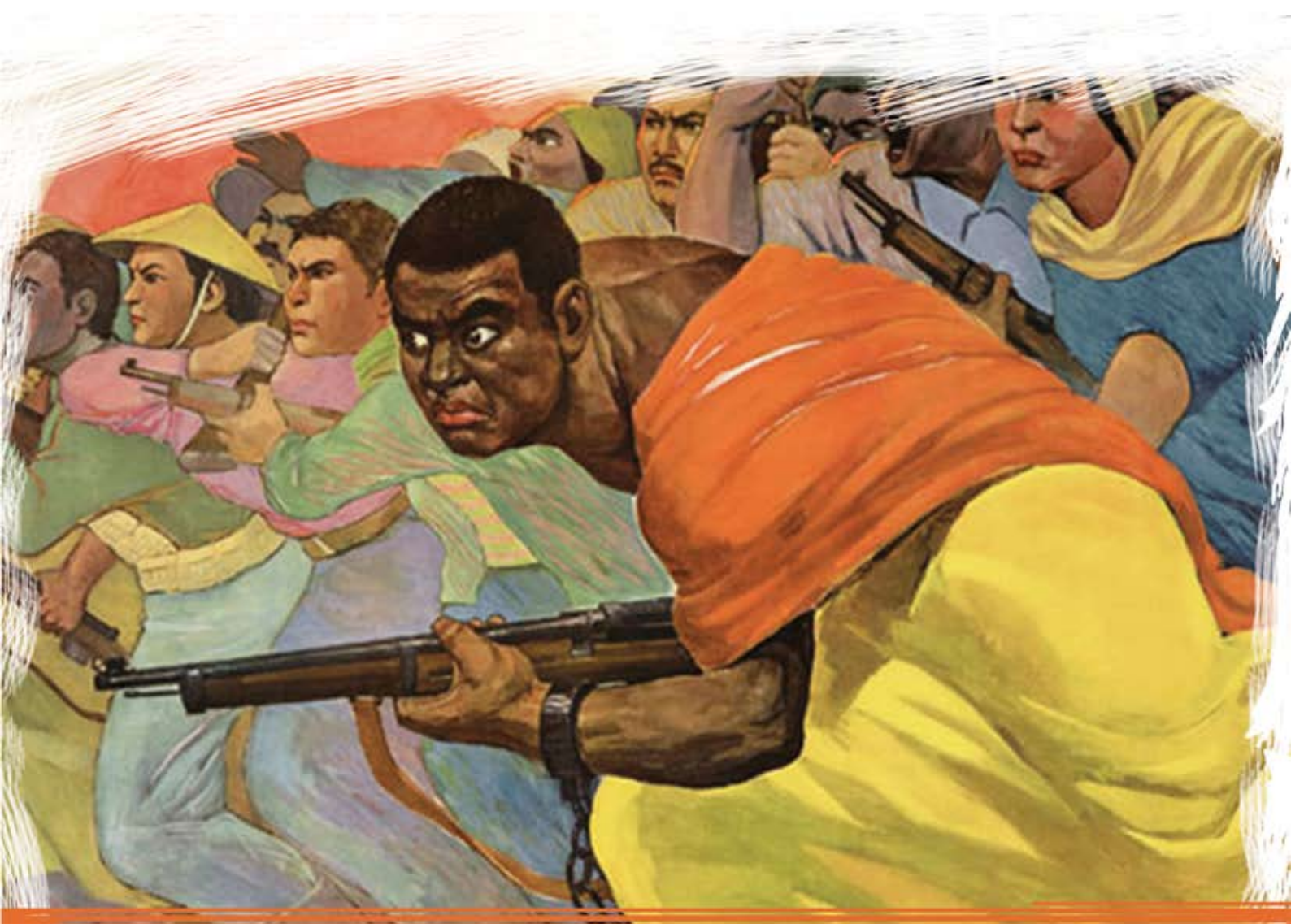


# PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO MERCOSUL

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA



José Augusto Fontoura Costa

Autor

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO  
INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO  
MERCOSUL

Florianópolis

GEDAI

2012

## **GEDAI**

As publicações do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação – **GEDAI** – são espaços de criação e compartilhamento coletivo, que, visando à facilidade de acesso às suas obras, disponibiliza-as gratuitamente para *download*. Tornando-se, dessa forma, mais uma alternativa para a publicação de pesquisas acadêmicas.

Seu Conselho Editorial conta com a presença dos professores:

### **GEDAI Conselho Editorial**

*Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UF RJ*  
*Carla Eugenia Caldas Barros – UFS*  
*Carlos Affonso Pereira de Souza – CTS/FGV/Rio*  
*Carol Proner – UniBrasil*  
*Dário Moura Vicente – Univ.Lisboa/Portugal*  
*Denis Borges Barbosa – IBPI/Brasil*  
*Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor*  
*Guillermo P. Moreno – Univ.Valência/Espanha*  
*José Augusto Fontoura Costa – USP*

*José de Oliveira Ascensão – Univ.Lisboa/Portugal*  
*J. P. F. Remédio Marques – Univ.Coimbra/Portugal*  
*Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha*  
*Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra*  
*Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF*  
*Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR*  
*Marcos Wachowicz – UFSC*  
*Sérgio Staut Júnior – UFPR*  
*Valentina Delich – Flacso/Argentina*



**GEDAI  
PUBLICAÇÕES**

**Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI**

Coordenador/Líder  
*Marcos Wachowicz*

PROTEÇÃO INTERNACIONAL  
DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO  
NO MERCOSUL

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

C837

Costa, José Augusto Fontoura  
Proteção internacional do investimento  
estrangeiro no Mercosul [recurso eletrônico]/  
José Augusto Fontoura Costa – Florianópolis:  
Gedai, 2013.

116p.; 27 cm

ISBN: 978-85-66079-02-9

Disponível Online em <http://www.gedai.com.br>

Tradução: José Augusto Fontoura Costa e Fernanda Sola

1. Mercosul. 2. Investimento estrangeiro. 3. Cooperação. 4. Direito  
internacional. I. Título.

CDD 341.7  
CDU 341

Capa, Projeto Gráfico - Ruy Figueiredo de Almeida Barros

Diagramação - Nidiara Alini Viapiana

Revisão - Heloísa Gomes Medeiros, Nidiara Aline Viapiana

**GEDAI**  
**Edições Gedai**  
**Prefixo Editorial 66079**  
UFPR - Praça Santos Andrade, n. 50  
Centro - Curitiba  
CEP 80020-300  
[gedai.ufpr@gmail.com](mailto:gedai.ufpr@gmail.com)  
[www.gedai.com.br](http://www.gedai.com.br)

Esta obra é distribuída por meio da Licença  
**Creative Commons 3.0**  
**Atribuição/Usos Não-Comerciais/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil**



## **Apresentação**

Apresentar o livro “Reflexões sobre o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros” de José Augusto Fontoura Costa constitui, para mim, uma honra, dada a importância intelectual do autor desta obra no Brasil e além de suas fronteiras. Ele pode ser chamado, precisamente, um jurista.

Sua obra é composta de duas partes: a primeira dedicada aos investimentos estrangeiros e a segunda à análise dos conflitos que resultam dos contratos em que o Estado é parte e sua solução.

É interessante o olhar de Fontoura em dois contextos temporais diferentes, mas ocorre que o mais importante é de onde se analisam ambas as questões.

O contexto temporal é, primeiro, o final da década de 1990 e, em seguida, o atual, apenas vinte anos depois e com uma mudança de paradigma com a passagem – apesar de ainda não estar generalizada – do neoliberalismo, ou seja, o neoliberalismo econômico extremo, para um esquema que pode ser parecido a um processo neokeynesiano ou, pelo menos, um maior intervencionismo estatal na economia.

No que se refere ao contexto espacial, verifica-se que observa regionalmente, desde o Mercosul, no caso, mas para que se compreenda plenamente deve-se tomar em conta que seu olhar vem do Brasil, ou seja, desde um país que preserva cuidadosamente seus interesses nacionais enquanto finalidade do direito internacional em matéria comercial, econômica e financeira.

Começa a primeira parte com o título “Investimentos estrangeiros e os modelos possíveis de cooperação ou concorrência”, ou seja, com a antecipação de qual será o núcleo de sua tese.

Analisa cuidadosamente os antecedentes históricos para identificar os investimentos estrangeiros; para diferenciar as noções de cooperação e concorrência e as possíveis alternativas para o seu tratamento nas estruturas jurídicas nacionais e no Mercosul.

Já no século XIX se pode apreciar a noção de investimento estrangeiro em um âmbito ampliado das relações de comércio, com o surgimento da divisão internacional do trabalho e das instituições específicas de financiamento sob o padrão ouro como regulador do sistema monetário internacional. Período no qual os investimentos estrangeiros se dão nos setores extrativistas e nas obras de infraestrutura. As empresas estrangeiras continuam, nessa época, interessadas no comércio.

Depois da Segunda Guerra Mundial se observa uma mudança de paradigma, o investimento se canaliza mediante as empresas multinacionais, com o estabelecimento de agências e com a integração vertical empresária.

O processo na comunidade internacional se torna complexo, com o surgimento de novos atores internacionais políticos e político-econômicos.

Haverá, *a posteriori*, o surgimento de novas estruturas jurídicas, quando também se manifesta o traslado dos eixos do poder econômico ao político, especialmente nos países periféricos – eufemisticamente chamados “em vias de desenvolvimento” – mas também começará a etapa do endividamento externo, especialmente na América Latina.

Começaram as políticas de atração dos investimentos para incorporar tecnologias e substituir importações e industrializar as economias antes voltadas aos setores extrativistas e oferecendo vantagens comparativas. Tais vantagens podem ser tributárias, trabalhistas ou mediante a isenção de certos controles.

A obra analisa as vantagens do investimento estrangeiro direto e, em razão deste, a concorrência entre os Estados para atraí-las. Com razão se avalia que um bom marco regulatório que ofereça estabilidade, transparência e eficiência outorgará um âmbito propício para estabelecer e planejar atividades econômicas, de modo a também coordenar não apenas o necessário em torno à infraestrutura de transporte, comunicações e finanças, mas também o que se refere à pesquisa e capacitação técnica e científica.

Com razão, aborda-se a estrutura jurídica, estabelecendo-se uma diferença entre a regulação e os contratos típicos conforme a categoria de investimentos, mas sem desatender os diferentes condicionamentos políticos e econômicos de cada época.

Analisa, portanto, as concessões para a exploração de recursos naturais do século XIX e os investimentos em serviços públicos, expondo as duras críticas que se generalizaram depois da Segunda Guerra Mundial.

Na segunda metade do século XX se depara, por um lado, com a necessidade dos países desenvolvidos de obter acesso aos recursos estratégicos e a dos países em vias de desenvolvimento de resguardar a soberania sobre os recursos naturais.

A nacionalização ou socialização destes recursos e dos serviços públicos é um efeito não desejado que resulta da conclusão de certas relações coloniais. Aparecem, assim, novos instrumentos jurídicos como o estabelecimento de sociedades com participação do Estado receptor ou o uso do esquema associativo de *joint venture*, modelos jurídicos que se impõem a partir de 1960. Mas nessa mesma época surgem os Tratados de Proteção Recíproca de Investimentos Estrangeiros e o sistema de solução de controvérsias que desenvolve o Banco Mundial.

É também um período de expansão horizontal as empresas como meio de investimento e esta foi empregada pelas de origem estadunidense, em especial na América Latina. A relação com o Estado,



agora, é fundamentalmente a de obter vantagens tributárias e facilidades para a remessa de lucros e repatriação de capitais.

O período seguinte tenderá a liberalizar ainda mais a legislação e reduzir os controles. Começa a se preparar a doutrina econômica que propõe a redução da ação do Estado.

Nessa linha, incentiva-se a regulação internacional com o fim de liberalizar ao máximo a circulação de capitais e se impõe a autorregulação. O caminho para a globalização se parece inevitável e será inculcado como o único sistema possível. A elisão e a evasão fiscal serão facilitadas pelos chamados paraísos fiscais, desde onde operam diversos grupos econômicos.

Depois de relatar os diversos instrumentos internacionais que não chegaram a ter vigência, o autor se refere ao marco regulatório de ordem bilateral (os Tratados de Proteção Recíproca de Investimentos e o Sistema do Centro Internacional para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID ou CIADI).

O sistema de proteção dos investimentos também se encontra nos Tratados setoriais, como a Carta da Energia, ou em Acordos Regionais, como o NAFTA, na América do Norte, o CAFTA, na América Central, e o Protocolo de Colônia do Mercosul, não ratificado.

Com detalhe, explicitam-se as características dos Tratados de Proteção Recíproca de Investimentos Estrangeiros, com seus objetivos e âmbito. Decerto, coloca-se em relevo o caráter meramente protetor dos investidores e o desequilíbrio que resulta dos mesmos, o autor também deixa claro o déficit desses tratados em matéria de normas trabalhistas em ambientais.

De acordo com o autor, esses tratados não ofertam maior credibilidade a Estados que ainda não possuam um sistema jurídico claro e, como também se observa, que sua adoção não implica o crescimento dos investimentos estrangeiros.

Depois dos antecedentes histórico e a análise objetiva das épocas posteriores, até chegar ao apogeu das tendências econômicas dominantes a partir de 1990, assim como as diversas crises nos vários Estados, as quais tiveram efeito dominó, derrubando distintas economias, o autor ingressa na postulação de sua tese.

Para tanto, reconhece as vantagens que os Estados receptores podem oferecer aos investimentos estrangeiros, mas também que às vezes são causados prejuízos, na medida em que se voltam exclusivamente à maximização dos lucros ou desprezam os danos a populações ou ao meio ambiente (como no exemplo ocorrido na Amazônia) e, para tanto, indica as alternativas da cooperação e suas vantagens em relação à competição.

Embora para isso sejam importantes as estratégias nacionais e a devida regulação, as ações também podem ser regionais.

Entende a cooperação como a atuação concertada para que os benefícios sejam para todos os atores e não apenas para o investidor. E a competição como a atividade que tem um olhar unidimensional, buscando seu próprio benefício sem que importe como ficam os demais atores.

A conclusão aporta, portanto, a vantagem regional da cooperação e a possibilidade correta de que, assim, se ampliem as vantagens e se diminuam os efeitos negativos pelos quais se tem rechaçado as políticas de abertura irrestrita aos investimentos estrangeiros, pois tais políticas podem trazer tal grau de iniquidade social que a reverte na própria insegurança a respeito da continuidade de tais políticas econômicas.

No caso concreto, em que pese a origem quase exclusivamente comercialista do Mercosul, é possível se constituir um âmbito propício para os investimentos estrangeiros por meio de uma regulação adequada e um estilo de cooperação, mais do que a concorrência nacional.

O autor observa que, apesar de não haver instrumentos comuns na região, cabe advertir que pelo mercado ampliado que se supõe na região e pelo fluxo de intercâmbio, o Mercosul pode ser um âmbito propício para o investimento estrangeiro mesmo quando não há, como hoje em dia, estratégias comuns e, no que se refere à regulação dos investimentos, as medidas existentes estão mais para competitivas e, portanto, podem implicar em tensões regionais.

Não obstante, a existência de regulações nacionais que, em definitivo, propiciam os investimentos ou pelos Tratados de Proteção Recíproca de Investimentos Estrangeiros vigentes em alguns dos Estados Parte do Mercosul, o autor conclui pela necessidade de propiciar discussões sobre o tema e acordar decisões em comum, buscar regimes nacionais – tendo-se em conta que a harmonia legislativa é um objetivo do Mercosul – que se conformem às necessidades dos investidores e às metas de políticas econômicas dos Estados. Isso pode também propiciar o consenso na formulação de padrões comuns em matéria trabalhista e ambiental que permita à região adotar estratégias comuns para a atração e regulação de investimentos estrangeiros, de modo a contribuir para o crescimento e desenvolvimento de todos.

Para tanto, a regulação regional deve, a meu juízo, deixar definitivamente de lado a regulação imposta pelos Tratados de Proteção Recíproca ou no Protocolo de Colônia, pois os Estados Parte do Mercosul, dados os prejuízos ocasionados sem os benefícios prometidos pelos investimentos, começam a denunciar tais Tratados, em que pese a ultra-atividade, bem como a retirar as adesões ao ICSID.

A regulação, portanto, do Mercosul atendendo aos fins de proteção dos interesses regionais deve ser afastada daqueles princípios que apenas conferem benefícios aos investidores, conforme resulta inquestionavelmente dos laudos prolatados.

Na segunda parte, o autor trata do “ICSID e as Arbitragens em que o Estado é parte”.

Para tanto, reflete, por um lado, as modificações em torno dos investimentos, as formas de estabelecimento e as explorações a que se dedicavam predominantemente em uma interessante retrospectiva histórica.

Na primeira época, observa-se o estabelecimento mediante a criação de agências ou sucursais de empresas multinacionais.

No segundo período, efetuam-se sistemas de contratação com o Estado mediante *joint ventures*.

Em uma época ulterior, produzir-se-á a maior liberalização da regulação e coincidirá com os períodos de privatização dos serviços públicos, da exploração mineira, da energia, do petróleo, das comunicações etc.

Os diversos paradigmas determinaram um sistema complexo de normas internas e internacionais, mas tendem a um sistema globalizado. E se desde sempre os Estados centrais protegiam seus investidores em países estrangeiros, mediante a teoria da proteção do nacional, a globalização implicou o traslado do sistema de proteção a Tratados cujas cláusulas se repetem conforme um modelo e se impõe, concomitantemente, um sistema de resolução de conflitos arbitral e internacional.

A modificação de um sistema de proteção soberana e de imunidades jurisdicionais se observa, no princípio, em países que recém se fizeram independentes e que procuram nacionalizar a exploração de seus recursos soberanos e, ao mesmo tempo, a busca dos países exportadores de capital de assegurar jurisdições diferentes das nacionais dos países receptores.

Os investidores desconfiam das leis e organismos dos Estados receptores e estes impõem requisitos técnicos imprescindíveis para a exploração de recursos naturais ou a modernização da estrutura industrial.

A nacionalização de serviços e exploração de recursos fundamenta a criação do ICSID, que, no início, só tem casos excepcionais, que se detalham na obra, mas que a partir do período de admissão do Consenso de Washington se incrementam ao ponto de passar de um regime de exceção a um sistema de normalidade. Os gráficos exibem esta realidade exposta.

A causa deste incremento decorre de várias razões: por um lado, pela grande quantidade de Tratados de Proteção Recíproca de Investimentos Estrangeiros e pelo aumento dos contratos entre investidores e Estados, dado o Consenso de Washington ter sido adotado por convicção e/ou imposição; por outro lado, como consequência da queda do muro de Berlim e a incorporação dos países socialistas às economias de mercado.

Aos Tratados Bilaterais se agregam outros regionais, como o NAFTA, ou setoriais, como a Carta de Energia.

Embora não existam cláusulas idênticas, os princípios dos BITs são similares, tendem, como seus nomes indicam, a proteger os investidores. Desde esse ponto de vista, são unilaterais, pois tanto as definições abertas, quanto a amplíssima abrangência das matérias cobertas e as diversas limitações que impõem aos Estados receptores, demonstram que a bilateralidade consiste em assegurar os direitos dos investidores e impor obrigações ao Estado receptor.

Com clareza expositiva, o autor detalha a competência que a Convenção de Washington atribui ao Tribunal Arbitral, seja em razão da matéria ou da pessoa, incluída a possibilidade de apresentação de instrumentos de *amicus curiae* no processo.

Trata-se também da jurisdição estendida do ICSID mediante o mecanismo complementar, o qual permite aos investidores de um Estado membro da Convenção de Washington iniciar procedimentos contra um Estado não Membro e, ao contrário, os investidores de um Estado não membro levar as controvérsias à arbitragem com um Estado Membro.

Esta obra se constitui em um estudo detalhado e preciso, depois do qual o autor analisa a postura de seu país, que não aderiu ao ICSID e não ratificou os Tratados de Proteção Recíproca de Investimentos Estrangeiros, como tampouco o fez com o Protocolo de Colônia do Mercosul. Portanto, conclui com a possibilidade de aderir ao ICSID e não ratificar os tratados cujas cláusulas não sejam benéficas ou sem o devido equilíbrio contratual. Como dissemos, também, ao princípio, este olhar otimista pode se dar desde o Estado que não aderiu ao ICSID nem ratificou BITs, como é o caso do Brasil, particularmente por ser muito cuidadoso com os interesses nacionais, uma das finalidades do Direito internacional. Meu olhar, ao revés, desde a Argentina, não tem este otimismo: é mais uma posição crítica; em seu lugar, acredito que a outra alternativa que se propicia seria a mais benéfica. Vale dizer, promover a regulação regional e internacional dos investimentos estrangeiros que sejam compatíveis com a identidade e os interesses nacionais e, agregando, regionais.

É este estudo e proposta de José Augusto Fontoura Costa uma obra definitivamente imprescindível do Direito Internacional Econômico.

Stella Maris Biocca



## SUMÁRIO

Introdução	19
<b>Capítulo I - Investimento estrangeiro: padrões de cooperação e concorrência</b>	
Introdução	27
1. Observações históricas	27
2. Atração de investimentos estrangeiros	30
3. Estrutura jurídica do investimento estrangeiro	33
3.1 Recursos naturais e serviços públicos	33
3.2 Acesso a mercados e a vantagens nos preços dos fatores de produção	37
3.3 Busca de eficiência e de ativos estratégicos	40
3.4 Mudanças e limites da regulação interna dos investimentos estrangeiros	42
4. Regime internacional dos investimentos estrangeiros	43
5. Cooperação e competição – estratégias e políticas possíveis para a obtenção de um clima de investimentos	47
6. Mercosul e cooperação regional para a atração de investimentos estrangeiros	52
Conclusões	53
<b>Capítulo II - ICSID e arbitragem nos contratos com o Estado</b>	
Introdução	55
1. Precedentes históricos - investimentos	58
2. Precedentes históricos – a solução de controvérsias	62



3. A crescente importância do ICSID: da excepcionalidade à normalização	68
4. APPRI e TBI	72
5. Investimentos e contratos – a formação dos conflitos de interesses e das controvérsias	77
6. Competência <i>ratione materiae</i> na Convenção de Washington	82
7. Competência <i>ratione personae</i> na Convenção de Washington – “nacional de outro Estado contratante”	84
8. Admissão da intervenção de <i>amicus curiae</i> no sistema da Convenção de Washington	86
9. Jurisdição estendida pelo Mecanismo Complementar do ICSID	88
10. Procedimentos de <i>fact finding</i>	89
11. Consentimento para a arbitragem	90
12. Escolha do Direito aplicável no ICSID	96
13. Regra suplementar de direito aplicável da Convenção de Washington	100
14. Regime de Direito aplicável na arbitragem entre investidores e Estado nos APPRI	101
15. Esclarecimento e revisão dos laudos arbitrais do ICSID	103
16. Anulação das sentenças arbitrais do ICSID	104
17. Execução dos laudos arbitrais do ICSID	107
Conclusões	109
Conclusões	113
Referências	115

## Introdução

É curiosa a tarefa de retomar textos publicados há algum tempo. Por um lado, o autor se surpreende muitas vezes com a inocência de suas abordagens iniciais a um tema que, depois de mais estudo, parece haver sido abordado desde sempre com a consciência do presente. Por outro, embora com menor frequência, reaparecem reflexões interessantes e importantes que foram apagadas da memória e, revividas, colocam em cheque algumas das convicções atuais. Por fim, algumas tentativas de identificar tendências – uma maneira aparentemente modesta de interpretar os próprios oráculos – são recompensadas com a verificação de que os equívocos não foram tão graves assim.

