

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

VICTOR HENRIQUE RORATO

VANTAGENS E DESVANTAGENS DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA ICSID PELOS
ESTADOS CONTRATANTES.

FLORIANÓPOLIS

2015

VICTOR HENRIQUE RORATO

VANTAGENS E DESVANTAGENS DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA ICSID PELOS
ESTADOS CONTRATANTES.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
junto ao curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC,
na área de Arbitragem.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Soares Stersi dos
Santos

FLORIANÓPOLIS

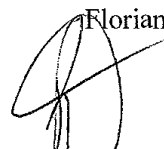
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

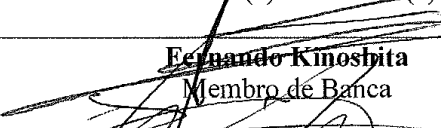
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Vantagens e desvantagens na utilização do Sistema ICSID pelos Estados contratantes.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Victor Henrique Rorato**, defendido em **01/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

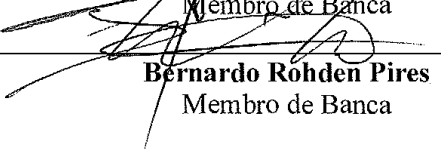
Florianópolis, 1 de Julho de 2015



Ricardo Soares Stersi dos Santos
Professor(a) Orientador(a)



Fernando Kinoshita
Membro de Banca



Bernardo Rohden Pires
Membro de Banca



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88.040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: **Victor Henrique Rorato**

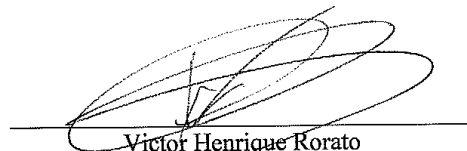
Matrícula: **10200081**

Título do TCC: **Vantagens e desvantagens da utilização do Sistema ICSID pelos Estados Contratantes.**

Orientador: **Ricardo Soares Stersi dos Santos**

Eu, **Victor Henrique Rorato**, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 01 de julho de 2015.



Victor Henrique Rorato

RESUMO

Este trabalho busca analisar a constituição e funcionamento do ICSID elaborando acerca de seus prós e contras em relação ao Estado Contratante. O ICSID (Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos) é uma entidade criada pela Convenção de Washington de 1965, cuja principal função é operacionalizar a resolução de controvérsias em investimentos estrangeiros diretos (FDI).

Os FDI são investimentos realizados por um particular em um Estado diverso do seu Estado de origem e diferem da mera especulação de valores mobiliários pela perspectiva do investidor desenvolver planos de longo prazo e participar efetivamente da gestão do empreendimento. Nesse sentido cabe aprofundar quando ao conceito de investimento estrangeiro direto, bem como traçar um histórico dessa figura.

Acredita-se ser importante o estudo do tema, visto que o volume de investimentos estrangeiros diretos cresce a cada dia movimentando vultuosas somas de capital e influenciando a vida de bilhões de pessoas pelo planeta. O trabalho, nesse norte, busca analisar a forma como são conduzidos os diferendos advindos de tais investimentos.

Interessa o fato de que o direito internacional dos investimentos estrangeiros apresenta uma realidade *sui generis* em relação aos outros campos jurídicos e inclusive em relação ao direito internacional público e privado. Cuida-se de figura híbrida possuidora de traços de direito público a um lado e de direito privado a outro.

Há algumas décadas, tal seara trazia consigo várias incógnitas, as quais levavam a questionamentos básicos tocantes à natureza do patrimônio do estrangeiro e à maneira de resolver as divergências entre estrangeiros e Estados. Realizados os primeiros tratados bilaterais de proteção a investimentos (BIT) e criado o ICSID passou-se a um novo patamar com sistematização e desenvolvimento conceitual na área rumo a uma teoria consolidada com conceitos operacionais claros.

Ocorre que a adesão ao ICSID apresenta trade-offs, vantagens e desvantagens, cuja análise deve ser realizada para que se chegue a uma compreensão com propriedade quanto aos juízos de fato, tornando possível a formulação de um juízo valorativo. Não obstante seja emitida uma opinião na conclusão do trabalho, seu objetivo primordial é apresentar o contexto e trazer elementos para a assimilação do tema pelo leitor.

Palavras-chave: Investimento estrangeiro direto; ICSID; Convenção de Washington de 1965.

SIGLAS

BIT – Bilateral investment treaty (Tratado bilateral de proteção a investimentos)

CW – Convenção de Washington de 1965

CIJ/ICJ – International Court of Justice (Corte Internacional de Justiça)

FDI – Foreign direct investment (Investimento estrangeiro direto)

FMI – Fundo Monetário Internacional

ICSID – International Centre for Settlement in Investment Disputes (Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento)

IBRD/BIRD – International Bank for Reconstruction and Development (Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento)

MC – Mecanismo Complementar de Resolução de Controvérsias do ICSID

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ODI – Overseas Development Institute (Instituto de Desenvolvimento Ultramarino)

TPA – Tribunal Permanente de Arbitragem

UNCITRAL/CNUDCI - United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional)

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

WIR – World Investment Report (Relatório Mundial de Investimentos)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 O DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS	11
1.1. Os investimentos estrangeiros diretos (FDI)	12
1.1.1. Conceito	12
1.1.1.1. A importância de um consenso conceitual mínimo	12
1.1.1.2. Definições conceituais propriamente ditas	14
1.1.2. Histórico	16
1.1.2.1. A ocorrência de investimentos estrangeiros diretos anteriores ao século XX. 16	
1.1.2.2. Potencial impacto dos investimentos estrangeiros diretos: o caso da Madeira-Mamoré Railway Company	19
1.1.2.3. O surgimento dos BITs – Tratados bilaterais de proteção a investimentos.....	21
1.2. O direito internacional dos investimentos estrangeiros.....	22
1.2.1. Campo temático do direito internacional dos investimentos estrangeiros	25
1.2.2. O arcabouço teórico do direito internacional dos investimentos estrangeiros	27
1.2.3. Instituições do direito internacional dos investimentos estrangeiros	29
CAPÍTULO 2 A CONVENÇÃO DE WASHINGTON DE 1965 E O ICSID	31
2.1. Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos.....	31
2.1.1. Estrutura institucional do ICSID	31
2.1.2. Competência do ICSID.....	35
2.1.2. Meios de resolução de conflitos	36
2.1.2.1. Conciliação	36
2.1.2.2. Arbitragem.....	38
2.2. Substituição e inibição dos conciliadores e dos árbitros	41
2.3. Custas do processo, local e disposições finais	42
CAPÍTULO 3 VANTAGENS E DESVANTAGENS NA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA ICSID PELOS ESTADOS CONTRATANTES.....	45
3.1. Vantagens	46
3.1.1. O suporte institucional provido pelo ICSID	46
3.1.2. Custos	47
3.1.3. Especialização quanto às partes e diferendos abarcados	48

3.1.4.	Incentivo à integração econômica com outros Estados	49
3.2.	Desvantagens.....	50
3.2.1.	Possibilidade de utilização do ICSID pelo mecanismo complementar	50
3.2.2.	Perda de soberania pela adesão ao ICSID	52
3.2.3.	Atuação política dos árbitros	53
3.2.4.	Ausência de impacto relevante da adesão ao ICSID no fluxo de investimentos.....	55
	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61
	ANEXO 1	70

INTRODUÇÃO

O direito internacional dos investimentos estrangeiros é até o momento ilustre desconhecido nas universidades brasileiras. Por vezes recebe menções nas aulas de direito empresarial ou internacional, mas raras são as oportunidades de ser apresentado a este ramo jurídico sem que se tenha por artífice da apresentação o acaso.

Este trabalho trata fundamentalmente desta seara jurídica, sendo que a oportunidade de fazê-lo vem principalmente pela abertura apreciada na Universidade Federal de Santa Catarina no que tange à arbitragem e ao direito internacional econômico. O direito internacional dos investimentos estrangeiros possui por objeto os investimentos estrangeiros diretos, conhecidos pela sigla inglesa “FDI”.

A novidade inspirada pelo tema e a edição somente ocorrida nas recentes décadas de instrumentos internacionais específicos podem dar a falsa impressão de que a referida modalidade de investimento constitui-se também em novidade. Ocorre, todavia, que o investimento estrangeiro direto existe de fato há milênios, desde a sedentarização e consolidação do comércio como prática social cotidiana.

O que se pode qualificar como fenômeno recente são os vultosos investimentos estrangeiros diretos submetidos à arbitragem institucionalizada no âmbito do ICSID e outras instâncias direcionadas por acordos de proteção a investimentos. A magnitude do impacto gerado por esses investimentos e conseqüentemente pelas decisões nos litígios que os têm por objeto enseja estudos e análises mais frequentes e aprofundadas na academia.

Os últimos relatórios sobre investimentos estrangeiros apontam os países em desenvolvimento como destinatários de proporção crescente destes, de modo que é sensato pensar no aumento também da presença do tema de maneira menos esporádica na sociedade. Neste trabalho, será abordada a resolução de controvérsias por meio do ICSID, o que é como se realiza, vantagens e desvantagens.

Parte-se da premissa amplamente conhecida na teoria econômica de que escolhas envolvem *trade-offs*, ou seja, envolvem ganhos e perdas. Por vezes somos chamados a realizar escolhas importantes, como em eleições ou em termos de qual formação seguir, de modo que todos os dias apontam-se, diante do resultado, as escolhas bem realizadas ou mal realizadas.

Acredita-se que a adesão de um Estado Contratante do ICSID é uma escolha, cujas implicações podem vir a se mostrar anos ou mesmo décadas após a ratificação da Convenção de Washington. O conhecimento prévio de algumas implicações ou mesmo uma reflexão mais demorada diante de uma encruzilhada certamente conferem a capacidade de que uma decisão mais sábia seja tomada.

É justamente essa a intenção do presente trabalho: trazer as bases para uma reflexão fundamentada acerca da matéria de maneira que o leitor possa tirar suas próprias conclusões. O importante é que a temática seja discutida, principalmente no Brasil, um dos poucos países entre as grandes economias que não é contratante da Convenção de Washington de 1965.

O sistema ICSID de maneira geral é possuidor de forma processual muito similar ao que se vê na legislação acerca de arbitragem e nos regulamentos das câmaras arbitrais empresariais. O diferencial do ICSID, e centro das polêmicas, é o mecanismo de execução de suas sentenças, que possibilita a imposição do veredito junto aos Estados Contratantes – ou menos a nível formal.

Os FDI são responsáveis por grandes aportes de capital em economias por vezes sedentas por investimentos. Na intenção de atraí-los, faz sentido a tese de que integrar uma convenção passível de aumentar a segurança dos investidores pode ser de certo modo vantajoso ao Estado Contratante.

Partindo, portanto, de uma análise do direito internacional dos investimentos estrangeiros, passando à Convenção de Washington de 1965 e concluindo na exposição de vantagens e desvantagens aos Estados contratantes, o presente trabalho possui a intenção de responder à pergunta “quais são tais vantagens e desvantagens para o Estado Contratante ao aderir ao ICSID?”. O método utilizado é o dedutivo, apresentando premissas e delas concluindo quanto à existência das vantagens e desvantagens referidas.

CAPÍTULO 1

O DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

“Poucos dias antes de voltar para casa, Tibério Vacariano foi por puro acaso apresentado a um jovem industrial chinês, recém-chegado dos Estados Unidos, um certo Mr. Chang Ling, que ele passou logo a chamar de “seu Jango Lins”. Tratava-se de um dos muitos homens de negócio que tinham conseguido fugir de Changai antes de esta cidade cair em poder dos comunistas. Trouxera consigo a família, os seus móveis mais preciosos, uma carta de crédito (possuía no Chase Manhattan Bank de Nova Iorque uma conta Pessoal com um apreciável saldo credor) e o seu know-how. Queria instalar no Brasil uma fábrica de óleos comestíveis de soja e amendoim.”

- Érico Veríssimo, “Incidente em Antares”

O direito internacional dos investimentos estrangeiros é ramificação do conhecimento jurídico com autonomia crescente. Surge como consequência do aumento da ocorrência dos milenares investimentos estrangeiros a ponto de influenciar dramaticamente o desenvolvimento econômico mundial.

Destaque-se que os atos práticos designáveis como investimentos estrangeiros não tiveram definição jurídica de pronto, o que enseja conclusão no sentido de serem os investimentos estrangeiros compreendidos como tal após já ocorrerem no mundo dos fatos por tempos. Para atingir, portanto, uma compreensão adequada do que seja o direito internacional dos investimentos estrangeiros, é necessário o entendimento do que seja investimento e investimento estrangeiro, do que caracteriza um ramo autônomo do direito e de como tal ramo se desenvolve na seara dos chamados *foreign direct investments* (FDI).

O surgimento do direito internacional dos investimentos estrangeiros obedece ao exposto na teoria tridimensional. A um fenômeno social (investimentos estrangeiros) é atribuído um valor que o qualifica como objeto de normatização; com o acréscimo das disposições normativas, surge a necessidade de erigir instituições para gerir as relações jurídicas, sendo que no tema em comento, a principal delas é o ICSID.

Este capítulo, portanto, pretende demonstrar a evolução da seara jurídica que o intitula, servindo de base ao estudo da Convenção de Washington de 1965 e do ICSID de maneira geral.

1.1. Os investimentos estrangeiros diretos (FDI)

Os FDI são fenômeno inicialmente exterior ao mundo jurídico, de maneira que sua conceituação e constituição devem ser compreendidos inicialmente sob o ponto de vista da ciência econômica. Cabe, dessa maneira, elaborar quanto ao conceito de FDI, traçar um histórico quanto à ocorrência dessa modalidade de investimento e então definir, com fulcro nas convenções vigentes, sua natureza jurídica.

1.1.1. Conceito

Nos meios jurídicos internacionais tem-se revelado fundamental para a solução de controvérsias que as partes envolvidas utilizem os mesmos significantes para defender seus respectivos pontos de vista. Conclui-se que a importância da compreensão equânime quanto ao significado das palavras deve receber destaque; a partir da exposição deste aspecto, rumar-se-á à conceituação propriamente dita, esta que norteará toda a evolução do presente trabalho.

1.1.1.1. A importância de um consenso conceitual mínimo

A partir da premissa de que o FDI se desenvolve em um ambiente marcadamente internacional, deve-se buscar uma conceituação aceita internacionalmente. Antes de passar à definição detalhada do que seja investimento estrangeiro direito apresenta-se, a título de exemplo, a definição do *Black's Law Dictionary* (1910) quanto ao que seja investimento:¹

Emprestar dinheiro sob garantias de natureza mais ou menos permanente ou destiná-lo a empreendimentos ou imóveis ou, de outra forma, depositá-lo de maneira que dele provenham receitas ou rendimentos.²

Nota-se que mesmo a definição fornecida é um tanto ampla e que há uma dificuldade no sentido de uniformizar conceitos aplicáveis a importantes termos. Desde o simples vocábulo genérico “investimento” até sua especificação “investimento estrangeiro direto” o universo de possibilidades é vasto.

Com o objetivo de apurar com tecnicidade científica um conceito de investimento estrangeiro direto, o Comitê do Fundo Monetário Internacional (FMI) sobre estatísticas de

¹ Citações cujo original esteja em língua inglesa serão apresentadas em tradução realizada pelo autor, sendo que o texto original constará em notas de rodapé explicativas.

² To loan money upon securities of a more or less permanent nature, or to place it in business ventures or real estate, or otherwise lay it out, so that it may produce a revenue or income. *Drake v. Crane*. 127 Mo. S5, 29 S. W. 990, 27 L. It. A. 653; *Stramann v. Scheeren*, 7 Colo. App. 1, 42 Pac. 191; *Una v. Dodd*, 39 N. J. Eq. 180

balanços de pagamento³s em comunhão com o Workshop de estatísticas acerca de investimentos internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) formou o Grupo Técnico Especializado em Investimentos Diretos (DITEG)⁴⁵

No ano de 2004, o DITEG manifestou preocupação no seguinte sentido quanto à unificação dos significados conferidos a certas expressões:

Notou-se que mesmo quando há consenso geral sobre a definição dos conceitos e variáveis, diversos manuais e documentações podem conter uma variedade de expressões ensejadoras de diferenças em interpretações. Há ainda um desejo de atingir definições que sejam consistentes com outros manuais estatísticos tais como o SNA93⁶.

Há alguns glossários dentro e fora de manuais, os quais provêm definições de muitos dos termos sob apreciação [neste trabalho]. Há diferenças no palavreado das definições através dos manuais que necessitam ser resolvidas. Os conflitos podem surgir devido a diferenças de ênfase nas várias fontes [conceituais].⁷

Não bastasse a inexistência de consenso no tocante a conceitos-chave na seara dos investimentos estrangeiros diretos, pode-se dizer que estes são dinâmicos, além do que a cada ano surgem novos termos. Com o fito de acompanhar a plasticidade conceitual citada, a OCDE realiza estudos periódicos e aprofundados chamados Definição Referencial de Investimento Estrangeiro Direto da OCDE⁸, sendo que em 2008 fora lançada a quarta – e mais recente – edição.

Considerando a importância de uma definição clara, este trabalho se pauta pela quarta edição da definição da OCDE (OCDE, 2008), bem como pelas conclusões do DITEG que a precederam.

³ IMF Committee on Balance of Payments Statistics and OECD Workshop on International Investment Statistics

⁴ Direct Investment Technical Expert Group (DITEG)

⁵ Haverá maior aprofundamento quanto às instituições criadas no âmbito do direito internacional dos investimentos estrangeiros no subcapítulo “3” deste capítulo.

⁶ O *System of National Accounts* 1993 foi adotado pela Comissão de Estatística da Organização das Nações Unidas durante sua 27ª sessão em 1993 como o padrão internacional para a compilação de estatísticas nacionais contábeis para a formulação de relatórios internacionais de contendo dados nacionais comparáveis. É publicado em conjunto pela Organização das Nações Unidas, a Comissão Europeia, o Fundo Monetário Internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e o Banco Mundial. (ONU, 2015)

⁷ It has been noted that even when there is general agreement on the definition of the concepts and variables, various manuals and documentation may contain a variety of wordings that can lead to differences in interpretation. There is also a desire to have definitions that are consistent with other statistical manuals such as the SNA93. There are several glossaries in and out of manuals that provide definitions of many of the terms under consideration. There are differences in the wording of definitions across manuals that need to be resolved. The conflicts may arise due to differences in emphasis in the various sources.

⁸ OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment

1.1.1.2. Definições conceituais propriamente ditas

Os estudos do DITEG objetivavam instruir a produção da edição seguinte da Definição Referencial da OCDE, a qual viera a ser publicada em 2008. A metodologia utilizada foi a exposição dos termos carecedores de conceitos ou com conceitos passíveis de modificação seguida de uma chamada para submissões escritas nas quais os autores enviariam sugestões fundamentando o porquê de serem adequadas ou melhores em relação aos conceitos então adotados.

