

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A APLICAÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* EM ARBITRAGENS DO
CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS DE
INVESTIMENTO (ICSID)**

Eduardo Moretti
Acadêmico

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
Orientador

FLORIANÓPOLIS - SC
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A APLICAÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* EM ARBITRAGENS DO
CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS DE
INVESTIMENTO (ICSID)**

Monografia submetida à Universidade Federal de
Santa Catarina para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.

FLORIANÓPOLIS - SC

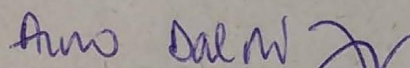
2016

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

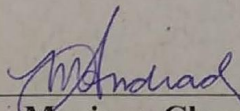
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Aplicação do Duty Mitigate the Loss em arbitragens internacionais de investimento.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Eduardo Moretti**, defendido em **11/07/2016** 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.

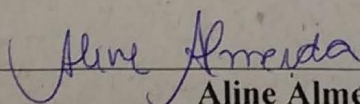
Florianópolis, 11 de julho de 2016.



Arno Dal Ri Júnior
Professor Orientador



Mariana Clara de Andrade
Membro de Banca



Aline Almeida
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Eduardo Moretti**

RG:

CPF:

Matrícula: **11103645**

Título do TCC: **Aplicação do Duty Mitigate the Loss em arbitragens internacionais de investimento.**

Orientador(a): **Arno Dal Ri Júnior**

Eu, **Eduardo Moretti**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 11 de julho de 2016.

Assinatura manuscrita de Eduardo Moretti em tinta azul.

Eduardo Moretti

A Ivone e Teubaldo Dall'Igna, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Finalizar esta monografia significa encerrar, pelo menos por ora, minha trajetória no Centro de Ciências Jurídicas da UFSC. Muitos foram os que me acompanharam e apoiaram nessa jornada, e que merecem as justas homenagens das linhas a seguir.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Moacir e Paula, por toda atenção e carinho que me deram. Não foi sem sacrifícios que vocês trataram de me educar e proporcionar as melhores oportunidades que poderia ter tido. Estendo os agradecimentos, também, aos meus irmãos, Isabela e Fernando, pelo apoio que sempre demonstraram.

Não poderia deixar de agradecer a magistral orientação do professor Arno Dal Ri Júnior, não apenas para este trabalho, mas durante toda a faculdade. As conversas e conselhos me orientaram durante toda minha jornada. Tenho convicção de que, se todos os docentes deste Curso levassem a academia a sério como o Professor leva, o Direito-UFSC estaria numa situação muito melhor.

Agradeço ao *Ius Gentium*, em especial aqueles membros com quem tive mais contato, Lucas Lima, Gustavo Carnesella, Mariana Clara, Javier Maidana, Paulo Potiara, Taciano Scheidt e Fernanda Ruy, pelos ensinamentos compartilhados e bons momentos vividos. De igual modo, agradeço ao *Ius Commune*, especialmente pelas lições do coordenador Felipe Farias, que foram de determinante importância para minha formação neste Curso.

Agradeço, também, aos meus colegas da Gestão “Levante-se!” do Centro Acadêmico XI de Fevereiro – CAXIF, que, diante da insatisfação com a qualidade do nosso curso, organizaram-se para propor e executar medidas em prol de um CCJ melhor, com atitudes concretas e resultados notáveis.

Faltam-me palavras para agradecer à *Locus Iuris* e todos aqueles que viabilizaram sua existência – os co-fundadores, o CAXIF, o então Diretor de Centro Luis Carlos Cancellier, e a FEJESC, especialmente nosso orientador Oscar Ferrari – e, por consequência, permitiram que eu participasse desse projeto. Além dos conhecimentos técnicos e gerenciais adquiridos, da experiência profissional e do grande número de amizades construídas, saio dele também com a nítida certeza de que nosso trabalho individual pode fazer a diferença para a sociedade.

