2001.

No início da década de 2000, a Argentina enfrentou uma das piores crises de sua história, a qual atingiu o campo econômico e refletiu no âmbito político e social. Com vistas a estabilizar sua economia, o governo argentino adotou uma série de medidas emergenciais, que afetaram os compromissos previamente assumidos com investidores estrangeiros em contratos de investimento e tratados bilaterais de investimento. Ao se verem prejudicados diante das medidas governamentais adotadas, os investidores estrangeiros recorreram à arbitragem internacional, iniciando diversos procedimentos arbitrais perante o ICSID.

Naqueles procedimentos, os investidores estrangeiros (dos quais a maioria atuava no setor de serviços públicos) alegavam que a Argentina violara várias obrigações constantes nos BITs, razão pela qual exigiam o pagamento de indenização pelos prejuízos sofridos. Por sua vez, o Estado amparou sua defesa com base na alegação do “estado de necessidade” que o país atravessava, o qual é reconhecido como causa de exclusão de ilicitude segundo as regras do direito internacional consuetudinário. Portanto, uma vez que as medidas adotadas eram essenciais para manter a ordem pública e os interesses de segurança nacional, o Estado não poderia ser condenado a pagar indenização aos investidores.

Em suma, os tribunais arbitrais responsáveis por decidir os casos argentinos deveriam analisar se o país agiu acobertado por uma hipótese que permitia o descumprimento das obrigações assumidas com os investidores ou se poderia ter superado a crise econômica, política e social sem adotar medidas prejudiciais aos investidores estrangeiros.

Nos casos que chegaram à análise do mérito, foram proferidas decisões em diferentes sentidos. Em diversos casos, os árbitros condenaram a Argentina a pagar indenizações milionárias aos investidores estrangeiros, afastando o argumento do Estado quanto ao “estado de necessidade” caracterizado pela ocorrência da crise financeira.

Os casos argentinos demonstram a dificuldade de sopesar os distintos interesses em jogo: de um lado, estão o interesse dos investidores estrangeiros de receber indenização pelo descumprimento das obrigações anteriormente assumidas pelo Estado; e, de outro lado, está o interesse do Estado em adotar medidas de interesse público para combater a grave crise que assolou o país.

O grande número de condenações da Argentina ao pagamento de indenizações, fixadas por tribunais que, na maioria dos casos, rejeitaram a tese de excludente de ilicitude amparada no estado de necessidade, serviu como alerta para os demais Estados, os quais começaram a questionar se o regime estabelecido pelo ICSID e pelos acordos de investimento seria suficientemente equilibrado para contemplar não apenas os interesses privados dos

investidores, mas também a capacidade regulatória dos Estados em adotar medidas de interesse público.

Interessa notar que a preocupação quanto à preservação de sua *capacidade regulatória* não mais se restringe aos Estados latino-americanos.

Com efeito, uma das principais constatações deste trabalho consistiu exatamente na verificação de que as preocupações dos Estados latino-americanos com relação aos acordos de investimento e à arbitragem de investimentos atingiram também os Estados desenvolvidos e tradicionalmente exportadores de capital.

Na medida em que os fluxos de IED sofreram alterações, ocorreu o desvanecimento dos limites que outrora demarcavam uma divisão nítida entre *Estados importadores de capital* e *Estados exportadores de capital*. Os Estados tradicionalmente exportadores de capital, como os EUA, passaram a receber investimentos originários de países em desenvolvimento. Hoje, grande parcela dos investimentos estrangeiros diretos provém de empresas transnacionais originárias de economias emergentes, como os BRICS.

Portanto, uma vez que aumentaram os investimentos estrangeiros diretos realizados no território dos países desenvolvidos, estes países começaram a ser questionados em procedimentos arbitrais. Consequentemente, abriu-se para eles uma verdadeira “Caixa de Pandora”, o que desencadeou a preocupação com as regras que eles mesmos haviam formulado para a proteção dos seus investidores.

Ao serem questionados em arbitragens de investimentos, os países desenvolvidos começaram a manifestar um claro interesse em adotar regras que não apenas protegessem o investidor, mas também fossem capazes de contemplar o interesse dos Estados. Esse quadro de mudanças conduziu à reformulação de modelos tradicionais de tratados bilaterais de investimento.

A partir de então, diversos países desenvolvidos procederam à reformulação de seus BITs, como foi o caso dos EUA e Canadá, bem como a tentativa da Noruega de criar um modelo de BIT mais equilibrado. Além disso, muitos países desenvolvidos começaram a manifestar-se contrariamente à arbitragem direta entre investidor e Estado, como foi o caso da Austrália, após ser questionada em procedimentos arbitrais pela companhia *Philipp Morris*, ou da Alemanha, questionada na via arbitral pela companhia *Vattenfall*.

Atualmente, as preocupações com os mecanismos de solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado, outrora limitadas aos países latino-americanos, atingiram proporções muito mais amplas: trata-se de um *processo global*.