Foram observados alguns princípios básicos nos trabalhos, na seguinte linha:

- Cuidado para não definir um termo geral adequado a tal ou qual contexto, mas sim utilizar termos gerais para desenvolver uma definição de um termo específico.
- Um termo não deve ser definido dentro da definição de outro termo.
- A hierarquia de definições pode ser revista. Existe um fluxo lógico entre um termo no glossário e a utilização daquele mesmo termo na definição de outros termos – p. ex., empreendimento e empreendimento em investimento direto? (Um teste prático se daria ao substituir-se a definição de um termo por sua localização em outra definição. Ainda assim faria sentido a definição?)
- As exclusões, assim como as inclusões implicadas pelas definições propostas devem ser tomadas em consideração. As subclasses exaurem completamente a classe geral? Há casos nos quais não está claro onde designar uma transação particular ou posição?⁹

Seguindo as diretrizes acima, a definição referencial lançada em 2008 traz em seu conteúdo uma definição clara, a qual adotamos neste trabalho:

Investimento direto é uma categoria de investimento transfronteiriço realizado pelo residente em uma economia (o investidor direto) com o objetivo de estabelecer uma relação duradoura em um empreendimento (o empreendimento do investimento direto) que seja residente em uma economia diversa da do investidor direto. A motivação do investidor direto é um relacionamento estratégico de longo prazo com o empreendimento do investimento direto com vistas a assegurar um grau significativo de influência do investidor direto na gestão do empreendimento. O “interesse perene” é evidenciado quando o investidor direto é proprietário de ao menos 10% do poder de voto no

⁹ Care should be taken not to define a general term to fit the context but to use the general term to develop the definition of the specific definition. (See Annex II for examples.)

A term should not be defined inside the definition of another term.

The hierarchy of definitions should be reviewed. Is there a logical flow between one term in the glossary and the use of that term to define other terms – e.g. enterprise, direct investment enterprise? (A practical test would be to substitute the definition of a term into its location in another definition. Does the definition still make sense?)

The exclusions, as well as the inclusions, implied by the definitions proposed should be considered. Do sub-classes completely exhaust the general class? Are there cases where it is not clear where to assign a particular transaction or position? (OCDE, 2004)

empreendimento. O investimento direto pode também permitir ao investidor acesso à economia do [país do] investimento direto de maneira não possível por outros meios. Os objetivos do investimento direto são diferentes daqueles constantes do “investimento portfólio”, através do qual os investidores geralmente não esperam influenciar a gestão do empreendimento.¹⁰

Observa-se que o conceito acima designa o investimento direto em oposição ao investimento portfólio, sendo este caracterizado marcadamente pela aquisição de valores mobiliários sem a atuação do investidor na economia real. (FMI, 2009)¹¹ Nesse sentido, não haveria busca por uma relação de longo prazo com o empreendimento, mas tão somente pelo aumento do capital.

Em síntese, o conceito de investimento estrangeiro direto baseia-se nos seguintes fatores:

- a) Investimento em economia diversa da do investidor;
- b) Interesses de longo prazo por parte do investidor;
- c) Participação do investidor na gestão do empreendimento.

Tendo clareza quanto ao que se compreende como investimento estrangeiro direto, passa-se a analisar um panorama histórico quanto à ocorrência desta forma de investir. A reunião dos requisitos elencados acima faz com que, sendo ou não compreendido como tal pelos atores envolvidos, esteja-se diante de um investimento estrangeiro direto.

¹⁰ Direct investment is a category of cross-border investment made by a resident in one economy (the direct investor) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise (the direct investment enterprise) that is resident in an economy other than that of the direct investor. The motivation of the direct investor is a strategic long-term relationship with the direct investment enterprise to ensure a significant degree of influence by the direct investor in the management of the direct investment enterprise. The “lasting interest” is evidenced when the direct investor owns at least 10% of the voting power of the direct investment enterprise. Direct investment may also allow the direct investor to gain access to the economy of the direct investment enterprise which it might otherwise be unable to do. The objectives of direct investment are different from those of portfolio investment whereby investors do not generally expect to influence the management of the enterprise.

¹¹ Portfolio investment is defined as crossborder transactions and positions involving debt or equity securities, other than those included in direct investment or reserve assets.

1.1.2. Histórico

Os outrora florescentes, encontram-se hoje, na sua maioria, em completa decadência, e os que florescem hoje, eram outrora bem pouca coisa. Persuadido da instabilidade da ventura humana, estou decidido a falar igualmente de uns e de outros.

- Heródoto, “História” – Livro I - Clio

A análise histórica permite interpretar com maior profundidade e conhecimento de causa as circunstâncias abarcadas pelo objeto de estudo. Nesse norte, sem perder de vista os objetivos principais deste trabalho, pretende-se demonstrar a ocorrência de atos caracterizáveis como investimentos estrangeiros diretos desde tempos nos quais os atores envolvidos não os entendiam como tal e posteriormente progredir com maior vagar a partir do início do século XX.

Afora juízos de valor quanto aos benefícios relativos dos investimentos estrangeiros diretos, pode-se dizer que é inegável seu poder de transformação nos contextos sociais nos quais ocorre. No intento de expor tal poder, realizar-se-á estudo de caso quanto ao empreendimento do estadunidense Percival Faquhar através da Madeira-Mamoré Railway Company.

Assentadas as bases quanto ao panorama histórico factual relacionado aos investimentos estrangeiros diretos, passa-se à exposição sobre os tratados bilaterais de proteção a investimentos (conhecidos pela sigla inglesa BIT, *Bilateral Investment Treaty*), cujo primeiro exemplar ocorreu no ano de 1959 entre o Paquistão e a República Federal da Alemanha (Anexo 1). Na ocasião já era pensada a futura Convenção de Washington de 1965, responsável pela criação do ICSID, objeto central de estudos deste trabalho.¹²

1.1.2.1. A ocorrência de investimentos estrangeiros diretos anteriores ao século XX

Macondo estaba transformado. las gentes que llegaron com Úrsula divulgaron la buena calidad de su suelo y su posición privilegiada com respecto a la ciénaga, de modo que la escueta aldeã de outro tiempo se convirtió muy pronto en un pueblo activo, com tiendas y talleres de artesanía, y uma ruta de comercio permanente por donde llegaron los primeros árabes de pantuflas y argollas em lãs orejas, cambiando collares de vidrio por guacamayas.

¹² A Convenção de Washington será analisada em detalhe no Capítulo 2.

- Gabriel García Márquez – “Cien años de soledad”.

Retomando os elementos obtidos a partir do conceito de investimento estrangeiro direto para que algo possa considerar-se como tal, tem-se (i) o investimento em economia diversa da do investidor, (ii) interesses de longo prazo por parte do investidor e (iii) participação do investidor na gestão do empreendimento.

Entende-se que a realização dos três elementos acima traz à existência um investimento estrangeiro direto, sendo a esta qualificação jurídica moderna uma formalização de fato social comum desde a antiguidade. Na pólis grega já havia a figura dos metecos, estrangeiros sem direitos políticos que não raro dedicavam-se a atividades mercantis com *animus* definitivo nas cidades-estado, conforme leciona o Prof^o Dr. Ettore Quaranta no trabalho “A pólis e os metecos”:

Mas uma contradição enorme se estabelece: é a não participação política total dos grupos que criam a grande riqueza do Estado ateniense, isto é os metecos. Seus interesses mercantis em primeiro plano não tem representação política que pertence aos cidadãos que não tinham tais interesses em primeiro plano e só indiretamente se relacionavam com eles e, ao mesmo tempo tinham uma necessidade econômica vital deles para a sobrevivência econômica ativa da pólis. Mas, mesmo assim, nenhuma fonte nos indica que pudesse haver a formação de grupos fechados de metecos que se opusessem à pólis devido a esta falta de participação política, por ficarem quanto a esta representação, abaixo de qualquer teta, que pudesse fazer tramitar leis às vezes absurdas contra eles. Só podemos concluir que o regime democrático livre era o ideal para as atividades desses estrangeiros domiciliados em Atenas, e desta forma, se integravam com a cidade. (QUARANTA, 2014)

Sendo os metecos qualificados como estrangeiros domiciliados na pólis, sem necessariamente possuírem ambições de cidadania e tendo interesses mercantis, vê-se a possibilidade de caracterização do conceito de investimento estrangeiro direto. Corroborando a linha de raciocínio apresentada, extraem-se de diálogo entre Sócrates e Adimanto na obra “A República” de Platão, as bases para a mercancia e as importações – traços necessários ao estabelecimento dos investimentos estrangeiros diretos:

- Mas – disse eu – fundar esta mesma cidade num lugar tal que não precisasse importar nada, é quase impossível.
- Efetivamente, é impossível.
- Precisaré, pois, de outras pessoas ainda, que lhe tragam de outra cidade aquilo de que carece.

- Precisar.
- Mas, certamente, esse mensageiro, se for de mãos vazias, sem nada levar daquilo que precisam as pessoas que fornecerão o necessário para a sua cidade, regressará de mãos vazias? Não é assim?
- Assim me parece.
- Portanto, é preciso, não só que se produza o suficiente nessa cidade, mas também produtos na qualidade e quantidade de que eles necessitem.
- É preciso.
- Então a nossa cidade carece de mais lavradores e de mais dos restantes artífices.
- Não há dúvida.
- E, em especial, de mais mensageiros, dos que exportam e importam os produtos. Esses são os comerciantes, não é assim?
- É.
- Então precisaremos também de comerciantes.
- Sim.
- E se o comércio se fizer por mar, haverá ainda necessidade de muitos outros homens instruídos na labuta marítima.
- De muitos, sim.
- E então? Na mesma cidade, de que modo trocarão eles entre si os seus produtos? Por causa deles é que estabelecemos uma sociedade e fundamos uma cidade.
- É evidente – respondeu ele – que por meio de compra e venda.
- Daí resultará para nós um mercado e a moeda, sinal dos resultados das trocas comerciais.
- Absolutamente. (PLATÃO, 2005)

Havendo noção acerca do que seja importação, comércio, moeda e cidadania, bem como presente a figura dos metecos tal como explicitado, crê-se realizado o necessário para a constatação da existência de investimentos estrangeiros diretos na pólis grega. Além do exemplo referido acima, notam-se inúmeros outros no curso da história, dentre os quais citam-se o capitalismo mercante holandês do século XVII responsável pelo surgimento da Companhia das Índias Orientais e Ocidentais, assim como os empreendimentos inspirados pelas antigas rotas das especiarias e da seda.¹³

¹³ Por questões de foco no objeto do presente estudo, não aprofundaremos tais possibilidades, cabendo a consulta de WAUGH, 200? e UNESCO, ??? para maiores informações.

1.1.2.2. Potencial impacto dos investimentos estrangeiros diretos: o caso da Madeira-Mamoré Railway Company

No início do século XX viu-se uma expansão até então inédita no cenário dos investimentos estrangeiros diretos nos países em desenvolvimento. A principal motivação para tal, foi a construção de ferrovias, conforme ressalta Dirk Willem te Velde no trabalho *Foreign Direct Investment and Development – An historical perspective*:

Resta claro que as entradas e saídas de capital por meio de investimento estrangeiro direto, se medidas por ações em relação ao crescimento do capital, flutuaram através do século XX. Houve um ligeiro acréscimo nas saídas de capital para investimentos estrangeiros diretos nas últimas quatro décadas, contudo na maioria dos casos, tomando o PIB como referencial, tais saídas até 1995 ainda estavam abaixo do que foram no início do século. De modo similar, as entradas de capital por investimento estrangeiro direto nos países em desenvolvimento foram altas na primeira parte do século (devido aos investimentos estrangeiros diretos em ferrovias) e depois caíram.¹⁴ (VELDE, 2006)

Dos estudos de Velde retira-se ainda a Tabela 1, esta que demonstra os influxos de investimentos estrangeiros diretos comparativamente entre o início do século XX (especificamente 1913/1914) e o início do século XXI:

	1913/14 USD billion	1913/14 %	Cumulative (%)		2001 USD billion	2001 %	Cumulative (%)
USA	7.1	15.8	16	USA	6277	26.9	27
Russia	3.8	8.4	24	United Kingdom	2204	9.4	36
Canada	3.7	8.2	32	Germany	1866	8.0	44
Argentina	3	6.7	39	France	1431	6.1	50
Austria- Hungary	2.5	5.6	45	Netherlands	1027	4.4	55
Spain	2.5	5.6	50	Italy	943	4.0	59
Brazil	2.2	4.9	55	Japan	871	3.7	63
Mexico	2	4.4	60	Belgium/Luxemb.	741	3.2	66
India and Ceylon	2	4.4	64	Hong Kong (China)	608	2.6	68
South Africa	1.7	3.8	68	Canada	597	2.6	71
Australia	1.7	3.8	72	China	534	2.3	73
China	1.6	3.6	75	Switzerland	521	2.2	76
				Brazil	443	1.9	
				India	130	0.6	

Source: Twomey (2000)

¹⁴ It is clear that inward and outward FDI, measured as the stock in relation to income, has fluctuated throughout the 20th century. There has been a rapid increase in outward FDI over the past four decades, but in most cases relative to GDP, outward FDI was in 1995 still below what it was at the beginning of the century. Similarly, inward FDI to developing countries was high in the first part of the century (due to FDI in railways) and then dropped.

Exemplo de investimento ensejado pela necessidade de construir ferrovias é a estrada de ferro Madeira-Mamoré, inaugurada em 1912, tendo importantes implicações sociais e políticas. Cuida-se de empreendimento visando ao escoamento da produção da região (sobremaneira de borracha), este que esbarrava na inconveniência física representada pelas cachoeiras do Rio Madeira. (MARTINS, 2013)

Após tentativas falhas, o empresário Percival Farquhar funda a Madeira Mamoré Railway Company, conforme explicita Marcelo Sabino Martins (2013) no trabalho “A Estrada de Ferro Madeira Mamoré como marco da “civilização” em Porto Velho: Perspectivas de uma História do/no Tempo Presente”:

Não é em vão que são duas tentativas de construção da ferrovia que resultam em desistência: Public Works (1972) e a P&T Collins (1879) sendo construída somente na terceira tentativa pela empreiteira Madeira Mamoré Railway Company, criada por Percival Farquhar que contrata a empresa May, Jekill & Randolph para a construção. Percival Farquhar é um desses homens de negócios que, somente no Brasil irá controlar, em 1912, companhias que exploravam portos, transportes de bondes, ferrovias, energia elétrica, gás, madeiras e outros negócios altamente lucrativos.¹⁵

Os conflitos entre Brasil e Bolívia originários da chamada “Questão do Acre” foram resolvidos militar e diplomaticamente através da atuação do então Ministro das Relações Exteriores José Maria da Silva Paranhos (Barão do Rio Branco). A estrada de ferro Madeira-Mamoré aparece como um dos compromissos assumidos pelo Brasil após ter o general José Manuel Pando, presidente da Bolívia em de 1903, cedido nas pretensões antes tidas quanto à região acreana:

O problema, em verdade, já estava militarmente resolvido, no campo de batalha, e o general Pando viu-se compelido a aceitar o entendimento, ao perceber que não podia manter nenhum controle sobre o Acre e que era melhor aceitar as compensações, que o Brasil propunha em troca da região litigiosa, do que enfrentar uma batalha diplomática com o Peru, que também a reclamava.¹⁶ (BANDEIRA, 2000)

Por fim, foi assinado o Tratado de Petrópolis em 17 de novembro de 1903 registrando a permuta de territórios e outras compensações entre Brasil e Bolívia. No tocante à estrada de ferro

¹⁵ O autor apresenta uma perspectiva crítica apontando os diversos prismas passíveis de estudo, demonstrando os custos sociais e a visão da ferrovia como sinônimo de progresso e de via logística de escoamento.

¹⁶ Luiz Alberto Moniz Bandeira apresenta o contexto político aparente, assim como os interesses político-financeiros velados que levaram à resolução da questão do Acre na obra citada, intitulada “O Barão de Rothschild e a questão do Acre”.

Madeira-Mamoré, o texto original do tratado tal como disposto na obra “Actos diplomáticos do Brasil”, Tomo II é o seguinte:

BRASIL – BOLÍVIA

1903

Novembro – 17 – Tratado de permuta de territórios e outras compensações, celebrado em Petropolis; precedido da *Exposição de Motivos* do Ministro de Estado das Relações Exteriores, Rio Branco, ao Presidente da República, de 27 de dezembro do mesmo anno. – Trocaram-se as ratificações no Rio de Janeiro, em 10 de março de 1904.

(Decreto n. 5161, de 10 de março de 1904

(Decreto n. 5161, de 10 de março de 1904, no Diário Oficial, de 15 do mesmo mez e anno.) [...]

No que diz respeito á construção da estrada de ferro Madeira-Mamoré, o Decreto n. 6838, de 30 de janeiro de 1908, publicado no Diário Oficial de 11 de fevereiro do mesmo anno, autorizou a transferência á Madeira-Mamoré Railway Company, a que se refere o Decreto n. 6755, de 28 de novembro de 1907, do contracto celebrado em 14 de novembro de 1906, com o Engenheiro Civil Joaquim Catramby, em virtude do Decreto n. 6103, de 7 de agosto daquelle mesmo anno, para a construção da estrada de ferro Madeira-Mamoré, sendo aquella companhia subrogada nos respectivos direitos e obrigações. (OLIVEIRA, 1997)¹⁷ (grifos no original)

A concessão relatada acima fora posteriormente vendida pelo engenheiro Joaquim Catramby ao estadunidense Percival Faquhar (TEIXEIRA, 2001 apud MARTINS, 2013).

Com base nas informações apresentadas, o que se pretende ter demonstrado é (i) o papel significativo da estrada de ferro Madeira-Mamoré no contexto histórico da região na qual se inseriu e (ii) o investimento estrangeiro direto como condição *sine qua non* à viabilidade do empreendimento. Ante contextos nos quais é necessária tecnologia ainda não possuída por tal ou qual agente, bem como falem meios logísticos coordenados para a execução de grandes projetos, o investimento estrangeiro direto aparece como alternativa economicamente viável às partes envolvidas.

1.1.2.3. O surgimento dos BITs – Tratados bilaterais de proteção a investimentos

A partir de 1959, com um tratado realizado entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão (Anexo 1)¹⁸, é cada vez mais comum o surgimento de BITs (SALACUSE, 1990).

¹⁷ Trata-se de republicação pelo Senado Federal da obra de José Manoel Cardoso de Oliveira, Actos diplomáticos do Brasil, de 1943.

¹⁸ O Anexo 1 contém a reprodução fiel do referido BIT.

Cuida-se de uma espécie de tratado bilateral para a proteção de investimentos cuja disposição é alavancar o setor nas economias signatárias criando um ambiente mais favorável ao FDI.

Embora a temática dos BITs vá ser discutida mais aprofundadamente adiante, cabe antecipar que o número de tratados firmados cresceu muito desde 1959 e revela, em termos práticos, uma regulamentação de direito internacional público criando normas para instrumentos privados, conforme leciona Salacuse (1990):

Em 1989 mais de trezentos BITs haviam sido concluídos, e seus signatários incluíam todos os principais estados exportadores de capital a aproximadamente oitenta nações em desenvolvimento. Logo, em trinta anos, as nações do mundo modelaram um instrumento de direito internacional público para criar regras direcionadas a contratos privados estrangeiros, uma área na qual, embora digam as nações ocidentais em contrário, geralmente tem aceitado princípios de direito internacional consuetudinário.¹⁹

Sem dúvida, o surgimento e popularização dos BITs como meio de proteção a investimentos possui importância histórica e concorre para a formulação e consolidação das instituições direcionadas ao direito internacional dos investimentos estrangeiros. Entende-se inclusive que tais tratados são fundamentais na concepção de ser esta uma seara jurídica possuidora de certa autonomia.

1.2. O direito internacional dos investimentos estrangeiros

Para o adequado entendimento quanto ao direito internacional dos investimentos estrangeiros é necessário posicioná-lo entre os outros ramos do direito. Acredita-se que pela reunião de elementos do direito público e do privado em um contexto internacional, constitui ramo autônomo.