Não poderia deixar de agradecer a todos os amigos que fiz nessa jornada. Merecem especial menção: Gustavo Matiola, Victor Schmitt, Leonardo Moraes, Roberto Althoff, Gustavo Hoffmann, Gerson Chiang, Túlio Di Giácomo, Jorge Martins, Vinicius Faqueti, João Vitor Gomes Martins, Fabricio Cenci, Ricardo Botton, Diordan Canonica, Mariana May Sangoi, Ivan Remor, Leonardo Freitas, Gabriel Castro, Yasmin Sant’Anna, Arthur Dalmarco,

Alexandre Moraes, Rodrigo Faresin, Paulo Maragno, Lukas Ruthes, Thatiane Pires, Eduardo Freccia, Renata Caroline da Silva, Eduardo Xavier, Eduardo Alves, Pedro Reschke, Gabriela Arenhart, Cid Borba, João Victor Botelho, Marina Rabelo, Lígia Brandi, Guilherme Bastos, Vitor Hugo Camargo, Guilherme Formanski, José Gouvea, Bruna Pamplona, Felipe Zanotto, Nelson Tonon, Lucas Rodrigues, Gabriel Vizzotto, Ellora Patrício, Leonardo Quiani, Natan Dequech, Ana Paula Stecanela, Guilherme Carneiro, Luiz Gomes, Eliza de Abreu e Felipe Freitas.

Outrossim, agradeço ao *Mosimann, Horn & Advogados Associados*, especialmente ao sócio-coordenador Dr. Lio Vicente Bocorny, pela oportunidade de trabalhar em um escritório renomado e que presta serviços de elevada complexidade. O *MH* é uma segunda faculdade para mim.

Ao ilustre Desembargador Raulino Jacó Brüning e sua qualificada equipe, Karin Tasca e Fabíola Caetano, pela primeira oportunidade de estágio. Foram muitos e perpétuos os aprendizados naquele primeiro contato com a prática jurídica.

Agradeço a Gustavo Carnesella especialmente pelo auxílio nesta monografia.

Por fim, agradeço a todos os outros amigos, familiares e professores não nominalmente citados neste espaço, mas que foram fundamentais nesta jornada que se encerra.

RESUMO

O presente trabalho busca examinar a aplicação do *duty to mitigate the loss* em laudos arbitrais proferidos por tribunais do Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (ICSID). Para tanto, essa monografia parte de uma abordagem histórica do instituto *duty to mitigate*, analisando, também, seus fundamentos e contornos. Num segundo momento, analisa-se a arbitragem internacional no contexto do Direito Internacional de investimento e os conceitos fundamentais para sua compreensão, como o de Investimento Direto Estrangeiro e Acordo Bilateral de Investimento. Por fim, analisa-se o corpo de sentenças arbitrais do ICSID em que se discutiu especificamente o *duty to mitigate the loss*, a fim de verificar a aplicação do instituto em litígios dessa espécie. O problema principal que esta monografia analisa é se a não positividade expressa do *duty to mitigate the loss* nos Acordos Bilaterais de Investimento torna-o inaplicável às arbitragens do ICSID. A análise dos precedentes revela que o instituto possui *status* de Princípio Geral do Direito Internacional, portanto pode ser aplicado mesmo diante da ausência de previsão específica em Acordo Bilateral de Investimento, entretanto a natureza dos atos praticados pelos Estados, de elevada coercitividade, costuma deixar pouca margem para que prejudicado mitigue seus danos, dificultando a aplicação concreta do instituto em arbitragens dessa modalidade.

Palavras-chave: Direito Internacional de investimento, Investimento Direto Estrangeiro, arbitragem internacional de investimento, *duty to mitigate the loss*.

ABSTRACT

The present work seeks to examine the application of the *duty to mitigate the loss* in arbitration awards delivered by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) tribunals. In order to do so, this work analyzes the *duty to mitigate* from a historical perspective, as well as its foundations and boundaries. Further, it will investigate investment arbitration in the context of international investment law and the fundamental concepts concerning its understanding, such as Foreign Direct Investment and Bilateral Investment Treaties. Finally, this paper scrutinizes the case law of ICSID arbitral awards, with particular attention to awards that applied the *duty to mitigate the loss* to verify the application of this legal institute in the settlement of investment disputes. The central premise analyzed by the present work is whether the absence of an explicit statement of *duty to mitigate the loss* in the BITs impairs its application in ICSID arbitrations. The case law indicates that the legal institute is considered as a General Principle of International Law hence it can be applied even without being explicitly stated on BITs. However, the nature of the acts practiced by the States, due to their high coercivity, usually undermine the possibility of mitigating the damages, hindering the concrete application of the *duty to mitigate the loss* in the settlement of investment disputes.