O presente livro, que tem por objetivo tornar disponível ao leitor um texto que se tornou relativamente escasso e outro que não chegou a ser publicado, deu-me o prazer de ter o texto traduzido por Fernanda Sola e a satisfação de revisar meus próprios textos. Trata-se, em primeiro lugar, do trabalho “Inversión extranjera: padrones de cooperación y competencia”, apresentado nas XX Jornadas de Historia Económica da Asociación Argentina de Historia Económica, em Mar Del Plata, no ano de 2006, reproduzido aqui no Capítulo I. Em seguida vem o trabalho “CIADI y arbitraje en contratos con el Estado”, apresentado em Bahía Blanca no ano de 2005 e incorporado a livro organizado por Stella Maris Biocca<sup>1</sup>, que, em minha opinião, é a mais destacada figura do Direito Internacional Privado argentino na atualidade. Agradeço, outrossim, a

---

<sup>1</sup> Biocca, 2006.

gentileza da apresentação deste livro, a qual me honra sobremaneira.

Ao retomar esses trabalhos, porém, deixei de lado tanto a intenção de atualizar, quanto a de consertar, embora tenha revisto algumas frases cuja sonoridade já não me agradava ou apresentavam erros muito evidentes. Quis, não obstante, preservar a visão do momento que possibilita o cotejamento com trabalhos posteriores, particularmente minha tese de livre-docência, publicada em 2010<sup>2</sup>. Mais importante que isso, porém, é o registro de um momento recente em que a percepção do regime internacional de proteção do investimento estrangeiro podia ser vista de uma perspectiva bem diferente da atual, sobretudo considerando a ótica latino-americana.

São trabalhos cuja elaboração precedeu a expropriação boliviana de instalações da Petrobrás, que reinaugurou uma tendência que parecia sepultada depois do triunfo neoliberal do início dos anos 1990. Junto com a predominância de governos de esquerda por todo o continente, de modo a reverter uma onda que já teve representantes como Fernando Collor e Raúl Menem, os sentidos dos acordos de investimento e da sistemática de solução de controvérsias experimentaram profundas mudanças.

Alguns aspectos são bastante relevantes e merecem ser destacados para favorecer uma leitura temporalmente situada. Decerto, como já se previa na época, o sistema de solução de controvérsias entre investidores e Estados fundado no binômio APPRI/ICSID manteve o espaço conquistado e se normalizou, mesmo quando a Argentina deixou de ser o principal demandado. Não obstante, a tendência, já identificada por Gus van Harten<sup>3</sup>, de os casos serem concentrados em países médios, raramente envolvendo países em que os riscos políticos sejam efetivamente muito elevados, também se confirmou.

---

<sup>2</sup> Costa, 2010.

<sup>3</sup> 2007.

Na América Latina, porém, a rejeição ao regime internacional de proteção do investimento estrangeiro aumentou na mesma medida em que o chamado socialismo bolivariano se expandiu. Efeito direto disso foi a denúncia da Convenção de Washington por Bolívia (2007), Equador (2009) e Venezuela (2012), que abandonaram, portanto, o ICSID. São as únicas três denúncias na história da instituição, à qual aderiram, no intervalo que vai da denúncia Boliviana ao tempo atual, Servia (2007), Haiti (2009), Kosovo (2009), Cabo Verde (2011), Moldova (2011), Qatar (2011) e Sudão do Sul (2012). O ICSID conta, hoje, com 158 Membros<sup>4</sup>.

O número de APPRI vigentes também tem aumentado, embora exista uma tendência a rever os termos da proteção, de maneira a oferecer mais alternativas para os Estados, o que fica bastante claro na evolução do modelo de tratado bilateral de investimentos dos Estados Unidos, o qual inspira também os capítulos sobre esta matéria nos tratados de livre comércio<sup>5</sup>.

No que se refere à posição brasileira, a opção continua sendo a de manter o país distante dos APPRI e do ICSID. Se, em 2002, a retirada do congresso daqueles acordos firmados que estavam pendentes de aprovação marcava o respeito à linha ideológica do Partido dos Trabalhadores e do Presidente Lula, a decisão de não participar da negociação de tais acordos vem se mantendo coerente com a percepção de que os APPRI impactam pouco sobre a atração de investimentos, sobretudo quando se dispõe de um sistema jurídico estável e confiável. A idéia de que o Brasil poderia se interessar por tais acordos na medida em que se torna também exportador de capitais, apesar de interessante, não produziu qualquer impacto até o presente.

---

<sup>4</sup> Informações disponíveis em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?RequestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>, consultado em 10 de outubro de 2012.

<sup>5</sup> ALVAREZ, 2010 e 2011.

Pessoalmente, acredito que seria razoável buscar uma posição mais ativa na formação de um regime internacional de proteção e promoção de investimentos estrangeiros, inclusive para reforçar as idéias recentes, que anunciam e aprofundam a erosão do consenso neoliberal, no sentido de incrementar os poderes estatais e utilizar tais acordos para generalizar padrões ambientais e trabalhistas adequados. Como um país de dimensões geográficas, econômicas e humanas muito relevantes, ser capaz de estabelecer posturas coerentes com a liderança regional e dos países em desenvolvimento seria uma meta bastante razoável. Tal entendimento, porém, não encontra eco e o preconceito alimentado pelas demandas contra o vizinho sulino tem gritado bem mais alto.

Decerto, isso afeta a própria possibilidade de integrar o ICSID, já que, ao olhar menos atento, este parece ser apenas um complemento do sistema dos APPRI, o qual é visto, com razão, como excessivamente protetivo dos interesses dos investidores e, em alguma medida, limitante do exercício do poder estatal.

Não obstante as importantes críticas aos acordos em matéria de investimento, o fato é que pertencer ao ICSID não implica, *per se*, o consentimento para submeter qualquer caso que seja à arbitragem. Na verdade, amplia as possibilidades para os investidores nacionais que venham a realizar contratos com cláusula de arbitragem mista ou a ingressar capital e tecnologias em países com leis de investimento que indiquem o Centro. Se, hoje, já se conta com a possibilidade de lançar mão do mecanismo complementar<sup>6</sup>, haveria uma proteção mais abrangente.

Mais do que isso, apesar de várias críticas contra o funcionamento dos tribunais arbitrais do ICSID, é fato que se existe algum viés favorável ao investidor, este nasce da estrutura dos APPRI aplicáveis. Não se pode, entretanto, culpar os árbitros por decidirem de modo tecnicamente correto, utilizando as normas aplicáveis ao caso: essa é apenas a de

---

<sup>6</sup> COSTA; CARREGARO; ANDRADE, 2007.

quem se submeteu a tais acordos, o que não ocorreu com o Brasil.

Mais uma vez, os temores e preconceitos parecem direcionar as políticas brasileiras para longe do desempenho de papéis ativos na formação e condução de um regime jurídico internacional sobre a matéria.

Com efeito, a compreensão do que o Brasil poderia fazer para impulsionar o sistema para direções que lhe sejam mais favoráveis, incorporando-se aos países que pretendem influenciar a transformação do regime existente, pode ser melhor sustentada a partir da observação do passado recente, inclusive da experiência da aplicação mediante arbitragem dos APPRI mais radicais e seus efeitos.

Nesse sentido, retomar artigos escritos em um contexto tão próximo e, ao mesmo tempo, tão distinto, pode ser útil para a discussão de um tema que é de importância essencial para a política externa brasileira, apesar do desprezo com que tem sido tratado.



# CAPÍTULO I

## INVESTIMENTO ESTRANGEIRO:

### PADRÕES DE COOPERAÇÃO E CONCORRÊNCIA





## **Introdução**

Desde o final da II Guerra Mundial, quando as concessões de exploração de recursos naturais e de serviços públicos em regimes de enclave e de monopólios de empresas estrangeiras, até os dias de hoje, quando as estruturas jurídicas e sociais privilegiam o investimento estrangeiro direto nos mais diversos setores, as políticas de incentivo e proteção de investimentos estrangeiros, inclusive com o uso de instituições de Direito Internacional, se modificaram profundamente.

Considerando um ambiente em que os países se colocam em contínua competição por capitais e tecnologia, inclusive por meio da mescla de capacidades locais e pela dimensão dos mercados nacionais, o presente estudo tem a finalidade de analisar, no contexto do Mercosul, as estratégias dos países, especialmente a partir da dicotomia entre cooperação e concorrência, para obter as maiores somas de capital estrangeiro, bem como sua distribuição eficiente.

Para tanto, serão analisados os precedentes históricos das estruturas jurídicas e políticas de promoção e proteção de investimentos estrangeiros, os conceitos de cooperação e concorrência, as alternativas em termos de regimes internos e internacionais, as tentativas institucionais no Mercosul e o modelo efetivamente adotado.

### **1. Observações históricas**

Os custos de transporte e comunicações fizeram com que, no início do capitalismo internacional, a exploração da riqueza dos países distantes fora feita principalmente por meio do comércio, o que dispensava alguns importantes investimentos locais, mesmo que a expansão portuguesa – e, depois, holandesa – para a África e Ásia ao

longo dos séculos XV e XVI fossem marcadas pela presença de entrepostos comerciais que contavam com financiamentos estatais. O padrão de exploração ibérica nas colônias americanas, no entanto, exigiu maiores aportes de capital e mão de obra, seja na atividade mineraria, seja na agricultura extensiva de produtos tropicais<sup>7</sup>.

Não obstante, no sentido estritamente jurídico, não é possível se falar, para estes casos, de investimentos estrangeiros, pois estes, ocorrendo em territórios coloniais, estavam submetidos aos regimes jurídicos metropolitanos, não havendo, em sentido próprio, a exportação de ativos.

Só a partir do século XIX se pode falar, no eixo Norte-Sul, de investimentos estrangeiros. Os fluxos de capital cresceram por algumas razões, como a estrutura de pagamentos resultante do incremento das relações comerciais, o início da divisão internacional de trabalho, o aparecimento de instituições financeiras especializadas e seus novos produtos e a concentração das operações na praça de Londres, adotando-se o padrão ouro como regulador monetário internacional. O capital se empregava na infraestrutura – inclusive os empréstimos franceses à Rússia e os ingleses a Estados Unidos e América Latina – especialmente na construção das ferrovias, portos, telégrafo e telefone. Os setores mineiro, manufatureiro e de agricultura tropical também foram destinatários de investimentos<sup>8</sup>. Nesse período, os empréstimos e os bônus estatais eram os principais meios de captação de ativos externos, concentrando-se os investimentos estrangeiros diretos (IED) nos setores de exploração de recursos naturais e infraestrutura pública<sup>9</sup>.

Para além destes setores, os empréstimos e investimentos estatais representavam as principais alternativas nos países em que o capital

---

<sup>7</sup> Lacerda *et al.*, 2005, p. 7 a 14; Molle, 2003, p. 14 e 15; Mousnier, 1995, p. 83 a 128, 149 a 161 e 233 a 256; Prado Júnior, 1994, p. 31 a 75.

<sup>8</sup> Molle, 2003, p. 16 a 18.

<sup>9</sup> Fatouros, 1999, p. 53.

privado nacional era escasso, enquanto as dificuldades jurídicas e institucionais mantiveram as empresas privadas estrangeiras mais interessadas no comércio do que no exercício direto de suas atividades<sup>10</sup>.

Isso, porém, mudou. Depois da II Guerra Mundial as formas de investimento se diversificaram e modificaram por razões políticas e econômicas.

Do ponto de vista político, a relativa perda de poder das potências imperiais europeias, sobretudo França e Inglaterra, e a tendência de bipolarização da política internacional com a formação de blocos liderados por União Soviética e Estados Unidos estenderam o pano de fundo por sobre o qual se projetaram os movimentos de descolonização.

Em termos econômicos, o fortalecimento das companhias transnacionais (CTN) e a expansão dos investimentos diretos no setor industrial, com um sensível aumento da participação do setor de serviços nas últimas décadas, marcaram uma importante mudança no sistema de investimento, baseado, pelo menos no princípio, em vantagens derivadas do ciclo do produto. Por outro lado, a atração de capital por meio das barreiras comerciais estabelecidas e o conseqüente isolamento de mercados, de maneira a forçar a presença de filiais e a criação de *joint ventures* com empresários e empresas locais, esteve no alicerce das políticas de muitos países em desenvolvimento<sup>11</sup>.

Com a redução do hiato tecnológico entre os Estados Unidos e outros países, sobretudo da Europa e da Ásia, começaram a surgir CTN de outras nacionalidades, as quais passaram a dividir a cena com as americanas que, até a metade dos anos 1970, eram quase exclusivas. Por haver uma maior complexidade no panorama dos investimentos e uma diminuição da importância do ciclo do produto, houve algum favorecimento da integração vertical, mais voltada a mitigar custos de

---

<sup>10</sup> Lacerda *et al.*, 2005, p. 79 e 80.

<sup>11</sup> Gilpin, 2002, p. 259 a 267.

transação do que a aproveitar ativos estratégicos<sup>12</sup>.

Por conseguinte, observa-se um processo de crescente complexidade, a qual se revela em diversos aspectos, como: (1) o maior número de atores políticos internacionais envolvidos na medida em que se diversifica a nacionalidade das empresas que originam os investimentos; (2) o maior número de atores políticos pelo lado da recepção dos investimentos, já que os países em desenvolvimento se multiplicam a partir do término da II Guerra Mundial; (3) a diversificação dos setores em que há investimento estrangeiro, com a transferência de tecnologias e capitais também para a implementação de indústrias e prestadores de serviços, além dos tradicionais empréstimos para implementação de infraestrutura e os enclaves para exploração mineral e agrícola; e (4) diversificação das estruturas jurídicas utilizadas para o investimento estrangeiro.

Um âmbito em que as mudanças foram particularmente importantes, para os fins deste capítulo, é o das estratégias estatais de atração de investimentos, as quais se voltam a promover o ingresso de tecnologias e capitais em setores determinados. A ideia pura e simples de divisão internacional do trabalho embasada pela teoria das vantagens comparativas deixa de ser o centro das atenções, cedendo passo à busca de industrialização, compreendida como um indicador de desenvolvimento, pautada por políticas de substituição de exportações e outras formas de incentivo à implantação de unidades produtivas no país receptor.

## **2. Atração de investimentos estrangeiros**

Investir no exterior sempre traz dificuldades e custos aos investidores, principalmente se este é na sua modalidade direta, incluindo o aporte de capital e tecnologia, bem como de mecanismos de administração que impliquem algum grau de controle e cooperação

---

<sup>12</sup> Gilpin, 2002, p. 259 a 267.

estratégica com as empresas instaladas no país de destino.

Por outro lado, as vantagens da recepção de IED são diversas, como o impacto positivo na balança de pagamentos, o estímulo à transferência de tecnologia, o incremento do comércio exterior, a criação de postos de trabalho, a inserção em cadeias de produção e distribuição internacionais e as externalidades positivas<sup>13</sup>. Além disso, o fortalecimento institucional de estruturas administrativas, legislativas e jurisdicionais dos países receptores pode receber impulsos derivados da modernização aportada por algumas dessas empresas<sup>14</sup>.

Por esses motivos, os Estados muitas vezes estabelecem políticas públicas voltadas a incentivar e facilitar o ingresso de investimentos estrangeiros. Para tanto, busca-se alterar fatores de atração de capitais estrangeiros, de modo a criar condições econômicas e institucionais adequadas. Portanto, é relevante ter em conta as possíveis causas relevantes para a decisão de investir no exterior:

Existência de recursos	<ul style="list-style-type: none"><li>• recursos naturais (minérios, matérias primas, energia, áreas para agricultura e pecuária);</li><li>• mão de obra barata e/ou especializada.</li></ul>
Acesso a mercados	<ul style="list-style-type: none"><li>• imposição de barreiras elevadas à importação;</li><li>• fornecedores que acompanham seus clientes em expansão para o exterior.</li></ul>
Maior eficiência	<ul style="list-style-type: none"><li>• integração ou racionalização vertical, visando mitigar custos e riscos relacionados às transações;</li><li>• expansão horizontal para o aproveitamento de vantagens competitivas, escala e especialização.</li></ul>
Busca de ativos estratégicos	<ul style="list-style-type: none"><li>• aquisições, fusões e alianças estratégicas com objetivos de longo prazo.</li></ul>

(Tabela 1, formulada a partir dos fatores indicados por Dunning, 1999).

<sup>13</sup> Gregory e Oliveira, 2005, p. 22 a 27.

<sup>14</sup> Enderwick, 2005, p. 105 a 107.

Alguns desses fatores podem ser intencionalmente modificados com a finalidade de trazer IED. Se a simples existência de recursos naturais não pode ser alterada, as condições de acesso podem ser tornadas mais ou menos exigentes, com efeitos sobre a eficiência e a distribuição dos benefícios. Não se pode, é claro, atrair investidores interessados em explorar um determinado recurso para um país onde este não exista, mas é possível – mediante regulação e arquitetura dos contratos com a administração – impor diferentes graus de controle público e participação nos resultados, o que varia bastante conforme o poder de barganha derivado da escassez e valor dos recursos.

No que se refere ao acesso a mercados, a imposição de tarifas aduaneiras e outros tipos de restrições à importação de produtos se apresentou, historicamente, como um instrumento de implementação de uma estratégia de atração de companhias estrangeiras proprietárias das tecnologias e capitais necessários para a desejada industrialização. As teorias cepalinas dos anos 1950 aos 1970, amplamente adotadas, esteavam a atração de IED na proteção da indústria nascente combinada com a melhoria da infraestrutura mediante investimentos públicos<sup>15</sup>. Atualmente essas políticas de restrição de importações se tornaram menos factíveis em função da liberalização resultante do sistema multilateral de comércio, capitaneado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e que, além de proibir a adoção de medidas não tarifárias restritivas dos fluxos de mercadorias, consolidou tarifas máximas para uma ampla gama de produtos em patamares razoáveis.

Os investimentos impulsionados pela busca de eficiência e vantagens estratégicas dependem de fatores mais complexos e, pelo menos em alguma medida, dependentes do estabelecimento de políticas de médio e longo prazo. Nesse sentido, a construção de um bom marco regulatório, que reúna características como estabilidade, transparência e eficiência, é importante para criar um ambiente adequado para que tanto

---

<sup>15</sup> Bielschowski, 1988, p. 363 a 399.

os investidores estrangeiros como os nacionais possam planejar e implementar suas atividades sem temer sobressaltos ou ficar emperrados nas travas burocráticas.

Em particular, se há desejo de se incentivar investimentos em pesquisa e desenvolvimento, é necessária a criação de infraestrutura de transporte, comunicações e finanças, além da formação de profissionais capacitados, incluindo os de formação técnica e superior, bem como a presença de investimentos estatais em pesquisa científica e técnica.

### **3. Estrutura jurídica do investimento estrangeiro**

As épocas e os setores da realização do IED são relacionados com formas jurídicas específicas. Compreender as diferenças entre os modelos contratuais empregados, bem como entre os instrumentos de avaliação e regulação, exige alguma compreensão das condicionantes econômicas, políticas e jurídicas que constituem o ambiente que vê surgir modelos de negócios específicos.

Este tópico apresenta alguns tipos de investimentos estrangeiros a partir da identificação do setor envolvido e das formas jurídicas empregadas.

#### **3.1 Recursos naturais e serviços públicos**

Levando em conta a exploração de recursos naturais, o modelo típico do século XIX foi o de enclave. Nesse sistema, muitas unidades tinham ampla autonomia de ação em um espaço geográfico determinado, cuja exploração era concedida por prazos bastante longos. As concessões para a exploração de minérios se davam por prazos que chegavam a superar um século e em condições que limitavam ao extremo o controle estatal, o qual às vezes não ia além da verificação das quantidades de produtos efetivamente transportados para fora da unidade de produção, sobre as quais se cobravam *royalties* calculados



conforme a produção<sup>16</sup>.

O outro importante vetor do investimento estrangeiro já a partir do século XIX foi a oferta de serviços públicos, a qual, é claro, não podia ser efetivada em regime de enclave. Não obstante, considerando que a implementação de tais serviços, principalmente em setores como ferrovias, energia elétrica, bondes, telégrafo e telefonia, dependia tanto do aporte de capitais quanto de tecnologia desenvolvida nos países industrializados, os investidores necessitavam de amplas garantias, as quais eram dadas nos próprios acordos de concessão ou mediante acordos internacionais que estabeleciam regimes especiais e mais favoráveis para o tratamento destes estrangeiros. Para o mesmo fim, as posições de administração e os cargos técnicos mais destacados eram mantidos nas mãos de nacionais do país de origem dos investimentos. Quando, porém, o investimento não dependia de proteção patentária ou manutenção de segredos industriais, os mútuos eram o mecanismo mais comum.

Esses modelos de investimento, próprios do período anterior à II Guerra Mundial, passaram a ser duramente criticados a partir do movimento de descolonização e, sobretudo, da ação política conjunta dos países subdesenvolvidos a partir da Conferência de Bandung de 1955 e da formulação internacional, sobretudo na Assembleia Geral da ONU, do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais.

Já havia tempo que os países industrializados desenvolveram a consciência de que existe uma necessidade estratégica de acesso a recursos naturais localizados em países em desenvolvimento, o que se mostrou bastante premente em tempos de guerra. Deste modo, generalizou-se a preocupação com a garantia de acesso em face de países que vinham surgindo a partir do desmantelamento dos impérios coloniais. Os países em desenvolvimento, por seu turno, se opunham à formação de um regime internacional nesse sentido, pleiteando um

---

<sup>16</sup> Peter, 1986, p. 6 e 7.

amplo poder sobre os recursos localizados em seus territórios – com caráter soberano, portanto – ao mesmo tempo em que denunciavam desequilíbrios e injustiças resultantes do modelo tradicional de investimentos<sup>17</sup>.

Conforme as condições de estabilidade política e econômica, muitos países passaram a nacionalizar ou socializar os ativos estrangeiros nos setores de recursos naturais e serviços públicos.

Nesse período houve uma profunda alteração dos padrões jurídicos dos investimentos estrangeiros. Depois das diversas expropriações, alguns Estados verificaram que a falta de tecnologia de exploração, de capacidade de administração e de acesso às cadeias de distribuição reduzia sobremaneira o ganho com a exploração dos recursos. Por conseguinte, formaram empresas nacionais para a celebração de *joint ventures* contratuais com as principais companhias dos países industrializados e, em pouco tempo, a união de empresas se tornou o modelo mais comum de acordo de investimento para a exploração de recursos naturais. Nesse sentido, referindo-se ao período dos anos 1950 e 1960, rememora Wolfgang Peter<sup>18</sup>:

A estrutura dos acordos de concessão foi, destarte, profundamente modificada na medida em que o conceito de soberania sobre os recursos naturais se materializava na questão do controle dos Estados receptores sobre os projetos. Os novos projetos quase sempre envolviam o condomínio dos Estados receptores com os investidores estrangeiros, organizado em uma estrutura de *joint venture* e muitos dos contratos de concessão existentes foram adaptados para este modelo. Outras mudanças na estrutura dos acordos de concessão ocorreram quando se adotaram novos contratos, como o de administração, distribuição da produção e contratos de trabalho, os chamados contratos de serviço.

Desse modo, além das *joint ventures* corporativas, nas quais se cria

---

<sup>17</sup> Lowenfeld, 2003, p. 405 hasta 407; Schrijver, 3 hasta 19.