Inicialmente, tem-se por premissa que a definição do próprio direito internacional como direito deve ser entendida como uma analogia de conteúdo, conforme expõe Hart em “O conceito de direito”:

Talvez que o direito internacional esteja presentemente num estágio de transição para a aceitação desta e de outras formas, que o trariam para um lugar mais próximo, em termos de estrutura, do direito interno. Se, e quando, essa transição estiver completa, as analogias formais que, no presente, parecem tênues e mesmo enganadoras, adquirirão substância e

¹⁹ By 1989 over three hundred BITs had been concluded, and their signatories included all of the world’s principal capital-exporting states and approximately eighty developing nations. Thus, in thirty years, the nations of the world fashioned an instrument of public international law to create rules for private foreign investments, an area that, despite western nations’ claims to the contrary, has few generally accepted principles of customary international law.

as últimas dúvidas dos cépticos acerca da “qualidade” jurídica do direito internacional poderão então ser enterradas. Até que este estágio seja alcançado, as analogias são seguramente as de função e conteúdo, e não de forma. As analogias de função emergem de forma mais clara quando refletimos sobre os modos por que o direito internacional difere da moral, alguns dos quais examinamos na última secção. As analogias de conteúdo consistem na série de princípios, conceitos e métodos que são comuns quer ao direito interno, quer ao direito internacional e fazem que a técnica do jurista seja livremente transferível de um para o outro. Bentham, o inventor da expressão “direito internacional, defendeu-a, dizendo simplesmente que ele era “suficientemente análogo” ao direito interno. Em primeiro lugar que a analogia é uma analogia de conteúdo e não de forma; em segundo lugar, que, nesta analogia de conteúdo, nenhuma outra regras sociais estão tão próximas do direito interno como as do direito internacional.” (HART, 2007)²⁰

O direito internacional dos investimentos estrangeiros estaria nesse estágio de transição, que, para Hart, somente assemelhar-se-ia ao direito interno formalmente caso existissem tratados possuidores de supranacionalidade hábil a vincular mesmo os Estados que deles não fossem parte. (HART, 2007)

Acredita-se que ao reunir os elementos que justificam a autonomia do direito internacional dos investimentos estrangeiros, estar-se-á passando em revista suas características principais. Por ocasião de caracterizá-lo como autônomo haveria então a resposta à pergunta “o que é o direito internacional dos investimentos estrangeiros?”.

Responde-se afirmando ser este uma seara jurídica autônoma em relação ao direito internacional público e privado, cujo objeto são as normas aplicáveis aos investimentos estrangeiros diretos. Tendo sido o conceito de investimento estrangeiro direto exposto anteriormente, resta definir o direito internacional dos investimentos estrangeiros como autônomo.

Acredita-se ser ponto pacífico a premissa de que as normatizações específicas quanto aos FDI resultam no seu ingresso às fileiras da ciência jurídica, deixando de ser tão somente um fato social regido pela economia. No início deste trabalho ressaltamos a inserção da produção normativa na área dos investimentos estrangeiros diretos dentro do que predica a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.

²⁰ Edição portuguesa.

Muito além de aspecto regrado em tal ou qual nuance pelo direito, crê-se que a densidade da produção científica somada à produção legislativa tanto no direito interno quando na seara internacional traz elementos suficientes à formação de disciplina jurídica autônoma. Soma-se ao exposto a forma inusitada de resolução de conflitos possível nos investimentos estrangeiros diretos, constituída por uma arbitragem opondo pessoas jurídicas de direito público a particulares, o que enseja a constatação de uma hibridização entre os direitos (i) interno e externo, bem como (ii) público e privado.

O ICSID, surgido em 1965, poucos anos após o primeiro BIT, é um dos grandes responsáveis pela difusão do direito internacional dos investimentos e consequentemente pela sua crescente autonomia. Os Estados Contratantes lograram investir na produção teórica e passaram a utilizar a instituição como meio para resolver controvérsias emergentes de compromissos arbitrais contratualmente estipulados.

Os próprios instrumentos jurídicos utilizados para viabilizar investimentos estrangeiros diretos são tidos como contratos redigidos em observância tanto a disposições do direito interno do receptor, quanto – não raro – de tratados bilaterais ou multilaterais entre Estados. A autonomia referida não se encontra estagnada ou em lenta evolução, porém sim em progresso galopante conforme análise através de estatísticas e informações atinentes aos últimos desdobramentos deste ramo jurídico.

Outro aspecto do direito internacional dos investimentos estrangeiros é o de que possui, atreladas a ele, instituições. Tais instituições imprimem segurança jurídica, perenidade e dentre estas o ICSID (Centro Internacional para a Resolução de Disputas sobre Investimentos) é o foco deste trabalho.

Para localizar a seara em comento dentro do universo jurídico, cabe realizar distinções entre direito nacional e internacional, bem como entre público e privado, o que faz com correção e objetividade Miguel Maria de Serpa Lopes (2000):

O Direito Internacional divide-se, a seu turno, em Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. O Direito Internacional Público inere às regras aplicáveis às relações dos Estados entre si ou com os diversos agrupamentos internacionais. O Direito Internacional Privado diz respeito à eficácia interespecial das leis no campo do Direito Privado, tais como a nacionalidade, a situação jurídica da pessoa, do estado e família, sucessão e bens.

O Direito Nacional por sua vez, é classificado em Direito Público e Privado. Compreendidos na órbita do primeiro, figuram o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e o Direito Penal ou Criminal.

No Direito Privado se encontram todas as demais disciplinas reguladoras das relações dos indivíduos entre si, entre cidadãos do mesmo Estado. No direito Privado estão compreendidos o Direito Civil, o Direito Comercial, o Direito Industrial, embora se entenda hoje que certos ramos do Direito, como o Direito Processual, o Direito Industrial, o Direito Trabalhista e a Legislação de Minas, constituam ramos destacados do Direito Civil, e nos quais a influência do Estado é fortemente sensível.

Serpa Lopes, após realizar as competentes distinções jurídicas básicas, parece traçar uma relação entre a aproximação de ramos do direito civil com o Estado e a aquisição de autonomia. A partir do estabelecimento de bases conceituais quanto ao tema em análise, passa-se a abordar o direito internacional dos investimentos estrangeiros sob diferentes perspectivas.

1.2.1. Campo temático do direito internacional dos investimentos estrangeiros

Entende-se por campo temático as situações aplicáveis ao campo jurídico em estudo – sendo o direito uma ciência que age sobre os casos concretos aplicando-lhes determinada disposição normativa extraída de certas fontes, tais situações seriam os fenômenos atingidos pelo direito.

Com o fito de esclarecer o acima exposto, recorre-se à Teoria Pura do Direito:

Uma distinção essencial existe apenas entre as ciências naturais e aquelas ciências sociais que interpretam a conduta recíproca dos homens, não segundo o princípio da causalidade, mas segundo o princípio da imputação; ciências que não descrevem como se processa a conduta humana determinada por leis causais, no domínio da realidade natural, mas como ela, determinada por normas positivas, isto é, por normas postas através de atos humanos, se deve processar. Se o domínio considerado por estas ciências é contraposto, como uma esfera de valores, à esfera da realidade natural, deve ter-se em conta que se trata de valores que são constituídos por normas positivas, isto é, normas que são postas no espaço e no tempo através de atos humanos, e que, por isso, o objeto destas ciências sociais não é irreal, que também a ele lhe pertence ou corresponde uma realidade qualquer – só que, neste caso, é uma realidade diferente da natural, a saber, uma realidade social. (KELSEN, 2009)

Assim, o campo temático corresponderia à realidade social impactada pelo ramo do direito, sendo que tal campo temático deve ser vasto o suficiente para ensejar a autonomia, contudo específico de modo a não ser abarcado por ramos genéricos já existentes. Acredita-se

que o direito internacional dos investimentos estrangeiros possui campo temático vasto e que sua especificidade o desgarra do direito internacional público ou privado, nos termos em que passa-se a expor.

A vastidão do campo temático pode ser observada na leitura das principais obras compiladas em termos de investimentos estrangeiros diretos, o Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, publicado pela OCDE em 2008 e o World Investment Report, publicado pela UNCTAD em 2014 (e de periodicidade anual). Das tendências atuais representadas no World Investment Report (WIR) de 2014, extraem-se os seguintes diagnósticos (todos, por certo, devidamente especificados no corpo do relatório):

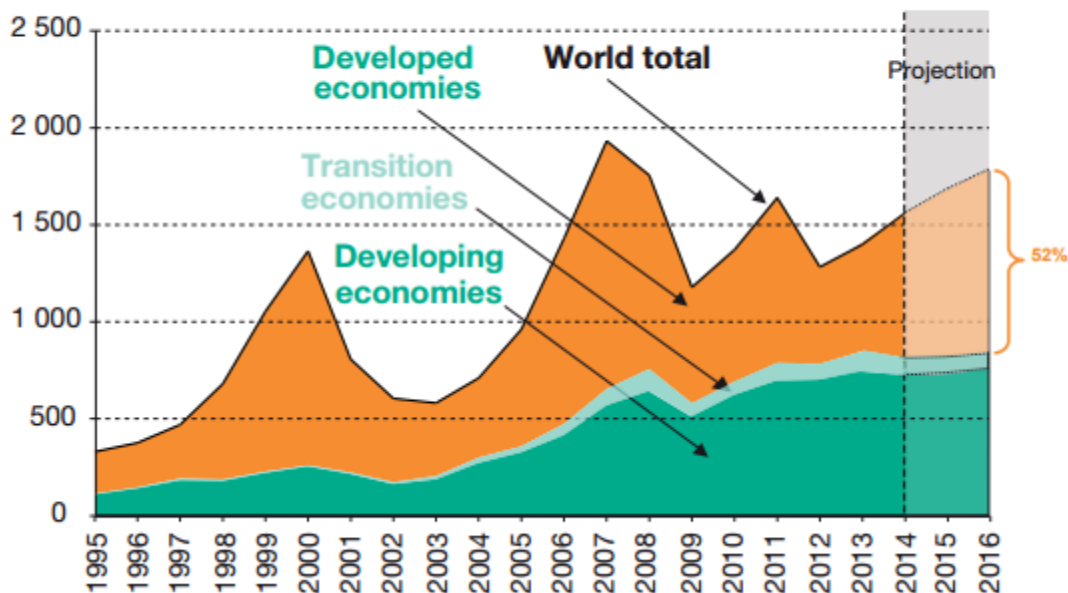
- Otimismo cauteloso retorna aos investimentos estrangeiros diretos globais;
- Economias em desenvolvimento mantêm seu direcionamento;
- Grupos megarregionais dão forma aos investimentos estrangeiros diretos globais;
- As mais pobres entre as economias em desenvolvimento dependem menos de recursos naturais;
- Gás de xisto afeta os padrões de investimentos estrangeiros diretos nos Estados Unidos e além;
- Investimentos estrangeiros diretos no setor farmacêutico conduzidos pela expiração de patentes e oportunidade nos mercados emergentes;
- Fundos de private equity retêm capital para investimentos estrangeiros diretos;²¹

Nota-se que o campo de fenômenos sociais abarcado pelos investimentos estrangeiros diretos é vastíssimo, atingindo diversos aspectos da vida em sociedade. Ademais este atingimento dá-se sempre nas especificidades do investimento estrangeiro direto, na incursão de particulares em outros estados com a finalidade de ali desenvolver e gerir empreendimentos na economia real.

Vale mencionar que as controvérsias emergentes nos temas relacionados, assim como em outros inúmeros setores são frequentemente dirimidas por procedimentos regidos pelo ICSID. Quanto ao impacto gerado pelo campo temático do direito internacional dos investimentos estrangeiros, pode ser vislumbrado no seguinte gráfico apresentado no WIR, 2014:

²¹ Cautious optimism returns to global FDI; Developing economies maintain their lead; Megaregional groupings shape global FDI; Poorest developing economies less dependent on natural resources; Shale gas is affecting FDI patterns in the Unites States and beyond; Pharmaceutical FDI driven by the “patent cliff” and emerging market opportunities; Private equity FDI keeps its powder dry

Figure 1. FDI inflows, global and by group of economies, 1995–2013 and projections, 2014-2016
(Billions of dollars)



O gráfico traz movimentações de capital em cifras trilionárias e projeções de crescimento para os próximos anos; nesse sentido, em análise global, acredita-se demonstrada a vastidão e a especificidade do campo temático do direito internacional dos investimentos estrangeiros.

1.2.2. O arcabouço teórico do direito internacional dos investimentos estrangeiros

Desde o início dos tratados bilaterais de proteção a investimentos (BITs), os investimentos estrangeiros diretos inspiram a produção teórica. Com a evolução dos conceitos e a sistematização crescente deste campo do conhecimento jurídico surgiram instituições – entre as quais a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).²²

Tal organização busca dar impulso aos FDI de várias maneiras, entre elas por meio da unificação de conceitos e parâmetros para formulação de estatísticas. A principal compilação produzida pela OCDE é a Definição Referencial de Investimento Estrangeiro Direto (Benchmark Definition of Foreign Direct Investment), a qual já foi utilizada para a fixação do conceito de investimento estrangeiro direto no início desta pesquisa.

No que tange ao ICSID, por ser a principal via de resolução de controvérsias utilizada, é importante que sejam produzidos estudos relacionados aos investimentos estrangeiros trazendo

²² As instituições originadas a partir do crescimento do direito internacional dos investimentos estrangeiros serão objeto de apreciação mais detida no próximo subcapítulo deste trabalho.

dados concretos. O trabalho da OCDE ainda influencia na harmonização dos conceitos operacionais da matéria.

Pode-se afirmar sem lugar a dúvidas que a *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment* sinaliza um amadurecimento do arcabouço teórico do direito internacional dos investimentos estrangeiros, conforme se observa do seguinte excerto retirado da quarta edição:

Estatísticas confiáveis de investimentos estrangeiros diretos sempre foram essenciais aos políticos que enfrentam os desafios de atrair e extrair o máximo dos investimentos internacionais. No início dos anos 1980, a OCDE reconheceu que os modelos tradicionais de relatórios não poderiam dar conta da remoção de barreiras regulatórias para investimentos transfronteiriços, a evolução dos empreendimentos multinacionais e a crescente complexidade de seus financiamentos através da redução de taxas por meio da utilização de jurisdições offshore e outros expedientes. Como resultado, em 1983, a OCDE adotou uma nova “Definição Referencial de Investimento Estrangeiro Direto” a qual pôde prover um conjunto compreensível de regras para o melhoramento das medições estatísticas dos investimentos estrangeiros diretos. Todavia, as estruturas de financiamento dos empreendimentos multinacionais e outras combinações negociais continuaram a evoluir em um mercado cada vez mais globalizado. Para adaptar as medições estatísticas à economia dinâmica e às realidades financeiras, a OCDE adotou em 2008 a 4ª edição da Definição Referencial de Investimento Estrangeiro Direto, a qual define padrões mundiais para as estatísticas de investimentos estrangeiros diretos.²³

Inferese da leitura do *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment* que já há um trabalho desenvolvido de construção teórica sobre o direito internacional dos investimentos estrangeiros. Além da citada definição referencial, vale trazer a densidade da produção acadêmica envolvendo os mais variados aspectos do direito internacional dos investimentos estrangeiros.

Com a globalização cada vez maior de nossa sociedade, a circulação de informações acaba sendo otimizada e acelerada a níveis inéditos. O pesquisador que outrora precisava

²³ Reliable FDI statistics have always been essential for policy makers faced with the challenges of attracting and making the most of international investment. In the early 1980s, the OECD recognised that traditional reporting models could not account for the removal of regulatory barriers for cross-border investments, the evolution of multinational enterprises and the increasing complexity of their financing through offshore tax jurisdictions and other arrangements. As a result, in 1983, the OECD adopted a new "Benchmark Definition of Foreign Direct Investment" which provided a comprehensive set of rules to improve statistical measures of foreign direct investment. However, the financing structures of multinational enterprises and other business combinations have continued to evolve in an increasingly globalised market. To adapt the statistical measures to changing economic and financial realities, the OECD adopted in 2008 the 4th edition of the Benchmark Definition of Foreign Direct Investment which sets the world standard for FDI statistics.

adquirir obras continuamente ou buscar raras oportunidades de publicação de trabalhos com esperas intermináveis e não raro custos relevantes, hoje conta com um leque de alternativas.

Consequência disso é a maior acessibilidade das produções científicas, fato de grande importância sobremaneira em meios nos quais a maior parte da produção científica ocorreu nas últimas décadas – como é o do direito internacional dos investimentos estrangeiros. Tal acessibilidade se concretiza nos chamados repositórios virtuais, utilizados cada vez mais pelos centros universitários de referência.

1.2.3. Instituições do direito internacional dos investimentos estrangeiros

Assim, parte-se à análise das instituições concernentes a esta seara, em especial o ICSID. Em seguida, analisar-se-ão as vantagens e desvantagens aos estados parte contratantes da Convenção de Washington de 1965.

Em breve cotejo, destacam-se três instituições cuja atuação se revela de relevante importância para o entendimento do presente trabalho. Cuida-se da OCDE, da UNCTAD e, por fim, do ICSID.

A OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) autoqualifica-se um fórum no qual governos de trinta diferentes nações democráticas trabalham em conjunto para enfrentar os desafios econômicos, sociais e ambientais apresentados pela globalização. (OCDE, 2008) No contexto dos investimentos estrangeiros diretos, a OCDE possui importante papel na elaboração de estudos e levantamento de estatísticas passíveis de guiar as políticas públicas.

No início deste trabalho utilizou-se a “Definição Referencial de Investimento Estrangeiro Direito”, estudo publicado pela OCDE com o objetivo de unificar concepções acerca do assunto e assim desenvolvê-lo de maneira uniforme mundialmente tendo as mesmas definições operacionais. A criação desta organização remonta à Convenção sobre a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento de 1960.

Quanto à UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), define-se como o órgão da ONU responsável por lidar com questões atreladas ao desenvolvimento, sobremaneira no que respeita ao comércio internacional, entendido pela organização como o principal motor do desenvolvimento. Assim como a OCDE, autoqualifica-se um fórum no qual os representantes de todos os países podem discutir livremente maneiras de equilibrar a economia mundial. (UNCTAD, 2013)

É base deste trabalho o World Investment Report, estudo publicado periodicamente pela UNCTAD com informações detalhadas acerca do panorama global dos investimentos estrangeiros diretos, bem como as projeções futuras do cenário mundial. A primeira conferência da UNCTAD teve lugar em Genebra em 1964, tendo sido realizadas conferências sucessivas desde então com periodicidade média de quatro anos.

Por derradeiro, cabe tratar do ICSID (Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento) instituição criada a partir da Convenção de Washington de 1965, sendo o objeto principal deste trabalho. Autointitula-se a instituição mundial líder no que toca à resolução de diferendos sobre investimentos estrangeiros diretos, possuindo experiência neste campo e sendo indicada como meio de resolução de controvérsias na maior parte dos tratados internacionais sobre investimentos e em numerosas leis acerca do tema, bem como em contratos. (ICSID, 2014)

A Convenção de Washington (CW) criou um mecanismo para a aplicação de conciliação e arbitragem em diferendos sobre investimentos estrangeiros diretos. O presente estudo parte da premissa de que a adesão ao ICSID traz consigo vantagens e desvantagens ao Estado Contratante, tencionando analisá-las.

No capítulo seguinte são apresentados os termos da CW e no apartado subsequente, as citadas vantagens e desvantagens para os Estados aderentes.

CAPÍTULO 2

A CONVENÇÃO DE WASHINGTON DE 1965 E O ICSID

A Convenção de Washington de 1965 até hoje é considerada marco importante quando se trata de resolução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros diretos. Ela institui o Centro Internacional de Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos e atualmente é assinada por dezenas de Estados.