Keywords: International Investment Law, Foreign Direct Investment, international investment arbitration, *duty to mitigate the loss*.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. O INSTITUTO JURÍDICO DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i>.....	15
2.1 BREVE HISTÓRICO.....	15
2.2 O FUNDAMENTO DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i>	17
2.3 OS CONTORNOS DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i>	22
3. O DIREITO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS E MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS.....	27
3.1 INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO (FDI).....	27
3.1.1 Breve histórico.....	27
3.1.2 Conceito.....	30
3.2 ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO (BIT'S).....	32
3.2.1 Breve histórico.....	32
3.2.2 Estrutura.....	35
3.3 ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS.....	36
3.3.1 Breve histórico dos mecanismos de solução de conflitos internacionais de investimentos.....	36
3.3.2 Características e aplicação da arbitragem internacional de investimentos.....	40
3.3.2.1 ICSID.....	42
3.3.2.1.1 Breve histórico e fundamentos da criação.....	42
3.3.2.1.2 Estrutura.....	43
3.3.2.1.3 Competencia e funcionamento.....	45
4. APLICAÇÃO DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> EM ARBITRAGENS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO DO ICSID.....	53
4.1 <i>MIDDLE EAST CEMENT SHIPPING E HANDLING CO. S.A. VS REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO (ICSID CASE NO. ARB/99/6)</i>	53
4.1.1 Breve histórico do caso.....	53
4.1.2 Discussão acerca do <i>duty to mitigate the loss</i>	56
4.2 <i>AMCO ASIA CORPORATION, PAN AMERICAN DEVELOPMENT LIMITED, PT AMCO INDONESIA VS REPÚBLICA DA INDONÉSIA (ICSID CASE NO. ARB/81/8)</i>	57

4.2.1 Breve histórico do caso.....	57
4.2.2 Discussão acerca do <i>duty to mitigate the loss</i>	58
4.3 <i>MTD EQUITY SDN. BHD. E MTD CHILE S.A. VS REPÚBLICA DO CHILE (ICSID CASE NO. ARB/01/7)</i>	59
4.3.1 Breve histórico do caso.....	59
4.3.2 Discussão acerca do <i>duty to mitigate the loss</i>	61
4.4 <i>EDF INTERNATIONAL S.A., SAUR INTERNATIONAL S.A. E LEON PARTICIPACIONES ARGENTINA S.A. VS REPÚBLICA DA ARGENTINA (ICSID CASE NO. ARB/03/23)</i>	62
4.4.1 Breve histórico do caso.....	62
4.4.2 Discussão acerca do <i>duty to mitigate the loss</i>	65
4.5 <i>AIG CAPITAL PARTNERS INC. E TEMA REAL ESTATE COMPANY VS REPÚBLICA DO CAZAQUISTÃO (ICSID CASE NO. ARB/01/6)</i>	66
4.5.1 Breve histórico do caso.....	66
4.5.2 Discussão acerca do <i>duty to mitigate the loss</i>	68
5. CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

1. INTRODUÇÃO

O crescente fluxo internacional de capital é uma das características mais marcantes da sociedade atual. Além das trocas comerciais e migrações, cada vez tem se tornado mais frequente que investidores privados, pessoas físicas ou jurídicas, busquem oportunidades de negócio além de suas fronteiras.

Diante de tal cenário, torna-se necessário o estudo do tema Investimento Direto Estrangeiro, ou também denominado *Foreign Direct Investment (FDI)*, e dos meios de resolução de conflitos em matéria de investimento.

Nesse particular, cabe mencionar que a Convenção de Washington de 1965 representou um significativo avanço na resolução de conflitos de investimento. Antes do referido diploma legal, as disputas eram resolvidas quase que exclusivamente através dos tribunais nacionais dos Estados receptores de investimento ou de proteção diplomática – ambos os meios eram reconhecidamente parciais, sendo que, via de regra, as decisões dos tribunais nacionais favoreciam os Estados receptores e a proteção diplomática os investidores estrangeiros.

A partir da Convenção de Washington, entretanto, a arbitragem começou a ganhar força como mecanismo para resolução de conflitos de investimento. Tratava-se, pois, de um mecanismo mais célere e imparcial para resolver os litígios e que, por essas razões, foi gradativamente ganhando importância no cenário internacional.

O Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento, internacionalmente conhecido como *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, denominado para fins deste trabalho de *ICSID*, criado pela referida convenção internacional, e estabelecido sob a égide do Banco Mundial, teve particular importância para a valorização da arbitragem como mecanismo eficaz para resolução de conflitos em matéria de investimento.