<sup>18</sup> 1986, p. 7.

uma nova pessoa jurídica em que tanto os investidores estrangeiros quanto o Estado receptor aportam capitais e compartilham riscos, geralmente na forma de uma empresa sob controle estatal, também se utilizaram as *joint ventures* contratuais, nas quais as tarefas e riscos são contratualmente distribuídos, sem haver a formação de uma nova pessoa jurídica. Sem embargo, da mesma forma, se tornaram muito comuns os contratos de serviços, mediante os quais as empresas estrangeiras suprem deficiências específicas das empresas nacionalizadas em matéria de gestão empresarial e utilização de tecnologias modernas, oferecendo seus préstimos em troca de pagamentos pré-fixados, sem qualquer participação na tomada de decisões, nos riscos e nos lucros.

As estruturas jurídicas de investimentos estrangeiros formuladas em termos de *joint ventures* e contratos de prestação de serviços se tornaram o padrão a partir dos anos 1960 para os setores de exploração de recursos naturais e de oferta de serviços públicos mediante concessões. Nem mesmo a queda do Muro de Berlim e o final da União Soviética modificaram a constância do uso de tais instrumentos. De fato, a significativa flexibilidade dos instrumentos jurídicos possíveis permite, em uma considerável medida, distribuir benefícios e riscos conforme a capacidade e poder de negociação das partes. Se os Estados se fizeram mais conscientes das possibilidades de utilizar a soberania como fundamento de melhores posições de negociação – o que nem sempre implica a distribuição igualitária dos benefícios ou o desenvolvimento – as CTN que exploram os recursos naturais têm amplas vantagens derivadas do desenvolvimento técnico e de controle das cadeias produtivas em que os recursos naturais se apresentam apenas como matéria prima. Em alguns setores, como o do petróleo, em que as matérias primas têm valores de mercado relativamente altos, ainda existe espaço para o exercício da influência do Estado no desenho dos acordos de investimento, seja por meio da regulação minerária e da fixação de valores dos *royalties*, seja mediante a presença de empresas estatais

fortes, até mesmo em regime de monopólio nacional. Em outros setores, onde as matérias primas são mais abundantes, ou têm sucedâneos viáveis, o poder estatal tende a ser menos decisivo. Do mesmo modo, quando as cadeias de distribuição e o domínio das técnicas necessárias à comercialização estão nas mãos de setores monopsonistas, tampouco os Estados conseguem exercer muito poder.

Não obstante, embora se vá retomar este tema mais à frente, é preciso deixar claro desde logo que o sistema internacional de proteção de investimentos pautado por tratados bilaterais de investimento (TBIs) e outros APPRI deu seus primeiros passos no período das nacionalizações e socializações, bem como a institucionalização das arbitragens entre investidores e Estados, com a criação do Centro Internacional para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID) em 1965.

A existência de um sistema internacional de proteção de investimentos, associada aos termos mais razoáveis – e mais realistas no que se refere ao equilíbrio das relações contratuais – e a necessidade de obter capitais estrangeiros, seja como parte de políticas de desenvolvimento, seja como necessidade imediata vinculada ao equilíbrio da balança de pagamentos, impediram, em considerável medida, as expropriações clássicas, estabelecendo, com o tempo, um ambiente mais favorável ao investimento estrangeiro.

### **3.2 Acesso a mercados e a vantagens nos preços dos fatores de produção**

Observou-se que os investimentos estrangeiros em produção de bens não eram comuns, em sua modalidade direta, até os anos que se seguem à II Guerra Mundial. De fato, até então, a acumulação de capital pelas elites locais, derivada da exploração de minérios, agricultura e pecuária, possibilitara alguma industrialização para a produção de bens de consumo, embora esta fosse dependente da produção externa de bens de capital.

A partir dos anos 1950 e pelo menos até o início dos 1970 houve uma importante tendência ao crescimento do IED privado, especialmente de origem estadunidense, para a implantação de filiais e sucursais nos países em desenvolvimento, as quais tinham por finalidade se beneficiarem do acesso privilegiado a mercados protegidos ou obter fatores produtivos a preços mais baixos – como trabalho ou terra.

A teoria do ciclo do produto explica esta expansão como uma estratégia oligopolista horizontal, na qual as empresas se favorecem do desenvolvimento dos produtos nos países centrais para, então, expandir os mercados aproveitando os custos mais baixos<sup>19</sup>.

Em termos jurídicos, os investidores estrangeiros não dependiam, para sua atividade, de concessões públicas. Mesmo que o estado pudesse, em alguns casos, se comprometer a garantir períodos de exceções tributárias (*tax holydays*) ou vantagens de outros tipos – inclusive as barreiras tarifárias aos produtos estrangeiros – esse modelo prescinde de relações contratuais ou formação de empresas mistas envolvendo Estados e investidores estrangeiros: trata-se, pura e simplesmente, de um investimento privado, com todos os benefícios e riscos do negócio.

Por outro lado, há uma crescente necessidade da oferta de instituições adequadas ao capitalismo moderno, como as sociedades anônimas, o sistema financeiro, a transferência internacional de capitais e a adequação das instituições para garantir de modo rápido e eficiente a propriedade privada e o cumprimento dos contratos. Pode-se mencionar que as melhorias dos marcos regulatórios implicam, em geral, na redução de custos de transação e, por conseguinte, facilitam a instalação de sucursais e filiais de empresas estrangeiras para a produção de bens e a oferta de serviços.

Entretanto, muitos dos Estados evitaram a adoção de políticas legislativas estritamente liberais. A preocupação com a promoção do

---

<sup>19</sup> Gilpin, 2002, p. 40 a 43.

desenvolvimento mediada pelos governos e os temores relacionados ao poder das transnacionais barraram a adoção de regimes jurídicos integralmente livres. Houve, em muitos dos países em desenvolvimento, a imposição de diversas restrições aos investimentos e investidores estrangeiros, as quais iam da proibição da participação de investidores estrangeiros em setores sensíveis para a economia e a segurança nacionais, até a proibição temporária e tributação elevada sobre as remessas de lucros e repatriação de capitais, passando pela imposição de requisitos de desempenho e oferta mínima de postos de trabalho.

Só depois da queda do Muro de Berlim – e da crise do endividamento público externo com estagflação dos anos 1980 – que houve um aprofundamento da desregulamentação, ocorrendo, em particular:

1. A queda de procedimentos de controle de ingresso dos investimentos estrangeiros (*screening requirements*);
2. A redução das restrições à criação de sucursais e filiais de empresas estrangeiras;
3. Maior liberdade para a repatriação de capitais e remessa de lucros;
4. Redução dos riscos políticos de nacionalização e socialização de ativos pertencentes a estrangeiros; e
5. Aceitação da arbitragem entre investidores estrangeiros e Estados receptores por meio de contratos e tratados.

Ao mesmo tempo, os países em transição da Europa Central e Oriental tiveram de implementar mudanças que não apenas liberalizavam os mercados, como nos países em desenvolvimento, mas que alteravam todo um sistema jurídico<sup>20</sup>. Tais modificações influíam sobre todo o marco regulatório, incluindo a adoção de normas sobre propriedade privada, contratos, sociedades comerciais e concorrência, realizando-se, num

---

<sup>20</sup> Elster, Offe e Preuss, 1998, p. 156 e 157.

segundo momento, a criação de regimes de mercados de capitais, falências e trabalho <sup>21</sup>. No que se refere ao sistema internacional de proteção de investimentos estrangeiros, a adesão dos países em transição ao sistema do Grupo Mundial, inclusive ao ICSID e à Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), e aos APPRI, sinalizou um desejo de consolidar as reformas e de estabelecer padrões elevados de segurança para os investidores, inclusive em face das atividades estatais<sup>22</sup>.

### **3.3 Busca de eficiência e de ativos estratégicos**

Tanto a busca de aumento da eficiência produtiva, quanto a referente a ativos estratégicos se colocam no campo dos investimentos voltados ao maior aproveitamento da expansão horizontal e da integração vertical das cadeias de produção.

Em termos das estruturas jurídicas, internas e internacionais, não há diferenças significativas entre essas modalidades de atração dos ativos estrangeiros e a tratado no tópico anterior. De fato, considerando a facilitação dos fluxos internacionais de mercadorias, resultante da queda dos custos de comunicação e transportes, bem como da extensão do âmbito territorial e do aprofundamento das concessões tarifárias da OMC, imprimiu-se um maior dinamismo das atividades empresariais e, como efeito da redução de custos de transação, uma menor pressão sobre a verticalização. De modo complementar, houve uma queda de barreiras à movimentação internacional dos capitais e da fixação de investimentos e investidores estrangeiros.

Nesse contexto, mostra-se relevante não apenas a segurança jurídica dos sistemas nacionais, mas a existência de meios internacionais de redução das incertezas das operações internacionais, tanto no sentido do aprimoramento das estruturas contratuais relacionais e de longa

---

<sup>21</sup> Elster, Offe e Preuss, 1998, p. 181 a 186.

<sup>22</sup> Gray e Jarosz, 1995, p. 28 a 32.

duração, quanto na operação de regimes sobre circulação de capitais e proteção de investimentos. Esses instrumentos internacionais são particularmente relevantes porque, mesmo que a escola institucionalista de Stanford preveja a possibilidade de uma convergência em termos de racionalidade de mercado e homogeneização das instâncias nacionais ao redor de uma cultura jurídica ocidental, a comprovação empírica de tal resultado são, no entanto, muito frágeis<sup>23</sup>.

Gessner, Applebaum e Felstiner identificam, como instrumentos de estabilização, quatro discursos sobre a estrutura dos negócios globais<sup>24</sup>:

O primeiro enfatiza a importância formal das regras jurídicas, o segundo as regras autônomas na forma de autorregulação dos negócios, o terceiro se concentra no papel da profissão jurídica para estrutura as relações de negócios e aproximar as culturas jurídicas e o quarto enfatiza a importância das redes informais robustas, exemplificada nas relações *guanxi* da cultura comercial chinesa. Esses quatro discursos conformam um *continuum* aproximado de soluções normativas muito universalistas às muito particularistas para tratar o problema da coordenação e regulação das culturas negociais globais.

Mesmo hoje, essas várias formas de articulação dos negócios continuam operando de maneira formalmente independente e funcionalmente complementar. Assim, os instrumentos de estabilização desvinculados da proteção estatal possibilitam, em alguma medida, o distanciamento dos controles administrativos e fiscais, tornando factível a conservação de recursos e benefícios gerados nas mãos dos empresários e de agentes locais ao evitar sua apropriação pelos Estados, o que é bem claro nos sistemas de elisão e evasão fiscal proporcionado pelos paraísos fiscais e pelas tecnologias de estabelecimento de preços de transferência.

---

<sup>23</sup> Gessner, Appelbaum e Felstiner, 2001, p. 4 a 6.

<sup>24</sup> Gessner, Applebaum e Felstiner, 2001, p. 7.



### **3.4 Mudanças e limites da regulação interna dos investimentos estrangeiros**

À primeira vista, parece que a regulação interna dos investimentos estrangeiros passou, no século XX, por um aumento de importância para, depois, voltar a um estado semelhante ao de seus primeiros anos.

De fato, a existência de sistemas de enclave até o final da II Guerra Mundial aponta para a falta de controle estatal, a qual teria sido afastada durante um período de maior ingerência estatal nos negócios para retornar no contexto do chamado Consenso de Washington. Não obstante, essa conclusão é apenas parcialmente verdadeira.

Decerto, no campo da exploração de recursos naturais e de oferta de serviços públicos as fórmulas dos anos 1960 e 1970 continuam em uso. Depois da reação nacionalista contra a iniquidade dos termos das concessões mais antigas, a qual gerou, por algum tempo, barreiras políticas e jurídicas contra os investimentos estrangeiros, o confronto entre os poderes efetivos das companhias e dos governos terminou por estabelecer – conforme cada circunstância setorial, econômica e política – formas de expressão consistentes com os diferentes pontos de equilíbrio de forças. As tensões explícitas arrefeceram, dando lugar a negociações e ajustes concretizados nos próprios acordos de concessão, coordenando interesses e contornando as dissonâncias de concepções e ideologias.

Por sua vez, no que se refere às atividades dos investidores estrangeiros que atuam diretamente na economia, sem serem concessionários ou permissionários estatais, algumas mudanças de condições gerais da economia mundial, associadas à globalização e à reestruturação dos investimentos, induziram uma redução sensível do controle estatal nos últimos 20 anos. A desregulação, que pretendeu criar um ambiente mais atrativo e confortável para os capitais alienígenas, seguiu de perto os ideais de uma economia de mercado capaz de gerar mais eficiência.

Nesse contexto, portanto, é importante avaliar as possibilidades referentes à construção e consolidação de um sistema jurídico internacional para os investimentos estrangeiros, identificando seus desafios e limites. Trata-se, portanto, de um arranjo jurídico fortemente associado ao liberalismo triunfalista dos anos 1990 e às pressões sobre países em transição e em desenvolvimento para que estes disputassem capitais em uma corrida de desregulamentação.

#### **4. Regime internacional dos investimentos estrangeiros**

Já se observou<sup>25</sup> que as regras e instituições internacionais em matéria de investimentos estrangeiros funcionam, sobretudo, como um sistema de proteção de investimentos e investidores, sendo que a anunciada promoção fica a cargo, apenas e tão somente, das maiores garantias e liberdades oferecidas.

Não obstante, considerando as possibilidades de formação de climas favoráveis ao investimento estrangeiro, uma rede de acordos internacionais em matéria de investimentos pode, em tese, exercer as seguintes funções:

1. Promover a liberalização dos investimentos;
2. Aumentar a credibilidade internacional das partes;
3. Auxiliar a harmonização de regras e padrões e
4. Criar sinergias internacionais de regulação.

De fato, poucas dessas possibilidades se concretizaram no sistema existente.

Até hoje, desde o fracasso da criação de uma Organização Internacional do Comércio nos termos da Carta de Havana, que incluía regras sobre investimentos, até o do Acordo Multilateral sobre Investimentos (MAI), proposto pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), não foi possível consolidar um

---

<sup>25</sup> Costa, 2006.

marco multilateral para a promoção e proteção dos investimentos. Há instrumentos multilaterais que cobrem alguns aspectos relacionados, como os Artigos do Fundo Monetário Internacional (FMI), o Acordo Geral para o Comércio de Serviços (GATS) e o Acordo para Medidas sobre Investimentos relativas ao Comércio (TRIMs). Além disso, sob os auspícios do Grupo Banco Mundial, se criaram dois sistemas importantes de proteção e promoção de investimentos: o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID), pela Convenção de Washington de 1965, e a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), em 1986.

As regras operativas materiais de proteção dos investimentos, por sua vez, encontram-se esparsas por diversos APPRI, entre os quais se incluem acordos setoriais, como o Tratado da Carta de Energia (TCE), regionais, como os Acordos de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) e Central (CAFTA) e no – não ratificado – Protocolo de Colônia de 1994, e um grande número de tratados bilaterais sobre investimentos (BITs), que somam hoje cerca de 2.400 acordos assinados e pouco mais de 1.700 ratificados<sup>26</sup>.

De maneira geral, é possível indicar os seguintes temas como sendo os principais aspectos abordados nos APPRI:

1. Regras sobre a cobertura dos tratados, como a definição de investimento e investidor estrangeiro;
2. Regras de liberalização, como a proibição de procedimentos seletivos na entrada (*screening*) e de requisitos de desempenho;
3. Padrões de proteção, como o tratamento justo e equitativo e a proteção integral;
4. Princípios de não discriminação, particularmente cláusulas de nação mais favorecida e de tratamento

---

<sup>26</sup> UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2005/10.

- nacional;
5. Definição ampla de expropriação e padrões de compensação, comumente a cláusula Hull de compensação pronta, adequada e efetiva;
  6. Proteção da circulação de capitais, remessas de lucros e repatriação de investimentos;
  7. Patamares mínimos de direitos de propriedade intelectual, proteção ambiental e direitos trabalhistas;
  8. Sistema de solução de controvérsias entre investidores e Estados, muitas vezes indicando o ICSID; e
  9. Sistemas de solução de controvérsias entre Estados.

Nem todos esses aspectos são amplamente contemplados ou geram efeitos sensíveis. Em particular, as regras sobre acesso a mercados, também conhecidas como regimes pré-entrada, não estão presentes em muitos desses acordos e há relativa demora na ampliação dos setores cobertos pelo GATS. Assim, a liberalização fica aos cuidados das políticas estatais unilaterais, o que não é tão problemático em face de condições de disputa por capitais estrangeiros.

A função do sistema dos APPRI é, então, concentrada na proteção contra riscos que possam derivar da atividade estatal, estabelecendo limites internacionais à capacidade administrativa e regulatória. Isso é bem evidente nos setores de exploração de recursos naturais e oferta de serviços públicos. A importância desse regime internacional para os investimentos que independem de permissões e concessões estatais é bem menor, concentrando-se, atualmente, no impacto das garantias e liberdades cambial e de transferência internacional de moeda, bem como na proteção contra expropriações regulatórias e discriminação.

Adotando-se a classificação de Abbott *et al.*<sup>27</sup> para as categorias da jurificação internacional, a qual identifica três dimensões relevantes como

---

<sup>27</sup> 2000.

sendo (1) a existência de obrigações jurídicas, (2) a clareza do conteúdo das normas e (3) a delegação a terceiros das tarefas de criação de regras, aplicação e efetividade, é possível afirmar que, com a adoção de sistemas internacionais de arbitragem entre investidores e Estados, especialmente no ICSID, muitos dos aspectos do regime podem ser considerados como altamente institucionalizados e eficazes, posto que os tratados mais comuns preveem deveres claros do Estado para proteger investimentos estrangeiros, os quais são vinculados a sanções indenizatórias, existindo instâncias independentes para a aplicação das normas previstas. Os principais obstáculos jurídicos seriam a inexistência de instituições internacionais vinculadas diretamente aos APPRI, apesar de alguma *soft law* originada em instituições multilaterais como o FMI e a OCDE, e os limites referentes à imunidade de execução, respeitada amplamente pela Convenção de Washington de 1965 e nos mais diversos APPRI.

Por outro lado, as regras referentes a padrões ambientais e trabalhistas mínimos normalmente não criam obrigações para Estados e investidores, limitando-se a, em linguagem exortatória, apontar para ações desejáveis, sem qualquer delegação em matéria de criação normativa ou solução de controvérsias. Esses temas, portanto, são regulados com todos os limites da *soft law*.

Mesmo a função de dar credibilidade aos Estados é bastante relativa. Economias bem estabelecidas e que apresentem condições políticas e jurídicas estáveis dificilmente teria sua reputação incrementada pelo simples fato de ingressar em alguns APPRI. Países menores, recém-formados, em transição do socialismo para o capitalismo, com histórico recente de instabilidade social e política e outras fragilidades podem ter, sim, sua imagem favorecida pelo ingresso consistente no regime internacional de proteção dos investimentos estrangeiros conformado pelos APPRI e ICSID. Do mesmo modo, um efeito possível e, por vezes, desejado é a consolidação de padrões

liberais na regulação interna, protegendo, no máximo, algumas instituições favoráveis à economia de mercado contra possíveis retomadas de tendências políticas vistas como intervencionistas.

É interessante observar que, ao contrário da estratégia adotada no período dos enclaves e das capitulações, em que se buscava um isolamento, uma verdadeira imunização contra as fragilidades e o atraso de instituições locais para a integração de um empreendimento específico – mineiro ou financeiro, por exemplo - às cadeias econômicas internacionais, os acordos atuais visam desempenhar um papel auxiliar de engenharia jurídica e social, fortalecendo instituições locais favoráveis ao mercado, criando condições de estabilidade não apenas para o investimento estrangeiro, mas que, por estarem difundidas localmente, os favoreçam.

Não obstante, como padrões ambientais e trabalhistas não têm dentes, não há harmonia normativa efetivamente propulsionada nesses aspectos. O foco do sistema APPRI/ICSID é, pelo menos até o momento, a proteção dos investimentos e investidores, com relativamente poucos efeitos sobre a liberalização e a difusão de instituições que vão além do estabelecimento de condições de segurança e funcionamento do mercado.

## **5. Cooperação e competição – estratégias e políticas possíveis para a obtenção de um clima de investimentos**

Supondo que os ativos estrangeiros disponíveis sejam escassos e produzam benefícios para os países receptores, propulsionando o desenvolvimento, é possível justificar políticas públicas de atração de investimentos.

É claro que não são todos os investimentos que resultam em benefícios. São, neste sentido, bastante conhecidas as críticas aos investimentos indiretos especulativos, as quais estrelaram as crises russa e asiática dos anos 1990. Além disso, é conhecida a síndrome da

maldição do petróleo e a exploração mineral pode produzir efeitos negativos para o desenvolvimento de outros setores de um país a partir do excessivo aumento do câmbio – a chamada doença holandesa – e às vezes não implica um desenvolvimento local significativo, mantendo os atores nacionais fora das cadeias de produção e distribuição, sem promover quaisquer transferências de tecnologia ou externalidades positivas. Por exemplo, a análise de meio século de mineração na Amazônia ocidental conduz à conclusão de que não se produziram os efeitos desejados, mas houve a exclusão das comunidades locais, sem respeitar algumas de suas peculiaridades, pois as cadeias produtivas internacionais tendem à homogeneidade. O que ficou foi a poluição decorrente da produção aurífera e os impactos da produção de eletricidade, subsidiada pelo Estado<sup>28</sup>.

Apesar disso, o IED é normalmente percebido como vantajoso para os receptores e, feita a ressalva de que seus benefícios nem sempre se manifestam, os Estados muitas vezes estabelecem políticas para sua recepção. Dada a consciência desta situação, o Banco Mundial se refere ao bom clima de investimentos como:

Fatores alocativos que conforma as oportunidades e os incentivos para que as empresas invistam produtivamente, criem empregos e se expandam. Um bom clima de investimentos não se limita a gerar lucros para as empresas – se esta fosse a finalidade, o objeto seria limitado à redução de custos e riscos. Um bom clima de investimentos melhora os resultados de toda a sociedade.

Do mesmo modo que países interessados em fomentar os investimentos estrangeiros podem estabelecer políticas econômicas e estatuir um marco regulatório adequado para o recebimento de capitais e tecnologia, é possível que também as regiões, compreendidas como conjuntos de países geograficamente próximos, podem traçar estratégias próprias.

---

<sup>28</sup> Monteiro, 2005.

Cada país, tendo em vista a região em que se encontra, pode resolver atuar de modo cooperativo ou competitivo. Aqui, compreendemos cooperação como a atuação concertada para a produção de benefícios para todos os atores, os quais não seriam obtidos em situação de conflito ou ausência de cooperação. Na competição, cada ator busca os maiores benefícios possíveis, sem se importar com os resultados dos demais.

Nesse sentido, é importante ressaltar, a cooperação como atividade expressamente ajustada depende:

1. De que os atores compartilhem objetivos e visões consensuais a respeito de benefícios;
2. De que os atores estabeleçam objetivos conjuntos de longo prazo;
3. De que as ações se desenvolvam sob o amparo de um quadro jurídico ou institucional;
4. De que o concerto seja explícito, admitindo modalidades tácitas ou baseadas em reciprocidade ou altruísmo recíproco e
5. De que não haja competição em aspectos associados à cooperação.

Desse modo, a concepção proposta de cooperação é bem mais ampla do que a geralmente aceita.