Ao mesmo tempo, encontram-se em negociação os mega-acordos regionais de comércio e investimentos: o Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (o TTIP, negociado entre a União Europeia e os EUA) e o Acordo Econômico e Comercial Global (o CETA, negociado entre a União Europeia e o Canadá). Em ambos os acordos, assiste-se a uma forte e polêmica discussão acerca da inserção da cláusula de arbitragem de investimentos. Os opositores destes acordos argumentam que a inserção desta cláusula representa uma ameaça ao poder dos Estados de regular em prol do interesse público. Nesta linha de raciocínio, a arbitragem de investimentos põe em xeque o desenvolvimento das políticas essenciais do Estado (proteção ao meio-ambiente, saúde, direitos trabalhistas etc).

Todos os fatores acima mencionados tornam perceptível o intenso processo de transformações do direito internacional dos investimentos. Há uma crescente discussão, na literatura especializada, sobre a importância do retorno e do fortalecimento do papel do Estado neste ramo do direito internacional.

Nesse contexto de intensas transformações, o Brasil adotou recentemente uma modalidade inédita de acordos de investimento: os acordos de cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). Estes acordos, muito diferentes dos tradicionais BITs, apresentam uma proposta inovadora, focada na ideia de cooperação entre Estados para facilitar e fomentar investimentos recíprocos, com ênfase na mitigação de riscos e na prevenção de controvérsias. Contudo, os ACFIs são insuficientes para proteger o investidor estrangeiro, na medida em que não permitem seu acesso direto à arbitragem internacional.

As novas propostas que se apresentam, aqui incluídos os BITs de nova geração, bem como os mega-acordos regionais de comércio e investimentos, ou ainda a nova modalidade de acordos elaborados pelo Brasil, fornecem um conjunto de possibilidades que podem ser aproveitadas pelos Estados latino-americanos, como alternativas mais apropriadas que a mera recusa em participar do regime internacional de proteção do IED. Ademais, a redação de acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos mais equilibrados pode nortear e vincular a decisão dos árbitros, contribuindo para diminuir as críticas à arbitragem de investimentos.

Acredita-se que as atuais transformações do direito internacional dos investimentos, com foco no direito de regular do Estado, podem e devem nortear a adoção de estratégias por parte dos Estados latino-americanos para a redação de acordos de investimento mais equilibrados, capazes de possibilitar que sejam auferidos todos os potenciais benefícios resultantes da atração dos investimentos estrangeiros diretos, para os investidores, para os Estados e para a sociedade, em geral.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Alden F. Latin America and International Arbitration Conventions: the Quandary of Non-Ratification. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, MA, v. 17, n. 1, p. 131-140, 1976.
- ACCONCI, Pia. **Tutela della salute e diritto internazionale**. Padova: CEDAM, 2011.
- AGUIRRE, Fernando. Bolivia. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- ALVAREZ, José Enrique. **The public international law regime governing international investment**. Leiden: Brill Nijhoff, 2011.
- ANDERSON, Sarah. **The New U.S. Model Bilateral Investment Treaty: a public interest critique**. Washington, D.C., May 9, 2012. Disponível em: <http://www.ipsdc.org/the_new_us_model_bilateral_investment_treaty_a_public_interest_critique/>. Acesso em: 16 out. 2015.
- ANTONY, Jude. Umbrella Clauses Since SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines - A Developing Consensus. **Arbitration International**, Oxford, UK, v. 29, n. 4, p. 607-639, 2013.
- AUSTRALIAN GOVERNMENT. Department of Foreign Affairs and Trade. **Gillard government trade policy statement: trading our way to more jobs and prosperity**. Canberra, abr. 2011.
- AZEVEDO, Débora Bithiah. **Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001.
- BERGSTEIN, Jonas; GAMETTA, Alicia. Uruguay. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- BHAGWATI, Jagdish. U.S. Trade Policy: The Infatuation with Free Trade Areas. In: BHAGWATI, Jagdish; KRUEGER, Anne O (Ed.). **The dangerous drift to preferential trade agreements**. Washington, DC: The AEI Press, 1995.
- BIGGS, Gonzalo. Chile. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- BISHOP, Raymond Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, William Michael. **Foreign investment disputes: cases, materials and commentary**. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
- BOONE, Joshua. How developing countries can adapt current bilateral investment treaties to provide benefits to their domestic economies. **The Global Business Law Review**, Cleveland, v. 1, n. 2, p. 187-202, 2011.

BRASIL. Decreto n. 7667, de 11 de janeiro de 2012. Promulga o Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas, firmado em Brasília, em 23 de maio de 2008. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7667.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____; ANGOLA. **Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República Federativa do Brasil e o governo da República de Angola**. Luanda, 1 abr. 2015.

_____; MOÇAMBIQUE. **Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República Federativa do Brasil e o governo da República de Angola**. Maputo, 30 mar. 2015.

BULLARD, Alfredo. Peru. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

CALVO, Carlos. **Le droit international théorique et pratique: précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens**. 5. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1896. t. 3.

CANADA. **Agreement between Canada and _____ for the promotion and protection of investments (Canada Model BIT)**. Ottawa, 2004.