Nesse contexto, por conta do aumento do Investimento Direto Estrangeiro e, conseqüentemente, do número de conflitos em matéria de investimento, faz-se necessário, também, estudar os critérios de cálculo de indenização, bem como os institutos de responsabilidade civil aplicáveis à matéria.

Verifica-se pertinente, pois, o estudo do *duty to mitigate the loss*, enquanto instituto de responsabilidade civil capaz de minorar o valor da indenização, quando verificado que não se adotou medidas razoáveis para diminuir ou evitar danos decorrentes do inadimplemento de outra parte.

Ocorre que o *duty to mitigate the loss*, muito embora positivado nos ordenamentos jurídicos de muitos países e até mesmo em alguns diplomas internacionais, como a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias¹, não costuma ser positivado nos Acordos Bilaterais de Investimento (doravante denominados “BITS”), razão pela qual o presente trabalho busca investigar sua aplicação em arbitragens de investimento.

Cabe ressaltar que *duty to mitigate* também não está expressamente previsto na Convenção de Washington de 1965, que dispõe apenas de regras de matéria processual e procedimental em matéria de litígios de investimento – isto é, não estabelece regras de direito material aplicável –, ou qualquer outro diploma legal que seja comumente utilizado para fundamentar decisões arbitrais de investimento.

Ante esse contexto, este trabalho se debruça sobre o seguinte problema: a não positivação expressa do *duty to mitigate the loss* nos BITS torna-o inaplicável às arbitragens de investimento do ICSID? A hipótese principal avançada é que não, uma vez que o instituto já alcançou o *status* de Princípio Geral do Direito Internacional e pode ser aplicado mesmo diante da ausência de previsão específica em Acordo Bilateral de Investimento ou legislação nacional aplicável.

Para responder tal questionamento, divide-se a monografia em 3 capítulos. Na primeira parte, estudar-se-á o instituto do *duty to mitigate the loss*, seu histórico, fundamentos e contornos. Após, o foco do estudo passará a ser o Investimento Direto Estrangeiro, os BITS e a arbitragem internacional de investimento, com especial destaque para o ICSID, centro de disputas de investimento mais relevante no cenário internacional. No terceiro capítulo, por sua vez, abordar-se-á diretamente a aplicação (ou não) do *duty to mitigate* em arbitragens do ICSID, analisando-se os principais precedentes que discutiram a questão e os fundamentos da aplicação ou não do instituto.

Para consecução desta monografia utilizou-se predominantemente de artigos científicos, teses de doutorado e dissertações de mestrado que versavam especificamente sobre partes do tema proposto, bem como doutrinas de cunho geral. Parte considerável da bibliografia utilizada é de língua estrangeira, sobretudo inglês e espanhol, tendo em vista a

¹ O art. 77 da Convenção de Viena de 1980 aborda o tema nos seguintes termos: “*A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.*” **UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods***, 2010, p. 24. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2016.

dificuldade de se achar material em língua portuguesa sobre o tema, especialmente sobre os capítulos 3 e 4. Todas as traduções foram realizadas pelo autor, sendo de sua responsabilidade qualquer equívoco ou má interpretação. As citações diretas originárias de língua estrangeira foram traduzidas no corpo do texto, mantendo-se a versão original em nota de rodapé para oportunizar ao leitor sanar eventuais dúvidas.

Por fim, no que tange às referências bibliográficas, cabe salientar que a estrutura do trabalho foi submetida às normas atualizadas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), com exceção de que serão utilizadas referências bibliográficas em nota de rodapé, juntamente com notas explicativas também em rodapé, que, em tese, só são permitidas quando empregada a modalidade de citação autor-data. O propósito da intencional quebra de protocolo é conferir limpeza textual ao trabalho, sem abrir mão de importantes comentários que não integram o corpo do texto monográfico.

2. O INSTITUTO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

2.1 BREVE HISTÓRICO

A origem do *duty to mitigate the loss* é recorrentemente associada ao *common law*², sistema jurídico no qual se encontram registros do instituto desde o início do século XX. De acordo com Vera Maria Jacob de Fradera, o *duty to mitigate the loss* teve sua origem no Direito anglo-saxão, de onde se propagou para os sistemas continentais da *civil law*³.

O caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd.*, julgado em 1912, é considerado por muitos como o principal marco de reconhecimento do instituto no *common law*⁴.