A cooperação para se obter investimentos estrangeiros, portanto, pode ocorrer em âmbitos restritos e, ainda assim, sem a concordância explícita dos atores ou a justificação de um regime comum. Para a produção de um clima de investimentos, por exemplo, é possível que os países estabeleçam sistemas coordenados para a diminuição dos riscos políticos e jurídicos, enquanto, individualmente, envolvem-se em corridas de desregulação – *races to the bottom* – em aspectos regulatórios, tributários, trabalhistas e ambientais.



Pelo que se observou na descrição dos aspectos jurídicos dos investimentos organizados em conformidade com os fatores de atração, é possível verificar que nos campos mais tradicionais – a exploração de recursos naturais e a oferta de serviços públicos – a estrutura jurídica associada já se encontra bem estabelecida. Por sua vez, em geral, não há muito sentido em promover estratégias cooperativas ou competitivas, pois a busca por petróleo, minérios, terra, água e oferta de serviços públicos costumam seguir os limites territoriais estatais. Existe, é certo, a possibilidade de cooperação na utilização e conservação de recursos transfronteiriços, como no caso da Binacional Itaipu, em que Brasil e Paraguai firmaram um tratado internacional para a exploração de energia hidrelétrica.

Muitas sinergias econômicas, políticas e jurídicas são possíveis em ambientes transfronteiriços, indo desde a exploração de jazidas minerais que se estendem além do território de um único país, até a harmonização jurídica da propriedade intelectual sobre recursos biodiversos e para o uso de conhecimentos tradicionais em regiões onde a biota e os povos indígenas não respeitam as linhas traçadas pelas soberanias nacionais.

De qualquer modo, os incentivos fiscais e trabalhistas têm pouco a influir sobre a busca de recursos naturais, embora a redução da proteção ambiental possa ser importante para facilitar várias formas de exploração e exploração. A atração é garantida pela própria presença dos recursos e pela existência de mercados cativos. Há, claro, várias políticas possíveis para favorecer investimentos e investidores, mas estas não são o principal propulsor da busca desses recursos. Considerando, portanto, a compreensão de bom clima para investimentos como garantindo, também, impactos positivos para os países e regiões receptoras de investimentos, é possível colocar as questões das externalidades positivas, efeitos distributivos e transferência de tecnologia no centro das finalidades de políticas econômicas setoriais.

Para os investimentos produtivos decorrentes da expansão horizontal voltada à busca de mercados, como se observou, as estratégias baseadas na substituição de importações foram quase totalmente afastadas do quadro de ferramentas eficientes, seja pelo relativo fracasso das tentativas cepalinas – dados o elevado endividamento estatal, a baixa competitividade internacional derivada da falta de benefícios de escala e o desequilíbrio departamental. O crescimento e fortalecimento dos mercados internos, o desenvolvimento de um instrumental jurídico sofisticado e incentivos para a redução do custo de fatores produtivos, por sua vez, podem ser boas alternativas para incentivar a oferta nos mercados doméstico e internacional, inclusive pela recepção de IED. Tanto o robustecimento das instituições que sustentam relações de mercado, quanto o incremento da segurança e certeza jurídicas podem ser obtidos a partir de políticas regionais cooperativas, ao passo que incentivos fiscais e políticas para a redução de custos de fatores tendem a expressar esforços competitivos.

Sempre que visam uma presença de longo prazo no país receptor, o que normalmente está de acordo com os objetivos das políticas estatais de atração, as companhias tendem a observar com maior cuidado questões estruturais e tratar com desconfiança as políticas de curta duração impulsionadas por razões políticas e emergências econômicas. Nesse sentido, nem toda desregulação atrai o tipo de investimento mais desejado, pois sempre que desta possa resultar uma maior instabilidade social ou política, bem como insegurança nos mercados locais, as tentativas de apontar para um céu de brigadeiro podem encher de nuvens o tão desejado bom clima de investimentos.

Assim, a cooperação internacional pode ser importante não apenas para dar maior robustez a instituições, mas, na medida em que possibilita a harmonização de políticas e parâmetros regulatórios, ajuda ainda mais a incrementar a estabilidade jurídica. Nesse sentido, é significativa a pesquisa do Banco Mundial com mais de 30.000 empresas em 53 países

em desenvolvimento que identificou os riscos referentes a políticas públicas como uma das principais preocupações dos investidores, ao lado dos custos de transação e das barreiras à concorrência<sup>29</sup>.

## **6. Mercosul e cooperação regional para a atração de investimentos estrangeiros**

É comum chamar o Mercosul de uma união aduaneira imperfeita, o que se deve tanto à existência de regimes especiais que limitam a circulação de mercadorias mediante instrumentos quantitativos e tarifários, bem como o caráter incompleto da tarifa externa comum. Não obstante, já no Tratado de Assunção de 1991, propõe-se a criação de um mercado comum, o que exigiria, além de uma união aduaneira completa, liberdades de circulação de pessoas naturais, estabelecimento de pessoas jurídicas e circulação de capitais.

Deve-se ter em conta que a própria existência do Mercosul como um esforço de integração regional implica, por si mesma, um importante incentivo a investimentos estrangeiros na região, posto que ao dar maior liberdade de circulação de mercadorias e insumos produtivos, garante um alargamento dos mercados nacionais, tornando-os mais adequados à obtenção de economias de escala. Nesse particular, a cooperação é amplamente institucionalizada em termos internacionais, o que ajuda a estabilizar as políticas comerciais dos países mercosulinos e criar um ambiente de negócios mais estável.

No que se refere especificamente à proteção e promoção de investimentos entre os países da região, houve a assinatura de dois protocolos, um em Colônia do Sacramento e outro em Buenos Aires, os quais não foram ratificados, sobretudo em decorrência das posições brasileiras a respeito dos APPRI<sup>30</sup> e da arbitragem mista de investimentos.

---

<sup>29</sup> Banco Mundial, 2004, p. 13.

<sup>30</sup> Nos anos 1990 o Brasil assinou 14 APPRI, mas não ratificou nenhum deles.

Não obstante, os outros países do Mercosul, inclusive a Venezuela e os associados, fazem parte do sistema internacional dos APPRI/ICSID. No caso da Argentina, há 14 APPRI com países latino-americanos e a tendência recente é a de fortalecer a rede destes tratados para incluir países em desenvolvimento, o que pode implicar efeitos positivos a respeito da imagem política e reputação.

Em face do quadro institucional, é possível concluir que não há estratégias comuns formalmente concertadas no Mercosul, cabendo a atração de investimentos estrangeiros às políticas unilaterais. Os efeitos positivos da integração regional se devem à liberalização do fluxo de bens e o alargamento do mercado, bem como eventuais efeitos positivos sobre a percepção interancional da região, inclusive em decorrência da adesão de alguns de seus membros e associados aos APPRI e ao ICSID.

Sem embargo, a ausência de mecanismos jurídicos internacionais de liberalização e proteção de investimentos estrangeiros pode ter como resultado o acirramento de tensões econômicas na região, as quais se deveriam à competição por investimentos estrangeiros. A questão das usinas de polpa de celulose instaladas no Uruguai não deixa de ser, aliás, um exemplo disso. Tais tensões poderiam se concretizar na forma da redução de padrões ambientais, trabalhistas e tributários, com riscos de corridas de desregulação destrutivas.

## **Conclusões**

A ausência de processos políticos claros e de um robustecimento da jurificação internacional em matéria de investimentos estrangeiros no Mercosul não significa que o processo de integração regional deixe de ter efeitos positivos sobre a atração de capitais e tecnologia estrangeiros na forma de IED. Quando se adota um conceito muito amplo de cooperação, como no âmbito deste capítulo, pode-se dizer que, embora de maneira tácita e a despeito da pouca sustentação e estrutura institucional, há benefícios para os atores que resultam da implementação de estratégias

unilaterais dos países, que terminam por projetar intenções semelhantes de projetos de desenvolvimento impulsionados pelo mercado. Decerto, a competição faz com que cada um busque melhorar, por seus próprios esforços, as instituições jurídicas e políticas nacionais, terminando por criar marcos regulatórios adequados a um bom clima de investimentos.

Por conseguinte, o desenvolvimento histórico dos marcos jurídicos nacionais, adaptados às exigências da expansão do capitalismo global por meio das CTN, bem como a adesão de muitos dos países da região ao regime dos APPRI/CIADI pode gerar efeitos positivos para todos.

Por outro lado, uma estrutura competitiva e sem balizas claras de cooperação concertada comporta corridas de desregulação e, portanto, a possibilidade de prejudicar a própria formação de bons climas de investimento.

Deste modo, seria mais benéfico estabelecer melhores sistemáticas de discussão e tomada de decisões internacionais, as quais fossem suficientes para criar regimes regionais consensuais para o melhor tratamento dos investimentos estrangeiros, o qual (1) respeite a diversidade das razões de atração dos investimentos e de sua distribuição desigual entre os países, (2) tenha em conta o objetivo de fortalecer os sistemas jurídicos internos, adequando-os às necessidades dos investidores estrangeiros e às metas de políticas econômicas dos Estados, (3) possibilite a inserção do Brasil em um sistema regional de promoção e proteção de investimentos que não implique seu ingresso na rede dos APPRI, (4) facilite a aprendizagem e a formação de consensos entre autoridades governamentais e representantes de outros atores econômicos e sociais para o estabelecimento de padrões ambientais e trabalhistas comuns e (5) permita à região a harmonização de estratégias para a atração e regulação de investimentos estrangeiros, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento de todos.

## CAPÍTULO II

### ICSID E ARBITRAGEM NOS CONTRATOS COM O ESTADO



## Introdução

Não há muito tempo que a arbitragem internacional entre investidor estrangeiro e Estado receptor de investimentos se transformou em um tema candente na Argentina, de maneira a atrair o interesse teórico e prático dos juristas e dos profissionais do Direito, bem como o de jornalistas e políticos, dadas as importantes e delicadas questões públicas que envolvem, inclusive, questões referentes a contratos com o Estado.

Já com quase quarenta anos de criação e mais de trinta de atividade, o Centro Internacional para a Solução de Controvérsias sobre Investimento (ICSID) se converteu, nos últimos 15 anos, no principal sistema de solução de disputas internacionais em matéria de investimentos, fazendo com que a arbitragem de litígios entre investidores e Estados soberanos tenha perdido seu caráter de excepcionalidade. Nesse contexto, o sistema do ICSID deixou de ser uma mera curiosidade jurídica, com apenas 6 casos registrados nos primeiros 10 anos de atividade, para se transformar em um instrumento fundamental, superando, em 2003, a barreira de 30 casos iniciados, com marcas anteriores e posteriores da mesma grandeza.

Portanto, conhecer as circunstâncias em que se deu seu crescimento e, ao mesmo tempo, analisar com algum detalhe sua sistemática de solução de controvérsias é necessário para que o jurista compreenda as relações entre os investimentos estrangeiros, a arbitragem internacional e os contratos com o Estado, traçando um quadro complexo, embora indispensável.



Decrever-se-á, para tanto, alguns aspectos da transformação dos paradigmas do investimento estrangeiro nas últimas décadas e suas relações com a criação do ICSID. Nesta análise, será sublinhada a importância da utilização dos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI), o papel das recentes privatizações e, por fim, mas não com menor importância, as características técnicas da arbitragem do ICSID e as possibilidades que se apresentam para a proteção dos investimentos.

Antes que tratar de todas as questões econômicas, políticas e jurídicas, o presente capítulo tem o sentido de apontar a complexidade do tratamento jurídico do investimento estrangeiro, apresentando sinteticamente alguns dos pontos mais importantes para a compreensão do fenômeno da regulação e proteção internacional do investimento estrangeiro, com o objetivo de oferecer uma visão panorâmica que sirva de ponto de partida ou introdução ao seu estudo.

## **1. Precedentes históricos - investimentos**

Terminada a II Guerra Mundial houve a desagregação dos impérios coloniais, sobretudo o francês e o britânico, e os movimentos de libertação nacional na África e na Ásia, os quais implicaram em expropriações maciças, na forma de nacionalizações e socializações em grande escala de ativos pertencentes a estrangeiros, especialmente os vinculados às antigas metrópoles.

O padrão anterior dos investimentos era, desde o século XIX e até os anos 1950, o do chamado sistema de enclave, em que um investidor estrangeiro ocupava uma área de onde podia extrair os recursos naturais, especialmente os minerais, pagando um *royalty*

calculado sobre a quantidade extraída<sup>31</sup>. Este modelo foi duramente criticado pelos países socialistas, pelas antigas colônias e pelos países da América Latina, fortalecida depois da guerra<sup>32</sup>.

Neste período houve uma profunda alteração dos padrões jurídicos de regulação e proteção dos investimentos estrangeiros. Com efeito, tão pronto se realizaram nacionalizações, vários Estados se ressentiram da falta de tecnologia de exploração, capacidade de administração e acesso a cadeias de transformação e distribuição. Consequentemente, formaram-se empresas nacionais destinadas a celebrar acordos de *joint venture* com as principais companhias dos países industrializados, de modo que a união de empresas se tornou, em pouco tempo, a estrutura jurídica mais comum de acordo de investimento para a exploração e exploração de recursos naturais. Nesse sentido, referindo-se ao período dos anos 1950 e 1960, recorda Wolfgang Peter<sup>33</sup>:

A estrutura dos acordos de concessão foi, deste modo, profundamente modificada, na medida em que o conceito de soberania sobre os recursos naturais se materializava na questão do controle dos Estados receptores sobre os projetos. Os novos projetos quase sempre envolviam o condomínio dos Estados receptores e investidores estrangeiros, o qual se organizava em uma estrutura de *joint venture* e muitos dos contratos de concessão existentes foram adaptados para este modelo. Outras mudanças na estrutura dos acordos de concessão tiveram lugar quando novas formas contratuais passaram a ser utilizadas, como os contratos de administração, os acordos de distribuição da produção e os contratos de trabalho, denominados de serviço.

---

<sup>31</sup> Peter, 1986, p. 6 e 7.

<sup>32</sup> Lowenfeld, 2003, p. 405 a 407.

<sup>33</sup> 1986, p. 7.

Os regimes de cooperação entre investidores estrangeiros e Estados receptores, não obstante, vem se transformando desde então.

Na América Latina as políticas de desenvolvimento seguiam as teorias dos economistas da Comissão das Nações Unidas para a América Latina (CEPAL), especialmente Raúl Prebisch, que defendiam o desenvolvimento por meio da industrialização, fomentada por capitais estrangeiros atraídos para mercados protegidos e inundados por investimentos públicos em infraestrutura, de modo a facilitar a instalação de uma indústria nascente<sup>34</sup>. Neste quadro, mesmo que o investimento estrangeiro para a obtenção de recursos minerais nunca tenha deixado de existir, uma boa parte dos influxos de capital se destinou, especificamente, a investimentos diretos no setor secundário, mediante a criação de filiais e sucursais de empresas estrangeiras, muitas vezes na forma de pessoas jurídicas privadas constituídas nos países receptores. Por seu lado, o Estado tomou, repassou e garantiu a tomada de empréstimos no exterior, inicialmente como receptor de ajuda internacional e, mais tarde, junto a instituições privadas<sup>35</sup>.

Nos anos 1980 e, principalmente, 1990 houve outra grande mudança na estrutura dos investimentos estrangeiros em face da crescente liberalização e desregulação promovida pelos países em desenvolvimento e em transição do socialismo para o capitalismo.

Esses movimentos foram acompanhados de privatizações, inaugurando um período de entrada de capitais para a aquisição de empresas estatais dos mais diversos segmentos, como mineração, petróleo, eletricidade, telefonia, aviação, ferrovias, estradas e bancos, entre outros. Alguns países não se desfizeram de todas as

---

<sup>34</sup> Bielchowsky, 1988, p. 11 a 35 e 363 a 399

<sup>35</sup> Armijo, 1999.

suas companhias, mas até a metade da primeira década do século XXI o principal dos investimentos estrangeiros diretos se fizeram em privatizações, não em *greenfield*. Desta maneira, os regimes de concessão para a exploração de recursos naturais e de prestação de serviços públicos voltaram ao centro da cena e a influência pública deixou de ser realizada mediante a incrustação de tomadores de decisão em empresas estatais ou mistas para retomar a forma de instâncias regulatórias, inclusive com a adoção de agências setoriais.

Em resumo, é possível identificar quatro paradigmas de investimento estrangeiro:

1. O modelo de enclave, baseado em concessões leoninas a cargo dos investidores estrangeiros que exploravam livremente uma região, existente desde o século XIX, mas decadente em nossos dias;
2. O modelo das *joint ventures*, baseado na criação de empresas nacionais que se associam contratualmente a investidores estrangeiros, buscando capacidades técnicas e administrativas, bem como acesso a redes internacionais de distribuição, havendo surgido nos anos 1950;
3. O modelo dos contratos de serviços, no qual o investidor tem apenas posições contratuais com o Estado ou empresa estatal que explora um setor, o qual existe como estrutura independente ou, por muitas vezes, acessória às *joint ventures* e
4. O modelo dos investimentos diretos em atividades econômicas de livre concorrência, sem depender de concessões, permissões ou contratos com o Estado, embora possam ser favorecidas por imunidades tributárias ou subsídios. Investidores estrangeiros,

assim, ou buscam acesso ao mercado do país receptor, ou a fatores produtivos que gerem maior eficiência.

Hoje, todas as formas e instrumentos jurídicos de investimento estrangeiro coexistem, sem que se possa indicar a predominância de um paradigma. Com efeito, eles variam conforme o país que os utiliza ou o setor envolvido.

Do ponto de vista dos regimes jurídicos internacionais, decerto, o apoio institucional e normativo externo pode ser muito importante para incrementar a estabilidade da regulação dos investimentos. Esse papel foi, inicialmente, desempenhado pelos países centrais que protegiam seus nacionais contra eventuais abusos dos países receptores, passando, mais tarde, a um processo de internacionalização voltada ao fortalecimento dos mercados e proteção de investimentos e investidores. Esse movimento pode ser sentido tanto na celebração de acordos internacionais, quanto na utilização de instrumentos de solução de controvérsias, como se verá em seguida.

## **2. Precedentes históricos – a solução de controvérsias**

Efetivamente, o principal sistema para a solução de controvérsias entre particulares e Estados é, por todas as partes, o próprio judiciário estatal, que aplica as regras jurídicas que defendem o cidadão contra as arbitrariedades do Estado, inclusive por meio da proteção da propriedade privada. O mesmo se passa com os investidores estrangeiros, independentemente de se esses assumem ou não uma nova personalidade jurídica no país receptor. O fato de haver mais e mais casos arbitrais internacionais entre particulares e Estados não deve desviar a atenção do fato que seu número é quase irrisório em face dos milhares de casos que são levados ao conhecimento dos tribunais estatais todos os anos.

Não obstante, a relativa incerteza e o clima de insegurança jurídica e política do contexto dos anos posteriores à II Guerra Mundial levaram à formação de nuvens que turvaram o horizonte de expectativas e certezas, implicando a mútua desconfiança entre investidores e Estados<sup>36</sup>.

É então, nesse tempo de nacionalizações e socializações, que a Assembleia Geral das Nações Unidas criou resoluções voltadas a favorecer os países em desenvolvimento (1803 (XVII), 2158, 3171 (XXVIII), 320 (S-VI) 3281 (XXIX)) e buscou estabelecer o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais. Essas resoluções, que em alguns casos tiveram apoio de ampla maioria, não chegaram a gerar o consenso necessário para que ele se convertesse em um princípio geral ou, muito menos, em parte do *jus cogens*<sup>37</sup>. Dada a imprecisão e oscilação do sentido das normas que o expressaram, o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais não chegou a produzir os efeitos originalmente desejados<sup>38</sup>.

Além disso, a descolonização se realizou enquanto se punha em prática a estratégia de disputa por zonas de influência entre as duas superpotências que lutavam pelo protagonismo mundial: a União Soviética e os Estados Unidos. Havia, portanto, um clima em que se devia considerar como particularmente difícil a aceitação de sistemas de solução de controvérsias resultantes das nacionalizações e socializações que dependesse da proteção diplomática dos Estados de origem dos capitais investidos, sobretudo porque era particularmente incômodo para as antigas metrópoles litigar contra suas ex-colônias para proteger seus investidores.

---

<sup>36</sup> David, 1982, p. 219 e 220. Peters, 1998, p. 131 a 135.

<sup>37</sup> Jennings e Watts, 1996, p. 922 a 924. Lowenfeld, 2003.

<sup>38</sup> Higgins, 1994, p. 141 e 142.

Por outro lado, faziam-se esforços para devolver a segurança aos investidores, tanto por parte dos países exportadores, quanto dos importadores de capitais. O primeiro elemento da reconstrução da segurança para os investimentos estrangeiros se iniciou mediante as negociações e arbitragens *ad hoc* que se seguiram à consciência de que os países detentores dos recursos naturais explorados dependiam, em alguma medida, das competências técnicas e administrativas das companhias estrangeiras.

Assim, ao lado da especialização dos árbitros e do sigilo, que favorecem o cumprimento voluntário dos laudos<sup>39</sup>, a necessidade de recompor a confiança internacional dos investidores favoreceu a arbitragem mista entre particular e Estado.

De fato, não se pode falar de uma retrospectiva histórica sem mencionar os grandes casos do petróleo, sobretudo Aramco (1955), BP (1971), Topco (1975) e Liamco (1977). Mesmo que estes não sejam os primeiros casos sobre investimentos e propriedade de estrangeiros, a arbitragem entre investidor e Estado, na sua modalidade *ad hoc*, se apresentou com força e muitos dos princípios que ainda são utilizados se formaram nesse então, sobretudo no que se refere à nacionalização e ao cálculo das compensações<sup>40</sup>.

Não obstante, como se pode perceber nos casos líbios da British Petroleum, Texaco e Liamco, mesmo que chegando a resultados similares (condenação a compensar), o fato de que se fizeram a partir de bases normativas muito diversas (Direito dinamarquês, Direito internacional e princípios de Direito internacional privado, respectivamente) e, principalmente, a partir de argumentos diferentes (ilicitude decorrente da discriminação política, ilicitude com base na violação de direitos contratuais e licitude, mas com interferência indevida em direitos contratuais, respectivamente)

---

<sup>39</sup> Delaume, 1981, p. 784.

<sup>40</sup> Higgins, 1994, p. 142 a 145.

torna difícil a criação de uma jurisprudência sólida a partir desses casos<sup>41</sup>, como é próprio de arbitragens que se constituem com vistas em um caso específico.

Além desses, houve casos entre investidores e Estados resolvidos pelo Tribunal de Reclamações Irã – Estados Unidos (TRIEU), instalado em 1981 como resultado da Revolução Islâmica e o conseqüente congelamento de ativos iranianos no outro lado do Atlântico. O TRIEU decidiu cerca de 4.000 casos, sendo que a maior parcela das questões solucionadas envolviam particulares de um lado e Estado do outro<sup>42</sup>.

Porém, mesmo antes de muitos desses casos, sentia-se a necessidade de buscar um sistema institucional de arbitragem entre investidores e Estados. Em 1965, nesse sentido, assinou-se a Convenção para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, também conhecida como Convenção de Washington de 1965 (CW) para a criação do Centro Internacional para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID). A arbitragem do ICSID pode ser classificada como internacional – e não necessariamente mista – por haver sido criada por meio de uma convenção, bem como institucional, pois apresenta órgãos permanentes, procedimentos padronizados e listas de árbitros<sup>43</sup>.