Entre os Estados signatários está a República Portuguesa, o que ensejou a edição de uma versão oficial em língua portuguesa, utilizada como fonte principal do presente capítulo (PORTUGAL, 1984). Dessa forma, para o apontamento de vantagens e desvantagens para os Estados-parte faz-se necessário o conhecimento do que dispõe a referida Convenção.

A ausência de paralelismo metodológico na separação dos subcapítulos entre esta parte e as outras do trabalho é, nesse sentido, fruto do paralelismo com o texto da Convenção. Serão então analisados os diversos aspectos estruturais do ICSID para que então se possa, especificar o que poderiam ser as citadas vantagens e desvantagens.

2.1. Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos

A Convenção é dividida em capítulos e seções, sendo a primeira delas concernente às disposições mais basilares (*capítulo I, seção 1*), premissas para o adequado desenvolvimento do restante do documento. Cuida de aspectos vitais da constituição estrutural, administrativa e financiamento, trazendo uma série de inovações em termos de integração internacional.

Por oportuno, vale destacar o sentido conferido à expressão “Estado Contratante”, a qual revela um pouco da natureza híbrida entre o direito público e privado da Convenção de Washington. Não se utiliza “Estado Signatário”, “Estado Membro” ou outro meio de referir os participantes – cuida-se de um compromisso revestido de técnica redacional advinda de contratos privados contendo direitos e deveres como ocorre em outras convenções, todavia com roupagem jusprivatista.

2.1.1. Estrutura institucional do ICSID

Desde o seu início, a Convenção informa que o principal objetivo do documento é a criação do ICSID, sendo o objetivo deste representar um meio de resolução de controvérsias

entre os Estados Contratantes e nacionais de outros Estados Contratantes. Fica delimitada, assim, a finalidade específica do órgão.

Ocorre que o órgão além de possuir uma existência formal, já nasce também com uma estrutura física pré-concebida, a funcionar na sede do Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (IBRD/BIRD), uma das duas instituições que compõem o Banco Mundial. Tal sede localiza-se em Washington D. C..

As principais divisões de funções no ICSID são apontadas como (i) um conselho de administração, (ii) secretariado, (iii) lista de conciliadores e (iv) lista de árbitros. Da leitura dos dispositivos iniciais é possível inferir uma ideia palpável quanto ao que pretende representar o ICSID, sendo que nos dispositivos subsequentes, cada aspecto acima referido é especificado adequadamente.

A tomada de decisões no âmbito do ICSID ocorre através do conselho de administração(*seção 2*), o qual é constituído por um representante de cada Estado Contratante. Dada a proximidade da instituição com o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento, há disposição expressa de que, salvo disposição expressa em contrário, os Governadores (representantes dos Estados no BIRD) serão então conselheiros na estrutura do ICSID.

Será presidente do conselho de administração o presidente do BIRD e tal correspondência é tão direta que na ausência do presidente, quem estiver exercendo a função torna-se também presidente do conselho do ICSID. A presidência não possui direito a voto, o que se opera com bastante lógica em virtude de serem membros os Estados Contratantes.

Ao conselho de administração cabe a adoção de todas as regras administrativas, financeiras e processuais relacionadas ao ICSID, realizar a intermediação entre o ICSID e o BIRD para a utilização das instalações e serviços deste. Decisões importantes, como as que versem sobre regulamentos administrativo-financeiros, regras processuais e aprovação de orçamento devem possuir aprovação de dois terços do conselho.

Para operacionalizar suas funções, o conselho pode constituir tantas comissões quantas forem necessárias e executar outras funções não previstas na Convenção caso direcionadas à execução do que esta prevê. O conselho reúne-se no mínimo uma vez ao ano, podendo haver número maior de reuniões conforme convocação de seu presidente ou de ao menos cinco de seus membros.

Cada membro dispõe de um voto e, salvo as exceções referidas acima, as decisões são tomadas pela maioria dos votos expressos. Considera-se que a reunião do conselho possui quórum decisório quando conta com a presença de metade mais um de seus membros.

Por derradeiro quanto a este aspecto, o conselho pode organizar votações por correspondência se tal medida for autorizada por dois terços de seus membros e em hipótese alguma estes serão remunerados pelo ICSID especificamente por estarem exercendo a função de conselheiros. Assim, cabe aos Estados Contratantes a remuneração daqueles que funcionarem nessa posição.

Assim como qualquer organização com procedimentos e expedientes contínuos, é necessário ao ICSID que de alguma maneira discipline como serão exercidas as funções administrativas, de secretaria (*seção 3*). As referidas disposições estão neste apartado, lembrando que para a parte de secretariado há remuneração e expensas às custas do próprio ICSID.

A direção das atividades de secretariado é exercida pelo secretário-geral, sendo assistido por um ou mais secretários adjuntos. Todos estes são eleitos por maioria de dois terços do conselho administrativo sob indicação do presidente para mandatos de no máximo seis anos, permitida a reeleição.

Quaisquer das funções em comento são incompatíveis com o exercício de funções políticas, além disso, salvo se autorizados pelo conselho, os secretários terão de conferir dedicação exclusiva às atividades do ICSID. Na ausência ou impedimento do secretário-geral, o conselho decidirá a ordem de sucessão pela qual definir-se-á o secretário-adjunto a exercer o cargo interinamente.

A grande importância do secretariado é que o secretário-geral figura na posição de representante legal do ICSID, o qual, conforme se analisará, possui personalidade jurídica plena podendo contratar e estar em juízo. Possui poderes para autenticar sentenças arbitrais e cópias de documentos em nome do ICSID, bem como conduzir a contratação de pessoal.

No que tange à listas de conciliadores e árbitros (*seção 4*), serão elaboradas por indicação dos Estados Contratantes e do presidente do conselho (consequentemente presidente do BIRD), de forma que os indicados pelo presidente limitem-se a no máximo dez nomes de nacionalidades diferentes. Os requisitos para figurar na lista são (i) elevada consideração, (ii) reconhecida competência no domínio jurídico comercial, industrial ou financeiro e (iii) oferecer todas as garantias de independência no exercício de suas funções.

Especialmente no que toca às listas de arbitragem, torna-se importante a competência no domínio jurídico. Interessa fazer notar que nas nomeações do presidente devem estar contemplados os principais sistemas jurídicos mundiais e as principais formas de atividade econômica, não havendo definição específica destes conceitos.

Assim como os mandatos das funções de secretariado, os integrantes das listas nelas permanecerão por um período de seis anos renováveis, de modo que a autoridade que designou o membro é a mesma que eventualmente deverá designar seu substituto. As listas de conciliadores e árbitros não são excludentes, de sorte que uma pessoa pode figurar em ambas e no caso de designação da mesma pessoa por mais de uma autoridade, entende-se realizada a indicação pela que primeiro o fez ou pelo Estado do qual o indicado seja nacional (na hipótese do representante deste estar entre as autoridades).

O financiamento do ICSID (*seção 5*) está disciplinado tão somente por um artigo da Convenção. Parte-se da premissa de que como qualquer procedimento arbitral comercial, haverá a cobrança de custas processuais dos envolvidos e de que tais custas serão suficientes para financiar a infraestrutura da entidade e remunerar seus funcionários. Nesse norte, o ICSID não procede de maneira diversa e a previsão realizada na Convenção dispõe quanto ao que fazer na eventualidade da insuficiência dos fundos advindos dos procedimentos de conciliação e arbitragem instaurados.

Nesse momento nota-se novamente a ligação umbilical do ICSID com o BIRD, visto que na hipótese de necessidade de financiamento os Estados Contratantes membros do banco contribuem proporcionalmente ao capital social que possuem neste. Já os Estados Contratantes que não sejam membros do banco terão sua cota definida por regulamentos do conselho de administração (do qual, evidentemente, fazem parte).

Os dispositivos concernentes ao estatuto, imunidades e privilégios do ICSID (*seção 6*) expõem o entendimento de que este possui plena personalidade jurídica internacional, tendo, entre outras capacidades a de (i) contratar, (ii) adquirir bens móveis e imóveis e deles dispor e (iii) estar em juízo. Ocorre que além destas, exurgem uma série de privilégios e imunidades resultantes em restrições da soberania dos Estados Contratantes no que toca aos membros e coisas ligadas ao ICSID.

Embora tenha capacidade de estar em juízo, o ICSID não poderá ser objeto de ações judiciais e seu presidente, os membros do conselho de administração, da secretaria e os que estiverem

funcionando como árbitros ou conciliadores (i) não poderão ser demandados por atos praticados no exercício de suas funções e (ii) caso estejam atuando em Estado do qual não sejam nacionais, gozarão da mesma proteção concedida por tais Estados a estrangeiros de escalão comparável, ou seja, proteção diplomática - mesmo as partes envolvidas possuem a proteção referida em sua estada no país no qual o processo tiver lugar.

Quanto aos arquivos do ICSID, estes devem ser considerados invioláveis onde quer que se encontrem e no tocante às comunicações oficiais, o Centro deve receber um tratamento somilar ao conferido às outras instituições internacionais. Fixa ainda esta seção a isenção tributária concedida ao patrimônio, bens e rendimentos do ICSID – este fica isento do recolhimento de quaisquer impostos ou direitos de alfândega.

A única exceção nesse contexto de isenções apresentado é no caso do sujeito passivo da relação tributária ser nacional do país onde fora ela contraída. As isenções estendem-se a honorários de árbitros & conciliadores, a remunerações e outros sendo abrangente a redação da convenção a ponto de definir que qualquer imposto cuja base jurídica única seja a localização do ICSID ou de onde honorários e subsídios serão pagos.

2.1.2. Competência do ICSID

É de extrema importância a definição da competência do ICSID (*Capítulo II*), visto que ela acaba por afastar a jurisdição do Estado Contratante na resolução da controvérsia. A competência abrange diferendos de natureza jurídica diretamente decorrentes de investimentos realizados em um Estado Contratante por nacional de outro Estado Contratante.

São equiparados a Estados Contratantes as pessoas jurídicas de direito público ou organismo dele dependente – caso assim sejam designados ao ICSID por este Estado. Nacional de outro Estado Contratante pode ser entendido como pessoa física de nacionalidade diversa à do Estado Contratante na época em que as partes concordaram em submeter o diferendo à conciliação ou arbitragem, excluídos os que tenham além da nacionalidade diversa, também a do Estado Contratante.

Além da pessoa física acima discriminada, está abarcada no conceito de “nacional de outro Estado Contratante” a pessoa jurídica que tenha nacionalidade de Estado Contratante diverso na data em que as partes tenham concordado na submissão do diferendo ao ICSID. Subsumem-se à definição, ainda, aquelas pessoas jurídicas que mesmo tendo a mesma nacionalidade do Estado

Contratante no qual fora realizado o investimento, seja tratada por este como nacional de outro Estado Contratante.

É facultado aos Estados Contratantes que informem ao ICSID a qualquer tempo as categorias de diferendos passíveis de sujeição à competência do Centro. Esta disposição explicita a intenção de que os Estados Contratantes possuam clareza quanto aos momentos nos quais aceitarão o afastamento de suas respectivas jurisdições.

O Estado Contratante poderá exigir inclusive o exaurimento das instâncias administrativas e judiciais existentes em seu direito interno para que se recorra ao ICSID. Desde que aceda aos termos da convenção, todavia, o Estado Contratante compromete-se a não lançar mão da concessão de proteção diplomática hábil a influenciar o desdobramento de diferendos envolvendo seus nacionais e outro Estado Contratante – expediente por vezes usado à época da convenção; a exceção ocorre quando o Estado Contratante receptor do investimento não acatar a sentença proferida no ICSID.

2.1.2. Meios de resolução de conflitos

A CW possui por objeto dois meios de resolução de conflitos, quais sejam, a conciliação e a arbitragem. Ambas possuem tratamento similar do início do pedido de conciliação/arbitragem até a constituição da comissão de conciliação/tribunal arbitral, contudo após essa fase seguem por caminhos processuais e procedimentais diversos.

Inicia-se tratando da conciliação, para em seguida passar à arbitragem em observância à ordem em que os temas são tratados na CW (*Capítulo III*).

2.1.2.1. Conciliação

A Conciliação (*Seção I*) é explicada na convenção em alguns momentos no seu aspecto processual, porém em geral no aspecto procedimental, cuida-se de método autocompositivo de resolução de conflitos.

O pedido de conciliação deve iniciar-se com um requerimento escrito direcionado ao secretário-geral, o qual enviará uma cópia à outra parte. Neste requerimento deve haver a identificação (i) do objeto do diferendo, (ii) qualificação das partes e (iii) consentimento para a conciliação.

Caso os requisitos formais estejam atendidos, o requerimento será registrado. Vale registrar que o secretário-geral, concluindo pela manifesta incompetência do ICSID para atuar no caso, pode recusar o citado registro.

Após o registro do pedido de conciliação, deverá ser formada o quanto antes (sem um prazo mínimo definido, somente um máximo de noventa dias) uma comissão de conciliação (*seção 2*), a qual consistirá em um único conciliador ou um número ímpar de conciliadores definidos de comum acordo entre as partes. Não existindo consenso acerca da formação desta comissão, possuirá então três conciliadores com a nomeação de um por cada parte e um terceiro de comum acordo – regra similar à utilizada na arbitragem.

Não constituída a comissão após o transcurso do prazo de noventa dias, o presidente do conselho deverá, a pedido de quaisquer das partes e após consultar ambas, nomear os conciliadores faltantes. É possível que integrem a comissão conciliadores que não estejam na lista do ICSID, desde que esta nomeação de pessoas externas não ocorra por parte do presidente, mas de uma das partes envolvidas – de qualquer maneira, as pessoas externas à lista, se nomeadas, deverão cumprir com os requisitos elencados no ponto 3.4 deste trabalho.

Inicialmente cumpre esclarecer que a comissão, uma vez designada, torna-se juíza de sua própria competência (*seção 3*), não cabendo, a princípio, questionamento desta por outras vias que não o próprio procedimento de conciliação ora instaurado. Havendo exceção de incompetência do ICSID por quaisquer razões, a comissão a analisará e determinará se será tratada como questão preliminar ou se será examinada junto às questões de fundo.

A comissão também decidirá quanto a aspectos processuais omissos, ou seja, que não possuam disciplina na convenção, nos regulamentos de conciliação do ICSID ou nas disposições advindas de acordos entre as partes. No mais, o principal papel da comissão é o esclarecimento dos pontos de litígio entre as partes envidando esforços no sentido de que cheguem a uma solução para a controvérsia fazendo uso, para tanto, de recomendações.

Havendo acordo, a comissão elaborará um relatório contendo os pontos em litígio, bem como os termos acordados. Caso chegue a comissão à conclusão de que não existem possibilidades de acordo, elaborará igualmente um relatório, fazendo nele constar que não houvera acordo, o que ocorrerá também caso uma das partes não compareça ou de alguma maneira não participe das tentativas de conciliação.

As partes deverão considerar seriamente as recomendações eventualmente realizadas pela comissão; está registrado na convenção, ainda, um dever geral de boa-fé durante a condução do procedimento. Ao final, exceto acordem em contrário, as partes não poderão invocar ou usar as

opiniões emitidas, as declarações ou as ofertas de resolução realizadas pela parte adversa, nem o relatório ou recomendações realizadas pela comissão.

2.1.2.2. Arbitragem

As disposições relacionadas à arbitragem (*Capítulo IV, Seção 1*) em muito se assemelham, em alguns aspectos, às utilizadas na conciliação. Ocorre que por ser forma heterocompositiva de resolução de controvérsias apresenta suas especificidades e um aspecto procedimental um tanto mais complexo e técnico.

O pedido de arbitragem deverá ser realizado de maneira idêntica ao de conciliação com remessa de requerimento escrito ao secretário-geral contendo (i) objeto do diferendo, (ii) qualificação das partes e (iii) consentimento para a arbitragem. Assim como no caso do pedido de conciliação, situações manifestamente alheias à competência do ICSID poderão ter seu registro recusado pelo secretário-geral, o qual notificará as partes de imediato quanto à eventual recusa.

O tribunal arbitral (*Seção 2*), assim como o pedido de arbitragem, possui procedimento de instauração muito similar ao que analogamente se aprecia na constituição da comissão de conciliação. Possuirá um árbitro ou número ímpar de árbitros conforme acordo entre as partes. Caso não haja acordo quanto à constituição, o tribunal contará com três árbitros, sendo um indicado por cada parte e o terceiro – seu presidente – indicado por ambas em consenso.

Caso não seja constituído em um prazo de noventa dias, a nomeação dos árbitros, a pedido de qualquer das partes, será suprida pelo presidente do conselho de administração ICSID após consulta a ambas. Os árbitros nomeados dessa maneira não deverão ser nacionais do Estado Contratante parte e nem do Estado Contratante de que é nacional a outra parte.

Há disposição impondo a mesma vedação à nacionalidade dos árbitros à maioria do tribunal constituído, que não deverá possuir nacionalidade similar às dos envolvidos no litígio. Por fim, podem ser nomeados pelas partes (não pelo presidente do conselho) árbitros externos à lista de árbitros desde que obedeçam aos requisitos dispostos no ponto 3.4 deste trabalho – assim como na constituição da comissão de conciliação.

Neste aspecto o procedimento arbitral começa a diferir do conciliatório; de início há disposição que ainda é similar entre as duas espécies no sentido de que o tribunal conhecerá da própria competência (*Seção 3*). Assim, recebida uma exceção de incompetência esta será

compulsada pelo tribunal formado, o qual definirá se a tratará como questão preliminar ou se a examinará juntamente com a questão de fundo.

Deve o tribunal utilizar as regras de direito acordadas entre as partes. Na hipótese de não haver disposição expressa de regras aplicáveis, serão utilizadas as do Estado Contratante parte no diferendo, inclusive as regras para a resolução de antinomias; serão aplicados, ainda, os princípios de direito internacional cabíveis - nesse norte, o tribunal não pode deixar de julgar arvorando-se em silêncio ou obscuridade da lei.

Nada impede, todavia, que ante acordo entre as partes o tribunal julgue a controvérsia por equidade (*ex aequo et bono*).

É lícito ao tribunal (se não acordarem as partes de maneira diversa) que peça documentos às partes ou visite os lugares relacionados ao diferendo procedendo aos inquéritos que achar necessários. Os processos, de modo dispositivo, serão conduzidos conforme a convenção e os regulamentos do ICSID em vigor na data em que consentiram as partes na submissão do caso à arbitragem - caso haja questão de índole processual não resolvida pela convenção, regulamentos de arbitragem ou disposições entre as partes, esta será decidida pelo tribunal.

No caso de não comparecimento ou não participação de alguma das partes ao processo, o tribunal não presumirá confissão dos fatos não contestados, mas, a pedido da parte que compareceu, notificará a parte em falta concedendo-lhe prazo e proferirá a sentença. Somente não conceder-se-á o prazo citado se o tribunal convencer-se de que a parte em falta não possui intenção de comparecer ou fazer valer seus meios.

De maneira dispositiva, o tribunal recomendará medidas cautelares durante o processo e, por fim, analisará todas as questões incidentais adicionais ou reconventionais que se liguem diretamente ao objeto da controvérsia. Faz-se necessário, nesse sentido, que a questão esteja no âmbito de competência do ICSID.

As decisões do tribunal são tomadas por maioria de votos (*Seção 4*), sendo a sentença dada por escrito e assinada pelos membros que a ela votaram favoravelmente. Deve haver respostas a todos os pontos das conclusões apresentadas ao tribunal pelas partes e todos os membros poderão colacionar à sentença opiniões individuais favoráveis ou não, bem como menções a eventuais discordâncias.