Em síntese, o caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd.* envolvia um litígio no qual uma empresa adquiriu 8 turbinas e alternadores para a construção de uma estação no centro de Londres. No entanto, a mercadoria comprada apresentou desempenho abaixo do pactuado — o contrato celebrado entre as partes previa que as turbinas operariam a uma potência de 5.500KW e teriam um consumo de vapor não superior a 17.7lbs/KWhr, parâmetros que não foram atingidos pelas mercadorias efetivamente entregues pela vendedora —, o que levou a compradora a celebrar um contrato de substituição, adquirindo novas turbinas da empresa *C.A. Parsons & Co*⁵.

Após a vendedora dar início ao litígio, pleiteando receber parcela que não havia sido paga, a compradora apresentou reconvenção, alegando defeito nas mercadorias entregues e requerendo (i) o valor do custo extra de carvão que teve que ser utilizado na máquina devido ao consumo excessivo de vapor até o dia em que as turbinas contratadas junto à *Parsons & Co.* entraram em funcionamento, além de outros custos de manutenção e (ii) o valor correspondente ao custo extra de carvão por toda a vida útil dos bens entregues pela

² Para um estudo mais detalhado, recomenda-se consultar a seguinte obra: COMINO, Tomas Barros Martins. **Desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo.** Dissertação (mestrado), Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 16-41.

³ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?** In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, jul. 2004, p. 109-119 *apud* DIAS, Daniel Pires Novais. **O *duty to mitigate the loss* no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano.** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>>. Acesso em 10 de nov. de 2015, p. 2.

⁴ ARAUJO, Lucas Mayall. **Mitigação dos danos pelo credor: aplicação com base no direito brasileiro e na convenção de Viena de compra e venda internacional de mercadorias – CISG.** Monografia (graduação), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, 2013, p. 11.

⁵ Para um estudo mais detalhado do caso, recomenda-se consultar a seguinte obra: DYSON, Andrew. **British Westinghouse Revisited.** 2012. Disponível em: <http://www.academia.edu/1987110/British_Westinghouse_Revisited>. Acesso em 15 de março de 2016.

vendedora, ainda que estes não fossem utilizados, ou, alternativamente, o custo da contratação e instalação das máquinas da *Parsons & Co.*

A Câmara dos Lordes julgou procedentes os pedidos feitos pela compradora em sede de reconvenção, condenando a vendedora a indenizar o valor correspondente ao das novas máquinas adquiridas e o gasto extra com carvão até o momento da transação substitutiva. Vale mencionar didático trecho da decisão:

Na medida do possível, aquele que comprovou a violação de um acordo (...) deve ser posicionado, tanto quanto o dinheiro possa fazê-lo, em uma situação tão boa quanto como se o contrato tivesse sido executado. A base fundamental é, portanto, uma compensação pela perda pecuniária que decorre da violação; mas este primeiro princípio é qualificado por um segundo, que impõe o dever de tomar todas as medidas razoáveis para mitigar o dano decorrente da violação, e excluir da demanda qualquer dano decorrente de sua negligência em tomar tais medidas.⁶

Adotando posicionamento divergente ao de Vera Maria Jacob de Fradera, Daniel Pires Novais Dias defende que a origem do *duty to mitigate the loss* pode ser encontrada no Direito Alemão, que prevê a redução da indenização da parte lesada por negligência em minorar o próprio dano, especificamente no §254 do Código Civil da Alemanha (BGB)⁷, que fora aprovado em 1896, portanto antes do paradigmático caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd.*

⁶ POOLE, Jill. **Casebook on contract law**. 11ª Ed. Oxford: Oxford Press, 2012. Do original: “ (...) *as far as possible, he who has proved a breach of a bargain to supply what he contracted to get is to be placed, as far as money can do it, in as good a situation as if the contract had been performed. The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps*” p. 400.