O ICSID é uma organização internacional independente, embora participe do Grupo Banco Mundial. Ele apresenta uma estrutura orgânica formada por um Conselho Administrativo e um Secretariado. O Conselho promove reuniões anuais e é composto por representantes de todos os estados contratantes, sob a batuta do Presidente do Banco Mundial. A partir de 1978 se criou um

---

<sup>41</sup> Al-Ahdab, 1996, p. 253 e 254.

<sup>42</sup> Collier e Lowe, 1999, p. 73 a 83.

<sup>43</sup> David, 1982, p. 54 a 56.



mecanismo complementar, o qual expandiu as competências *ratione materiae* e *ratione personae* dos seus tribunais.

Além disso, o Conselho e o Secretariado mantêm duas listas (CW, Artigos 12 a 16), uma de conciliadores e outra de árbitros, indicados periodicamente pelos Membros (quatro por Estado para cada lista) e pelo Presidente do Conselho (dez para cada lista) para que exerçam suas funções nas comissões de conciliação, nos tribunais arbitrais e nas comissões *ad hoc*. As indicações são por períodos de seis anos e podem incluir nacionais ou estrangeiros em relação ao Estado que os indica. É importante sublinhar que as listas de conciliadores e árbitros não são vinculantes para as partes em uma controvérsia, as quais podem indicar quem lhes pareça mais adequado. Não obstante, sempre que o Presidente ou o Secretário devam indicar uma pessoa para a formação de uma comissão ou de um tribunal, deverá seguir as listas.

Embora não exista nenhum obstáculo à utilização do ICSID para arbitragens de um Estado contra um investidor, quase todos os casos – e todos os casos do período mais recente – têm investidores estrangeiros no polo processual ativo. Isso se deve tanto às origens e estrutura desse tipo de arbitragem, quanto à estrutura dos acordos internacionais de investimentos. As conciliações tampouco se mostraram como um grande sucesso, sendo que se de 2003 a 2005 houve quase 80 pedidos de arbitragem atendidos, as conciliações se limitaram a dois procedimentos.

As adesões ao ICSID se intensificaram nos anos 1990, sobretudo com o ingresso dos países em transição do socialismo para o capitalismo e os latino-americanos. Na América do Sul há os

seguintes membros<sup>44</sup>:

	<b>Assinatura</b>	<b>Ratificação</b>
<b>Argentina</b>	1991	1994
<b>Bolívia</b>	1991	1995
<b>Brasil</b>	-	-
<b>Chile</b>	1990	1993
<b>Colômbia</b>	1993	1997
<b>Equador</b>	1986	1986
<b>Guiana</b>	1969	1969
<b>Guiana Francesa (França)</b>	1965	1967
<b>Paraguai</b>	1981	1983
<b>Peru</b>	1991	1993
<b>Suriname</b>	-	-
<b>Uruguai</b>	1992	2000
<b>Venezuela</b>	1993	1995

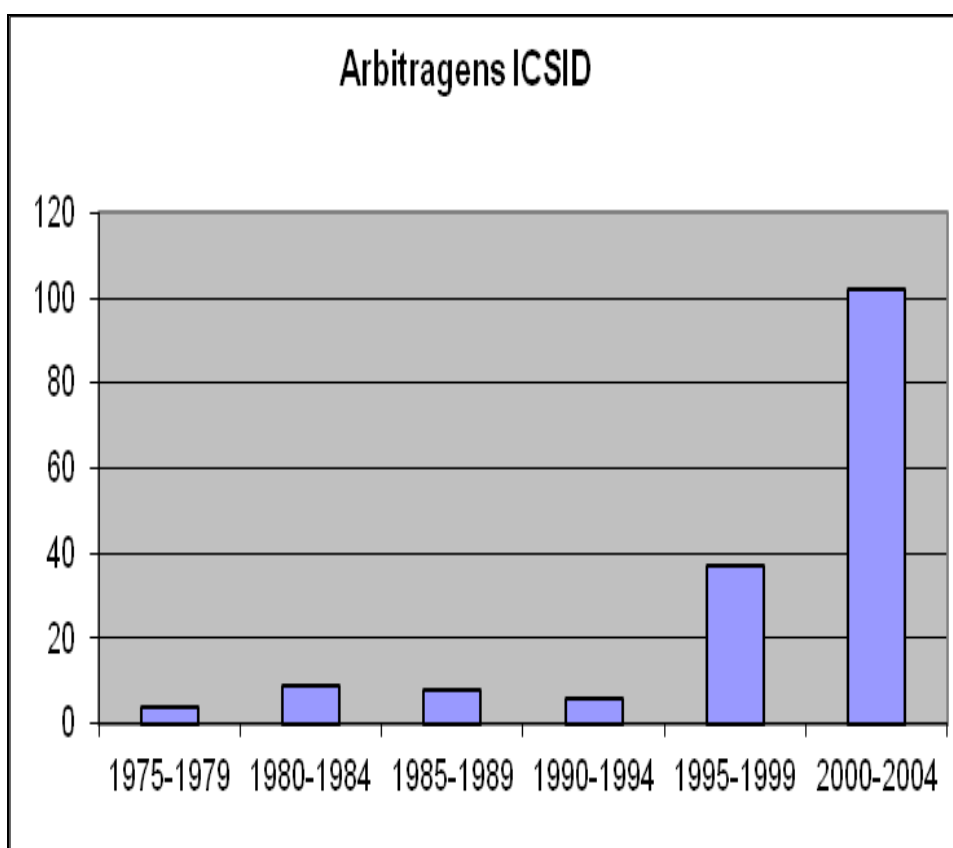
O sistema do ICSID, depois de um início claudicante e muitas resistências, vem se convertendo em um instrumento importantíssimo para os regimes internacionais de proteção e promoção de investimentos.

---

<sup>44</sup> <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>, consultado em 12 de julho de 2005

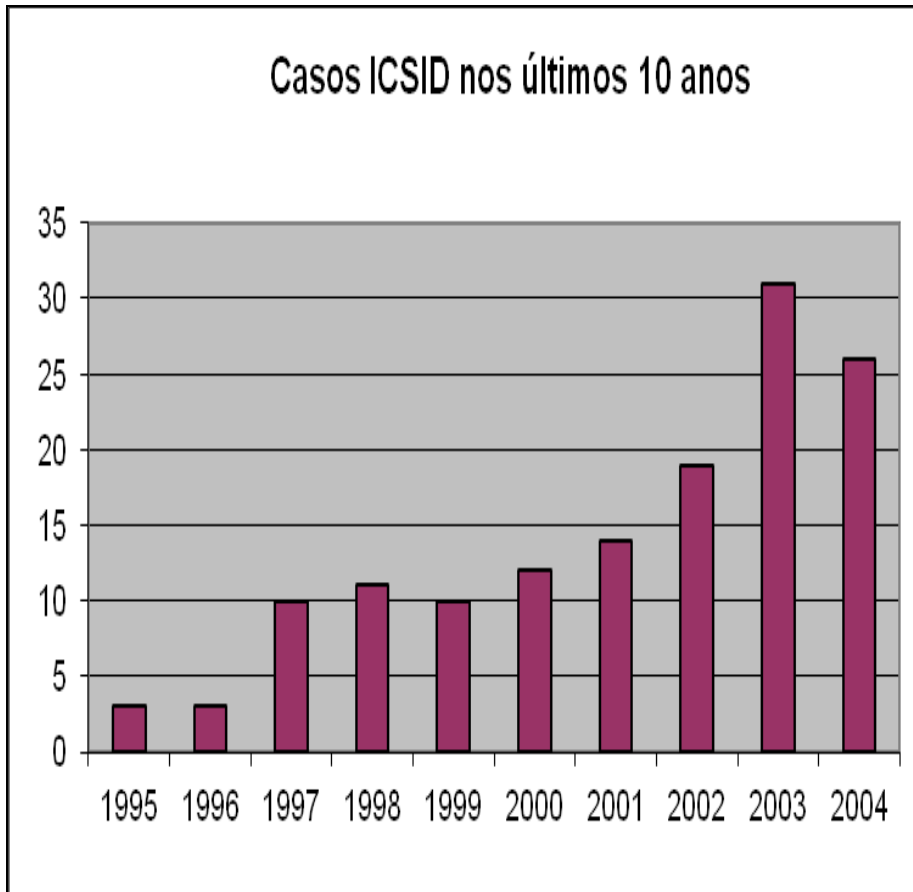
### 3. A crescente importância do ICSID: da excepcionalidade à normalização

Inicialmente, a utilização dos serviços do ICSID foi menos do que bissexta. De fato, foi só em janeiro de 1972, com o início da arbitragem *Holliday Inns S.A. e outros v Marrocos*, que se inauguraram as atividades do Centro. Não obstante, sua atuação foi se tornando mais frequente, sobretudo nos anos 1990, como se pode observar no Gráfico 1, abaixo.



(Gráfico 1, elaborado a partir de dados em [www.worldbank.org/icsid/](http://www.worldbank.org/icsid/), consultado em 20 de novembro de 2004)

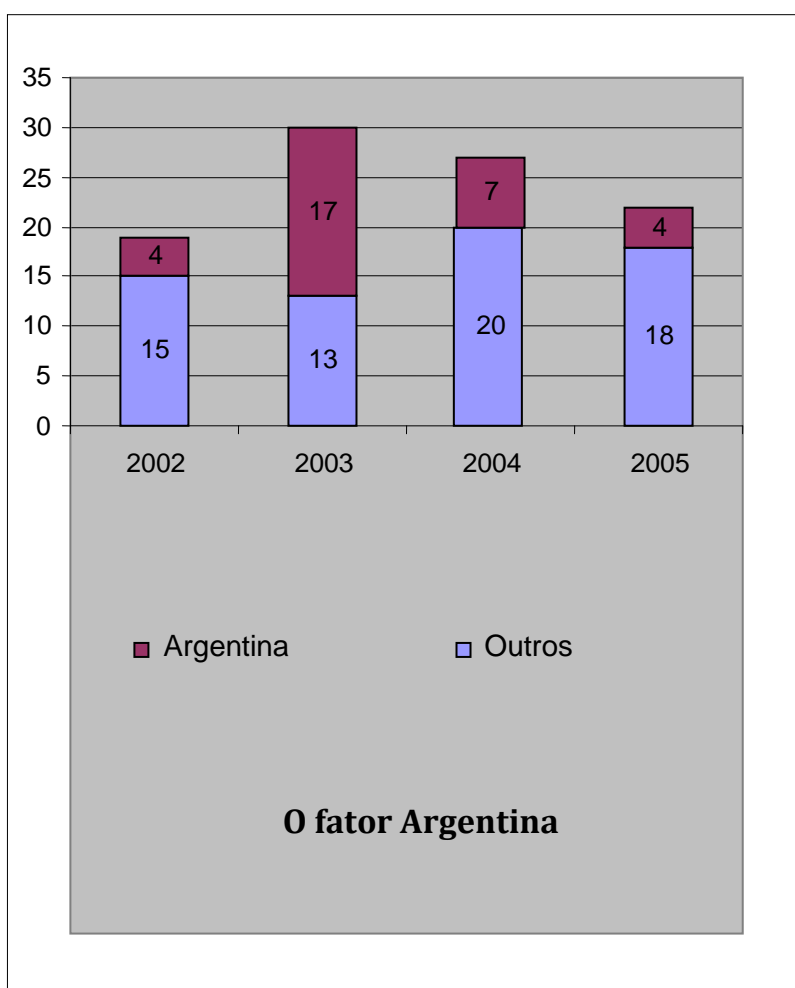
De fato, muitos dos principais casos entre investidores e Estados, pelo menos antes dos anos 1990, foram levados a tribunais *ad hoc* ou tribunais especiais. Sem embargo, essa situação se modificou com o tempo. Tomados os dados dos últimos anos, percebe-se um crescimento robusto, como apresentado no Gráfico 2.



(Gráfico 2, elaborado a partir de dados consultados em [www.worldbank.org/icsid/](http://www.worldbank.org/icsid/), 30 de outubro de 2005.)

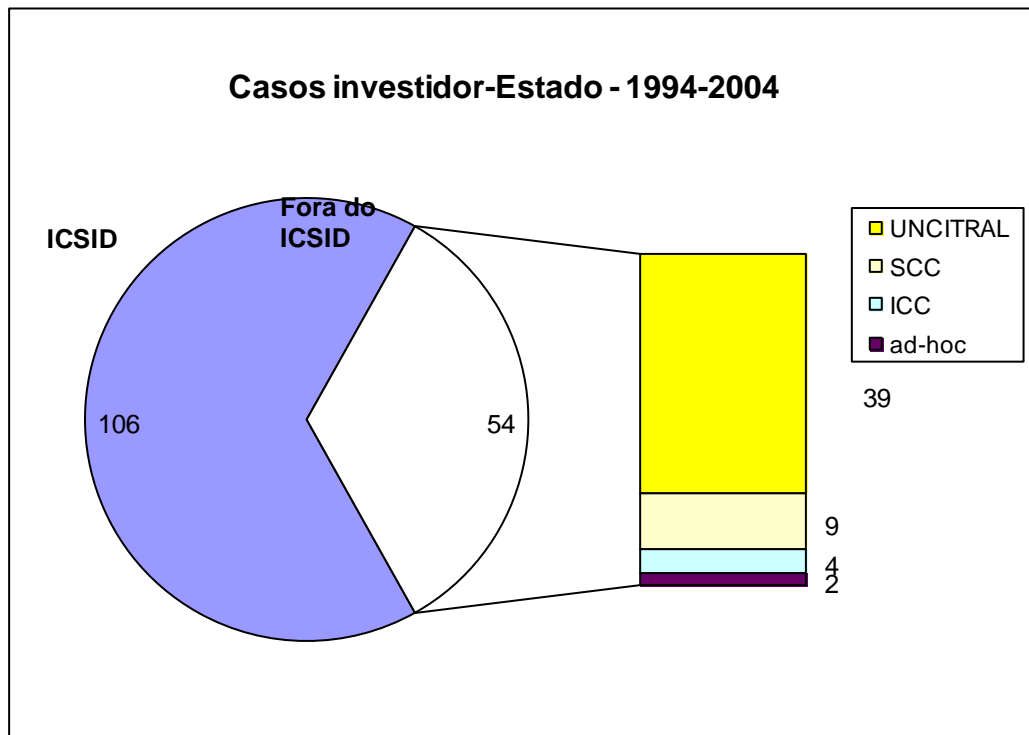
## Proteção Internacional do Investimento Estrangeiro no MERCOSUL

Observe-se, além disso, que a pesar da grande participação dos casos argentinos no ICSID nos anos recentes, percebe-se que o crescimento se deu com alguma independência disso, pois estes não chegam a constituir um fator único para determinar a normalização, embora tenham representado mais da metade dos casos novos em 2003, explicando porque o ápice se deu neste ano. A quantidade de outros casos, entretanto, indica um crescimento consistente, como se pode observar no Gráfico 3.



(Gráfico 3, elaborado a partir de dados consultados em [www.worldbank.org/icsid/](http://www.worldbank.org/icsid/), 30 de outubro de 2005.)

Sem embargo, o simples fato de que se identifique um incremento importante dos procedimentos no ICSID não seria motivo suficiente para que este fosse considerado, em comparação com os demais sistemas existentes, o mais importante para a solução internacional de controvérsias em matéria de investimentos. Outro dado fundamental é o da participação relativa dos casos submetidos ao ICSID em comparação com os outros foros entre 1994 e 2004, a qual demonstra sua posição de inegável preponderância, como indica o Gráfico 4.



(Gráfico 4, fonte: UNCTAD, “Occasional Note – International Investment Disputes on the Rise” – UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2. P. 7.)

Os números do crescimento e a distribuição dos casos de arbitragem internacional em matéria de investimentos apontam, portanto, para um fenômeno que se poderia chamar de normalização, entendida como a estabilização de níveis mínimos da demanda por serviços de arbitragem relacionada a esse tipo de

disputas, independentemente de fatos excepcionais, como revoluções, guerras ou crises profundas.

Há dois fatores que impulsionaram a normalização da utilização do ICSID. A principal explicação está no aumento da quantidade dos acordos de investimento que o indicam como instituição competente para a solução das controvérsias. Não obstante, isso não haveria ocorrido sem as privatizações e o retorno dos modelos jurídicos de investimentos baseados em concessões e contratos diretos com o Estado.

#### **4. APPRI e TBI**

O fenômeno que melhor explica a estabilização da demanda por serviços de arbitragem de investimento e o crescimento do número de Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPRI)<sup>45</sup>, especialmente na forma de tratados bilaterais de investimentos (BIT), sendo que até o presente foram assinados aproximadamente 2.400 BIT<sup>46</sup>, dos quais os países do Mercosul respondem por quase 100 acordos em vigor: Argentina, 50; Paraguai, 23; e Uruguai, 24<sup>47</sup>. O Brasil firmou 14 BIT, mas nenhum foi ratificado e todos foram retirados da pauta do Congresso.

Se em 1984 havia pouco mais de 300 BIT assinados e 226 ratificados, em 2004, esses números escalaram ao patamar de 2.400 BIT assinados e pouco mais de 1.700 ratificados<sup>48</sup>. A expansão dos BIT teve seu principal impulso nos anos 1990, com as mudanças políticas e econômicas que se seguiram à queda do Muro

---

<sup>45</sup> Manciaux, 2004, p. 191 e 192.

<sup>46</sup> UNCTAD, 2005.

<sup>47</sup> Dados em [www.inversiones.gov.ar](http://www.inversiones.gov.ar), [www.proparaguay.gov.py](http://www.proparaguay.gov.py) e [www.mrree.gub.uy](http://www.mrree.gub.uy), todos consultados em 28 de junho de 2004. Todos os acordos são posteriores a 1990, exceto um paraguaio, que não foi computado.

<sup>48</sup> UNCTAD, 2005.

de Berlim: muitos dos países socialistas, com sistemas jurídicos nacionais ainda pouco adequados à sistemática dos investimentos particulares, recorreram aos BIT como meio de proteção dos investimentos estrangeiros. Na mesma onda foram arrastados os países em desenvolvimento, inclusive os da América latina, tradicionalmente pouco dispostos a participar desse tipo de acordo.

Para além dos tratados bilaterais, acordos regionais, como o Capítulo 11 do Tratado de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), e setoriais, como o Tratado da Carta da Energia, também estabeleceram regimes de proteção de investimentos. No marco do Mercosul houve a proposta e assinatura do Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado em Colônia do Sacramento aos 17 de janeiro de 1994, o qual regulamentaria os investimentos intrarregionais. Não obstante, tal acordo jamais entrou em vigor, sobretudo dadas as resistências brasileiras.

A estrutura dos APPRI se volta, principalmente, ao incremento da segurança dos investidores. Para tanto, ela cobre alguns tópicos que também são encontrados nas cláusulas de estabilização dos contratos de investimento com o Estado ou companhias estatais, como a proteção contra as expropriações, regras contra a desapropriação indireta e sobre a livre circulação de ativos financeiros<sup>49</sup>. Ademais, as provisões de um APPRI típico se concentram mais na proteção dos investidores e investimentos estrangeiros do que na liberalização de sua entrada ou planos específicos de promoção. Parte-se da ideia que um investimento pode sofrer com o crescimento de custos de transação sempre que os regimes jurídicos não sejam estáveis e seguros – nesse sentido, proteger e promover seriam expressões sinônimas.

---

<sup>49</sup> Peter, 1986, p. 136 a 140.



De fato, há importantes dificuldades para o estabelecimento de uma única fórmula que esteja presente em todos os APPRI, mas há algumas temáticas e características muito difundidas, que se enumeram em seguida:

1. Declaração da finalidade de proteger e promover os investimentos estrangeiros,
2. Definições de investimentos, tendentes, normalmente, a noções amplas e abertas, baseadas em ativos e de modo a incluir contratos, quotas, ações e propriedade intelectual<sup>50</sup>,
3. Cláusula de nação mais favorecida,
4. Extensão da cláusula de nação mais favorecida para a cobertura da entrada e estabelecimento de investidores e investimentos,
5. Cláusula de tratamento nacional
6. Padrão de tratamento justo e equitativo,
7. Regras contra expropriação e estabelecimento de padrões de compensação,
8. Regras de proteção integral, inclusive contra fatos do príncipe,
9. Regras sobre livre transferência de capitais,
10. Regras de sub-rogação em matéria de garantias e seguros,
11. Regras sobre pessoal técnico e administrativo estrangeiro,
12. Proibição de requisitos de desempenho,
13. Regras sobre transparência,

---

<sup>50</sup> É interessante, nesse sentido, observar que os Estados Unidos utilizam os APPRI como um instrumento adicional para por em prática sua política exterior em matéria de propriedade intelectual, buscando estabelecer parâmetros mais elevados que os do TRIPs (Shalden, Schrank e Kurtz, 2005, p. 58 e 59).

14. Regras sobre entrada e saída de pessoal estrangeiro,
15. Exceções gerais,
16. Regras sobre o direito aplicável a controvérsias,
17. Regras sobre solução de controvérsias entre investidores e Estados (em geral indicando o ICSID e, alternativamente, as regras da UNCITRAL) e
18. Regras sobre solução de controvérsias entre Estados.

Alguns acordos incluem um regime de liberalização dos investimentos e serviços, com sistemas de listas negativas (são descritas as rubricas excluídas da liberalização) ou positivas (nas quais se incluem apenas os setores liberalizados). Atualmente são, ainda, comuns as regras sobre a proteção contra a chamada *race to the bottom*, ou competição mediante desregulação, cobrindo os padrões ambientais e laborais.

Os APPRI, como se pode observar, criam direitos e obrigações para os Estados envolvidos e, concomitantemente, direitos subjetivos, garantias e jurisdição internacional para os investidores estrangeiros. O mais importante é a proteção dos atores privados, para os quais se constitui um escudo que o isola do ambiente político, das medidas contra crises econômicas ou das mudanças de orientação das políticas públicas de um país. As obrigações entre os Estados não chegam a ser o essencial destes tratados, embora tenham a importante função de elevar à categoria de obrigações internacionais *stricto sensu*, o que antes era feito mediante algumas leis de investimento de países importadores de capital, ou ficava a cargo dos contratos, que, quando celebrados entre particular e Estado, eram considerados por alguns doutrinadores como tendo

uma natureza similar à dos tratados internacionais<sup>51</sup>.

Quando se observa a lista de disposições típicas de um APPRI, pode-se ressaltar que as disposições descritas de 5 a 8 são o fundamento de muitos casos. Não obstante, as em 3, 4, 9 e 10 também têm potencial para tanto.

Não é estranho, portanto, que a quase totalidade dos casos ICSID seja, principalmente nos últimos anos, relacionada com as obrigações contidas em BIT. Os casos baseados no NAFTA e em outros acordos multilaterais seguem, bem de longe, em segundo lugar. Ainda assim, pela importância de seus atores, são casos bastante conhecidos e destacados. Pode-se, então, afirmar que os casos do ICSID são quase sempre fundados no consentimento estatal dado em um APPRI, mesmo que a matéria a ser discutida tenha origem contratual.

O fenômeno do crescimento das arbitragens entre investidores e Estados, portanto, é causalmente relacionado com a explosão dos BITs nos anos 1990 e 2000.