_____; CAMEROON. **Agreement between Canada and the Republic of Cameroon for the promotion and protection of investments**. [s.l.], 2014

CARDONA, Diego. El ABC de UNASUR: Doce Preguntas y Respuestas. **Revista de la Integración - la Construcción de la Integración Suramericana**, Lima, n. 2, p. 19-30, jul. 2008.

CELLI JUNIOR, Umberto. Princípios e Regras do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços e do Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio da OMC. In: AYERBE, Luis Fernando; BOJIKIAN, Neusa Maria Pereira (Org.). **Negociações econômicas internacionais: abordagens, atores e perspectivas desde o Brasil**. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

CHENG, Tai-Heng; BENTO, Lucas. **ICSID's largest award in history: An Overview of Occidental Petroleum Corporation v. the Republic of Ecuador**. 19 dez. 2012. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CHRISTIE, George C. What constitutes a taking of property under international law? **British Yearbook of International Law**, Oxford, UK, v. 38, n. 1, p. 307-338, 1962.

COLOMBIA. **Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of investments between the Republic of Colombia and _____ (Colombian Model BIT)**. Bogotá, ago. 2007.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. **La inversión extranjera directa em América Latina y el Caribe**. Santiago, 2015. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/la-inversion-extranjera-directa-en-america-latina-y-el-caribe-2015-documento>>. Acesso em: 1 set. 2015.

CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES, Washington D.C, 1965.

COOP, Graham. Energy Charter Treaty 20 year anniversary - 20 years of the Energy Charter Treaty. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 29, n. 3, p. 515-524, 2014.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. Os ACFIs e (a falta de) proteção dos investidores. **Valor Econômico**, São Paulo, 30 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniao/4155438/os-acfis-e-falta-de-protecao-dos-investidores>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

DE LUCA, Anna. Indirect Expropriations and Regulatory Takings: what role for the legitimate expectations of foreign investors? In: SACERDOTI, Giorgio et al. (Ed.). **General interests of host States in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

DEPALMA, Anthony. Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say. **The New York Times**, New York, March 11, 2001. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html>>. Acesso em: 30 maio 2015.

DI ROSA, Paolo. The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina Under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues. **Inter-American Law Review**, Miami, v. 36, n. 1, p. 41-74, 2004.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2010.

DOLZER, Rudolf. Indirect Expropriation of Alien Property. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 1, n.1, p. 41-65, 1986.

_____. Case comment: ConocoPhillips v. Venezuela and Gold Reserve v. Venezuela - Expropriation: a new focus on old issues. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 20, n. 2, p. 378-383, 2015.

_____; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____; STEVENS, Margrete. **Bilateral investment treaties**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

DORNELLES, Bárbara. **Resolução de litígios em matéria de investimentos estrangeiros: impactos na América Latina do laudo Pirâmides e AAPL v. Sri Lanka - a questão do consentimento do Estado na arbitragem do ICSID**. 2009. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

DOUGLAS, Zachary. The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretations Off the Rails. **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford, v. 2, n. 1, p. 97-113, 2011.

DUMBERRY, Patrick; AUBIN, Gabrielle Dumas. How to incorporate human rights obligations in bilateral investment treaties? **Investment Treaty News**, Genève, v. 3, n. 3, p. 9-10, mar. 2013.

EL-KADY, Hamed. An International Investment Policy Landscape in Transition: Challenges and Opportunities. **Transnational Dispute Management Journal**, Voorburg, v. 10, n. 4, p. 1-23, set. 2013. Disponível em: <<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1978>>. Acesso em: 15 set. 2015.

ELKINS, Zachary; GUZMAN, Andrew T; SIMMONS, Beth. Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties 1960–2000. **International Organization**, Madison, v. 60, n. 4, p. 811-846, 2006.

ENERGY CHARTER SECRETARIAT. **The Energy Charter Treaty and Related Documents: a legal framework for international energy cooperation**. Brussels, 2004. Disponível em: <<http://www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

EQUADOR. Constituição (2008). **Constitucion de la Republica del Ecuador**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf> Acesso em: 17 set. 2015.

EUROPEAN COMMISSION. **Investment protection and investor-to-state dispute settlement in EU agreements**. [s.l.], Nov. 2013. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>>. Acesso em: 5 out. 2015.

FEIT, Michael. Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity. **Berkeley Journal of International Law**, Berkeley, v. 28, n. 1, p. 142-177, 2010.

FERNANDES, Érika Capella. New concerns in international investment law: balancing investor's rights and host State's interests in investment arbitration. **Young Arbitration Review**, Lisboa, ano 4, n. 17, p. 36-42, abr. 2015.

FIIL, Maj. **Firmas de apoyo al retiro de Bolivia del CIADI**. [s.l.], 2007. Disponível em <http://www.waterjustice.org/?mi=1&res_id=192>. Acesso em: 24 set. 2015.

FINLAND. **Agreement between the government of the Republic of Finland and the government of _____ on the promotion and protection of investments**. Helsinki, 2001.

FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial**. Franca: Ed. UNESP-FHDSS, 2006.

FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008.

FORTIER, L. Yves; DRYMER, Stephen L. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or *Caveat Investor*. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 19, n. 2, p. 293-327, 2004.