O secretário-geral, exarada a sentença, enviará cópias autenticadas às partes sendo a data do envio considerada como data em que fora proferida a sentença. Para a publicidade geral desta é necessário o consentimento das partes.

Omissões e erros materiais podem ser retificados pelo tribunal no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias após a sentença. Tal expediente deve ser requerido pela parte interessada, sendo a decisão dele resultante considerada parte da sentença e notificada a ambas as partes como se fora sentença; prazos para revisão e arguição de nulidade passam a contar, pois, desta decisão.

No que tange especificamente à interpretação de uma sentença (*Seção 5*), a qualquer das partes é facultado solicitar esclarecimentos por meio de requerimento escrito direcionado ao secretário-geral, que o encaminhará ao tribunal. Se por alguma razão o tribunal que exarou a sentença não puder ser mais consultado formar-se-á um novo sendo possível inclusive a suspensão da execução da sentença até o pronunciamento quanto ao pedido de interpretação.

Quanto à revisão da sentença, pode ser requerida com base em fato novo, desconhecido dos envolvidos à época da sentença e suscetível de exercer influência decisiva no diferendo. O procedimento é o mesmo utilizado para a interpretação (requerimento por escrito direcionado ao secretário-geral) e deve ser apresentado no máximo noventa dias após descoberto o fato e dentro de três anos após exarada a sentença.

Assim como no caso da interpretação tentar-se-á lançar mão do mesmo tribunal que proferiu a sentença para revisá-la, formando um novo caso isso não seja possível. Vendo como providência cabível à circunstância, pode o tribunal suspender a execução da decisão até ser decidida a revisão; caso haja requerimento expresso solicitando tal suspensão, ficará suspensa a execução até que decidido este pedido.

A anulação somente pode ser arguida com fulcro em um dos seguintes fundamentos (i) vício na constituição do tribunal, (ii) manifesto excesso de poder do tribunal, (iii) corrupção de um membro do tribunal, (iv) inobservância grave de uma regra de processo fundamental ou (v) vício de fundamentação.

O requerimento de anulação pode ser feito em 120 (cento e vinte) dias contados a partir da data da sentença, exceto quando o fundamento for o de corrupção de um membro do tribunal, quando os cento e vinte dias correrão da ciência da corrupção devendo o requerimento ocorrer em até três anos após decretada a sentença. Recebido o pedido de anulação pelo secretário-geral, este o encaminhará ao presidente que nomeará um comitê de três membros para analisar o caso.

O comitê será constituído de nomes constantes da lista de árbitros e não pode conter pessoas que já tenham funcionado no tribunal responsável pela sentença cuja anulação se processa. Também não podem os membros possuírem nacionalidade igual a de quaisquer árbitros, conciliadores e partes envolvidas na controvérsia.

Possuirá o comitê autoridade para anular a sentença no todo ou em parte, bem como suspender sua execução até o provimento final. Anulada a sentença, o diferendo deverá ser submetido a novo tribunal a pedido de qualquer das partes.

Assim como geralmente ocorre em outras modalidades de arbitragem, a sentença exarada na forma da Convenção de Washington é, em regra, irrecorrível. As partes deverão executar a sentença imposta sendo esta passível somente de interpretação, revisão ou anulação pelo ICSID, conforme o exposto acima.

Os Estados Contratantes comprometem-se a reconhecer a obrigatoriedade das sentenças dadas (*Seção 6*) como se fora decisão final de seus respectivos tribunais, mormente no que se refira a obrigações pecuniárias. O Estado Contratante que possua constituição federal deverá considerar a sentença como exarada por um de seus tribunais estaduais sendo executada por meio de tribunal federal.

Para que seja executada no tribunal federal do Estado Contratante, a parte interessada deverá apresentar uma cópia autenticada da sentença. Cada Estado Contratante manterá o secretário-geral notificado acerca de qual seja o tribunal competente para tal.

Por derradeiro, as regras de execução utilizadas serão as vigentes no Estado em cujo território esta tiver lugar.

2.2. Substituição e inibição dos conciliadores e dos árbitros

Caso ocorra o falecimento, a incapacidade ou a demissão de conciliador ou árbitro, serão observados os mesmos procedimentos indicados nos apartados referentes à constituição de comissão de conciliação ou tribunal arbitral respectivamente (*Capítulo V*). Na hipótese, contudo, da ocorrência de demissão do conciliador ou árbitro sem o consentimento da comissão ou do tribunal de que é parte, o presidente do conselho de administração nomeará uma pessoa da respectiva lista para ocupar a vaga.

Vale informar que uma vez integrando comissão de conciliação ou tribunal arbitral, o conciliador ou árbitro permanece na função assumida até o termo do diferendo. A permanência

ocorre mesmo que no transcorrer do caso o nome do conciliador ou árbitro saia da respectiva lista.

No que tange à inibição, trata-se da arguição por alguma das partes quanto à ausência das qualidades necessárias ao conciliador ou árbitro para que figure na respectiva posição. Remontando ao ponto 3.4 deste trabalho, as condições referidas são (i) elevada consideração, (ii) reconhecida competência no domínio jurídico comercial, industrial ou financeiro e (iii) oferecer todas as garantias de independência no exercício de suas funções.

Pode também fundamentar um pedido de inibição, dessa vez especificamente quanto aos árbitros, a inobservância das vedações explicitadas no ponto 6.2 deste trabalho, quais sejam, (i) árbitros nomeados pelo presidente do conselho de administração não deverão ser nacionais do Estado Contratante parte e nem do Estado Contratante de que é nacional a outra parte e (ii) é vedado à maioria do tribunal constituído possuir nacionalidade similar às dos envolvidos no litígio. Por fim, podem ser nomeados pelas partes (não pelo presidente do conselho) árbitros externos à lista de árbitros desde que obedeçam aos requisitos dispostos no ponto 3.4 deste trabalho – assim como na constituição da comissão de conciliação.

A decisão final quanto à inibição de um conciliador ou árbitro deverá ser tomada pelos outros membros da comissão ou do tribunal. Caso haja empate, pedido visando à inibição do único membro da comissão ou tribunal ou da maioria, a decisão cabe ao presidente do conselho o qual, decidindo pela procedência do pedido passará à substituição dos nomes segundo as normas de constituição de comissão arbitral e de tribunal (5.2 e 6.2 respectivamente).

2.3. Custas do processo, local e disposições finais

Para utilizar os serviços prestados pelo ICSID é necessário arcar com as custas do processo (*Capítulo VI*). Tais encargos são definidos pelo secretário-geral em observância às regras apontadas pelo conselho de administração, ocorre que o valor exato não é determinado *a priori*, mas definido por cada comissão de conciliação ou tribunal arbitral após consulta ao secretário-geral.

Vale destacar que as disposições acima não obstam que as partes fixem diretamente com a comissão ou tribunal designados os honorários que lhes serão devidos, bem como as demais despesas com seus membros. Há, contudo, diferenças quanto a quem deve pagar conforme se esteja versando sobre conciliação ou arbitragem.

Embora sem uma clareza sistemática, a convenção parece utilizar o vocábulo (i) “custas” como substantivo genérico atinente a qualquer dispêndio, (ii) “honorários” quando referindo-se à soma percebida por conciliadores e árbitros, (iii) “despesas” referindo-se a deslocamentos e outros gastos operacionais e (iv) “encargos” ao que é destinado diretamente para a manutenção do ICSID.

No âmbito da conciliação, os honorários e despesas com a comissão e com o ICSID de modo geral serão divididos igualmente entre as partes interessadas. Caso uma das partes origine despesas processuais, deverá arcar com estas.

Já na arbitragem, o tribunal decidirá quanto às modalidades de repartição e pagamento das despesas, honorários e encargos. Esta decisão é parte da sentença.

A sede do ICSID (edifício do BIRD localizado em Washington D. C., conforme já referido alhures) é, em regra, o local dos processos de conciliação e arbitragem (*Capítulo VII*). Caso as partes acordem de maneira diversa, poderão estabelecer como local (i) a sede do Tribunal Permanente de Arbitragem (TPA – Haia) ou de qualquer outra instituição com a qual o ICSID possua convênio ou (ii) qualquer outro local aprovado pela comissão ou pelo tribunal, consultado o secretário-geral.

No que tange a diferendos entre Estados Contratantes (*Capítulo VIII*) não resolvidos por negociação e concernentes à interpretação e aplicação da convenção, esta designa a Corte Internacional de Justiça como instância pacificadora de entendimentos. Não se exclui, todavia, quaisquer outros meios de solução escolhidos pelas partes em litígio.

Alterações (*Capítulo IX*) podem ser sugeridas por qualquer Estado Contratante, devendo tais sugestões serem enviadas ao secretário-geral com antecedência de noventa dias em relação à reunião do conselho de administração. Recebida a proposta de alteração, o secretário-geral deve transmiti-la imediatamente aos membros do conselho.

Caso o conselho aprove a alteração com maioria de dois terços, esta será levada ao conhecimento dos Estados Contratantes para ratificação, aceitação ou aprovação. A alteração valerá trinta dias após o envio pelo depositário da convenção (BIRD) de notificação aos Estados Contratantes informando que todos a ratificaram, aceitaram ou aprovaram.

Destaque-se, por derradeiro, que eventual alteração não afetará diferendos advindos de aceitações de competência do ICSID dadas antes de sua entrada em vigor.

Na parte final da convenção (*Capítulo X*) resta disposto que esta está aberta à assinatura dos Estados membros do BIRD, assim como de qualquer outro Estado signatário do Estatuto da Corte Internacional de Justiça após convite referendado por dois terços dos membros do conselho de administração. Segue dispondo que a convenção será submetida a ratificação, aceitação ou aprovação dos signatários e que entrará em vigor trinta dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação no BIRD – assim como entrará em vigor quanto a cada Estado signatário trinta dias após o depósito do respectivo instrumento de ratificação.

Os Estados Contratantes firmam compromisso de envidar esforços no sentido de efetivar a presente convenção em seus territórios. Há disposição apontando para o vigor da convenção em todos os territórios cujas relações internacionais são conduzidas por Estados Contratantes, exceto se o Estado excluir expressamente o território comunicando ao depositário da convenção (BIRD).

É facultado aos Estados Contratantes denunciar a convenção através de notificação por escrito ao BIRD, sendo que tal denúncia terá efeito seis meses após a recepção da referida notificação. Destaque-se que a denúncia ou o afastamento de território referido acima não terão efeitos contra compromissos de submissão ao ICSID assumidos ainda no vigor da condição de Estado Contratante.

O depositário da convenção e documentos a ela atinentes é o BIRD, o qual obriga-se a registrar esta junto ao Secretariado das Nações Unidas. Vencido este aspecto, chega-se ao final do presente capítulo, cujo objetivo é expor, sem quaisquer juízos valorativos, os termos da Convenção de Washington de 1965.

A adesão ao instrumento analisado resulta em vantagens e desvantagens para o Estado contratante, ocorre que tratar de vantagens e desvantagens implica conferir uma carga valorativa maior à exposição. Dessa forma as tais vantagens e desvantagens serão tratadas a seguir em um apartado próprio.

CAPÍTULO 3

VANTAGENS E DESVANTAGENS NA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA ICSID PELOS ESTADOS CONTRATANTES

Após analisar certos aspectos fundamentais do direito internacional dos investimentos estrangeiros e estudar a literalidade das disposições da Convenção de Washington de 1965, buscar-se-á, tendo por premissa o que ocorre na experiência prática, apurar as vantagens e desvantagens do sistema. Nessa oportunidade, foca-se na ótica dos Estados signatários (ou “Contratantes”, na redação da convenção).

A escolha do ponto de vista dos Estados ocorre pelo fato de que sua adesão é condição *sine qua non* para que todos os desdobramentos práticos previstos para a atuação do ICSID existam. Para a realização do ICSID é necessária a persuasão política de um Estado, sendo que tal somente ocorrerá caso este entenda como vantajosa para si a adesão ao sistema.

A ideia de que existem vantagens e desvantagens na decisão de aderir ao ICSID parte do pressuposto de que tal decisão, assim como tudo o que possui impacto econômico, implica em um trade-off. Na questão em comento, por concernir a fluxos de investimentos estrangeiros diretos, afeta sobremaneira a macroeconomia. (MANKIW 2009)

No que tange à existência dos trade-offs (a concepção de que uma escolha implica na desistência de algo), Gregory Mankiw, professor da Universidade de Harvard, os trata como um princípio básico da economia:

Reconhecer que as pessoas enfrentam trade-off não nos diz quais, per si, quais decisões devem tomar. Um estudante não deve abandonar o estudo da psicologia somente porque fazendo-o aumentará o tempo disponível para o estudo da economia. A sociedade não deveria parar de proteger o meio-ambiente somente porque as regulações ambientais reduzem nosso padrão material de vida. Os pobres não podem ser ignorados somente porque os ajudando ensejariamos distorções nos incentivos ao trabalho. Entretanto, as pessoas estão propensas a tomar boas decisões somente se entenderem as opções a elas disponíveis. Nosso estudo da economia, dessa forma, inicia pela compreensão dos trade-offs da vida.²⁴ (MANKIW, 2009)

²⁴ Recognizing that people face trade-offs does not by itself tell us what decisions they will or should make. A student should not abandon the study of psychology just because doing so would increase the time available for the study of economics. Society should not stop protecting the environment just because environmental regulations reduce our material standard of living. The poor should not be ignored just because helping them distorts work incentives. Nonetheless, people are likely to make good decisions only if they understand the options they have available. Our study of economics, therefore, starts by acknowledging life's trade-offs.

Entendendo, portanto, que pensar quanto às vantagens e desvantagens de uma escolha concede bases mais confiáveis para uma tomada de decisão mais adequada, passa-se a analisar especificamente as vantagens e desvantagens na adesão ao ICSID sob a ótica dos Estados Contratantes. Destaca-se que os diagnósticos a seguir emergem de um cotejo marcadamente doutrinário e jurisprudencial.

3.1. Vantagens

3.1.1. O suporte institucional provido pelo ICSID

Embora não seja o ICSID a conduzir especificamente os procedimentos arbitrais, sua personalidade jurídica internacional autônoma com estrutura administrativa própria permite que operacionaliza uma série de facilidades à condução dos procedimentos instaurados. Conforme se extrai do módulo 2.2 de curso produzido pela UNCTAD acerca de resolução de controvérsias, o suporte institucional dado pelo ICSID pode ser descrito da seguinte maneira:

A Convenção estabelece o ICSID dotado de personalidade jurídica internacional separada. No entanto, não é o ICSID, per si, a engajar-se na arbitragem. O ICSID, em verdade, provê funcionalidades para o arbitramento de disputas concernentes a investimentos. Essa facilitação institucional ocorre de muitas maneiras e inclui:

- Manutenção de listas (“painéis”) de possíveis árbitros;
- Triagem e registro de solicitações de arbitragens;
- Assistência na constituição dos tribunais arbitrais e na condução dos procedimentos;
- Adoção de regras e regulamentos;
- Elaboração de cláusulas-modelo para acordos sobre investimentos. (UNCTAD, 2003)²⁵

Vê-se que de fato a estrutura administrativa traz facilidades operacionais para os envolvidos em diferendos. Cuida-se inquestionavelmente de uma vantagem, todavia na maior parte de suas aplicações não é vantagem exclusiva do ICSID, visto que câmaras arbitrais privadas logram fornecer às partes envolvidas em litígios estruturas administrativas similares.

²⁵ The Convention establishes the Centre endowed with separate international legal personality. However, it is not the Centre itself which engages in arbitration. Rather, the Centre provides facilities for the arbitration of investment disputes. This institutional facilitation is manifold and includes:

- keeping lists ("panels") of possible arbitrators;
- screening and registering arbitration requests;
- assisting in the constitution of arbitral tribunals and the conduct of proceedings;
- adopting rules and regulations;
- drafting model clauses for investment agreements

3.1.2. Custos

Em essência, os custos globais de cada procedimento variam de acordo com a complexidade do caso, necessidade de instrução, deslocamento, além de outras variáveis. Ocorre que uma soma monetária considerável é despendida com a operacionalização administrativa das arbitragens internacionais.

Nesse norte, a maneira como está organizado o ICSID resulta em economia dos litigantes com os custos do procedimento no que tange às funções exercidas pelo Centro. No trabalho *Counting the costs of investment treaty*, Matthew Hodgson (2014) aprofunda a temática dos custos da arbitragem e chega a comparar diferentes cortes e procedimentos – insta mencionar que o universo da pesquisa corresponde a 176 (cento e setenta e seis) casos.

Comparando os custos do ICSID e da UNCITRAL (Tabela 2), o autor demonstra uma diferença aproximada de 10% (dez por cento), o que resulta em um valor relevante, passível de ser tomado em consideração:

Forum selected	Average tribunal costs (US\$)	Median tribunal cost
UNCITRAL	853,000	714,000
ICSID	769,000	544,000

Hodgson argumenta que no âmbito do ICSID existem limites máximos de taxas, o que não se aprecia necessariamente em outros meios. Na tabela acima, a coluna do meio indica a média dos valores e a última coluna indica o que se traduz por “mediana”, a qual representa o valor a partir do qual metade dos valores pesquisados são menores e metade são maiores.

As médias dos custos do tribunal em casos do ICSID são 10 por cento menores que em um caso da UNCITRAL. A diferença das medianas é próxima de 24 por cento.

A explicação óbvia para isto está no limite máximo de taxa do ICSID para árbitros. A atual tabela de taxas (em vigor desde 1º de janeiro de 2008) estatui que, além de quaisquer despesas diretas razoavelmente incorridas, os árbitros podem receber uma taxa de US\$3.000 por dia de trabalho performed em conexão com os procedimentos (somados a uma ajuda de custo, quando relevante).²⁶

²⁶ The average tribunal costs in ICSID claims are 10 per cent lower than in an UNCITRAL claim. The median difference is nearly 24 per cent.

The obvious explanation for this is ICSID’s cap on arbitrators’ fees. The current schedule of fees (in force since 1 January 2008) states that, in addition to any direct expenses reasonably incurred, arbitrators are entitled to receive a fee of US\$3,000 a day for work performed in connection with the proceedings (together with a subsistence allowance where relevant).

A UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law/Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) foi utilizada como parâmetro comparativo pela similaridade dos litígios sobre os quais tem competência. Embora não se aprofunde na temática, vale ressaltar que a atividade desta direciona-se a relações sem os elementos de direito público presentes no ICSID (SOARES, 1984).

Conclui-se, nesse sentido, por uma vantagem econômica na própria condução dos diferendos através do ICSID.

3.1.3. Especialização quanto às partes e diferendos

O objetivo do ICSID possui especialização clara direcionada a investimentos estrangeiros realizados em determinado Estado. Cita-se definição dada pelo jurista francês Prosper Weil em voto divergente no caso Tokios Tokelés x Ucrânia:

Daí infere-se que o mecanismo de arbitragem do ICSID é concebido para disputas em investimentos internacionais, isto é, para disputas entre Estados e investidores estrangeiros. É por conta de seu caráter internacional e com vistas a estimular o investimento privado internacional, que tais disputas serão resolvidas, caso as partes assim o desejem, por um corpo judicial internacional. O mecanismo do ICSID não foi concebido para disputas entre Estados e seus próprios nacionais.²⁷ (WEIL, 2004)

O caso citado aplicou a competência do ICSID a capital exclusivamente ucraniano, embora com personalidade jurídica letã. Ocorre, contudo, que a especialização do ICSID é uma vantagem em relação a câmaras arbitrais que não estejam habituadas a disputas entre Estados e investidores estrangeiros.