⁷ ALEMÃO. **Código Civil (BGB)**. “Seção 254. Negligência Contributiva. (1) Quando a culpa, por parte da vítima, contribuir para a ocorrência do dano, a responsabilização, assim como a extensão da indenização a ser paga, dependem das circunstâncias, em particular de que extensão do dano foi causado por cada uma das partes. (2) Isto também se aplica ainda que a culpa da vítima se restrinja a não ter alertado o agente para o perigo de dano extraordinariamente maior, do qual não estava ou não deveria estar ciente, ou, ainda, no caso de ter a vítima deixado de evitar ou reduzir os danos”. Tradução livre do autor. Traduzido do Inglês, em edição elaborada por Langenscheidt Translation Service e atualizado por Neil Mussett: “*Section 254. Contributory negligence. (1) Where fault on the part of the injured person contributes to the occurrence of the damage, liability in damages as well as the extent of compensation to be paid depend on the circumstances, in particular to what extent the damage is caused mainly by one or the other party. (2) This also applies if the fault of the injured person is limited to failing to draw the attention of the obligor to the danger of unusually extensive damage, where the obligor neither was nor ought to have been aware of the danger, or to failing to avert or reduce the damage.*”. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0759>. Acesso em 3 de abril de 2016. Do original: “*§ 254 Mitverschulden (1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.*” Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>>. Acesso em 3 de abril de 2016.

Por sua vez, Lilian San Martín defende que o dever de diligência com os próprios negócios, fundamento último do dever de mitigar o dano, encontrava previsão já no direito romano⁸.

A professora chilena salienta que a conduta oposta à diligência é a negligência, que consiste na omissão do agente em exercer as atividades que está chamado a observar⁹. Por seu turno, existe uma estreita relação entre a culpa e a negligência no direito romano. Apesar do conceito de “culpa” ser utilizado na atualidade, cumpre salientar que o contexto em que a professora utiliza o vocábulo é bastante diferente do atual, podendo sintetizar-se o conceito nos seguintes termos: “a culpa, em origem, não se refere à violação de uma norma jurídica, mas à violação de um modelo de conduta¹⁰”.

Nesse sentido, Lilian San Martín afirma que, sob a égide do direito romano, podia-se identificar o “*deber de evitar el daño*”, uma vez que pesava sobre todos os cidadãos romanos uma carga de diligência com os próprios negócios¹¹, em virtude da qual, diante de uma situação de dano ou de risco, o agente deveria comportar-se como um *diligens pater familias*, sob pena de não ser ressarcido pelo dano atribuível à própria culpa¹².

Nada obstante a grande divergência sobre a origem do *duty to mitigate*, fato é que o instituto é amplamente aplicado, sob os mais diversos fundamentos, tanto em ordenamentos de origem do *civil law* como em países vinculados ao *common law*.

2.2 O FUNDAMENTO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

Conforme demonstrado na subseção anterior, o *duty to mitigate the loss* encontra-se presente em diversos ordenamentos jurídicos, tanto naqueles vinculados ao *common law*

⁸ SAN MARTÍN, Lilian Cecilia Neira. *Del “Deber” del acreedor de evitar o mitigar el daño*, Tese (Doutorado), Università degli studi di Roma, 2010, p. 46. A título de ilustração, a autora cita o seguinte trecho do digesto (D.26.7.33): “A los tutores y a los curadores de los pupilos se les ha de exigir en la administración de los bienes pupilares la misma diligencia que un padre de familia debe poner de buena fe en sus propias cosas”, p. 47.

⁹ *Ibidem*, p. 56.

¹⁰ *Ibidem*, p. 60. Do original: “[...] la culpa, en origen, no se refiere a la violación de una norma jurídica, sino a la violación de un modelo de conducta [...]”.

¹¹ A fim de ilustrar a carga de diligência que pesava sobre todos os cidadãos em relação aos próprios negócios e evidenciar a limitação da responsabilidade do agente aos danos causados por ele, SAN MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 94, faz referência ao Digesto (D.9.2.30.4): “Si un esclavo hubiere sido herido no mortalmente, pero hubiere perecido por negligencia, habrá acción por haber sido herido, no por haber sido muerto”. Comentando a passagem acima transcrita, SAN MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 95: “En síntesis, del pasaje analizado se desprende que sobre el dominus pesaba una carga de diligencia que le imponía la cura del esclavo, cuya inobservância daba relevancia causal a la omisión, transformándolo en causante/responsable de la muerte del esclavo. Sin embargo, ello no significa que el agresor quedara exento de toda responsabilidad, sino que ésta se limitaba a las heridas, con lo cual se produce exactamente el mismo fenómeno generado por el hodierno ‘deber de evitar el daño’, esto es, la responsabilidad del agente se limita a los daños que el perjudicado no habría podido evitar.”

¹² *Ibidem*, p. 383.

quanto nos ordenamentos vinculados ao *civil law*¹³ e, naturalmente, apresenta fundamentos de aplicação diferentes em cada um dos ordenamentos.