FRANCE. **Accord entre le gouvernement de la République Française et le gouvernement de _____ sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements. (France Model BIT)**. Paris, 1999.

_____; HONG KONG. **Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de Hong Kong sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements**. Paris, 1995.

FRANCK, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. **Fordham Law Review**, New York, v. 73, n. 4, p. 1521-1625, 2005.

GAILLARD, Emmanuel. Anti-Arbitration Trends in Latin America. **New York Law Journal**, New York, v. 239, n. 108, 5 jun. 2008.

_____. The Denunciation of the ICSID Convention. **New York Law Journal**, New York, v. 237, n. 122, 26 jun. 2007.

_____; BANIFATEMI, Yas. The Meaning of “and” in article 42 (1), second sentence, of the Washington Convention: the role of international law in the ICSID choice of law process. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v.18, n. 2, p. 375-411, 2003.

GARCIA, Carlos. All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration. **Florida Journal of International Law**, Gainesville, v. 16, n. 1, p. 301-369, 2004.

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; PORCARELLI, Eduardo. Venezuela. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

GARIBALDI, Oscar M. On the denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction and the limits of the contract analogy. In: BINDER, Christina et al. (Org.). **International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

GASS, Jonathan Jacob. **Fair and equitable treatment: lawyers’ dream-clauses?** In: SCHEFER, Krista Nadakavukaren. **International investment law: text, cases and materials**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.

GERMANY. **Treaty between the Federal Republic of Germany and _____ concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (German Model Treaty - 2008)**. Berlin, 2008.

GERMANY; PAKISTAN. **Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments of 25 November 1959**. Bonn, 1959.

GIARDINA, Andrea. Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 29, n. 3, p. 701-716, 2014.

GONZÁLEZ GARCÍA, Luis. The role of human rights in international investment law. In: CALAMITA, N. Jansen; EARNEST, David; BURGSTALLER, Markus (Ed.). **The future of ICSID and the place of investment treaties in international law**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2013.

GUZMAN, Andrew. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 28, n. 1, p. 639-688, 1998.

HAMILTON, Jonathan C.; GRANDO, Michelle. **Brazil and the future of investment protections**. [s.l.], 2015. Disponível em: <<http://latinarbitrationlaw.com/brazil-and-the-future-of-investment-protections/>>. Acesso em: 5 maio 2015.

HAVANA CHARTER FOR AN INTERNATIONAL TRADE ORGANIZATION. Havana, 1948. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

HÓBER, Kaj. Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty. **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford, v. 1, n. 1, p. 153-190, 2010.

HOFFMEISTER, Frank; ALEXANDRU, Gabriela. A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT. **The Journal of World Investment and Trade**, Genève, v. 15, n. 3, p. 379-401, 2014.

HUNER, Jan. Lessons from the MAI: A View from the Negotiating Table". In: WARD, Halina; BRACK, Duncan. (Ed.), **Trade, investment and the environment**. London: The Royal Institute of International Affairs, 2001.

INDIA. **Bilateral investment treaty between the government of the Republic of India and _____ (Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty)**. Nova Deli, 2015.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. **Resolution on legal aspects of recourse to arbitration by an investor against the authorities of the host state under inter-state treaties**. Tokyo, September 13, 2013.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Washington, D.C., 1965-2015. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. **ICSID Caseload Statistics 2015-2**. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(English).pdf)>. Acesso em: 10 out. 2015.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. **IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development**. [s.l.], 2005. Disponível em: <https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2015.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft articles on diplomatic protection**. Genève, 2006.

_____. **Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts**. Genève, 2001.

ITALY. **Agreement between the government of the Italian Republic and the government of the _____ on the promotion and protection of investments**. Roma, 2003.

JANDHYALA, Srividya. Bringing the state back in: India's 2015 model BIT. **Columbia FDI Perspectives**, New York, n. 154, p. 1-3, 17 ago. 2015.

JAPAN; MOZAMBIQUE. **Agreement between the government of Japan and the government of the Republic of Mozambique on the reciprocal liberalisation, promotion and protection of investment**. Yokohama, 2013.

JOHNSON, Lise. The 2012 US Model BIT and What the Changes (or Lack Thereof) Suggest about Future Investment Treaties. **Political Risk Insurance Newsletter**, v. 8, n. 2, nov. 2012. Disponível em: <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/johnson_2012usmodelBIT.pdf> Acesso em: 15 out. 2015.

JUNCKER, Jean-Claude. **A new start for Europe: my agenda for jobs, growth, fairness and democratic change**. Strasbourg, July 15, 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/priorities/docs/pg_en.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

KANTOR, Mark. The new draft model U.S. BIT: noteworthy development. **Journal of International Arbitration**, New York, v. 21, n. 4, p. 383-396, 2004.

KARL, Joachim. The "spaghetti bowl" of IIAs: The end of history? **Columbia FDI Perspectives**, New York, n. 115, p. 1-3, 17 fev. 2014.

KINNEAR, Meg. The Future of ICSID. In: CALAMITA, N. Jansen; EARNEST, David; BURGSTALLER, Markus. (Ed.). **The future of ICSID and the place of investment treaties in international law**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2013.