Deste modo, as reclamações se sustentam, muitas vezes, sobre o consentimento dado nos próprios tratados que estabelecem e incrementam padrões de proteção a investidores e investimentos estrangeiros, independentemente de haver contratos com o Estado ou leis nacionais de investimento. Como as operações de investimento direto têm níveis de complexidade que vão além das regulações simplesmente contratuais, mas encontram apoio tanto no Direito interno quanto na estruturação de relações sociais, é importante observar quais são os contratos que podem estar vinculados a tais empreendimentos e quais são normalmente celebrados com o Estado.

---

<sup>51</sup> Verdross, 1957/1958.

## **5. Investimentos e contratos – a formação dos conflitos de interesses e das controvérsias**

O fato de que a afirmação das competências dos tribunais e a oferta de consentimento do Estado para a arbitragem seja feita mediante os APPRI não quer dizer que os contratos não sejam elementos centrais das controvérsias sobre investimentos. Seja como fonte de obrigações que podem ser consideradas como investimentos, já que as posições contratuais são mencionadas em várias definições dos APPRIS, seja como estruturante de relações com o Estado que podem ser revistas em face dos deveres internacionais, seu papel é de protagonista no regime jurídico internacional de proteção de investimentos.

Efetivamente, desde o período das concessões de enclave até a atualidade, muitos instrumentos contratuais se desenvolveram para possibilitar os investimentos estrangeiros, de modo a compatibilizá-la com os interesses estatais. As estruturas jurídicas utilizadas em um investimento complexo se formam por intermédio de vários contratos, que vão da concessão pública à contratação dos empregados, passando por intrincadas redes que envolvem contratos financeiros e de serviços.

Sem embargo, uma tipologia dos contratos celebrados pelos investidores estrangeiros pode concentrar-se nas seguintes categorias:

1. Concessões de exploração de recursos naturais ou oferta de serviços públicos (monopólio estatal);
2. *Joint ventures* contratuais e acordos de serviços, nos quais o Estado atua mediante uma empresa estatal ou de economia mista;
3. Empréstimos, garantias, seguros e outras operações financeiras;

4. Aquisição de empresas nacionais (M&A), especialmente estatais, o que pode abranger posições ativas em concessões, permissões e autorizações públicas;
5. Contratos sociais para a criação de filiais e sucursais de empresas estrangeiras e
6. Outros contratos comerciais, civis e trabalhistas.

A presença de tantas classes de contratos se deve à complexidade das operações e investimento, sobretudo em sua modalidade direta. Nessas operações, alguns contratos dão forma jurídica a relações que perduram no tempo e as quais, ao contrário de muitos dos contratos comerciais normais, implicam cooperação e colaboração<sup>52</sup>.

Efetivamente, o caráter de cooperação governado pelos contratos em que o investidor estrangeiro e o Estado trabalham em conjunto para a obtenção de resultados mutuamente benéficos têm elementos relacionais, ou seja, que fortalecem externa e internamente o vínculo entre as partes, pois não se completam apenas em operações pontuais de mercado, mas estão sustentadas por redes sociais de relacionamento, como é comum nas diversas atividades econômicas<sup>53</sup>.

Ademais, a posição do investidor frente ao Estado tem uma ambigüidade fundamental: ele é, ao mesmo tempo, sócio e súdito, ou seja, às vezes é um participante das atividades econômicas desenvolvidos pelo Estado e às vezes está submetido à supremacia estatal, a qual cria o ambiente regulatório em que se desenvolvem as atividades do investimento.

---

<sup>52</sup> Peter, 1986, p. 11 e 12 e Sornarajah, 1992, p. 3 a 10.

<sup>53</sup> Macneil, 1985, p. 485 a 491.

Estes fatores fazem com que existam importantes diferenças entre a concessão tradicional, na qual o Estado atua como uma entidade soberana – interna e internacionalmente – e os contratos de *joint venture* em que as empresas, mesmo que estatais, apresentam características que as aproximam de sujeitos privados. Como diz Wolfgang Peter<sup>54</sup>:

Um contrato de investimento concluído por uma parte privada estrangeira e uma empresa estatal apresenta algumas diferenças em comparação com os em que o Estado contrata diretamente com o investidor. Um Estado é um sujeito de Direito Internacional com todas suas prerrogativas, enquanto uma empresa estatal é uma companhia criada pelo Estado e, em geral, regulada pelo Direito Público estatal. Por essa razão, os problemas jurídicos que surgem em contratos com o Estado não podem ser transpostos sem ter em conta as diferenças com os contratos entre empresas estatais e investidores estrangeiros.

A passagem histórica do paradigma do enclave ao das *joint ventures* e contratos de serviço, assim como ao dos investimentos diretos em atividades econômicas de mercado, portanto, implicou também uma importante mudança nos padrões de geração de conflitos de interesses e, por conseguinte, de litígios.

Por um lado, o tema das nacionalizações em massa nos setores que exploram recursos naturais já não ocupa o centro dos debates. Para isso colabora não apenas o fato de que os Estados estejam consolidados politicamente, mas também a nova arquitetura das relações contratuais.

---

<sup>54</sup> 1986, p. 28.

Nos negócios com fortes componentes de reforço relacional à estrutura jurídica contratual, como nas *joint ventures*, a prática da colaboração estabiliza com maior vigor as relações econômicas, garantindo as relações internas e fazendo com que o conjunto seja mais compacto e robusto. Isso favorece as negociações como sistema de solução de conflitos de interesses, fazendo com que as soluções arbitrais ou jurisdicionais rareiem. Há ainda maior clareza de tais efeitos quando se observam os casos em que as estruturas de *joint venture* não são suficientes para garantir a efetiva cooperação entre os atores ou a atividade econômica já pode ser executada com a estrutura existente, levando a que, em alguns casos, o Estado se aproveite da interposição de uma empresa estatal para se eximir das responsabilidades<sup>55</sup>.

Em estruturas ordenadas por contratos de serviços, que apresentam graus diversos de reforço extra-jurídico, tampouco tem sentido se pensar nas nacionalizações, embora o conceito de expropriação continue sendo dos mais importantes, sobretudo na medida em que as posições contratuais estão contidas nas definições de investimento amplas, abertas e baseadas em ativos, comuns nos APPRI. É difícil, neste caso, tipificar com clareza a justificação jurídica dos conflitos levados aos sistemas de solução de controvérsias entre investidores e Estados, mas, tendo em conta que isso se dá principalmente no setor de serviços públicos, os problemas em matéria de regulação têm maior relevância, levando as questões de padrão mínimo de tratamento (tratamento justo e equitativo), discriminação (nação mais favorecida e tratamento nacional) e expropriação (perda de concessões e perda de posições contratuais estando tipificadas como investimentos em muitos dos APPRI).

---

<sup>55</sup> Peter, 1986, p. 29.

Enquanto o investimento em atividade econômica se reserva, prioritariamente, à iniciativa privada e à livre concorrência, o investidor estrangeiro, em geral, se sujeita aos mesmos regimes jurídicos que os investidores nacionais, sendo comum a necessidade de constituir pessoa jurídica no país de destino do investimento. Nestes casos, os principais problemas advêm de expropriações regulatórias e impedimentos tributários e cambiais à repatriação de capitais e remessas de lucros. Esse tipo de investimento, desde a perspectiva jurídica, se caracteriza pela ausência de contratos específicos com o Estado, embora não sejam raros os incentivos fiscais (*tax holidays*) e a facilitação de concessão de crédito e garantias por instituições estatais ou fomentadas pelo Estado.

Por fim, é necessário sublinhar, ao se centrar a pesquisa na relação entre o investidor estrangeiro e o Estado é possível perceber que, além das posições contratuais que sejam ocupadas por entidades públicas, sempre está presente um ambiente regulatório das atividades econômicas, o qual abarca o Direito das Relações de Consumo, o Direito do Trabalho, o Direito Urbanístico, o Direito Ambiental, o Direito da Concorrência, o Direito Tributário e quaisquer ações regulatórias que influam diretamente sobre a atividade econômica. Os temas de regulação tem grande importância para a chamada expropriação encoberta ou paulatina, a qual o Estado provoca uma desvalorização dos ativos da pessoa privada por meio da implementação de regulação pública (progressividade tributária, fixação de preços, limites à participação de acionistas estrangeiros, entre outras). A importância do tema nas discussões sobre os investimentos estrangeiros e sua proteção internacional fazem com que, efetivamente, as expropriações regulatórias (*regulatory takings*) se tenham convertido no protagonista das discussões, colocando em segundo plano a já



tradicional polêmica a respeito da adoção do *Hull standard* para a fixação das compensações<sup>56</sup>.

Apesar de estruturas jurídicas legisladas e contratuais tendentes a evitar ou levar os conflitos de interesses à negociação, há vezes em que recorrer ao sistema jurisdicional estatal é necessário. Além disso, há situações nas quais a arbitragem internacional mista parece ser a melhor opção para o investidor estrangeiro e, entre os sistemas existentes, o do ICSID tem se mostrado o mais atraente.

## **6. Competência *ratione materiae* na Convenção de Washington**

O Artigo 25 da Convenção de Washington estabelece a competência para decidir sobre as controvérsias jurídicas que se relacionem diretamente a um investimento. Os limites materiais da atuação dos tribunais arbitrais do ICSID, portanto, dependem das noções de “controvérsias jurídicas”, “relação direta” e “investimento”.

A expressão controvérsias jurídicas tem a finalidade de excluir da apreciação dos tribunais as questões de ordem política, os conflitos de interesses e as questões de fato. Decerto, as controvérsias, e não apenas aquelas referentes a investimentos, têm dimensões política e de fato. A simples existência de aspectos políticos na relação de fato que está no fundo da controvérsia não pode, portanto, ser utilizada como desculpa para afastar a jurisdição arbitral do ICSID. O principal aspecto da juridicidade da controvérsia é a necessidade de que esta seja construída, pelo menos para fins da afirmação da jurisdição do ICSID, com referência a um sistema jurídico positivo, internacional, interno ou, até mesmo, contratual. Há, portanto, críticas importantes à imposição desta restrição, ao mesmo tempo em que a Convenção de Washington estabelece a

---

<sup>56</sup> Dolzer, 2003, p. 66.

possibilidade de que a arbitragem seja *ex aequo et Bono*<sup>57</sup>, mesmo que essa questão tenha pouca importância prática dada a escassez dos procedimentos de conciliação e a ausência, até o presente, da utilização de juízos por equidade<sup>58</sup>.

Por seu turno, a exigência de que a controvérsia tenha uma relação direta com o investimento também demanda alguma explicação. Seu sentido é o de separar “as controvérsias que têm por objeto as obrigações especificamente geradas pela operação de investimento daquelas que ocorrem no ambiente do investimento”<sup>59</sup> e que resultam da aplicação normal do Direito interno, sem ter o sentido de uma expropriação disfarçada de regulação ou encobrir regras discriminatórias.

De qualquer modo, o conceito de investimento termina por ser o mais complexo. Se a opção por não adotar uma definição, proposta pela delegação britânica, está entre as características que possibilitaram a assinatura e aprovação da Convenção de Washington<sup>60</sup>, também deu margem a muita polêmica<sup>61</sup>.

Não obstante, é necessário mencionar o caráter unitário das operações de investimento, mesmo que constituídas por amplos conjuntos de instrumentos jurídicos, contratuais e legislativos, interconectados. No caso *Holliday Inn v. Marrocos* (ICSID, ARB/72/1) o tribunal aceitou a jurisdição sobre contratos que não continham cláusula de arbitragem do ICSID com fundamento na unidade da operação de investimento, que não poderia ser

---

<sup>57</sup> Kovar, 1969, p. 31.

<sup>58</sup> Manciaux, 2004, p. 38.

<sup>59</sup> Manciaux, 2004, p. 41.

<sup>60</sup> Manciaux, 2004, p. 43 a 46.

<sup>61</sup> A questão do conceito jurídico internacional de investimento é muito complexa para ser tratada nesse capítulo sem que se perca o foco na questão das relações contratuais entre investidores e Estados. Sem embargo, Manciaux (2004, p. 43 a 104) e UNCTAD, 2003, passim, apresentam esclarecimentos muito oportunos sobre o tema.

submetida a um *depeçage*. No caso *Cekoslovenska Obchodni Banka v. Eslováquia* (ICSID, ARB/97/4) se reafirmou o princípio da unidade da operação de investimento, com a diferença de que a jurisdição neste caso não está baseada em contratos, mas em um BIT. A finalidade comum, a interdependência dos contratos assinados e a complementaridade material são características importantes para o reconhecimento da unidade da operação<sup>62</sup>.

### **7. Competência *ratione personae* na Convenção de Washington – “nacional de outro Estado contratante”**

A arbitragem do ICSID tem um caráter misto, no sentido de que sempre ocorre entre um investidor e um Estado ou alguma entidade oficial.

Os particulares estrangeiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, recebem da Convenção de Washington o nome genérico de “nacionais de outro Estado contratante”. Assim, no Artigo 25 (2), onde se estabelecem as condições para que os nacionais de outro Estado contratante sejam parte nas conciliações e arbitragens, estão as regras sobre as pessoas físicas (Artigo 25 (2) (a)) e jurídicas (Artigo 25 (2) (b)).

As pessoas físicas devem ter a nacionalidade de um Estado contratante que não seja o da contraparte no litígio. Essa regra, portanto, estabelece como elemento para determinar a competência de um tribunal arbitral a nacionalidade da pessoa, não seu domicílio e, além disso, trata de impedir que se possa invocar a convenção nos casos em que o investidor seja nacional do Estado receptor do investimento. A nacionalidade deve ser verificada tanto na data em que se autorizou a submissão à arbitragem, por exemplo, a do contrato em que se incluiu a cláusula arbitral, quanto na em que se concretiza a submissão, mediante a solicitação à Secretaria do

---

<sup>62</sup> Manciaux, 2004, p. 93 a 102.

ICSID para que se iniciem os procedimentos.

As pessoas jurídicas devem ter a nacionalidade de um Estado contratante que não seja parte na controvérsia. Permite-se, não obstante, que em virtude do controle estrangeiro de uma pessoa jurídica constituída no país receptor do investimento e que, por conseguinte, tenha seu vínculo jurídico de atribuição de personalidade de Direito interno com o Estado parte na arbitragem, possa ser parte se houver acordo de vontades neste sentido.

A regra sobre as pessoas físicas não deixa margem a muitas dúvidas interpretativas, sobretudo porque, embora a Convenção de Washington não adote uma definição própria de nacionalidade, são os Estados que tem legitimidade, no Direito Internacional, para estabelecer quem são seus nacionais, o que preenche tal lacuna com facilidade<sup>63</sup>. Não havendo regra sobre as pessoas com dupla nacionalidade, é de se supor que não existiria obstáculos ao acesso ao tribunal quando uma delas seja a do Estado parte no litígio, desde que a nacionalidade da qual deriva a legitimidade processual *ratione personae* não seja adquirida com o finalidade maliciosa de gerar a cobertura do sistema do ICSID<sup>64</sup>.

Sem embargo, no tocante às pessoas jurídicas há algumas razões para incerteza, pois:

1. Não se especifica um critério convencional para a determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas, deixando-se de esclarecer se este é o lugar da constituição, o lugar da sede, a nacionalidade dos sócios ou acionistas ou algum outro critério;

---

<sup>63</sup> Manciaux, 2004, p. 132.

<sup>64</sup> Manciaux, 2004, p. 135.

2. No que tange ao “controle estrangeiro”, tampouco se estabelecem critérios para determinar nenhum dos dois termos que compõem a expressão.

Tais questões são, portanto, submetidas aos tribunais e a tendência jurisprudencial aponta para uma interpretação extensiva dos critérios de estabelecimento da legitimidade processual *ratione personae*.

### **8. Admissão da intervenção de *amicus curiae* no sistema da Convenção de Washington**

A Convenção de Washington não dispõe sobre a possibilidade de participação de *amicus curiae* nos procedimentos dos tribunais arbitrais formados em conformidade com suas regras. Não obstante, uma decisão interlocutória do tribunal de arbitragem entre Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., Vivendi Universal, S.A. e República Argentina (demandada) (ICSID – ARB/03/19) resolveu, em 19 de maio de 2005, a favor da aceitação da participação de entidades da sociedade civil organizada no procedimento. O principal antecedente nesse sentido é o do caso Methanex, resolvido em conformidade com as regras da UNCITRAL, mas se apresenta como uma novidade no sistema do ICSID, cujo tribunal decidiu sobre três pedidos:

1. Solicitação de autorização para participar das audiências,
2. Aceitação de documentos apresentados como *amicus curiae* e
3. Acesso à documentação apresentada pelas partes na controvérsia.

Denegou-se o primeiro pedido, com fundamento no Artigo 32 (2) das Regras de Arbitragem do ICSID, onde se estabelece que “as partes, seus procuradores, conselheiros e advogados, testemunhas

e peritos durante seu depoimento, e funcionários do Tribunal” podem assistir às sessões do tribunal, enquanto quaisquer outras necessitam de autorização expressa de ambas as partes. No caso, a Argentina se manifestou favoravelmente, o que não foi aceito pelos demandantes.

Em relação ao segundo pedido, considerando que a Convenção de Washington e as Regras de Arbitragem do ICSID não dispõem nada a esse respeito, bem como dada a ausência de decisões sobre a matéria, o tribunal tratou de abordar duas questões:

1. Se o tribunal tinha poderes para decidir sobre a aceitação de *amicus curiae* e
2. Quais seriam as condições para admitir uma manifestação de tal natureza.

Com fulcro no Artigo 44 da Convenção de Washington, o qual estabelece a competência residual do tribunal para decidir em matéria processual, entendeu-se que tais poderes são suficientes para que se decida sobre a aceitação do *amicus curiae*. No concernente às condições, o tribunal entendeu que as intervenções devem ser baseadas no interesse público, apresentadas por pessoas idôneas e uteis para a apreciação da causa. No caso, por entender que a manifestação dos peticionários era inútil, denegou-se o pedido.

Como a justificativa para o acesso aos documentos seria a necessidade destes para a formulação da intervenção como *amicus curiae*, o tribunal considerou a questão prejudicada e não decidiu sobre o terceiro pedido.

O que se deve destacar, sem embargo, é a admissão em tese de *amicus curiae* no sistema do ICSID. Não se sabe, ainda, como isso se desenvolverá na prática, inclusive se ocorrerá a efetiva aceitação dessa modalidade de intervenção de terceiros por algum tribunal.

## **9. Jurisdição estendida pelo Mecanismo Complementar do ICSID**

Com a finalidade de estender a jurisdição do CIADI, criou-se aos 28 de setembro de 1978, na 12ª reunião do Conselho Administrativo do ICSID o Mecanismo Complementar<sup>65</sup>. Imaginado para ser apenas provisório e se prevendo, originalmente, o seu funcionamento por cinco anos, o Conselho Administrativo decidiu, em 24 de setembro de 1984, mantê-lo por tempo indeterminado<sup>66</sup>. O Mecanismo Complementar estende em dois sentidos o âmbito da jurisdição do ICSID: subjetivo ou pessoal e, também, material<sup>67</sup>.

Subjetiva e territorialmente permite o acesso de Estados que não são partes da Convenção de Washington, bem como de investidores de tais estados nas seguintes hipóteses:

1. Permite aos investidores de um Estado parte da Convenção de Washington apresentar casos contra Estados que não são parte e
2. Permite aos investidores de um Estado que não é parte da Convenção de Washington litigar contra um Estado parte.

No âmbito material, os tribunais cuja jurisdição surge no âmbito do Mecanismo Complementar estão livres da exigência de que a controvérsia derive “diretamente” de um investimento.

É tal instrumento que possibilita levar os casos do Capítulo 11 do NAFTA ao ICSID, pois de seus três membros, apenas os Estados Unidos são parte da Convenção de Washington. Nesse contexto,

---

<sup>65</sup> Broches, 1979, p. 250.

<sup>66</sup> Schreuer, 1996, p. 327.

<sup>67</sup> Collier; Lowe, 1999, p. 62.

vários casos foram julgados<sup>68</sup> ou estão pendentes<sup>69</sup>.

No que se refere ao procedimento, o Mecanismo Complementar apresenta algumas peculiaridades, como o procedimento prévio de *fact finding*, segue linhas gerais similares às da Convenção de Washington e de suas regras para arbitragem e conciliação, dispondo, no entanto, de suas próprias regulamentações específicas.

## 10. Procedimentos de *fact finding*

Nas palavras da Convenção de Washington, os procedimentos de *fact finding* não funcionam de maneira independente com relação a uma disputa efetiva, ou seja, os tribunais constituídos podem realizar atos para a produção de provas, mas não o podem fazer em um procedimento isolado, independente de um litígio efetivo. No Mecanismo Complementar se considera o procedimento de *fact finding* como um instrumento útil para a prevenção de disputas e, alternativamente, de preparação para a arbitragem, sem se constituir, por si só, em um litígio. É uma fase que antecede a disputa e tem por finalidade o ajuste das vontades das partes, com o fito de uniformizar as questões de fato, tornando mais simples uma eventual arbitragem<sup>70</sup>.

Levando-se em conta sua finalidade preventiva, os procedimentos de *fact finding* servem para que o Secretariado Geral do ICSID faça a seleção das controvérsias que podem ser cobertas

---

<sup>68</sup> Corporation v. Estados Unidos Mexicanos (ARB-AF/91/1); Robert Azinian y otros v. Estados Unidos Mexicanos (ARB-AF/97/2); Marvin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos Mexicanos (ARB-AF/99/1); Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos (ARB-AF/00/2); Ethyl Corporation v. Canadá; S.D. Myers, Inc v. Canadá; Mondev International Ltd. v. Estados Unidos (ARB-AF//99/2).

<sup>69</sup> Corn Products International, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos – ARB (AF)/04/1; Sunbelt Water, Inc. v. Canadá; Methanex Corporation v. Estados Unidos da América.

<sup>70</sup> Schreuer, 1996, p. 335.



pelo Mecanismo Complementar, não permitindo a utilização do sistema para operações comerciais ordinárias (Regras do Mecanismo Complementar, Artigo 4 (3)). Por conseguinte, não há quaisquer restrições *ratione personae*, enquanto para os limites *ratione materiae* predomina a interpretação de que se deve aplicar por analogia os requisitos do Mecanismo Complementar<sup>71</sup>.

Depois do procedimento obrigatório de *fact finding* as partes podem iniciar a conciliação ou arbitragem. Nesse sentido, como fase preliminar, tem os efeitos de instrução e saneamento processual.

## 11. Consentimento para a arbitragem

Como se viu, a jurisdição do ICSID e de seus tribunais é estabelecida no Artigo 25 da Convenção de Washington, onde se apresentam os limites materiais e pessoais. Sem que tais condições estejam presentes, o Secretário Geral do ICSID não pode dar início ao procedimento e, se na análise prévia deste não são encontrados motivos para evitar a continuidade dos trâmites, o tribunal formado poderá, *ex officio* ou por provocação de alguma das partes, decidir por sua incompetência.

Além desses aspectos, porém, é necessário que o consentimento seja apresentado de maneira correta tanto formal quanto materialmente. Nos termos do Artigo 25 (1) da Convenção de Washington o que se exige é que o consentimento tenha forma *escrita*, esclarecendo-se que não pode ser unilateralmente retirado.

Deve-se lembrar que os poderes do tribunal derivam diretamente da Convenção de Washington e, portanto, os tribunais podem ser legitimamente formados mesmo que o consentimento seja defeituoso, ou ainda: seus laudos podem declarar a incompetência ou serem anulados, mas não se podem tratar como

---

<sup>71</sup> Schreuer, 1996, p. 336.

inexistentes por falta de base jurisdicional<sup>72</sup>.