Ao tratar do ICSID, Sornarajah (2010) diferencia claramente sua natureza da de outras formas de resolução de controvérsias, evidenciando a especialização deste como uma vantagem até o momento exclusiva do Centro:

A arbitragem sob a Convenção ICSID é distinta e não deve ser confundida com a arbitragem *ad hoc* ou com a arbitragem conduzida por instituições arbitrais privadas. Mesmo que seja dessa maneira, as duas são frequentemente confundidas. O ICSID, conforme indicado acima, é uma organização especializada, incumbida da resolução de

²⁷ From this it appears that the ICSID arbitration mechanism is meant for international investment disputes, that is to say, for disputes between States and foreign investors. It is because of their international character, and with a view to stimulating private international investment, that these disputes may be settled, if the parties so desire, by an international judicial body. The ICSID mechanism is not meant for investment disputes between States and their own nationals.

diferendos relacionados a investimentos e, diferente de outros tribunais, opera baseado em uma convenção internacional.²⁸

A especialização, por fim, conduz a uma expectativa de expertise na condução dos casos e consequentemente em uma resolução adequada das controvérsias. Traz credibilidade à instituição, visto que esta pode concentrar-se em uma temática sem o inconveniente de atuar em múltiplas frentes.

3.1.4. Incentivo à integração econômica com outros Estados

Após a ratificação do Canadá, em novembro de 2013, o ICSID passou a contar com 150 (cento e cinquenta) Estados Contratantes. Esta soma é significativa e corresponde à grande maioria dos países atualmente existentes – atualmente são 159 Estados Contratantes, sendo San Marino o mais recente a ratificar a convenção, em 18 de abril de 2015 (ICSID, 2015).

Não se pode negar que a adesão a uma convenção como a de Washington, a qual (como se pôde constatar no segundo apartado deste trabalho) é capaz de comprometer aspectos da soberania dos signatários, constitui passo em direção à integração. No artigo *Canada ratifies the ICSID Convention: enhancing legal rights and protections for canadian investments abroad*, Morgan, Pavic e Dattu (2013) retratam sob uma perspectiva otimista o ingresso canadense no ICSID:

Com a ratificação da Convenção do ICSID, o Canadá adicionou outro nível de proteção aos empreendimentos canadenses com investimentos no estrangeiro através da garantia de que decisões arbitrais internacionais de sucesso sejam tratadas como finais e sejam efetivamente oponíveis contra estados hospedeiros derrotados. Os procedimentos de execução podem ter lugar em quaisquer dos atuais 150 países membros da Convenção do ICSID.

Embora a ótica acima exposta possua o prisma de um Estado cujos nacionais muito investem no exterior, pode-se extrair dela o aspecto formalmente próximo à condição supranacional do ICSID. Vale lembrar que atualmente não existem mecanismos práticos de coerção a um Estado para que cumpra decisões arbitrais, todavia uma vez que o Estado soberano firma a Convenção de Washington, compromete-se a cumprir as decisões exaradas e irrecorríveis.

²⁸ Arbitration under the ICSID Convention is distinct and should not be confused with ad hoc arbitration or with arbitration conducted by private arbitral institutions. Yet, the two are often confused. ICSID, as indicated above, is a specialist organisation tasked with the settlement of investment disputes and, unlike other arbitral tribunals, operates on the basis of an international convention.

Conforme se viu no segundo capítulo, a sentença proferida no âmbito do ICSID deve ser executada utilizando as normas de execução do país na qual esta tiver lugar. Entende-se, nesse sentido, que pode ser o ICSID qualificado como um elemento de integração entre os Estados Contratantes.

3.2. Desvantagens

3.2.1. Possibilidade de utilização do ICSID pelo mecanismo complementar

Com base nas razões expostas acima, pode-se concluir que a adesão ao ICSID representa um trade-off e que uma das grandes vantagens em aderir ao sistema é a estrutura administrativa. Nesse sentido, caso se pudesse utilizar a estrutura do ICSID sem que fosse necessário aderir completamente à Convenção, estar-se-ia diante de uma alternativa ao Estado que hesita ante a adesão e de uma possível desvantagem em aderir.

Mesmo que um determinado Estado não seja signatário da Convenção do Washington, ainda é possível que faça uso da estrutura do ICSID na resolução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros diretos. Trata-se do mecanismo complementar do ICSID, criado em 1978 diante da impossibilidade existente até então de que casos fossem levados ao Centro sem que ambas as partes fossem ou viessem de Estados Contratantes.

Surgiram então as regras do mecanismo complementar (Additional Facility Rules), as quais rumam no seguinte sentido:

Elas [as regras] especificamente abriram acesso ao ICSID para um número de casos adicional. Tais casos estão expostos no Art. 2 das Regras do Mecanismo Complementar e podem ser categorizados em três grupos:

- Conciliação ou arbitragem em diferendos sobre investimentos nos quais somente uma das partes é ou Estado Contratante da Convenção do ICSID ou nacional de Estado Contratante da Convenção do ICSID;
- Conciliação ou arbitragem em disputas legais nas quais não necessariamente emergem de um dado investimento no qual ao menos um lado é Estado Contratante da Convenção do ICSID ou nacional de Estado Contratante da Convenção do ICSID;
- Procedimentos de instrução entre um Estado e um nacional de outro Estado.²⁹
(UNCTAD, 2003)

²⁹ They specifically opened access to the Centre in a number of additional cases. These are laid down in Art. 2 of the Additional Facility Rules and can be categorized in three groups:

A resolução de controvérsias através do mecanismo complementar não enseja arbitragem do ICSID propriamente dita, mesmo que utilize sua estrutura operacional. A arbitragem do mecanismo complementar possui regras próprias e não enseja a aplicação das normas de execução de sentença previstas na Convenção de Washington.

Nesse aspecto insta mencionar o exemplo do Brasil, um Estado que não é parte da Convenção de Washington (CW), mas que poderia figurar no Mecanismo Complementar (MC). Costa, Carregaro e Andrade (2007), no trabalho “Mecanismo Complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros?” que o MC possui mais aplicabilidade aos investidores, visto que a submissão do Estado brasileiro à arbitragem resulta improvável:

Como pudemos perceber no desenrolar do presente artigo, o Brasil não figurará como parte em uma arbitragem da CW, mas há possibilidade de figurar como parte do MC. Basta para isso emitir, por meio de alguma das formas de submissão a esta jurisdição, como exposto acima, sua aceitação em figurar como parte da arbitragem e, desta maneira, como parte que é da Convenção de Nova York, se submeter aos ditames do laudo arbitral.

Todavia, tal fato parece pouco provável. Nesse sentido, destaque-se que uma das principais razões alegadas para a não-ratificação dos Tratados Bilaterais de Investimento seria a aceitação da arbitragem como forma de solução de controvérsias, avocando uma competência jurisdicional, que se propugna, própria do Estado brasileiro (AZEVEDO, 2001, p. 8). Juridicamente é perfeitamente possível, mesmo que politicamente improvável.

Por outro lado, há a possibilidade de que investidor brasileiro que faça investimentos no exterior faça uso do MC, ingressando com procedimento de fact-finding, conciliação ou arbitragem contra Estado estrangeiro. Para que isto seja possível, acumulam-se duas condições: o Estado receptor do investimento deve ser parte da CW e deverá aceitar especificamente a jurisdição sob o MC em qualquer das formas apontadas no tópico 5. Neste caso pode-se vislumbrar uma forma de arbitragem no âmbito do ICSID, envolvendo investidor brasileiro sem que o Estado brasileiro intervenha consentindo ou emitindo qualquer forma de manifestação, ou seja, sem que qualquer juízo político informe as decisões do agente privado.

-
- Conciliation or arbitration of investment disputes where only one side is either a party to the ICSID Convention or a national of a party to the ICSID Convention.
 - Conciliation or arbitration of legal disputes which do not directly arise out of an investment provided that at least one side is either a party to the ICSID Convention or a national of a party to the ICSID Convention.
 - Fact-finding proceedings between a State and a national of another State.

O Mecanismo Complementar, portanto, pode solucionar parte da pressão exercida por investidores direcionada à adesão de tal ou qual Estado ao ICSID, concedendo algumas das vantagens possuídas pelo Centro sem os principais ônus da escolha. Enseja a compreensão de que em determinados contextos tornara-se mais desvantajosa a adesão ao sistema a partir do advento do Mecanismo Complementar.

3.2.2. Perda de soberania pela adesão ao ICSID

A tese de que a adesão à Convenção de Washington daria azo à perda de soberania em proporções grandes o suficiente para que o trade-off não compense relaciona-se diretamente com a Doutrina Calvo. Cuida-se de pensamento segundo o qual estrangeiros e nacionais devem ser tratados de igual maneira e sob igual jurisdição, conforme define Dornelles (2009):

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

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

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

Esta desvantagem parece ser um dos grandes fundamentos para a negativa de países como o Brasil à adesão à Convenção de Washington. Conforme se pôde observar no Capítulo 2, a CW prevê privilégios, imunidades (pessoais, tributárias e outras), bem como restrições à soberania do Estado Contratante no que tange ao questionamento e execução das decisões.

Muito influenciados pela doutrina Calvo, os Estados latino-americanos realizaram *a priori* uma recusa em bloco quanto a aderir à CW; tal episódio ficou conhecido como o “não de Tóquio”. (COSTA, CARREGARO & ANDRADE, 2007) As restrições à soberania figuram, portanto, como desvantagem relevante ao Estado Contratante.

Especificamente no caso brasileiro, quando da recusa inicial à CW, teve peso o argumento de que a utilização de um sistema de resolução de controvérsias destinado a dirimir diferendos originados investimentos ocorridos no território nacional por meio de arbitragem internacional seria admitir suspeição e parcialidade das instituições brasileiras. (COSTA, 2006) A hipótese foi levantada pelo conselheiro do Ministério das Relações Exteriores Augusto Rezende Rocha e possui suas bases nos princípios do livre convencimento motivado, na independência dos magistrados, do juiz natural, etc.

Tal argumento, embora possua bases claras, não é encontrado com facilidade em casos relatados na doutrina e em registros históricos.

3.2.3. Atuação política dos árbitros

Embora haja um corpo legal a ser aplicado na condução e decisão envolvendo os diferendos submetidos ao ICSID, é possível questionar a existência de uma atuação política dos árbitros. Dizer que um árbitro atua politicamente é o mesmo que afirmar a existência de influências outras que não somente o direito utilizado como base para a solução da controvérsia.

Embora muitos afirmem que o julgador possui autonomia e decide com base em sua convicção para depois buscar correspondência na norma, pode ser considerado uma desvantagem submeter causas de grande valor a um árbitro cujos valores são potencialmente desconhecidos. Destaca-se, por oportuno, que a CW prevê uma competência possuidora de especificidade única, abarcando relações de direito público e privado.

Assim, na eventualidade de não seguir os rumos da convenção, a outra alternativa é a utilização das instituições pátrias. Com julgadores advindos da cultura do Estado-receptor, estando imersos em seus valores e cotidiano, acredita-se possível um entendimento mais direcionado ao que o Estado receptor consideraria justo.

Para conferir cientificidade às ideias expostas acima, lança-se mão do estudo de Waibel & Wu (2011) intitulado “Are arbitrators political?”. O trabalho inicia recordando as vultuosas somas disputadas em arbitragem de investimentos, exemplificando com um caso de US\$ 100 bilhões relativos a expropriações ocorridas na Federação Russa; no total, cinco hipóteses foram desenvolvidas pelos autores:

HI: Árbitros cuja parte substancial de suas carreiras fora passada na prática privada (“árbitros-advogados”) encontram-se mais propensos a afirmar a existência de jurisdição e conceder compensação aos investidores, em oposição aos árbitros para quem tal

experiência no setor privado não ocorre, tendo despendido a maior parte de suas carreiras no setor público. [...]

H2: Árbitros que sejam pro-investidor tenderão a votar a favor de afirmar jurisdição e responsabilizar Estados receptores. Reciprocamente, árbitros que sejam pró-Estado estarão mais propensos a favorecer o Estado receptor.[...]

H3: Árbitros que julgam as ações de Estados receptores que pertençam à mesma família legal tenderão a afirmar jurisdição com menos frequência e manter o Estado receptor responsável em um número menor de ocasiões. Reciprocamente, quando árbitros julgam as ações de Estados receptores pertencentes a uma família legal diferente, estarão mais propensos a afirmar jurisdição e manter a responsabilidade do Estado. [...]

H4: Árbitros indicados pelas partes são decisivos na fase jurisdicional, enquanto o presidente o é no estágio da responsabilização na arbitragem.

H5: Árbitros de países em desenvolvimento estão menos propensos a responsabilizar o Estado receptor por serem mais familiarizados com as condições econômicas e sociais nos países em desenvolvimento e Estados receptores são fonte mais passível de ensejar futuras indicações arbitrais.³⁰

O estudo concluiu empiricamente que das hipóteses analisadas três se confirmaram com índices consideráveis, quais sejam, 1, 2 e 3 – com destaque para a hipótese 2, segundo a qual os árbitros tendem a decidir favoravelmente a quem lhes tenha indicado. Assim, pode-se inferir que existe uma carga política na decisão tomada pelos árbitros e sendo estes por vezes distantes de uma ou outra parte, pode ser dito desvantajoso o modelo que põe causas bilionárias em mãos desconhecidas com posicionamentos políticos igualmente desconhecidos.

³⁰ H1: Arbitrators, who have spent a substantial part of their career in private practice (attorney-arbitrators) are more likely to affirm jurisdiction and to award compensation to investors, as opposed to arbitrators who lack such private sector experience and spent most of their career in the public sector.[...]

H2: Arbitrators who are pro-investor will tend to vote in favor of affirming jurisdiction and liability of host states. Conversely, arbitrators who are pro-state are more likely to favor the host state.

H3: Arbitrators who judge the actions of host countries that belong to the same legal family will tend to assert jurisdiction less often and hold the host state liable on fewer occasions.

Conversely, when arbitrators judge the actions of a host country belonging to a different legal family, they will be more likely to affirm jurisdiction and hold the host state liable.

H4: Party-appointed arbitrators are the key players in the jurisdictional phase, whereas the president is decisive in the liability stage of the arbitration.

H5: Arbitrators from developing countries are less likely to hold the host country liable because they are more familiar with the economic and social conditions in developing countries and host countries the more likely source of future arbitral appointments.

3.2.4. Ausência de impacto relevante da adesão ao ICSID no fluxo de investimentos

A finalidade básica do Estado receptor é desenvolver-se economicamente através do investimento. Caso o investimento estrangeiro direto não trouxesse desenvolvimento algum, pouco interesse sobriaria ao Estado receptor para atraí-lo.

Pode-se dizer, portanto, que a existência de esforços no sentido de participar de tratados e implementar incentivos hábeis a atrair investimentos está atrelada a uma expectativa. Sobre essa expectativa, leciona García-Bolívar (2012):

Existe, contudo, presunções não ditas contidas nesses acordos. Por exemplo, é claro que os Estados adentram Acordos Internacionais de Investimento com a expectativa de que isso aumentará as chances de atrair capital e que este irá, por seu turno, promover desenvolvimento econômico.

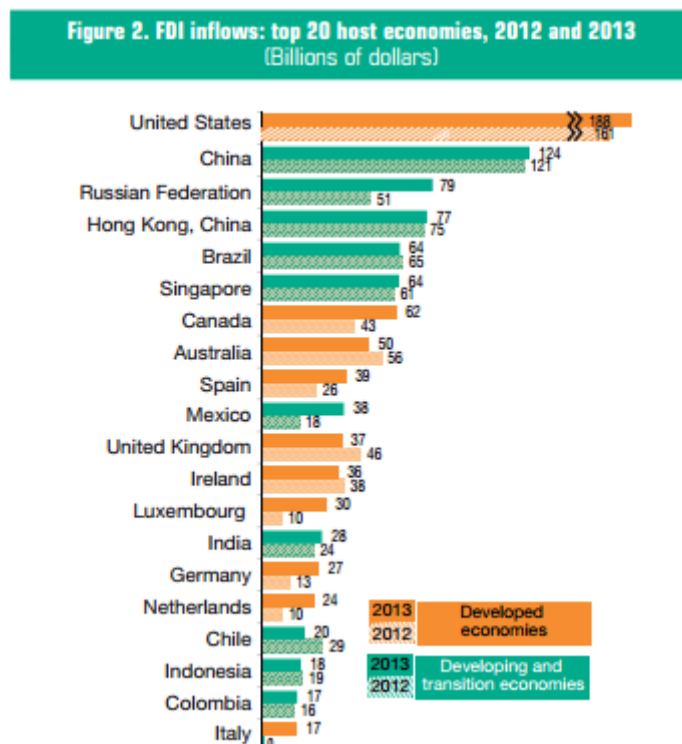
Ainda, o desenvolvimento – geralmente entendido como o bem-estar geral de um povo – é o objetivo chave dos Estados, sendo o capital não mais que um meio para financiá-lo. Tradicionalmente, as trajetórias de desenvolvimento de muitos Estados têm sido auto-financiadas através de receitas obtidas da exploração dos recursos de cada país ou pela tributação dos que realizam negócios dentro de suas fronteiras. Com o passar do tempo, as fontes de capital expandiram-se para incluir a obtenção de crédito e a provisão de ajuda internacional. Mais recentemente, os países têm corretamente notado que os investimentos estrangeiros podem também ser um meio significativo de financiar e promover o bem estar de seus povos.³¹

A adesão ao ICSID seria, portanto, corolário do esforço para atrair investimentos por conta do aumento na segurança tida pelos investidores em poder dispor de um processo no Centro ante eventual controvérsia. Ocorre que os últimos indicadores têm demonstrado ser a adesão ou não ao ICSID praticamente irrelevante no que tange ao fluxo de investimentos ocorridos mundialmente.

³¹ There are, however, unspoken assumptions contained within these agreements. For example, it is clear that states enter into IIAs with the expectation that this will enhance the chances of attracting capital, and that this will, in turn, promote their economic development.

Indeed, development – generally understood as the general welfare of a people[2] – is a key goal of states, and capital is but a means of financing it. Traditionally, the development trajectories of many states have been self-financed through revenues obtained from either direct exploitation of each country's resources or by collecting duties from those that have conducted business within their boundaries. Over time, the sources of capital have expanded to include the obtaining of credit and the provision of international aid. And more recently, countries have rightly appreciated that foreign investment could also be a significant means of financing and promoting the welfare of their peoples.

Abaixo o gráfico do último WIR (World Investment Report) (UNCTAD, 2014) com dados referentes aos influxos de investimentos estrangeiros diretos:



Destaque-se que dos países listados, não fazem parte do ICSID (i) Federação Russa, (ii) Brasil, (iii) Canadá (só veio a ratificar a CW em 01/11/2013), (iv) México e (v) Índia. Cabe mencionar ainda a África do Sul, membro dos BRICS e também não Contratante na CW.

O mesmo WIR ainda informa:

Grupos megarregionais dão forma aos Investimentos Estrangeiros Diretor

[...] Ainda que em frações menores, os investimentos que fluíram para a Associação das coeses do Sudeste Asiático e para o Mercado Comum do Sul (MERCOSUR) em 2013 foram o dobro do que foram antes da crise, assim como os influxos para os BRICS.³²

Cabe frisar que além do sucesso incontestável dos BRICS no papel de Estados receptores, ainda vislumbra-se a Venezuela, que encontra-se na posição de membro do Mercosul e recebe investimentos mesmo tendo denunciado a Convenção de Washington de 1965. Crê-se, com fulcro nas estatísticas apresentadas, que embora modelos teóricos possam apontar uma

³² Megaregional groupings shape global FDI

[...] Although their shares are smaller, FDI inflows to ASEAN and the Common Market of the South (MERCOSUR) in 2013 were at double their pre-crisis level, as were inflows to the BRICS (Brazil, the Russian Federation, India, China and South Africa).

causalidade extremamente verossímil entre a adesão à Convenção de Washington e o acréscimo de investimentos, tal liame não corresponde necessariamente à verdade.