KOREA; BANGLADESH. **Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the People's Republic of Bangladesh for the Promotion and Protection of Investments**. Dacca, 1986.

KULICK, Andreas. **Global public interest in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

KURTZ, Jürgen. Australia's rejection of investor-state arbitration: causation, omission and implication. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 27, n. 1, p. 65-86, ago. 2012.

KURTZ, Jürgen. The Intersections between International Trade and Investment Law: Mapping a Research Agenda. In: CALAMITA, N. Jansen; EARNEST, David; BURGSTALLER, Markus. **The future of ICSID and the place of investment treaties in international law**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2013.

LÉVESQUE, Céline; NEWCOMBE, Andrew. The evolution of IIA practice in Canada and the United States. In: DE MESTRAL, Armand; LÉVESQUE, Céline (Ed.). **Improving international investment agreements**. New York: Routledge, 2013.

LINARES, Ángeles Cano. Mercosur y los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires: una tentativa de acuerdos subregionales de promoción y protección recíproca de inversiones. **Revista Electrónica Iberoamericana**, Madrid, v. 1, n. 2, p. 31-40, 2007.

LOWENFELD, Andreas. The ICSID Convention: Origins and Transformation. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Athens, v. 38, n. 47, p. 47-61, 2009.

MANN, Frederick Alexander. British Treaties for the Promotion and Protection of Investments. **British Yearbook of International Law**, Oxford, v. 52, n. 1, p. 241-254, 1981.

MANN, Howard. **Private rights, public problems: a Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights**. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development and World Wildlife Fund, 2001.

MARSHALL, Fiona. **Risks for host States of the entwining of investment treaty and contract claims: dispute resolution clauses, umbrella clauses, and Forks-in-the-Road**. The International Institute for Sustainable Development, Manitoba, ago. 2009. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2009/best_practices_bulletin_4.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

MARTIN, Antoine. Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis: Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law. **Journal of International Arbitration**, New York, v. 29, n. 1, p. 49-70, 2012.

MARTINI, Pedro. **Brazil's new investment treaties: outside looking...out?** Kluwer Arbitration Blog, 16 jun. 2015. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/2015/06/16/brazils-new-investment-treaties-outside-looking-out-2/>> Acesso em 20 jun. 2015.

MAUPIN, Julie. The awards in *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*. In: AGUILAR-ALVAREZ, Guillermo; REISMAN, W. Michael. (Ed.). **The reasons requirements in international investment arbitration: Critical Case Studies**. Leiden: Martins Nijhoff Publishers, 2008.

MAURO, Maria Rosario. **Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

MEMBIELA, Gustavo J.; MARTÍNEZ-CID, Jordi C. He who controls the past controls the future: crafting an effective arbitration provision for A Latin American deal. **Mealey's International Arbitration Report**, Philadelphia, v. 28, n. 5, maio 2013.

MEZGRAVIS, Andrés. **Retiro del Venezuela del Ciadi**. Caracas, 2012. Disponível em: <<http://www.mezgravis.com/EntrevistaRetiroVzlaCIADI.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2015.

MONBIOT, George. The British government is leading a gunpowder plot against democracy. **The Guardian**, London, November 4, 2014. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/nov/04/british-government-leading-gunpowder-plot-democracy-eu-us-trade>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

MONTT, Santiago. **State liability in investment treaty arbitration**: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation. Oxford: Hart Publishing, 2009.

MORAN, Theodore H.; GRAHAM, Edward M.; BLOMSTRÖM, Magnus. **Does foreign direct investment promote development?** Washington: Center for Global Development, 2005.

MORENO-PAREDES, Euyelit Adriana. El Arbitraje de Inversiones en América del Sur: Propuesta de Creación de un Centro Alternativo de Arbitraje Dentro de la Estructura Internacional de la Unión de Naciones Suramericanas. **Inter-American Law Review**, Miami, v. 42, n. 1, p. 175-195, 2010.

MOURA, Mary; CARBONNEAU, Thomas. **Latin American investment treaty arbitration**: the controversies and the conflicts. Alphen aan den Rij: Kluwer Law International, 2008.

MUCHLINSKI, Peter. The diplomatic protection of foreign investors: a tale of judicial caution. In: BINDER, Christina et al. (Org). **International investment law for the 21st century**: Essays in Honour of Christoph Schreuer. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? **The International Lawyer**, Dallas, v. 34, n. 3, p.1033-1053, 2000.

NANTEUIL, Arnaud de. **L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement**. Paris: Éditions A. Pedone, 2014.

NEWCOMBE, Andrew. The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 20, n. 1, p. 391-449, 2005.

_____. Developments in IIA treaty-making. In: DE MESTRAL, Armand; LÉVESQUE, Céline (Ed.). **Improving international investment agreements**. New York: Routledge, 2013.

_____; PARADELL, Lluís. **Law and practice of investment treaties**: standards of treatment. Alphen aan den Rij: Kluwer Law International, 2009.