Nos ordenamentos de tradição vinculada ao *common law*, como bem esclarece Christian Sahb Batista Lopes, a chamada “doutrina da evitabilidade” surgiu a partir de casos concretos levados ao poder judiciário, sem que existisse previamente qualquer princípio ou valor específico no ordenamento jurídico. A mitigação surgiu como um critério para aferição da indenização, adotando-se como parâmetro a conduta que se poderia esperar do credor e que evitasse o desperdício de recursos no tráfego negocial¹⁴. O fundamento para aplicação de tal regra é evitar o desperdício de recursos econômicos, que poderiam ser mantidos no mercado através da prática de esforços razoáveis pelo prejudicado¹⁵. Verifica-se, portanto, forte influência da análise econômica do direito para fundamentar a aplicação do instituto no *common law*¹⁶.

O professor mineiro destaca, ainda, que, embora o instituto seja amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência¹⁷, não existe consenso entre os doutrinadores da *common law*

¹³ No que tange às diferenças existentes entre o *common law* e o *civil law* em relação à responsabilidade civil decorrente de inadimplementos contratuais, pode-se citar a obra de BATISTA LOPES, Christian Sahb. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós- Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 17. Conforme o autor: “Diante do inadimplemento contratual, é possível imaginar-se duas reações do direito: determinar a reparação *in natura*, ordenando ao devedor que cumpra exatamente a obrigação inadimplida, ou impor ao devedor a obrigação de ressarcir os danos causados ao credor. Uma das grandes diferenças de concepção que existe no direito contratual entre os sistemas da *common law* e os de tradição romano-germânica reside exatamente na determinação sobre o que o direito deve prioritariamente fazer diante do inadimplemento. Em geral, os países de tradição romano-germânica, como o Brasil, preferem a execução específica da obrigação, determinando a reparação em perdas e danos apenas quando não é possível a reparação *in natura* ou quando assim prefere o credor. Na *common law*, há grande preferência pelo ressarcimento dos danos decorrentes do inadimplemento, cabendo execução específica apenas como medida excepcional quando a reparação por perdas e danos não parece adequada”.

¹⁴ BATISTA LOPES, *Op. Cit.*, p. 128.

¹⁵ *Ibidem*, p. 20.

¹⁶ Nesse sentido, *Ibidem*, “Se, diante de um inadimplemento, o credor deixa simplesmente que prejuízos se acumulem, embora ele seja reembolsado de tais perdas (na ausência da regra da mitigação), aquele recurso não será reintegrado na economia. Em outros termos, a indenização apenas altera a alocação daquele valor, do devedor inadimplente para o credor, mas não cria valor. Assim, aquele recurso econômico perdido não será restaurado à sociedade, pois a indenização apenas fará com que ele mude de mãos”, p. 99-100. O autor ainda ilustra seu raciocínio com o seguinte exemplo: “O credor prejudicado pela entrega e instalação de janelas defeituosas, na ausência da norma de mitigação, pode preferir ficar inerte, ou seja, não se dar ao trabalho de se dirigir a um depositário de construção e gastar uma pequena quantia para comprar lonas para cobrir as janelas. Afinal, se de fato chover e os móveis forem estragados, a perda seria indenizada pelo devedor inadimplente. Então, se a indenização efetivamente cobrir os danos, para ele será indiferente se os móveis foram perdidos ou não e, portanto, o credor não terá nenhum incentivo para evitar os danos. Se considerarmos que, na ausência da norma da mitigação, o credor não teria direito a recuperar as despesas incorridas para mitigar, será possível afirmar que o credor terá até mesmo um incentivo para não evitar que os danos ocorram. O credor não terá nenhum benefício se assim agir, entanto terá que arcar com as despesas de suas ações”, p. 103.

¹⁷ A propósito, o *Restatement (Second) of Contracts*, compilações de Direito formuladas a partir de precedentes jurisprudenciais, organizadas pelo *American Law Institute*, assim dispõe sobre a matéria: “§347. *MEASURE OF DAMAGES IN GENERAL Subject to the limitations stated in §§350-53, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by (a) the loss in the value to him of the other party's performance*

sobre o fundamento do *duty to mitigate*¹⁸, “sendo que a maioria dos autores sequer se pergunta seu fundamento, tratando-a autonomamente como uma regra de apuração das perdas e danos indenizáveis”¹⁹. Para os juristas do *common law*, a discussão prioritária é a das consequências e formas de aplicação do instituto²⁰.