Assim, espera-se ter cumprido a missão de apontar as vantagens e desvantagens na participação dos Estados Contratantes no ICSID. Embora o intuito deste trabalho seja marcadamente informativo, após realizar a pesquisa, pôde-se chegar a um posicionamento exposto logo adiante nas análises conclusivas.

A temática do direito internacional dos investimentos estrangeiros é por certo muito rica e profunda, sendo uma das vertentes que conduzem para o futuro. Em um mundo cada vez mais globalizado, no qual boa parte dos empreendimentos já nascem possuindo implicações em mais de um Estado, é fundamental que o tema seja estudado e aprofundado.

CONCLUSÃO

Após pesquisar acerca do direito internacional dos investimentos estrangeiros e da Convenção de Washington pensando em suas vantagens e desvantagens para o Estado Contratante, abre-se um mundo de possibilidades para pesquisar e desenvolver conhecimento. Observa-se que o futuro caminha pelos rumos do investimento estrangeiro direto e que em verdade todos os caminhos conduzem ao investimento estrangeiro direto.

É possível que seja a sensação tida pelo pesquisador que começa a enxergar seu objeto de estudo como o mais importante, todavia também é possível que o estudo e a regulação desta seara, que movimentam parte significativa do produto interno bruto mundial possuam mesmo seu valor. Cuida-se de tema hábil a influenciar milhões de pessoas em suas operações, enfim, de tema que encontra progressos galopantes e traz a pauta do desenvolvimento rumo ao estado de bem estar social.

Conclui-se que (i) o suporte institucional provido pelo ICSID, (ii) os custos reduzidos em relação a instâncias similares de resolução de controvérsias, (iii) a especialização do Centro na condução de diferendos relacionados aos FDI e (iv) o incentivo à integração econômica com outros Estados constituem vantagens na adesão à Convenção de Washington de 1965.

Por outro lado, (i) a possibilidade de utilização do ICSID pelo mecanismo complementar, (ii) a perda de soberania pela adesão ao ICSID, (iii) a atuação política dos árbitros e (iv) a ausência de impacto relevante da adesão ao ICSID no fluxo de investimentos despontam como desvantagens ao Estado Contratante.

Assim, acredita-se respondida a pergunta realizada na introdução deste trabalho, o qual a princípio não possui intenções de estabelecer um juízo valorativo quanto ao acerto ou desacerto da decisão de um Estado em aderir ao Centro. Ocorre que ao final, exposto o que se pretendia, dá-se uma opinião, a qual não representa o cerne da pesquisa, mas tão somente o entendimento do Autor quanto à temática.

Ao construir a compreensão de que o direito internacional dos investimentos estrangeiros é ramo autônomo constituído pela hibridização de aspectos do direito internacional público e privado, cujo objeto são as regras aplicáveis aos FDI, começa-se a dimensionar seu potencial de crescimento. A construção teórica peculiar necessário à compreensão de suas disposições enseja

a análise dos fatos jurídicos sob perspectivas diferentes das mais ortodoxas relativizando certos aspectos e reforçando a observância de outros.

Impressiona o fato de que mesmo tendo milhares de anos de história a partir da mercancia, os investimentos estrangeiros diretos nunca tenham sido objeto de estudos específicos até o século XX. Como se em um progresso orgânico, a humanidade parece evoluir a níveis de organização cada vez mais arrojados que evidenciaram a necessidade de desenvolvimento do direito internacional dos investimentos estrangeiros como campo autônomo do conhecimento jurídico.

Nesse sentido, a Convenção de Washington desempenhou importante papel, congregando os Estados Contratantes à discussão sobre os investimentos estrangeiros diretos. Cuida-se de uma iniciativa voltada ao fomento dos investimentos ao redor do globo por meio do fornecimento de proteção ao investidor, de oferecimento de garantias ao investimento.

O contexto no qual o estrangeiro estava à mercê do Estado sem que, muitas vezes, pudesse recorrer às leis do país receptor e tampouco de seu Estado de origem ensejou de fato uma tomada de atitude. Questiona-se, contudo, se o investimento estrangeiro direto não seria uma expansão natural capitaneada pelas empresas transnacionais, questiona-se se o advento do ICSID constituiu condição *sine qua non* para a realização dos investimentos ocorridos.

A racionalidade do modelo teórico segundo o qual a adesão ao ICSID constitui atrativo significativo ao investidor não se tem comprovado na prática, sendo o Centro entidade de credibilidade, que cumpre sua função, contudo não estritamente necessária na jornada do desenvolvimento pelo investimento. Nada impede que os países e as partes envolvidas nos investimentos acordem entre si termos para a resolução de eventuais controvérsias.

A um lado o investidor sempre possuirá o capital visado pelo país e ao outro este possuirá o interesse em prover as condições buscadas pelo investidor cedendo em alguns aspectos, se necessário. Acreditamos que no presente momento dadas as informações expostas no presente trabalho, o trade-off envolvido na escolha de adentrar o ICSID não é interessante aos Estados ainda não incluídos na condição de Contratantes.

Entendemos adequado o posicionamento brasileiro tomado quando do advento da convenção e mantido até a presente data no sentido de não aderir ao ICSID. Tendo em vista que inexistem demonstrações de nexo causal direto entre a adesão à convenção e a recepção de investimentos, a questão nos parece clara.

Não se desconhecem os benefícios auferidos pelos Estados Contratantes, entretanto projetando uma perspectiva de longo prazo pode-se vislumbrar modelos de integração econômica menos custosos englobando mecanismos de solução de controvérsias que mantenham a soberania dos Estados em forma essencialmente intergovernamental. Acreditamos que o ICSID apresenta uma nota de supranacionalidade enquanto vigente, não obstante o Estado Contratante possa denunciar a Convenção, permanece atrelado aos compromissos arbitrais firmados durante o período no qual dela fizera parte.

Admira-se a visão de estadista do então conselheiro do Ministério das Relações Exteriores do Brasil Augusto Rezende Rocha na argumentação da negativa brasileira à Convenção. Também entende-se como adequada a visão materializada pelo Mercosul atualmente utilizando arbitragens *ad hoc* em primeira instância tendo somente um Tribunal Permanente de Revisão – inclusive um dos autores lidos para este trabalho defende que providência similar seja tomada em relação ao ICSID para que se garanta a qualidade de eventuais procedimentos pleiteando, p. ex., a anulação de sentença.

Acreditamos que o futuro será construído com mais integração entre os Estados quando as pessoas evoluírem a um mínimo ético e que tal evolução encontrará terreno fértil diante do suprimento das necessidades humanas mais básicas de maneira global. Demonstramos ser possível produzir o suficiente para todos, agora nos falta utilizar nossa racionalidade para que tal produção se disperse pelo planeta não obstante tais planos contrariem os interesses elitizados que se beneficiam do *status quo*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Agenor Pereira de. Manual de Direito Internacional Privado. Ed. Sugestões Literárias.

ANGEL, Norman. A grande ilusão. Brasília: Editora Universidade de Brasília e outras, 2002.

ARAUJO, Nádia. Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar.

ARISTÓTELES. Tópicos. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1987.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. O Barão de Rothschild e a questão do Acre. Rev. Bras. Polít. Int. 43 (2): 150-169: Brasília, 2000. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v43n2/v43n2a07.pdf> Acesso em 07 de junho de 2015.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de Direito Internacional Privado. Ed. Revista dos Tribunais. 2v.

BLACK, Henry Campbell. Black's Law dictionary. 2 ed, 1910. Disponível em <http://thelawdictionary.org/> Acesso em 04 de junho de 2015.

BORA, Bijit. Foreign direct investment: research issues. London, New York: Routledge, 2002.

BULL, Heddley. A sociedade anárquica / Heddley Bull: Prefácio de Williams Gonçalves: Trad. Sérgio Bath (1a. edição) Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

CAMPOS, João Mota de (Coordenador). Organizações internacionais. Lisboa : Fundação Calouste Gulbekian, 1999.

CARVALHO, Leonardo A. de. Introdução ao estudo das relações internacionais. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado. Ed. Forense. DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado (Parte Geral), Ed. Renovar.

CHAPAL, Philippe. L'arbitrabilité des différends internationaux. Paris : Pedone, 1967.

CAVADAS, Divo Augusto. Direito dos investimentos internacionais e estrangeiros e a atuação do ICSID no cenário global: aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais. Revista EMERJ, v.17, n. 66, p. 93-113, set-dez. 2014.

COOK, Michael. Uma breve história do homem. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2005.

COSTA, José Augusto F.; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. de. Mecanismo Complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros? – Revista Direito GV, v.3n.2. São Paulo: FGV, 2007.

COSTA, Larissa Maria Lima. A arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007206.pdf> Acesso em 21 de junho de 2015.

DATTU, Riyaz; PAVIC, Sonja; MORGAN, Eric. Canada ratifies the ICSID Convention: enhancing legal rights and protections for canadian investments abroad. Osler, 2013. Disponível em <https://www.osler.com/en/resources/cross-border/2013/canada-ratifies-the-icsid-convention-enhancing-le> Acesso em 21 de junho de 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho – 13 ed. – São Paulo: LTr, 2014.

DITEG, Direct Investment Technical Expert Group. FMI, Fundo Monetário Internacional. Definition of Foreign Direct Investment (FDI) Terms. Canadá, 2004. Disponível em <http://www.imf.org/External/NP/sta/bop/pdf/diteg20.pdf> Acesso em 05 de junho de 2015.

DEUTSCH, Karl. Análise das relações internacionais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado (Parte Geral), Ed. Renovar. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. As normas imperativas de Direito Internacional Privado (lois de police) Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

DORNELLES, Bárbara. Resolução de litígios em matéria de investimentos estrangeiros: impactos na América Latina do laudo pirâmides e AAPL v. Sri Lanka. A questão do consentimento do estado na arbitragem do ICSID. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92454> Acesso em 18 de junho de 2015.

DOSTOIEVSKI, Fiodor Mikhailovitch. Crime e castigo – Biblioteca Digital – PUC/CAMPINAS, 2004. Disponível em <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fiodor%20Dostoievski-1.pdf> Acesso em 04 de junho de 2015.

ESCARAMEIA, Paula V. C. Colectânea de jurisprudência de direito internacional. Coimbra: Almedina, 1992.

FMI, Fundo Monetário Internacional. Balance of payments and international investment position manual. 6 ed. – Washington, D. C.: International Monetary Fund, 2009. Disponível em <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf> Acesso em 06 de junho de 2015.

FRIEDRICH, Tatyana Sheila. Direito Internacional Privado. Nova Editora.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. As normas imperativas de Direito Internacional Privado (lois de police) Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. As normas imperativas de Direito Internacional Público (jus cogens) Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.. Defining na ICSID Investment: Why economic development should be the core element? Investment Treaty News, 2012. Disponível em <https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/defining-an-icsid-investment-why-economic-development-should-be-the-core-element/> Acesso em 21 de junho de 2015.

GONZÁLEZ, Daniel et al. If Argentina withdraws from the ICSID convention: implications for foreign investors. <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=080c79bc-cce7-485f-97aa-27a5b2bdec5c> Acesso em 16/03/2015.

HART, Herbert. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

HERÓDOTO. História. Clássicos Jackson, Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc., 1950. eBooksBrasil, 2006. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/historiaherodoto.pdf> Acesso em 07 de junho de 2015.

HUCK, Hermes Marcelo. Da guerra justa à guerra econômica. São Paulo: Saraiva, 1996.

ICSID. Laudo arbitral ARB/02/18. Tokio Tokelés v. Ukraine. Disponível em https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC639_En&caseId=C220 Acesso em 20 de junho de 2015.

_____. San Marino ratifies the ICSID Convention. ICSID, 2015. Disponível em https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/News.aspx?CID=144&ListID=74f1e8b5-96d0-4f0a-8f0c-2f3a92d84773&variation=en_us Acesso em 21 de junho de 2015.

KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução: João Baptista Machado – 8 ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. Poder e interdependência. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1988.

KINOSHITA, Fernando. Apontamentos gerais sobre o Direito Internacional Econômico. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5914>. Acesso em mar 2015.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil – 9 ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LOPEZ, Oscar. Smart Move: Argentina to Leave the ICSID, 1 Cornell Int'l L.J. Online 121, 2013.

MANKIWI, Gregory. Principles of macroeconomics. 6 ed. Mason: Cengage Learning, 2009. Disponível em <https://financeasim.files.wordpress.com/2014/01/principles-of-macroeconomics-n-gregory-mankiw.pdf> Acesso em 20 de junho de 2015.

MARTINS, Marcelo Sabino. A Estrada de Ferro Madeira Mamoré como marco da “civilização” em Porto Velho: Perspectivas de uma História do/no Tempo Presente . Anais do XXVII Simpósio Nacional de História – Natal: ANPUH Brasil, 2013. Disponível em: http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1364712959_ARQUIVO_SABINOMARTINS,MarceloAEstradadeFerroMadeiraMamorecomomarcodacivilizacaoemPortoVelho.pdf Acesso em 07 de junho de 2015.

MOOSA, Imad A.. Foreign direct investment: theory, evidence and practice. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2002. Disponível em http://www.researchgate.net/profile/Imad_Moosa/publication/265453721_Foreign_Direct_Investment_Theory_Evidence_and_Practice/links/551979b70cf244e9a457634c.pdf Acesso em 14 de junho de 2015.

MORESI, Eduardo. Metodologia da pesquisa. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2003. Disponível em <http://www.inf.ufes.br/~falbo/files/MetodologiaPesquisa-Moresi2003.pdf> Acesso em 14 de junho de 2015.

MORGENTHAU, Hans J. A política entre as nações. Brasília: Editora Universidade de Brasília e outras, 2003.

OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment fourth edition, 2008. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf> Acesso em 05 de junho de 2015.

OLIVEIRA, José Manoel Cardoso de. Actos diplomáticos do Brasil. – Ed. Fac-sim. – Brasília, Senado Federal, 1997.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações internacionais. 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2004.

ONU, Organização das Nações Unidas. System of National Accounts 1993 - 1993 SNA. Nova Iorque, 2015. Disponível em <http://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/sna1993.asp> Acesso em 05 de junho de 2015.

PAZARTZIS, Photini. Lês engagements internationaux em matière de règlement pacifique des différends entre états. Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1992

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Apontamentos de história das relações internacionais. Lisboa : Associação Acadêmica da Faculdade de Direito Lisboa, 1998.

PLATÃO. A República Tradução: Pietro Nasseti – São Paulo: Martin Claret, 2005.

PORTUGAL. Decreto do Governo n.º 15/84 – Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1984. Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/docs/dec15-1984.pdf> Acesso em 17 de junho de 2015.

QUARANTA, Ettore. A Pólis e os metecos. Anais eletrônicos do XXII Encontro Estadual de História da ANPUH-SP – Santos, 2014. Disponível em [http://www.encontro2014.sp.anpuh.org/resources/anais/29/1406779017_ARQUIVO_Apoliseos metecos.pdf](http://www.encontro2014.sp.anpuh.org/resources/anais/29/1406779017_ARQUIVO_Apoliseos%20metecos.pdf) Acesso em 07 de junho de 2015.

RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado. Ed. Saraiva. STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado. Editora Ltr. TENORIO, Oscar. Direito Internacional Privado. Ed. Freitas Bastos. 2v.

SALACUSE, Jeswald W. BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. The International Lawyer Vol. 24, No. 3 (Fall 1990), pp. 655-675. American Bar Association, 1990. Disponível em http://www.jstor.org/stable/40706447?seq=1#page_scan_tab_contents Acesso em 07 de junho de 2015.

SHERWOOD, Louise. Brazil's Devil's Railway gets new lease of life. British Broadcasting Corporation (BBC): Porto Velho, 2010. Disponível em <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-11578463> Acesso em 07 de junho de 2015.

SHIHATA, Ibrahim F. I.. Regulation of foreign investment. Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS). UNESCO, 2010. Disponível em <http://www.eolss.net/sample-chapters/c13/E6-67-03-04.pdf> Acesso em 14 de junho de 2015.

SOARES, Guido F. S..Projeto de Convenção. Sobre Arbitragem Comercial Internacional – (Lei Modelo da UNCITRAL) Arcadas, 1984. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67092/69702> Acesso em 21 de junho de 2015.

SORNARAJAH, M.. The international law on foreign investment. 3 ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010. Disponível em <http://202.74.245.22:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/377/the%20international%20law%20on%20foreign%20investment%20by%20M.%20Sornarajah.pdf?sequence=1> Acesso em 14 de junho de 2015.

STRENGER, Irineu. Relações internacionais. São Paulo : LTR, 1998.

VELDE, Dirk Willem te. Foreign Direct Investment and Development An historical perspective. Background paper for ‘World Economic and Social Survey for 2006’. Overseas Development Institute, 2006. Disponível em <http://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/850.pdf> Acesso em 07 de junho de 2015.

VERÍSSIMO, Érico. Incidente em Antares – 45 ed. – São Paulo: Globo, 1995.

UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. World Investment Report 2014. Disponível em http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf Acesso em 07 de junho de 2015.

_____. Dispute settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes. 2.2 Selecting the appropriate Forum. Nova Iorque e Genebra, 2003. Disponível em http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add1_en.pdf Acesso em 20 de junho de 2015.

_____. Informações sobre a organização. UNCTAD, 2013. Disponível em <http://unctad.org/en/Pages/AboutUs.aspx> Acesso em 22 de junho de 2015.

UNESCO. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. What are the spice routes? Disponível em <http://ru.unesco.org/silkroad/sites/silkroad/files/knowledge-bank-article/the%20trade%20in%20spices.pdf> Acesso em 07 de junho de 2015.

WAIBEL, Michael; WU, Yanhui. Are arbitrators political? LawEcon Workshop. Bonn: Universitat Bonn, 2011. Disponível em <http://www.wipol.uni-bonn.de/lehrveranstaltungen-1/lawecon-workshop/archive/dateien/waibelwinter11-12> Acesso em 21 de junho de 2015.

WAUGH, Daniel C.. The silk roads in history. Acervo – Penn Museum, 200?. Disponível em <http://www.penn.museum/documents/publications/expedition/PDFs/52-3/waugh.pdf> Acesso em 07 de junho de 2015.

WEIL, Prosper. Dissenting opinion – Tokio Tokelés v. Ukraine. Disponível em https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC640_En&caseId=C220 Acesso em 20 de junho de 2015.

WIGHT, Martin. A política do poder. Brasília: Editora Universidade de Brasília e outras, 2002.

No. 6575

**PAKISTAN
and
FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY**

**Treaty for the Promotion and Protection of Investments
(with Protocol and exchange of notes). Signed at
Bonn, on 25 November 1959**

Official texts: English and German.

Registered by Pakistan on 26 March 1963.

**PAKISTAN
et
RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE**

**Traité tendant à encourager et à protéger les investissements
(avec Protocole et échange de notes). Signé à
Bonn, le 25 novembre 1959**

Textes officiels anglais et allemand.

Enregistré par le Pakistan le 26 mars 1963.