NOGUEIRA, Uziel. **Union Sudamericana de Naciones**: desafios y oportunidades. Lima, 2008. Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/Prensa.aspx?id=583&accion=detalle&cat=AP&title=union-sudamericana-de-naciones-desafios-y-oportunidades>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

NORWAY. **Agreement between the Kingdom of Norway and ____ for the promotion and protection of investments (Draft version)**. Oslo, 2007.

OFFICE OF THE US TRADE REPRESENTATIVE. **Outlines of TPP**. Honolulu, 2011. Disponível em: <<https://ustr.gov/tpp/outlines-of-TPP>>. Acesso em: 2 out. 2015.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment**. Paris, 2008.

ORTIZ DE ZEVALLOS, Felipe. **Reformas para um futuro mejor**. In: GUÍA legal de negócios – invirtiendo em el Perú. 3. ed. Lima: PromPerú, 1998.

PAULSSON, Jan. Arbitration without privity. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 10, n. 2, p. 232-257, 1995.

POHL, Joachim; MASHIGO, Kekeletso; NOHEN, Alexis. **Dispute settlement provisions in international investment agreements: a large sample survey**. Paris: OECD Publishing, 2012. (OECD Working Papers on International Investment, n. 2).

POTESTÀ, Michele. Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 28, n.1, p. 1-35, 2013.

PUIG, Sergio; KINNEAR, Meg. NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 25, n. 2, p. 225-267, 2010.

RITTNER, Daniel. Com modelo „light“, Brasil conclui primeiro acordo de investimentos. **Valor Econômico**, São Paulo, 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3976244/com-modelo-light-brasil-conclui-primeiro-acordo-de-investimentos>>. Acesso em: 6 maio 2015.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. El arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica. Nuevas tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia. In: MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (Coord.). **Contratación y arbitraje internacionales**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

RORIZ, João Henrique Ribeiro; TASQUETTO, Lucas da Silva. **Propriedade intelectual, serviços e investimentos: panorama de regulação em acordos regionais de comércio celebrados por União Europeia, Estados Unidos, China e Índia**. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2012.

SACERDOTI, Giorgio. The application of BITs in time of economic crisis. In: _____. et al. (Ed.). **General interests of host States in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SACHS, Lisa E.; SAUVANT, Karl P. BITs, DTTs, and FDI flows: an overview. In: _____.; _____. (Ed.). **The effect of treaties on foreign direct investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SALACUSE, Jeswald W. **The law of investment treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. **The International Lawyer**, Dallas, v. 24, n. 3, p. 655-675, 1990.

_____; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, MA, v. 46, n. 1, p. 67-75, 2005.

SALIAS, María Cristina Gritón. Do umbrella clauses apply to unilateral undertakings? In: BINDER, Christina et al. (Org.). **International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SALIBA, Aziz Tuffi. Nacionalidade brasileira e Direito Internacional: um breve comentário sobre a Emenda Constitucional n. 54/2007. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 45, n. 180, p. 77-82, out./dez. 2008.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Best Seller, 2001.

SCHEFER, Krista Nadakavukaren. **International investment law: text, cases and materials**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.

SCHILL, Stephen W. **The multilateralization of international investment law**. Cambridge: Cambridge University, 2009.

_____. Allocating Adjudicatory Authority: most-favoured-nation clauses as a basis of jurisdiction – a reply to Zachary Douglas. **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford, v. 2, n. 2, p. 353-371, 2011.

SCHLEE, Paula. Transparência em arbitragens investidor-Estado. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, Asunción, ano 3, n. 5, p. 95-113, mar. 2015.

SCHREUER, Christoph. Fair and Equitable Treatment. In: HOFFMANN, Anne K. (Ed.). **Protection of foreign investments through modern treaty arbitration: diversity and harmonisation**. Genève: Association Suisse de l'Arbitrage, 2010.

_____. Travelling the BIT route of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road. **The Journal of World Investment and Trade**, Genève, v. 5, n. 2, p. 231-256, abr. 2004.

_____. Full protection and security. **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford, v. 1, n. 2, p. 353-369, 2010.

_____. Calvo's grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration. **The law and practice of international courts and tribunals**. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005.

SCHREUER, Christoph. **The ICSID Convention: a commentary**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. Denunciation of the ICSID Convention and consent to arbitration. In: WAIBEL, Michael et al. (Ed.). **The backlash against investment arbitration: perceptions and reality**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

SCHWEBEL, Stephen M. In defense of bilateral investment treaties. **Columbia FDI Perspectives**, New York, n. 135, p. 1-3, 24 nov. 2014.

SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO - ECUADOR. **¿Qué son los Tratados Bilaterales de Inversión?** Quito, 2015. Disponível em: <<http://www.caitisa.org/pdf/Guia-de-los-TBI.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

SHAN, Wenhua. Is Calvo dead? **The American Journal of Comparative Law**, Ann Arbor, v. 55, n. 1, p. 123-163, 2007.

SHANY, Yuval. Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims. **The American Journal of International Law**, Washington, D.C., v. 99, n. 4, p. 835-851, out. 2005.

SNODGRASS, Elizabeth. Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Washington, D.C., v. 21, n. 1, p. 1-58, 2006.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SPEARS, Suzanne A. The quest for policy space in a new generation of international investment agreements. **Journal of International Economic Law**, Oxford, v. 13, n. 4, p. 1037-1075, 2010.