De fato, em relação ao consentimento, o modelo adotado pela Convenção é bastante aberto, exigindo, basicamente, a forma escrita. Em consequência, não há diferenças nesse sentido entre esta e seu Mecanismo Complementar, o que permite que ambos sejam tratados concomitantemente.

Mesmo que inicialmente se pensasse na utilização do ICSID principalmente para julgar controvérsias derivadas de contratos em que o Estado fosse parte, a amplitude da Convenção de Washington alcança muitas outras formas de consentimento. Essa visão já se expressa no Artigo 25 do Informe dos Diretores Executivos a respeito do Convênio sobre A Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados<sup>73</sup>:

O consentimento pode se dar, por exemplo, nas cláusulas de um contrato de investimento, o qual disponha a submissão ao Centro das controvérsias futuras que possam surgir desse contrato, ou em um compromisso entre as partes a respeito de uma controvérsia que tenha surgido. O convênio tampouco exige que o consentimento de ambas as partes se faça constar em um único instrumento. Assim, um Estado receptor poderia oferecer em sua legislação sobre promoção de investimentos que se submeterão à jurisdição do Centro as controvérsias resultantes de certos tipos de investimentos e o investidor pode apresentar seu consentimento mediante a aceitação escrita da oferta.

---

<sup>72</sup> Broches, 1994, p. 176 e 177.

<sup>73</sup> BIRD, Junta de Governadores, Res. 214 de 10 de setembro de 1964.

No mesmo sentido se manifesta Paul Reuter<sup>74</sup>, em 1968, já agregando os BIT:

A grande liberdade conferida pela Convenção de Washington permite incluir todos os tipos de consentimento. O mais simples seria uma cláusula compromissória em um 'acordo de investimento', mas também podem haver muitas outras, como, por exemplo, mediante a promulgação por um Estado de uma lei estabelecendo que certos acordos de investimento ou certas autorizações de investimento admitem, de pleno direito, a competência do ICSID para conhecer de certos ou de todos os litígios que destes derivem, de maneira que quando uma pessoa privada de um Estado membro seja parte de tal acordo ou solicitar a autorização, este dá seu consentimento, o qual se completará com o previamente dado pelo Estado. Mudando um pouco o exemplo anterior, pode-se imaginar um tratado bilateral por meio do qual os Estados dão previamente seu consentimento para a jurisdição do ICSID, no qual se refere a seus nacionais. O consentimento do particular se daria como no exemplo anterior.

O que se previa como uma possibilidade nos primeiros anos do ICSID, quando ainda não ocorrera a submissão de nenhum caso a seus tribunais, tornou-se realidade na prática dos anos 1990, a qual vem demonstrando que o principal instrumento de oferta do consentimento para a arbitragem mista são os APPRI.

---

<sup>74</sup> 1969, p. 14.

De qualquer maneira, é importante recordar de modo muito analítico que o Estado e o investidor têm algumas maneiras distintas de oferecer seu consentimento para a arbitragem ou a conciliação do ICSID:

1. O Estado o pode fazer das seguintes maneiras:
  - a. Mediante compromisso arbitral, já existindo o conflito de interesses e delimitando especificamente a controvérsia;
  - b. Em contrato de que seja parte, mediante cláusula compromissória;
  - c. Em edital ou oferta pública;
  - d. Em suas leis nacionais sobre investimentos e proteção de estrangeiros;
  - e. Em tratados internacionais, como APPRI e tratados de livre comércio com capítulos de investimento;
  - f. Mediante o início de procedimento contra particular que tenha expressado o consentimento unilateralmente e
  - g. Qualquer outra forma escrita hábil para expressar a vontade do Estado ou entidade estatal envolvida.
2. O investidor pode utilizar as seguintes formas:
  - a. Mediante compromisso arbitral;
  - b. Mediante cláusula compromissória;
  - c. Mediante instrumento unilateral de declaração de vontade, como cartas de intenção e propostas de negociação, desde que fique clara a intenção e
  - d. Mediante a solicitação do início do procedimento, nos casos em que houve manifestação unilateral do Estado.

Destarte, quando uma lei ou um tratado apresentam uma autorização para a arbitragem, não há necessidade da troca de comunicações entre investidor e Estado para que se configure o consentimento, como se afirma na decisão preliminar em matéria de jurisdição do caso *Lanco International v. República Argentina*. O dispositivo legal ou convencional funciona como uma cláusula aberta à aceitação do investidor<sup>75</sup>.

O consentimento tem, na arbitragem, duas funções principais: estabelecer os limites pessoais e materiais e, também, autorizar a formação do tribunal. Como a definição de alcance da arbitragem vem, portanto, estabelecida pelo encontro das vontades das partes na controvérsia, fica claro que nos procedimentos cujo consentimento é contratual que a concomitância da vontade das partes é a principal maneira para determinar o âmbito da arbitragem, embora, como já se observou, o princípio da unidade da operação de investimento pode fazer com que acordos sem cláusula arbitral venham a se incluir no objeto da lide.

Quando o consentimento do Estado é dado por uma lei interna em matéria de investimentos estrangeiros ou por um tratado internacional e, portanto, completada quando o investidor inicia o procedimento, a interpretação dos limites materiais da arbitragem deve considerar os dois instrumentos, abrangendo apenas a área em que se intersectam. Os limites da lei devem ser observados em consonância com o ordenamento jurídico do Estado, sobretudo suas regras e princípios constitucionais, bem como as regras referentes à vigência territorial e temporal da lei. Quando, no entanto, o consentimento do Estado nasce de um APPRI, a análise de se ater ao Direito internacional, o qual limita e informa a validade e os efeitos do tratado, bem como sua interpretação nos termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, quando for o caso.

---

<sup>75</sup> Manciaux, 2004, p. 197; Cremades, 2004, p. 89.

Ocorre, portanto, um triplo teste a respeito da abrangência material, devendo a arbitragem se limitar a questões diretamente vinculadas a investimentos, nos termos da jurisdição estabelecida pela Convenção de Washington, ao campo de cobertura da lei ou tratado internacional e ao objeto levado à colação pelo particular que realiza a submissão do caso ao ICSID.

Decerto, há arbitragens em que, apesar de o consentimento estatal originar-se em um tratado, são discutidas questões contratuais. Isso é possível porque, sendo as posições contratuais e as concessões consideradas como ativos que compõem um investimento e são abrangidos pelo âmbito material do tratado, a extinção de uma relação contratual ou sua modificação unilateral podem provocar a perda ou diminuição do valor de um ativo. O padrão de proteção de tratamento justo e equitativo e a garantia de prestação integral, muito comuns nos APPRI, servem de fundamentos para a reclamação do investidor.

Entretanto, se um contrato é levado à arbitragem por meio de lei ou tratado, mas não nas próprias cláusulas do contrato, a extensão da cobertura não pode exceder os termos do consentimento e, portanto, pode haver disposições contratuais que não estejam cobertas, embora isso seja pouco provável em face da feição mais comum dos APPRI, muito abrangentes nas definições de investimentos e investidores. Não obstante, a avaliação do descumprimento ou modificação unilateral do contrato não pode ser avaliada senão a partir do Direito aplicável à causa – que é o definido no APPRI – deixando-se de lado as eventuais opções contratuais: para a arbitragem em matéria contratual cujo consentimento é dado em lei ou tratado, as cláusulas do contrato não podem ser elevadas à categoria de normas entre as partes, embora a situação econômica resultante da redução do valor de ativos seja evidentemente relevante.

Como o sistema da Convenção de Washington foi planejado sem prever o grande sucesso dos chamados *treaty claims*, não há regras claras sobre os casos em que o consentimento não é simultâneo, mas resulta de instrumentos diferentes. Isso faz com que as decisões dos tribunais anteriores ganhem importância no tema, como nos casos *Lanco International, Inc, v. República Argentina* e *Compañía de Aguas Aconquija S.A. e Vivendi Universal v. República Argentina*<sup>76</sup>.

## 12. Escolha do Direito aplicável no ICSID

Na arbitragem *ad hoc* a questão do direito aplicável se refere tanto ao regulamento processual e procedimental, quanto à lei aplicável ao fundo da controvérsia. No sistema do ICSID, como em outros sistemas institucionais, as regras de procedimento são postas pela própria instituição<sup>77</sup>. Especificamente, as regras estão na própria Convenção de Washington e nas Regras Processuais Aplicáveis aos Procedimentos de Conciliação e Arbitragem e as Regras Processuais Aplicáveis aos Procedimentos de Arbitragem, ambas postas pelo Conselho Administrativo, em conformidade com o Artigo 6 (1) (b) da Convenção de Washington. Porém, as partes podem escolher outras regras processuais, nos termos do Artigo 44 da convenção de Washington, a despeito de que a existência de regras processuais na própria instituição arbitral seja uma importante vantagem sobre os sistemas *ad hoc*<sup>78</sup>.

Embora houvesse dúvidas a respeito da possibilidade de escolher o direito aplicável para os contratos nos quais o Estado seja parte, já faz tempo que a resposta se pacificou no que tange as operações comerciais ordinárias e, há menos tempo, se estendeu

---

<sup>76</sup> Cremades, 2004.

<sup>77</sup> Delaume, 1981, p. 790 a 792.

<sup>78</sup> Manciaux, 2004, p. 269 e 270.

às questões referentes aos investimentos estrangeiros, inclusive a partir do Artigo 42 da Convenção de Washington<sup>79</sup>.

A respeito do direito material, a Convenção de Washington, Artigo 42 (1), estabelece com clareza que a lei aplicável será a indicada pelas partes na controvérsia, agregando um critério suplementar quando não houver indicação das partes. Portanto, o princípio consagrado pelos tratados internacionais e na prática arbitral de que as partes devem ter ampla liberdade de escolha do Direito aplicável foi também aqui ratificado<sup>80</sup>.

Por conseguinte, como em todos os sistemas arbitrais, cujos tribunais são formados a partir da vontade das partes na controvérsia, o instrumento que expressa o consentimento é o principal meio para a determinação do Direito aplicável.

A escolha pode ser expressa, quando as partes a indicam com clareza no contrato ou no compromisso arbitral. A utilização do critério da vontade não declarada, sem embargo, é evitada de dúvidas no sistema do ICSID, sobretudo dada a presença de uma regra suplementar expressamente estabelecida, sendo de melhor cautela adotá-la imediatamente<sup>81</sup>.

No caso das arbitragens entre investidor e Estado é muito importante, portanto, observar a origem do consentimento para um caso específico, não apenas para determinar seus limites materiais e pessoais, mas também para que se esclareça qual é o Direito aplicável.

Como se viu, há vários meios para o Estado e o investidor manifestarem seu consentimento. Não obstante, a estrutura da indicação e estabelecimento do direito aplicável pode ser mais complexa, envolvendo cadeias de limites, sobretudo no que se

---

<sup>79</sup> Delaume, 1981, p. 785 e 786.

<sup>80</sup> Broches, 1994, p. 184; Manciaux, 2004, p. 271.

<sup>81</sup> Manciaux, 2004, p. 275 a 282.



refere ao consentimento do Estado, dada a presença do interesse público.

Se é certo que o investidor privado pode atuar em conformidade com sua vontade autônoma, os princípios que regem a Administração Pública não são tão flexíveis. Assim por exemplo, se uma lei interna sobre investimentos estrangeiros autoriza o consentimento para a arbitragem do ICSID nos contratos firmados por pessoas jurídicas de Direito Público, o compromisso ou a cláusula arbitral do contrato não poderá estabelecer limites materiais mais amplos que os postos pela lei (por exemplo, cobrindo a proteção da propriedade intelectual, se essa não estiver originalmente contemplada). Do mesmo modo, o direito aplicável que não esteja no âmbito coberto pela mesma norma deve ser afastado dos fundamentos válidos para as decisões arbitrais, como, por exemplo, se pretenda a aplicação de princípios de Direito internacional ou da *lex mercatoria* quando estes não estiverem no rol do direito aplicável nos termos da lei de investimentos.

Tampouco se pode, com base na permissão geral dada por um tratado internacional ou lei interna de investimentos estrangeiros, criar convênios ou cláusulas arbitrais com âmbitos materiais mais amplos que o do original, ou indicar direito aplicável que não seja autorizado pela regra geral. Contratualmente, porém, é possível estabelecer um âmbito material mais estreito ou escolher um direito aplicável entre os disponíveis<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Nota de atualização: essa era, efetivamente, minha opinião ao tempo da publicação original do capítulo ora traduzido. Não obstante, entendo hoje que mesmo havendo acordo de vontades entre investidor e empresa estatal no sentido de modificar o universo de normas aplicáveis determinada por lei de investimentos ou tratado que dê suporte ao consentimento *in casu* da Administração, tal cláusula não será válida *a menos que* exista autorização legal específica para que os contratantes estatais possam concordar com tal alteração. O consentimento para a arbitragem dada por agente público que seja manifestamente incompatível com as normas em vigor no país receptor do investimento, porém,

Dessa maneira, se há um contrato entre investidor e Estado – ou entes subnacionais ou empresas estatais – as partes podem estabelecer seu consentimento para arbitragem nos termos permitidos pela autonomia da vontade do particular e da legalidade do Direito Público do Estado receptor do investimento. Em geral, os contratos estritamente comerciais envolvendo o Estado apontam o seu próprio Direito positivo, embora seja possível indicar o da outra parte ou mesmo o de um terceiro país. Nos contratos com elementos de soberania, como as concessões, alguns contratos de serviços, contratos de distribuição da produção e acordos operacionais é normalmente escolhido o Direito do Estado receptor, sem embargo de em alguns casos ainda haver tentativas de deslocalização ou internacionalização, principalmente por meio do reconhecimento expresso nas leis de investimento da aplicabilidade de princípios do Direito internacional<sup>83</sup>.

A situação mais complexa é aquela em que o consentimento dado em um contrato se acumula com o ofertado em lei de investimento ou APPRI. Não há uma solução *pret à porter* para as muitas questões que podem derivar de tal situação, cujas respostas podem variar conforme o âmbito material da lei ou do APPRI, a natureza do direito que é objeto da controvérsia e da própria redação da cláusula ou do compromisso arbitral.

A indicação do Direito aplicável pode ser um fator de risco para o investidor, sobretudo quando o investimento está submetido ao Direito interno do receptor, mesmo sendo internacional o tribunal. A vulnerabilidade em face de modificações legislativas unilaterais apoiadas no poder soberano, sobretudo nos investimentos de longo

---

não implica a nulidade do compromisso ou da cláusula, pois é razoável a expectativa do investidor estrangeiro de que o agente público aja em conformidade com a lei e os princípios que regem a Administração, de modo que o Estado falha *in vigilando* ao não impedir a gestão temerária por seus agentes.

<sup>83</sup> Delaume, 1981, 796.

prazo, agrega mais riscos àqueles próprios da natureza do negócio. Para combater esse problema, muitos contratos podem contar com cláusulas de estabilização ou congelamento. A associação desta cláusula com uma cláusula arbitral – indicando-se um tribunal internacional – é muito importante para garantir sua eficácia, uma vez que, especialmente em matérias de Direito Público, as modificações da legislação poderiam ser aceitas pelos tribunais estatais, sem observar os limites contratualmente estabelecidos<sup>84</sup>.

De qualquer modo, como se observou, o principal instrumento de expressão do consentimento do Estado é, atualmente, os regimes de solução de controvérsias entre investidor e Estado nos APPRI. Deste modo, justifica-se o estudo de suas especificidades.

### **13. Regra suplementar de direito aplicável da Convenção de Washington**

Depois de admitir a escolha pelas partes do Direito aplicável, o que pode ser expresso na mesma ocasião em que se oferece o consentimento, a Convenção de Washington estabelece que, na falta de tal indicação, aplica-se a lei do Estado parte na controvérsia, em combinação com o Direito Internacional (Artigo 42 (1)).

Nesse sentido, tem-se claro que a prática das arbitragens *ad hoc* em que os árbitros escolhem o Direito aplicável na falta de determinação das partes não foi aceita pelo sistema do ICSID<sup>85</sup>. Além disso, é importante mencionar que no projeto do texto da convenção a regra suplementar apontava as “regras de Direito, nacionais ou internacionais, que o tribunal determine como aplicáveis”<sup>86</sup>, o que foi voluntariamente excluído pelos Estados partes.

---

<sup>84</sup> Peter, 1986, p. 88 e 89.

<sup>85</sup> Manciaux, 2004, p. 271 e 272.

<sup>86</sup> Broches, 1994b, p. 180.

Nas negociações, houve países que se posicionaram a favor da aplicação suplementar exclusiva do Direito do Estado receptor do investimento, enquanto outros favoreciam a aplicação do Direito internacional<sup>87</sup>.

A doutrina e as decisões dos tribunais do ICSID esclarecem que a regra não se refere a sistemas alternativos, mas complementares, em que os limites fixados pelo Direito internacional não permitem que a legislação nacional possa suplantar suas regras de *jus cogens*<sup>88</sup>.

Assim, pode-se afirmar que a regra da aplicação do Direito interno do Estado parte na controvérsia, controlada pelo Direito internacional e seus padrões mínimos de tratamento, representam uma solução clara para a suplementação do Direito aplicável, servindo como solução de compromisso para os Estados que participaram das negociações da Convenção.

Na prática da arbitragem com origem em APPRI, entretanto, a regra suplementar não chega a ser aplicada, uma vez que tais acordos sempre indicam algum Direito aplicável, como se verá em seguida.

#### **14. Regime de Direito aplicável na arbitragem entre investidores e Estado nos APPRI**

Como já se afirmou acima, não é possível estabelecer uma tipologia uniforme que abranja todos os APPRI. Não obstante, o tema do direito aplicável apresenta alguma regularidade.

Em primeiro lugar, o próprio tratado é indicado como aplicável para solucionar as disputas em matéria de investimentos. O Direito internacional e o Direito do Estado receptor também são referências comuns nesses tratados.

---

<sup>87</sup> Broches, 1994b, p. 181 e 182.

<sup>88</sup> Shihata e Parra, 1994.

A determinação das relações entre esses Direitos não é necessariamente simples. Da mesma forma que a regra suplementar sobre Direito aplicável da Convenção de Washington, o Direito internacional serve para impor limites à aplicação do Direito interno, nos regimes dos APPRI as regras do próprio tratado devem predominar, inclusive, seguindo o princípio conforme o qual a norma especial afasta a aplicabilidade da geral, o próprio Direito internacional costumeiro.

Nos casos relativos a contratos, com a competência decorrente de um tratado, a questão do Direito aplicado é mais complicada, sobretudo quando a lei que as partes escolheram não é a mesma indicada pelo APPRI.

É importante, aqui, ressaltar que não é comum no texto dos APPRI a inclusão de regras sobre a escolha de Direito aplicável em contratos com o Estado, ou seja, o princípio da autonomia da vontade como critério de conexão não é consagrado pelos textos de tais tratados, especificamente voltados a proteger investidores e investimentos, o que se revela mediante a inclusão das posições contratuais entre os ativos que compõem um investimento.

A proteção dos ativos investidos deve ser feita em conformidade com o Direito aplicável indicado no instrumento que a promove, ou seja, o APPRI. Não haveria, portanto, sentido em aplicar regras e padrões de proteção em conformidade com o Direito indicado em um contrato. Por outro lado, tampouco faria sentido regular o alcance e o sentido das disposições contratuais sem estar em conformidade com o Direito escolhido pelas partes. Como isso é possível? As regras e padrões externos ao contrato apenas podem seguir o Direito indicado nas disposições do APPRI, mas as relações estabelecidas nas cláusulas contratuais, sempre que o Direito externamente aplicável admita a escolha da lei pelas partes, devem seguir tal ordenamento.

Não é o caso de se utilizar estritamente a regra de Direito aplicável da Convenção de Washington, Artigo 42 (1), para justificar a utilização do Direito aplicável indicado no contrato. Isso se dá porque nesses casos o consentimento estatal é dado por meio de um APPRI e o investidor não pode, unilateralmente, alargar ou reduzir o âmbito do Direito aplicável: pode apenas aderir ao disposto no tratado. A oferta unilateral de arbitragem só pode ser aceita integralmente, como já se reconheceu em *A. Grotos v. Burundi* (ICSID - ARB/95/3)<sup>89</sup>. Portanto, a cláusula contratual não teria relevância, dado que para seguir a efetiva manifestação do consentimento a lei aplicável deverá ser a indicada pelo APPRI e aceita pelo investidor.

### **15. Esclarecimento e revisão dos laudos arbitrais do ICSID**

A Convenção de Washington estabelece, nos Artigos 50 e 51, respectivamente, mecanismos para o pedido de esclarecimentos por uma parte na controvérsia e, também, para a revisão do laudo em razão do conhecimento tardio de um fato que poderia ter modificado sua decisão.

O pedido de esclarecimentos se faz ao Secretário Geral que, sempre que possível, o encaminha ao mesmo tribunal que decidiu originalmente o caso. Se é necessário, além disso, o tribunal pode suspender a execução.

A solicitação de revisão só pode ser feita com fundamento no conhecimento de um fato que possa afetar a decisão contida na sentença arbitral. O prazo para a petição é de 90 dias contados da tomada de conhecimento do fato, não devendo ocorrer depois de superados três anos da prolação da sentença. A revisão, sempre que possível, será resolvida pelo mesmo tribunal que julgou originalmente o caso. Do mesmo modo em que no procedimento de

---

<sup>89</sup> Manciaux, 2004, p. 275 a 277.

esclarecimentos, pode-se suspender a execução.

Mesmo que representem importantes garantias para as partes na controvérsia, os pedidos de esclarecimento e revisão não podem ser classificados como recursos que elevam o grau de jurisdição, pois se processam preferentemente no mesmo tribunal e não permitem a devolução de matéria de fundo, como ocorreria em uma apelação.

O principal instrumento para evitar eventuais equívocos flagrantes e vícios graves dos tribunais, não obstante, é o mecanismo de anulação, não havendo no sistema do ICSID instrumentos que devolvam a apreciação de matéria de mérito.

#### **16. Anulação das sentenças arbitrais do ICSID**

O Artigo 53 da Convenção de Washington estabelece regras para um procedimento de anulação das sentenças arbitrais proferidas pelos tribunais do ICSID. Tal instrumento, pouco comum até mesmo nos sistemas institucionais de arbitragem, oferece um meio mais abrangente do que o existente na arbitragem comercial que, em regra, possibilita a anulação em conformidade com as regras do país sede dos procedimentos<sup>90</sup>. Nesse sentido, as regras procedimentais estatais – seja da sede da arbitragem, receptor ou origem do investimento – apenas serão utilizadas para qualquer finalidade se houver indicação específica das partes, pois, havendo silêncio, aplicam-se as regras do próprio ICSID.

O procedimento de anulação e o direito subjetivo das partes de solicitá-la é dispositivo essencial da Convenção de Washington e não é facultado às partes abrir mão de sua utilização mediante compromisso, cláusula ou quaisquer declarações.

---

<sup>90</sup> Houtte, 2004, p. 11.

São cinco as hipóteses elencadas no Artigo 52 (1), as quais podem ensejar a anulação de sentença, *in verbis*:

- (a) que o Tribunal tenha se constituído incorretamente;
- (b) que o Tribunal tenha manifestamente ultrapassado suas faculdades;
- (c) que tenha havido corrupção de algum membro do Tribunal;
- (d) que tenha havido quebra grave de alguma norma procedimental; ou
- (e) que não tenham sido expressos no laudo os motivos que o fundem.”