No. 6575. TREATY¹ BETWEEN THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY AND PAKISTAN FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS. SIGNED AT BONN, ON 25 NOVEMBER 1959

The Federal Republic of Germany and Pakistan,

Desiring to intensify economic co-operation between the two States,

Intending to create favourable conditions for investments by nationals and companies of either State in the territory of the other State, and

Recognizing that an understanding reached between the two States is likely to promote investment, encourage private industrial and financial enterprise and to increase the prosperity of both the States,

Have agreed as follows :

Article 1

(1) Each contracting State hereafter called in this Treaty a Party will endeavour to admit in its territory, in accordance with its legislation and rules and regulations framed thereunder the investing of capital by nationals or companies of the other Party and to promote such investments and will give sympathetic consideration to requests for the grant of necessary permissions. In the case of Pakistan such permissions shall be given with due regard also to their published plans and policies.

(2) Capital investments by nationals or companies of either Party in the territory of the other Party shall not be subjected to any discriminatory treatment on the ground that ownership of or influence upon it is vested in nationals or companies of the former Party, unless legislation and rules and regulations framed thereunder existing at the time of coming into force of this Treaty provide otherwise.

Article 2

Neither Party shall subject to discriminatory treatment any activities carried on in connection with investments including the effective management, use or enjoy-

¹ Came into force on 28 April 1962, one month after the date of exchange of the instruments of ratification which took place on 28 March 1962, in accordance with article 14.

ment of such investments by the nationals or companies of either Party in the territory of the other Party unless specific stipulations are made in the documents of admission of an investment.

Article 3

(1) Investments by nationals or companies of either Party shall enjoy protection and security in the territory of the other Party.

(2) Nationals or companies of either Party shall not be subjected to expropriation of their investments in the territory of the other Party except for public benefit against compensation, which shall represent the equivalent of the investments affected. Such compensation shall be actually realizable and freely transferable in the currency of the other Party without undue delay. Adequate provision shall be made at or prior to the time of expropriation for the determination and the grant of such compensation. The legality of any such expropriation and the amount of compensation shall be subject to review by due process of law.

(3) Nationals or companies of either Party who owing to war or other armed conflict, revolution or revolt in the territory of the other Party suffer the loss of investments situate there, shall be accorded treatment no less favourable by such other Party than the treatment that Party accords to persons residing within its territory and to nationals or companies of a third party, as regards restitution, indemnification, compensation or other considerations. With respect to the transfer of such payments each Party shall accord to the requests of nationals or companies of the other Party treatment no less favourable than is accorded to comparable requests made by nationals or companies of a third party.

Article 4

Either Party shall in respect of all investments guarantee to nationals or companies of the other Party the transfer of the invested capital, of the returns therefrom and in the event of liquidation, the proceeds of such liquidation.

Article 5

If a claim arising out of a guarantee given for an investment is brought against a Party, the latter shall without prejudice to its rights under Article 11, be authorised, on the conditions stipulated by its predecessor in title, to exercise the rights having devolved on such Party by law or having been assigned to it by the predecessor in title (devolved interest). As regards the transfer of payments to be made by virtue of the devolved interest to the Party concerned, paragraphs (2) and (3) of Article 3 as well as Article 4 shall apply *mutatis mutandis*.

Article 6

(1) Transfers under paragraphs (2) or (3) of Article 3, under Article 4 or Article 5 shall be made without undue delay and at rates of exchange applicable to current transactions on the date the transfer is made.

(2) The rate applicable to current transactions shall be based on the par value agreed with the International Monetary Fund taking into account the provisions of Section 3 of Article 4 of the Articles of Agreement establishing the International Monetary Fund.¹

(3) In case no rate of exchange within the meaning of paragraph (2) above exists at the time of transfer the appropriate authorities of the Party in the territory of which the investment is situated shall admit a rate of exchange which is just and reasonable.

Article 7

If the legislation of either Party or international obligations existing at present or established hereafter between the Parties in addition to the present Treaty, result in a position entitling investments by nationals or companies of the other Party to treatment more favourable than is provided for by the present Treaty, such position shall not be affected by the present Treaty. Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party.

Article 8

(1) (a) The term "investment" shall comprise capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, property rights, patents and technical knowledge. The term "investment" shall also include the returns derived from and ploughed back into such "investment".

(b) Any partnerships, companies or assets of similar kind, created by the utilisation of the above mentioned assets shall be regarded as "investment".

(2) The term "return" shall mean the amounts derived from investments as profits or interest for a specified period.

(3) The term "nationals" shall mean

¹ United Nations, *Treaty Series*, Vol. 2, p. 40 ; Vol. 19, p. 280 ; Vol. 141, p. 355 ; Vol. 199, p. 308 ; Vol. 260, p. 432 ; Vol. 287, p. 260 ; Vol. 303, p. 284 ; Vol. 316, p. 269 ; Vol. 406, p. 282, and Vol. 426, p. 334.

- (a) in respect of the Federal Republic of Germany, Germans within the meaning of the Basic Law for the Federal Republic of Germany ;
- (b) in respect of Pakistan, a person who is a citizen of Pakistan according to its laws.

(4) The term “companies” shall comprise

- (a) in respect of the Federal Republic of Germany, any juridical person, any commercial company or any other company or association, with or without legal personality, having its seat in the territory of the Federal Republic of Germany and lawfully existing in accordance with its legislation, irrespective of whether the liability of its partners, associates or members is limited or unlimited and whether or not its activities are directed to pecuniary gain ;
- (b) in respect to Pakistan, any juridical person or any company or association, incorporated in the territory of Pakistan and lawfully existing in accordance with its legislation.

Article 9

The present Treaty shall also apply to approved investments made prior to its entry into force but not earlier than 1st September, 1954, by nationals or companies of either Party in the territory of the other Party unless in any case it is specifically provided otherwise. This provision shall not affect the Agreement of 27th February 1953, on German External Debts.¹

Article 10

Each Party shall co-operate with the other in furthering the interchange and use of scientific and technical knowledge and development of training facilities particularly in the interest of increasing productivity and improving standards of living in their territories.

Article 11

(1) In the event of disputes as to the interpretation or application of the present Treaty, the Parties shall enter into consultation for the purpose of finding a solution in a spirit of friendship.

(2) If no such solution is forthcoming, the dispute shall be submitted

- (a) to the International Court of Justice if both Parties so agree or
- (b) if they do not so agree to an arbitration tribunal upon the request of either Party.

(3) (a) The tribunal referred to in paragraph (2) (b) above shall be formed in respect of each specific case and it shall consist of three arbitrators. Each Party

¹ United Nations, *Treaty Series*, Vol. 333, p. 3 and Vol. 437, p. 367.

shall appoint one arbitrator and the two members so appointed shall appoint a chairman who shall be a national of a third country.

(b) Each Party shall appoint its arbitrator within two months after a request to this effect has been made by either Party. If either Party fails to comply with this obligation the arbitrator shall be appointed upon the request of the other Party by the President of the International Court of Justice.

(c) If within one month from the date of their appointment the arbitrators are unable to agree on the chairman of the arbitration tribunal such chairman shall upon the request of either Party be appointed by the President of the International Court of Justice.

(d) If the President of the International Court of Justice is prevented from acting upon a request under sub-paragraph (b) or sub-paragraph (c) of the present paragraph or if the President is a national of either Party the Vice-President shall make the appointment. If the Vice-President is prevented or if he is a national of either Party the appointment shall be made by the seniormost member of the International Court of Justice who is not a national of either Party.

(e) Unless the Parties otherwise decide, the arbitration tribunal shall determine its own rules of procedure.

(f) The arbitration tribunal shall take its decisions by a majority of votes. Such decisions shall be binding upon the Parties and shall be carried out by them.

Article 12

The provisions of the present Treaty shall remain in force also in the event of a conflict arising between the Parties without prejudice to the right of taking such temporary measures as are permitted under international law and are indispensable for assuring a supervision of investments. Measures of this kind shall be repealed not later than the date of termination of the conflict, irrespective of whether or not diplomatic relations have been re-established.

Article 13

The present Treaty shall also apply to *Land Berlin*, provided that the Government of the Federal Republic of Germany has not made a contrary declaration to the Government of Pakistan within three months from the entry into force of the present Treaty.

Article 14

(1) The present Treaty shall be ratified and the instruments of ratification shall be exchanged as soon as possible.

(2) The present Treaty shall enter into force one month after the date of exchange of the instruments of ratification. It shall remain in force for a period of ten years

and shall continue in force thereafter for an unlimited period unless notice of termination is given in writing by either Party one year before its expiry. After the expiry of the period of ten years, the present Treaty may be terminated at any time by either Party giving one year's notice.

(3) In respect of investments made prior to the date of expiry of the present Treaty, the provisions of Articles 1 to 13 shall continue to be effective for a further period of ten years from the date of expiry of the present Treaty.

DONE at Bonn on the twenty fifth day of November in the year nineteen hundred and fifty nine in duplicate, in the German and English languages, both texts being equally authentic.

For the Federal Republic of Germany :

VON BRENTANO

For Pakistan :

S. A. HASNIE

PROTOCOL

On signing the Treaty for the Promotion and Protection of Investments concluded between the Federal Republic of Germany and Pakistan,¹ the undersigned plenipotentiaries have, in addition, agreed to the following provisions which should be regarded as an integral part of the said Treaty :

(1) The Parties shall within one year after signing this Treaty enter into negotiations to conclude an establishment treaty which shall, *inter alia*, make provision for the following :

Immigration and emigration, temporary and permanent residence, protection from expulsion, taking up and carrying on business and professional activities on a basis of employment or self-employment, particularly in respect of managerial and technical staff, foundation of and participation in enterprises, protection and security of persons and property, free access to courts, freedom to contract, acquisition of real estate and other property and admission as arbitrator.

(2) The following shall in particular be deemed discrimination referred to in Article 2 :

Restricting the purchase of raw or auxiliary materials, of power or fuel, or of means of production or operation of any kind, impeding the marketing of products within or outside the country, as well as any other measures not applied to the same extent either to persons residing within the country and to nationals of third states or to investments of such persons.

Measures taken for reasons of public security and order, public health or morality shall not be deemed as discrimination within the meaning of Article 2.

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

(4) With a view to ensuring an equitable share of cargo to their respective shipping either Party shall abstain from any discriminatory measures which, contrary to the principles of free competition are designed to eliminate or impair the participation of ships of the other Party in transporting the following goods :

- (a) goods which represent an investment and are transported by sea-going vessels,
- (b) goods which for the purpose of operating an enterprise in the territory of one Party are purchased by means of capital invested in the territory of that Party by nationals or companies of the other Party.

¹ See p. 24 of this volume.

(5) Without prejudice to any other method of determining nationality, any person shall be deemed to be a national of a Party who is in possession of a national passport issued by the appropriate authority of the Party concerned or of a valid identity document of one of the following types :

- (a) In respect of the Federal Republic of Germany, a valid identity card (*Personalausweis*) of the Federal Republic of Germany or a valid identity card (*Personalausweis*) of *Land* Berlin or a seaman book (*Seefahrtbuch*) issued by an appropriate authority of the Federal Republic of Germany provided that the bearer of the seaman book is entered therein as a German ;
- (b) In respect of Pakistan, the documents for determining the nationality of Pakistanis in Germany at a particular time may in addition to the national passports be (1) Crew Member Certificates in respect of airmen, and (2) Continuous Discharge Certificates or Nullies in respect of seamen.

DONE at Bonn on the twenty fifth day of November in the year nineteen hundred and fifty nine in duplicate, in the German and English languages, both texts being equally authentic.

For the Federal Republic of Germany :

VON BRENTANO

For Pakistan :

S. A. HASNIE

EXCHANGE OF NOTES

I

Bonn, 25 November 1959

MINISTRY OF FINANCE
GOVERNMENT OF PAKISTAN

Excellency,

It is our understanding that the term "investment" wherever it is used in this Treaty¹ or in the letters annexed refers in respect of Pakistan to investments approved by the Government agencies authorizing such investments. If at any time later free investment is allowed in Pakistan the term "investment" will cover all investments made in the territory of Pakistan.

The same term refers in respect of the Federal Republic of Germany to all investments made in accordance with its legislation.

It is also our understanding that for the purpose of admission of capital investments the value of the assets mentioned in paragraph (1) of Article 8 may be determined by the appropriate agencies of the Party concerned.

I shall be grateful if you would kindly confirm the above understanding.

Accept, Excellency, the assurance of my highest consideration.

S. A. HASNIE
SecretaryHis Excellency Dr. Heinrich von Brentano
Federal Minister for Foreign Affairs
Bonn

II

[GERMAN TEXT — TEXTE ALLEMAND]

DER BUNDESMINISTER DES AUSWÄRTIGEN

Bonn, den 25. November 1959

Herr Staatssekretär,

Ich beehre mich, den Empfang Ihres Schreibens vom 25. November 1959 zu bestätigen, das folgenden Wortlaut hat :

„Zwischen uns besteht Einverständnis darüber, daß der Ausdruck 'Kapitalanlagen' in diesem Vertrag und den ihm beigefügten Schreiben sich hinsichtlich

¹ See p. 24 of this volume.

Pakistans auf Kapitalanlagen bezieht, die von den dafür zuständigen Regierungsstellen genehmigt worden sind. Falls zu einem späteren Zeitpunkt die freie Anlage von Kapital in Pakistan gestattet wird, umfaßt dann der genannte Ausdruck alle im Hoheitsgebiet Pakistans vorgenommenen Kapitalanlagen.

Der genannte Ausdruck bezieht sich hinsichtlich der Bundesrepublik Deutschland auf alle Kapitalanlagen, die im Rahmen ihrer Rechtsvorschriften vorgenommen werden.

Wir sind uns ferner darüber einig, daß für den Zweck der Zulassung der Kapitalanlage der Wert der in Artikel 8 Absatz (1) erwähnten Vermögenswerte von den zuständigen Stellen der betreffenden Partei festgesetzt werden kann.

Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie dieses Einverständnis bestätigen würden.“

Ich bestätige, daß dies unserem Einverständnis in dieser Angelegenheit entspricht.

Genehmigen Sie, Herr Staatssekretär, die Versicherung meiner ausgezeichnetsten Hochachtung.

VON BRENTANO

An den Staatssekretär im Finanzministerium
der Regierung von Pakistan
Herrn S. A. Hasnie
z. Z. Bonn

[TRANSLATION — TRADUCTION]

FEDERAL MINISTER FOR FOREIGN AFFAIRS

Bonn, 25 November 1959

Sir,

I have the honour to acknowledge receipt of your note of 25 November 1959 reading as follows :

[See note I]

I confirm that this agrees with our understanding in this matter.

I have the honour to be, etc.

VON BRENTANO

Mr. S. A. Hasnie
Secretary, Ministry of Finance
Government of Pakistan
Bonn

III

Bonn, 25 November 1959

MINISTRY OF FINANCE
GOVERNMENT OF PAKISTAN

Excellency,

During our discussion on the type and nature of treatment to be accorded by either Party to the nationals and companies of the other Party we realised that it would be neither desirable nor practicable to comprehend in this Treaty the extent and scope of favours and immunities which may be granted by either Party to the investments of nationals or companies of the other Party in specific cases. It was therefore agreed that without prejudice to the provisions of this Treaty any concessions that are granted by either Party to the nationals or companies of the other Party shall be governed by the documents of admission, namely the Memoranda or the Articles of Association established for the creation and operation of a particular enterprise or such other instruments as either Party may choose keeping in view the requirements of each case.

In admitting investments by nationals or companies of the other Party each Party may in the documents of admission mentioned above impose conditions regarding the administration, use or enjoyment of an investment or regarding the operation of an enterprise based on such investment or regarding the training and employment of nationals of the Party concerned.

The favours and immunities mentioned in the first paragraph above and the conditions mentioned in the second paragraph above may fall outside the scope of national or most-favoured-nation treatment.

I shall be grateful if you would kindly confirm the above understanding.

Accept, Excellency, the assurance of my highest consideration.

S. A. HASNIE
SecretaryHis Excellency Dr. Heinrich von Brentano
Federal Minister for Foreign Affairs
Bonn

[TRANSLATION — TRADUCTION]

FEDERAL MINISTER FOR FOREIGN AFFAIRS

Bonn, 25 November 1959

Sir,

I have the honour to acknowledge receipt of your note of 25 November 1959 reading as follows :

[See note III]

I confirm that this agrees with our understanding in this matter.

I have the honour to be, etc.

VON BRENTANO

Mr. S. A. Hasnie
Secretary, Ministry of Finance
Government of Pakistan
Bonn

V

Bonn, 25 November 1959

MINISTRY OF FINANCE
GOVERNMENT OF PAKISTAN

Excellency,

It is our understanding that, intending to facilitate and promote investments by German nationals or companies in Pakistan, the Government of Pakistan will, prior to the entry into force of an establishment treaty the negotiation of which has been provided for, grant necessary permits to German nationals who desire to enter, stay and carry on activities in Pakistan in connection with investments by German nationals or companies except in so far as reasons of public security and order, public health or morality may warrant otherwise.

The appropriate Government agencies of the Federal Republic of Germany will endeavour to persuade German nationals or companies to provide progressive employment and training facilities for Pakistan nationals.

I shall be grateful if you would kindly confirm the above understanding.

Accept, Excellency, the assurance of my highest consideration.

S. A. HASNIE
Secretary

His Excellency Dr. Heinrich von Brentano
Federal Minister for Foreign Affairs
Bonn

VI

[GERMAN TEXT — TEXTE ALLEMAND]

DER BUNDESMINISTER DES AUSWÄRTIGEN

Bonn, den 25. November 1959

Herr Staatssekretär,

Ich beehre mich, den Empfang Ihres Schreibens vom 25. November 1959 zu bestätigen, das folgenden Wortlaut hat :

„Zwischen uns besteht Einverständnis darüber, daß die Regierung von Pakistan in der Absicht, Kapitalanlagen deutscher Staatsangehöriger oder Gesellschaften in Pakistan zu erleichtern und zu fördern, bereits vor dem Inkrafttreten eines Niederlassungsvertrags, über dessen Abschluß Verhandlungen vorgesehen sind, deutschen Staatsangehörigen, die im Zusammenhang mit Kapitalanlagen deutscher Staatsangehöriger oder Gesellschaften nach Pakistan einreisen, sich dort aufhalten und dort tätig werden wollen, die erforderlichen Erlaubnisse erteilt, soweit nicht Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Volksgesundheit oder Sittlichkeit entgegenstehen.

Die zuständigen Regierungsstellen der Bundesrepublik Deutschland werden sich bemühen, deutschen Staatsangehörigen und Gesellschaften nahezulegen, für pakistanische Staatsangehörige in fortschreitendem Maße Arbeitsplätze und Ausbildungsmöglichkeiten zu schaffen.

Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie dieses Einverständnis bestätigen würden.“

Ich bestätige, daß dies unserem Einverständnis in dieser Angelegenheit entspricht.

Genehmigen Sie, Herr Staatssekretär, die Versicherung meiner ausgezeichnetsten Hochachtung.

VON BRENTANO

An den Staatssekretär im Finanzministerium
der Regierung von Pakistan

Herrn S.A. Hasnie
z. Z. Bonn

[TRANSLATION — TRADUCTION]

FEDERAL MINISTER FOR FOREIGN AFFAIRS

Bonn, 25 November 1959

Sir,

I have the honour to acknowledge receipt of your note of 25 November 1959 reading as follows :

[See note V]

I confirm that this agrees with our understanding in this matter.

I have the honour to be, etc.

VON BRENTANO

Mr. S. A. Hasnie
Secretary, Ministry of Finance
Government of Pakistan
Bonn