SPRAGUE, Michael T. A courageous course for Latin America: urging the ratification of the ICSID. **Houston Journal of International Law**, Houston, v. 5, n. 1, p. 157-178, 1982.

SUTHERLAND, P. F. The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes. **The International and Comparative Law Quarterly**, London, v. 28, n. 3, p. 367-400, jul. 1979.

SWITZERLAND; PAKISTAN. **Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Protection of Investment**. Bern, 1995.

SZASZ, Paul C. The Investment Disputes Convention and Latin America. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 11, n. 2, p. 256-265, 1971.

THE ARBITRATION game. **The Economist**, October 11, 2015. Disponível em: <www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors-arbitration>. Acesso em: 12 out. 2015.

THE ENERGY CHARTER TREATY. Lisboa, 1994. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2427>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

THE NETHERLANDS. **Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between _____ and the Kingdom of the Netherlands**. Amsterdam, 2004.

TITI, Aikaterini. **The right to regulate in international investment law**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014.

TITI, Catharine. Investment Arbitration in Latin America – The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas. **Arbitration International**, Oxford, v. 30, n. 2, p. 357-386, 2014.

_____. Le « droit de réglementer » et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement. **Journal du Droit International**, Paris, v. 142, n. 1, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.fr/droit-document/numeros/journal-droit-international-clunet-.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

TORTEROLA, Ignacio; GOSIS, Diego Brian. Argentina. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

UNITED KINGDOM. **Agreement between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of _____ for the promotion and protection of investments (UK Model BIT 2008)**. London, 2008.

_____; ETHIOPIA. **Agreement between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Federal Democratic Republic of Ethiopia for the promotion and protection of investments**. Addis Ababa, 2009.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **National treatment**. New York: United Nations, 1999. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Docs/psiteiid11v4.en.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. **World Investment Report 2015: reforming international investment governance**. New York: United Nations, 2015. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Pages/Publications.aspx>>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. **Bilateral investment treaties 1959-1999**. New York: United Nations, 2000. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Docs/poiteiid2.en.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. **Recent trends in IIAs and ISDS**. Geneva, 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. **Investment Policy Hub**. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/>>. Acesso em: 17 set. 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. **Treaty between the government of the United States of America and the government of [country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (2004 U.S. Model BIT)**. Washington D.C., 2004.

_____. **Treaty between the government of the United States of America and the government of [country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty)**. Washington D.C., 2012.

_____; ARGENTINE REPUBLIC. **Treaty Between United States Of America And The Argentine Republic Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection Of Investment**. Buenos Aires, 1991.

_____; CANADA; MEXICO. **The North American Free Trade Agreement**. Washington, D.C., December 17, 1992. Disponível em: <<https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____; EUROPEAN UNION. **Statement of the EU and the US on shared principles for international investment**. Washington, April 10, 2012. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/april/tradoc_149331.pdf>. Acesso em: 1 out. 2015.

VALENTI, Mara. The Protection of General Interests of Host States in the Application of the Fair and Equitable Treatment Standard. In: SACERDOTI, Giorgio et al. (Ed.). **General interests of host States in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

_____. Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'Argentina: due soluzioni contrapposte. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milano, ano 16, n. 1, p.114-135, 2008.

VANDEVELDE, Kenneth J. The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty. **The American Journal of International Law**, Washington, D.C., v. 92, n. 4, p. 621-641, out. 1998.

_____. A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 43, n. 1, p. 43-106, 2010.

VASCIANNIE, Stephen. The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice. **British Yearbook of International Law**, Oxford, v. 70, n.1, p. 99-164, 2000.

VATTEL, Emmerich de. **The law of nations or principles of the law of nations applied to conduct and affairs of nations and sovereigns**: edited by Joseph Chitty. 6. ed. T. & J.W.Johnson Law Booksellers: Philadelphia, 1844.

VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES. Vienna, 1969. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>>. Acesso em 15 out. 2015.

VON WOBESER, Claus. México. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

WAEDELDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental Regulation, Investment Protection and „Regulatory Taking“ in International Law. **International and Comparative Law Quarterly**, London, v. 50, n. 4, p. 811-848, 2001.

WAIBEL, Michael. Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 20, n. 3, p. 637-648, set. 2007.

_____; WU, Yanhui. Are arbitrators political? **SSRN Electronic Journal**, jul. 2012. Disponível em: < <https://www.wipol.uni-bonn.de/lehrveranstaltungen-1/lawecon-workshop/archive/dateien/waibelwinter11-12>>. Acesso em: 20 set. 2015.

WEI, Dan. Acordos bilaterais de promoção e protecção de investimentos – práticas do Brasil e China. **Nação e Defesa**, Lisboa, n. 125, p. 157-191, 2010.

WILLARD, Rainbow; MORREAU, Sarah. **The Canadian Model BIT: a step in the right direction for Canadian investment in Africa?** 18 jul. 2015. Disponível em: <<http://kluwarbitrationblog.com/2015/07/18/the-canadian-model-bit-a-step-in-the-right-direction-for-canadian-investment-in-africa/>>. Acesso em: 16 out. 2015.