Nos casos efetivamente apresentados às comissões *ad hoc*, como são denominados os tribunais recursais no texto convencional, nunca houve pedidos baseados na composição incorreta ou na corrupção de membros do tribunal, ao passo que as três outras razões já foram invocadas em todos os outros casos de pedido de anulação<sup>91</sup>.

O prazo para o pedido de anulação não é muito longo. Depois da emissão do laudo arbitral, as partes dispõem de 120 dias para a apresentação da solicitação ao Secretariado do ICSID. Sem embargo, as anulações embasadas na corrupção de um membro do tribunal podem ser iniciadas até 120 dias contados da descoberta do fato, desde que não se ultrapassem três anos da decisão atacada (Artigo 52 (2)).

O procedimento de anulação se processa diante de uma Comissão *ad hoc* nomeada pelo Presidente, utilizando as listas indicativas e se processa utilizando, *mutatis mutandis*, as normas referentes ao procedimento arbitral do ICSID.

---

<sup>91</sup> Schreuer, 2004, p. 25.



Como já se afirmou, a anulação não pode ser confundida com uma apelação, inexistente esta do sistema do ICSID. Nas apelações há devolução da matéria de mérito a uma instância superior, que pode anular, confirmar, reformar integralmente ou reformar em parte a matéria decidida, sem extrapolar, evidentemente, as alegações das partes. É, por muitas razões, ausente dos sistemas arbitrais. Na anulação o que é possível, tão logo se comprove a ocorrência fatural da causa taxativamente listada, é a extinção da validade da sentença. Tal diferença vem sendo reafirmada por muitas das Comissões *ad hoc*<sup>92</sup>

Não obstante, nem sempre o efeito da anulação se estende a todos os aspectos da sentença. Embora nos primeiros casos tenha se adotado uma concepção mais radical de anulação, conforme a qual o vício eivaria todo o conteúdo da decisão arbitral, casos mais recentes optaram por invalidar apenas uma parcela do dispositivo. É o que ocorreu em *Maritime International Nominees Establishment v. República da Guiné* (ICSID ARB/84/4) e *Compañía de Aguas Aconquija S.A. e Vivendi Universal v República Argentina* (ICSID ARB/97/3), na qual se anulou a sentença apenas no que se referia às chamadas “pretensões de Tucumán” (*Tucuman claims*)<sup>93</sup>.

Quando há anulação, qualquer das partes pode rerepresentar as questões a um novo tribunal arbitral, sem que se produza, portanto, a possibilidade de exceção de coisa julgada (Artigo 52 (6)).

Na prática, não é grande o número de procedimentos de anulação no ICSID, o que se pode classificar em três períodos<sup>94</sup>. O primeiro, no início dos anos 1990, se concentra nos casos *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH e outros v. República dos Camarões e Société Camerounaise des Engrais* (ICSID ARB/81/2) e *Amco Asia*

---

<sup>92</sup> Schreuer, 2004, p. 17.

<sup>93</sup> Suarez, 2004.

<sup>94</sup> Schreuer, 2004, p. 17 a 20.

*Corporation e outros v. República da Indonésia* (ICSID ARB/81/1). Nestes casos se aceitou a anulação integral dos laudos com base na extrapolação das faculdades e defeitos na motivação, criando, a seu tempo, preocupações de que o próprio sistema do ICSID fosse pouco eficiente pois facilitava muito as anulações. Tal temor se dissipou no final dos anos 1990, a partir das tentativas de anulação dos casos *Klöckner* e *Amco* (decisões não publicadas) e do caso *Maritime International Nominees Establishment*. Por fim, em 2002, os casos *Vivendi* e *Wena Hotels Limited v. República Árabe do Egito* (ICSID ARB/98/4), o sistema de anulação parece ter encontrado seu equilíbrio, ressaltado seu caráter excepcional.

De qualquer modo, em 2005, estão pendentes oito pedidos de anulação<sup>95</sup>, o que sugere que tal equilíbrio ou a excepcionalidade dos procedimentos de anulação ainda não podem ser afirmados com ampla certeza, embora se deva ressaltar a existência de uma tendência a que as decisões de *Wena* e *Vivendi* venham a se converter em importantes precedentes.

## **17. Execução dos laudos arbitrais do ICSID**

Considerando a importância da reputação internacional de um Estado no que se refere ao tratamento que concede aos investimentos estrangeiros, é de se esperar que as sentenças

---

<sup>95</sup> Nos casos *Patrick Mitchell v. República Democrática do Congo* (ICSID ARB/99/7), *Consortium R.F.C.C. v. Reino do Marrocos* (ICSID. ARB/00/6), *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. República do Chile* (ICSID ARB/01/7), *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina* (ICSID ARB/01/8), *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* (ICSID ARB/01/10), *Hussein Nuaman Soufraki v. Emirados Árabes Unidos* (ICSID ARB/02/7), *Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. República do Peru* (ICSID ARB/03/4), *Joy Mining Machinery Limited v. República Árabe do Egito* (Case No. ARB/03/11). Houve, além disso, a decisão do caso *CDC Group plc v. República das Seychelles* (Case No. ARB/02/14), que ainda não foi publicada.

arbitrais do ICSID sejam voluntariamente cumpridas. Não obstante, algumas regras sobre execução são estabelecidas na Convenção de Washington.

O Artigo 53 estabelece a obrigatoriedade da execução da sentença pelo Estado parte. Tal determinação não se limita àquele que seja parte da controvérsia ou ao da nacionalidade do investidor: todos têm a obrigação de, em conformidade com seu Direito processual, dar eficácia pecuniária ao laudo emitido por um tribunal do ICSID (Artigo 54 (1)).

A Convenção admite que as leis que protegem a imunidade de jurisdição e de execução do próprio Estado, ou do Estado em que a sentença venha a ser levada à execução, possam evitar os efeitos da decisão (Artigo 55). Não obstante, como há obrigações de Direito internacional das partes em executar os laudos, a resistência de um Estado em cumprir ou fazer cumprir os laudos do ICSID em dissonância com a Convenção pode dar causa a um procedimento entre Estados<sup>96</sup>. Quando a questão for coberta por um APPRI, seu sistema de solução de controvérsias entre Estados poderia servir a esta finalidade.

À diferença dos laudos baseados na Convenção de Washington, os proferidos sob o mecanismo complementar não se beneficiam deste regime de execução. Como não nascem de uma convenção internacional, as sentenças deverão ser incorporadas e executadas nos termos da lei do país do pedido<sup>97</sup>. Deve-se ter isso em conta ao se analisar a resistência dos tribunais nacionais a executar sentenças do ICSID no contexto do NAFTA, inclusive a decisão da Corte Superior da Columbia Britânica, no Canadá, que anulou parcialmente a decisão do caso *Metalclad Corp. v. México* (ICSID ARB(AF)/97/01).

---

<sup>96</sup> Collier e Lowe, 1999, p. 73.

<sup>97</sup> Broches, 1979, p. 252.

Para tornar eficazes os julgamentos de tribunais constituídos conforme o mecanismo complementar, é importante que o país seja signatário da Convenção de Nova Iorque<sup>98</sup>, o que foi expressamente previsto em seu Artigo 20<sup>99</sup>.

## Conclusões

O ICSID se converteu, nos últimos anos, no principal sistema internacional de arbitragem mista entre investidores e Estados, sobretudo pela multiplicação dos APPRI e as recentes privatizações, dois fenômenos dos anos 1990.

Os contratos em que o Estado é parte, especialmente as concessões para a exploração de recursos naturais e oferta de serviços públicos, se apresentam como o terreno mais fértil para o florescimento das controvérsias internacionais em matéria de investimentos, embora não sejam a principal origem dos consentimentos para essa arbitragem, dado muitas vezes em APPRI.

Destarte, a sistemática da arbitragem do ICSID já não pode ser compreendida sem a referência aos regimes jurídicos propostos por tais tratados que, em geral, têm como seus principais instrumentos jurídicos aqueles que permitem e institucionalizam a proteção dos investimentos.

As muitas peculiaridades de uma arbitragem cujo consentimento se dá em um ato complexo, pois nasce de um tratado e se completa mediante um pedido do autor, terminam por desenhar um cenário mais intrincado que o das arbitragens mais tradicionais, comerciais ou entre Estados. Sem embargo, se tentou focalizar algumas das principais questões referentes à jurisdição do ICSID, a participação de *amicus curiae*, o consentimento, o direito

---

<sup>98</sup> Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros feita em Nova Iorque aos 10 de junho de 1958.

<sup>99</sup> Golsong, 1986, p. 42.

aplicável, a anulação dos laudos e a execução das execuções, tratando da Convenção de Washington e de seu mecanismo complementar, entre outras.

Nessa análise, em que se optou por uma abordagem mais dogmática, percebem-se algumas importantes tensões subjacentes ao sistema, como entre o público e o privado, bem como entre interno e internacional. O equilíbrio do ICSID, cuja utilização parece haver se normalizado em um patamar recente e mais elevado, não é algo que se possa ter por garantido para sempre. Há demandas importantes por mudanças no sistema, de modo a atender as necessidades dos Estados e dos regimes internacionais criados pelos APPRI e que, entretanto, não parecem estar perto de uma efetiva multilateralização.

O sistema do ICSID está, sem margem de dúvida, fortalecido nos últimos anos, em grande medida como decorrência de suas características institucionais e da qualidade técnica de suas regras e sentenças. Não obstante, o contexto original de sua criação já está bastante longe em termos históricos, inclusive com a modificação e aperfeiçoamento dos instrumentos contratuais de investimento e, também, do incremento da complexidade da regulação estatal em matérias como a proteção ambiental, do consumidor e da livre concorrência.

É, por exemplo, urgente estabelecer regras claras e procedimentos transparentes, e não apenas mediante a tênue jurisprudência arbitral, sobre os litígios cujo consentimento público é dado em um APPRI ou em uma lei nacional de investimentos, inclusive a respeito do Direito aplicável e dos limites materiais e pessoais do processo. É, ainda, importante regulamentar temas como a participação de *amicus curiae* e o acesso à informação por organizações da sociedade civil, sobretudo quando estão em jogo temas que afetam profundamente o interesse público.

Há, como resultado, algumas dúvidas a respeito da legitimidade da arbitragem mista em matéria de investimentos, mais que nada pela debilidade do caráter público dos procedimentos e das decisões<sup>100</sup>. Tampouco se sente que a proteção dos Direitos Humanos e do investidor estejam em total harmonia<sup>101</sup>. Nesse sentido, a questão do predomínio dos atores privados em setores tradicionalmente cobertos pelo Direito público estatal reforça o fenômeno da privatização da regulação global<sup>102</sup>.

A adaptação do sistema do ICSID – e dos APPRI – a um ambiente de ampla democratização das instituições internacionais e globais é de fundamental importância para a promoção e proteção dos investimentos.

---

<sup>100</sup> Frank, 2005.

<sup>101</sup> Weiler, 2004.

<sup>102</sup> Cutler, 2003, p. 25 a 27.



## Conclusões

Como se disse no início, retomar textos distanciados no tempo foram para o autor um exercício prazeroso de compreensão de seu próprio trabalho e do tema tratado.

Decerto, as principais conclusões já foram apresentadas no prefácio, para servirem como fio condutor da leitura de um trabalho a partir de uma ótica atualizada.

Apenas para recordar, os trabalhos originais voltam um olhar bastante desconfiado ao sistema de proteção e promoção de investimentos estrangeiros pautado pelos APPRI e pelo ICSID. Era o momento em que os casos argentinos se multiplicavam e se cochichava sobre a abordagem potencialmente tendenciosa de árbitros tendentes a favorecer os investidores originários de países centrais.

A atitude brasileira de recusar-se a ingressar em acordos bilaterais de investimento e barrar a adoção do Protocolo de Colônia no MERCOSUL se mostrava a mais acertada, constantemente elogiada. Com razão: ainda que não seja fácil identificar situações em que o Brasil teria se convertido em reclamado frente a um tribunal do ICSID, é fato que uma saudável distância de um regime em (trans)formação e, portanto, insegurança e incerteza, garantiu algumas noites de melhor sono.

Talvez seja, porém, o momento de rever a atitude brasileira em face de um Direito internacional do investimento estrangeiro que continua, já mais domesticado, seu processo de reajustes e consolidação. Em particular, seria perfeitamente razoável ingressar no sistema do ICSID, o que poderia incrementar a proteção para os



investidores brasileiros no exterior sem comprometer o Estado, uma vez que as arbitragens apenas podem ocorrer se houver, além da adesão à Convenção de Washington, consentimento por escrito para submeter casos a tal arbitragem. Se o Brasil não deseja figurar no pólo passivo de tais arbitragens, basta não dar o consentimento nos contratos e tratados de que é parte, ou a prever abertamente na legislação nacional. Só isso.

Alega-se, porém, que o ingresso na Convenção de Washington poderia dar azo a pressões para integrar alguns APPRI. Pode ser, mas a solução é igualmente simples: basta não ceder e aproveitar o ensejo para deixar claro que se entende que muitos desses acordos são pouco equilibrados e não devem ser aceitos pelos países em desenvolvimento.

Acredito que o momento é propício para fortalecer a liderança brasileira e tomar parte, efetivamente, nas negociações e propostas de novos modelos de acordos internacionais de investimento que sejam compatíveis com a identidade e os interesses nacionais.

## Referências

ABBOTT, Kenneth W. KEOHANE, Robert O., MORAVCSIK, Andrew, SLAUGHTER, Anne Marie, e SNIDAL, Duncan. (2000) "The Concept of Legalization", *in* **International Organization**, vol 54, n. 3. Cambridge, Ma: IO Foundation and the MIT, summer.

ALVAREZ, José E. (2010) "Chapter 1: The Evolving BIT", *in* *Coordenadores: LAIRD, Ian A. e WEILER, Todd J., Investment Treaty Arbitration and International Law*. Huntington: Juris-Net.

\_\_\_\_\_. (2011) "The Return of the State", *in* **Minnesota Journal of International Law**, v. 20, n. 2.

ARMIJO, L. E. (1999) "Mixed Blessing: Expectations about foreign capital flows and democracy in emerging markets", *in* **Financial Globalization and Democracy in Emerging Markets**. New York: Palgrave.

BANCO MUNDIAL. (2004) **World Development Report 2005 – A Better Investment Climate for Everyone**. Banco Mundial e Oxford University Press: Nova Iorque e Oxford.

BIELSCHOWSKI, Ricardo. (1988) **Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo**. Rio de Janeiro: IPEA.

BIOCCA, Stella Maris (Coordenadora) **Jurisdicción Internacional en las Relaciones Jurídicas y Económicas en que el Estado sea Parte**. Bahía Blanca: EdiUNS.

BROCHES, Aron. (1979) "The "Additional Facility" for the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)", *in* **Yearbook of Commercial Arbitration**, vol. IV.

\_\_\_\_\_. (1994a) "The Convention on the Settlement of Investment Disputes: some observations on jurisdiction", *in* **Selected Essays – World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law**. Dordrecht: Martinus Nijhoff.

\_\_\_\_\_. (1994b) "The Convention on the Settlement of Investment Disputes: applicable law and default procedure", *in* **Selected Essays – World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law**. Dordrecht: Martinus Nijhoff.

COLLIER, John e LOWE, Vaughan. (1999) **The Settlement of Disputes in International Law – Institutions and Procedures**. Oxford: Oxford University Press.

COSTA, José A. F. (2006) **Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul - uma ferramenta para o desenvolvimento regional?** Mimeo.

\_\_\_\_\_ (2010) **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá.

COSTA, José A. F.; CARREGARO, Ana C. C.; ANDRADE Thiago P. (2007) “Mecanismo Complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros?” *In: Revista Direito GV*, v. 3, n. 2.

CREMADES, Bernardo M. “Litigating annulment proceedings the Vivendi matter: contract and treaty claims”, *in Annulment of ICSID Awards* (Editors: GAILLARD, Emmanuel and BANIFATEMI, Yas). Huntington: Juris Publishing.

CUTLER, A. Claire. (2003) **Private Power and Global Authority – Transnational Merchant Law in the Global Political Economy**. Cambridge: Cambridge.

DAVID, René. **L’Arbitrage dans le Commerce International**. Economica: Paris, 1982.

DELAUME, Georges R. (1981) “State Contracts and Arbitration,” *in American Journal of International Law*, n. 75. The American Society of International Law.

DOLZER, Rudolf. (2003) “Indirect Expropriations : New Developments”, *in New York University Environmental Law Journal*, V. 11, n. 1.

DUNNING, J.H. (1993) **Multinational Enterprises and the Global Economy**. Wokingham: Addison-Wesley.

EL-AHDAB, Abdul Hamid. (1996) “Arab North Africa”, *in Arbitration in Africa* (COTRAN, E. And AMISSAH, A. Eds.). The Hague: Kluwer Law International.

ELSTER, John, OFFE, Claus y PREUSS, Ulrich K. (1998) **Institutional Design in Post-Communist Societies – Rebuilding the Ship at Sea**. Cambridge, Cambridge University Press.

FATOUROS, Arghyrios A. (1999) “International Investment Agreements: Recent Trends in Law and Policy”, *in Symposium for Least Developed Countries – International Investment Agreements and their Implications for Least Developed Countries*. Geneva: UNCTAD.

FRANCK, Susan D. (2005) “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, *in Fordham Law Review*, v. 73

GESSNER, Volkmar, APPELBAUM, Richard P. e FELSTINER, William L. F. (2001) “Introduction: The Legal Culture of Global Business Transactions,” *in Rules and Networks – The Legal Culture of Legal Business Transactions* Coordenadores: GESSNER, APPELBAUM e FELSTINER, Oxford: Hart Publishing.

GILPIN, Robert. (2002) **A Economia Política das Relações Internacionais**. Brasília: UnB.

GOLSONG, Heribert. (1986) “Dispute Settlement in Recently Negotiated Bilateral Investment Treaties – The Reference to the ICSID Additional Facility”, *in Realism in Law Making – Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*. Coordenadores: BOS, Adriaan e SIBLESZ, Hugo. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

GRAY, Cheryl W. y JAROSZ, William W. (1995) "Law and the regulation of foreign direct investment: the experience of Central and Eastern Europe", *in* **Columbia Journal of Transnational Law**, n. 33.

HARTEN, Gus van. (2007) **Investment treaty arbitration and public law**. Oxford: Oxford University Press.

HIGGINS, Rosalyn. (1994) **Problems and Process – International Law and How We Use It**. Oxford: Clarendon Press.

HOUTTE, Hans v. (2004) "Article 52 of the Washington Convention – a brief introduction", *in* **Annulment of ICSID Awards** Coordenadores: GAILLARD, Emmanuel e BANIFATEMI, Yas. Huntington: Juris Publishing.

JENNINGS, Robert e WATTS, Arthur. (1996) **Oppenheim's International Law – Peace**. V. 1, 9ª Edição. Londres: Longman.

KOVAR, R. (1969) "La compétence du CIRDI", *in* **Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées**. (Org. Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Dijon). Paris: Pedone.

LACERDA, Antônio C. de, BOCCI, João I., REGO, José M., BORGES, Maria A. e MARQUES, Rosa M. (2005) **Economia Brasileira**, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva.

LOWNEFELD, Andreas F. (2003) **International Economic Law**. Oxford: Oxford University Press.

MACNEIL, Ian R. (1985) "Relational Contract: What we do and do not know", *in* **Wisconsin Law Review**, V. 1985, N. 3. Wisconsin.

MANCIAUX, Sébastien. (2004) **Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États – trente ans d'activité du CIRDI**. Paris: LexisNexis – Litec.

MOLLE, Willem. (2003) **Global Economic Institutions**. London: Routledge.

MONTEIRO, Maurílio de Abreu. (2005) "Meio Século de Mineração Industrial na Amazônia e suas Implicações para o Desenvolvimento Regional," *in* **Estudos Avançados**, v. 53. São Paulo: USP.

MOUSNIER, Roland. (1995) **Os Séculos XVI e XVII – A Europa e o Mundo**, *in* **História Geral as Civilizações**, V. 10 – Director: CROUZET, Maurice. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

PETER, Wolfgang. (1986) **Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

PETERS, Paul. (1988) "Investment Risk and Trust: The Role of International Law", *in* **International Law and Development**. Coordenadores: WAART, Paul de, PETERS, Paul e DENTERS, Erik. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

PRADO JÚNIOR, Caio. (1994) **História Econômica do Brasil**, 41ª Edição. São Paulo: Brasiliense.

REUTER, Paul. (1969) "Réflexion sur la compétence du Centre créé par la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissantes d'autres Etats", *in* **Investissements Etrangers et**

**Arbitrage entre Etats et Personnes Privées.** (Org. Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Dijon). Paris: Pedone.

SCHREUER, Christoph. (1996) "Commentary on the ICSID Convention", *in* **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**. V. 11, n. 2. Baltimore: John Hopkins University.

\_\_\_\_\_ (2004) "Three generations of ICSID annulment proceedings", *in* **Annulment of ICSID Awards** Coordenadores: GAILLARD, Emmanuel e BANIFATEMI, Yas. Huntington: Juris Publishing.

SHALDEN, Kenneth C., SCHRANK, Andrew, y KURTZ, Marcus J. (2005) "The Political Economy of Intellectual Property Protection: The Case of Software", *in* **International Studies Quarterly**, n. 49.

SHIHATA, I. e PARRA, A. (1994). "Applicable substantive law in disputes between States and private foreign parties: the case of arbitration under the ICSID Convention", *in* **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, Vol. 9

SORNARAJAH, M.(1992) **The International Law on Foreign Investment**. Cambridge, Cambridge University Press.

SUAREZ ANZORENA, Carlos Ignacio. (2004) "Vivendi v. Argentina: on the admissibility of requests for partial annulment and the ground of a manifest excess of powers", *in* **Annulment of ICSID Awards** Coordenadores: GAILLARD, Emmanuel e BANIFATEMI, Yas. Huntington: Juris Publishing.

UNCTAD. (2003) **International Investment Agreements – Train for Trade – Scope and Definition – Section 2**. UNCTAD-DITE-SITE: Ginebra.

\_\_\_\_\_ (2005) **Occasional Note: many BITs have yet to enter into force**. UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2005/10. UNCTAD: Ginebra.

VERDROSS, A. (1958-9) "The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses," *in* **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**, Viena.

WEILER, Todd. (2004) "Balancing Human Rights and Investor Protection: A New Approach for a Different Legal Order," *in* **Boston College International and Comparative Law Review**, vol 27, n. 1. Boston.

O Brasil vem enfrentando um grande desafio em suas relações exteriores: como incorporar o papel de verdadeiro protagonista regional e mundial, passando das coxias ao centro do palco. Um dos campos em que se espera uma boa atuação é o do Direito Internacional Econômico, não apenas nas questões comerciais, mas também nos cenários regionais e em temas como o da proteção dos investimentos, a respeito do qual a diplomacia tem sido recatada, quase silente. Aqui se oferecem subsídios para discutir esse tema a partir de um panorama das transformações do Direito do investimento estrangeiro.

Como o Brasil pode incorporar o papel de verdadeiro protagonista regional e mundial, passando das coxias ao centro do palco? No campo do Direito internacional do investimento estrangeiro a diplomacia tem se mostrado recatada, quase silente. Será esta a melhor alternativa? Como o Direito tem ajudado a proteger os ativos estrangeiros? Aqui se oferecem subsídios para discutir esses temas a partir de um panorama das transformações dessa matéria.



**GEDAI**  
**PUBLICAÇÕES**

ISBN 978-856607902-9



9

788566

079029