WILLIAMSON, John. **The Washington consensus as policy prescription for development**. Washington: Institute for International Economics, 2003.

YACKEE, Jason Webb, Are BITs Such a Bright Idea? Exploring the Ideational Basis of Investment Treaty Enthusiasm. **The UC Davis Journal of International Law and Policy**, Davis, v. 12, n. 195, p. 195-225, 2005.

ZAVALA, Diego. Paraguay. In: HAMILTON, Jonathan C.; GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.; OTERO, Hernando (Ed.). **Latin American investment protections**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

ANEXOS

ANEXO A – LISTA DE CASOS CITADOS

Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3).

American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No ARB/93/1), Award February 21, 1997.

Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited, (Iran-US Tribunal), Partial Award, July 14, 1987.

Anglo Iranian Oil Case (United Kingdom v. Iran), International Court of Justice, July 22, 1952.

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, (ICSID Case No ARB/87/3), Award June 27, 1990.

Azurix Corp v. The Argentine Republic, (ICSID Case No ARB/01/12), Award June 23, 2006.

AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on Liability, July 30, 2010.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), International Court of Justice, February 5, 1970.

BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Final Award December 24, 2007.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V. United Republic of Tanzania (ICSID Case No. ARB/05/22). Award, July 24, 2008.

CME Czech Republic BV v. The Czech Republic. UNCITRAL, Partial Award September 13, 2001.

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8).

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. The Republic of Costa Rica, (ICSID Case No. ARB/96/1), Award February 17, 2000.

Continental Casualty Company v. Argentina, (ICSID Case No. ARB/03/9), Award September 5, 2008.

Elettronica Sicula S.P.A. (United States of America v. Italy), International Court of Justice, July 20, 1989.

El Paso Energy International Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/15).

Emilio Agustín Maffezzini v. Kingdom of Spain, (ICSID Case No. ARB/97/7), Award January 25, 2000.

Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3).

Ethyl Corporation v. The Government of Canada. NAFTA/UNCITRAL Arbitration Rules, Award June 24, 1998.

E.T.I. Euro Telecom International N.V. v. Plurinational State of Bolivia (ICSID Case No. ARB/07/28).

Eureko B.V. v. Poland, partial award, 19 August 2005 e Siemens v. Argentina, (ICSID Case No. ARB/02/8), Award February 6, 2007.

Factory at Chorzow (Germany v. Poland), Permanent Court of International Justice, Case No. 9, July 26, 1927.

Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, UNCITRAL Arbitration Rules.

Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, (ICSID Case No. ARB(AF)/09/1).

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. Et al. v. United States of America. UNCITRAL Arbitration Rules.

Interhandel Case (Switzerland v. United States), International Court of Justice, Case No. 34, March 21, 1959.

Joseph Charles Lemire versus Ukraine, (ICSID Case No. ARB/06/18), Award March 2011.

Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, (ICSID Case No. ARB/03/11), award on jurisdiction, August 6, 2004.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1).

Mavrommatis Palestine Concessions Case (Greece v. United Kingdom), Permanent Court of International Justice, 1924.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States (ICSID Case No. ARB/(AF)/97/1), Award August 30, 2000.

Methanex Corporation v. United States (ad hoc arbitration under the 1976 UNCITRAL Rules), Award August 3, 2005.

Mondev International Ltd. v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2).

National Grid. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Award November 3, 2008.

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration, Case No. UN3467.

Oscar Chinn (U.K. v. Belgium.), Permanent Court of International Justice, Case No. 63, December 12, 1934.

Pan American Energy LLC v. Plurinational State of Bolivia (ICSID Case No. ARB/10/8).

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, (ICSID Case No. ARB/03/24), Award February 8, 2005.

Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia (ICSID Case No. ARB/06/2).

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL arbitration, Final award September 3, 2001.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, (ICSID Case No. ARB/00/4).

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, (ICSID Case No. ARB/02/13), Award November 9, 2004.

Saba Fakes v. Republic of Turkey, (ICSID Case No. ARB/07/20).

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada (ad hoc arbitration under the 1976 UNCITRAL Rules).

Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16).

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, UNCITRAL.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Republic of the Philippines, (ICSID Case No. ARB/02/6), Award January, 2004.

Siemens AG v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/02/8), Award February 6, 2008.

Société Generale de Surveillance SA v. The Islamic Republic of Pakistan (Decision of Jurisdiction) ICSID ARB/01/13, 6 August 2003 (SGS v. Pakistan).

Société Generale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines (Decision on Jurisdiction) ICSID ARB/02/6, 29 January 2004 (SGS v. Philippines).

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, (ICSID Case No. ARB/84/3).

Starret Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran et al., Interlocutory Award December 19, 1983.

Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2).

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12).

Waste Management, Inc. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3). Award, April 30, 2004.

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, (ICSID Case No. ARB/98/4), Award December 8, 2000.

**ANEXO B – 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 1 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 fulfill 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 2 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 3 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 4 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 5 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 6 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 7 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 8 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 9 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 10 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.