No *common law* o *duty to mitigate* é aplicado como uma norma para aferição da indenização²¹. Nesse sentido, Daniel Pires Novais Dias afirma que no *common law* parte-se da premissa de que se deve indenizar todo o dano em alguma medida decorrente do delito ou do inadimplemento contratual. Diante dos elevados valores de indenização, ao longo do tempo e por meio de decisões judiciais, foram sendo criados limites para a indenização, dentre eles o *duty to mitigate the loss*, segundo o qual os danos que a vítima poderia ter evitado mediante a adoção de medidas razoáveis não devem ser indenizados, cabendo a sua análise no momento da apuração das perdas e danos indenizáveis²².

Por sua vez, os doutrinadores de países do *civil law*, discutem incessantemente sobre os fundamentos que ensejam a aplicação do *duty to mitigate*, sendo bastante ampla a lista de possibilidades: imprevisibilidade dos danos, ausência de causalidade, dano indireto, culpa concorrente, o fato ou culpa do credor, a violação do dever de boa-fé, abuso do direito e *venire contra factum proprium*.²³

Além dos fundamentos compilados acima, Lilian San Martín defende que os países do sistema romanista herdaram em seus ordenamentos a “carga de diligência consigo mesmo”, que impõe ao agente a obrigação de agir diligentemente na gestão dos próprios assuntos, sob pena de ter sua indenização reduzida²⁴. Nesse sentido, a conduta em desconformidade com o *standard* esperado implica redução do ressarcimento referente aos danos evitáveis²⁵.

*caused by its failure or deficiency, plus (b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less (c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform. §350. AVOIDABILITY AS A LIMITATION ON DAMAGES (1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden, or humiliation. (2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss”. AMERICAN LAW INSTITUTE. **The Restatement (second) of Contracts**. 1981. Disponível em: <[http://www.lexinter.net/LOTWVvers4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVvers4/restatement_(second)_of_contracts.htm)>. Acesso em 03 de maio de 2016.*

¹⁸ BATISTA LOPES, *Op. Cit.*, p. 23: “Além donexo causal, aparecem como explicação para a doutrina dos danos evitáveis a imprevisibilidade de tais danos, a culpa concorrente, o fato ou culpa do credor, a violação ao dever de boa-fé, abuso do direito e *venire contra factum proprium*”.

¹⁹ *Ibidem*, p. 22-23.

²⁰ *Ibidem*, p. 23.

²¹ DIAS, *Op. Cit.*, p. 10.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, p. 128.

²⁴ SAN MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 388.

²⁵ *Ibidem*, esclarece sobre a origem romanista do fundamento: “[...] *debemos aceptar que en Derecho romano el fundamento del no resarcimiento del daño evitable se encontraba en la culpa de la víctima, entendida como un comportamiento disconforme con la actitud que el diligens pater familias habría adoptado de estar en la*

Especialmente no que tange ao Brasil, cabe salientar que o principal argumento adotado pela jurisprudência para justificar a aplicação do instituto é o princípio da boa-fé objetiva. Nesse sentido, inclusive, posicionou-se o STJ no paradigmático REsp 758518/PR²⁶. Na mesma linha dispõe o enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal²⁷.

Ainda no tocante ao ordenamento jurídico brasileiro, cumpre destacar o interessante contraponto oferecido por Daniel Pires Novais Dias, que rechaça a recepção do instituto através da boa-fé objetiva²⁸, e advoga pela recepção do *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro através da figura jurídica do “encargo”. Na visão do referido autor, o encargo se compatibiliza melhor com a situação jurídica apresentada, por corresponder estruturalmente a um dever, isto é, refletir “a necessidade de adoção de uma conduta para aquisição ou

posición del perjudicado. Se trataba de una carga de diligencia en la gestión de la situación dañina, cuya inobservancia conllevaba el no resarcimiento del daño evitable”.

²⁶ A decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça foi assim ementada: “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 758.518/PR**, Relator: Min. VASCO DELLA GIUSTINA, Terceira Turma, julgado em 17/06/2010.

²⁷ Proposto pela professora da UFRGS Véra Maria Jacob de Fradera, com fulcro no art. 422 do Código Civil Brasileiro de 2002 (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”), o enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado com a seguinte redação: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Para aprofundamento, recomenda-se a leitura das razões da autora do enunciado em CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília, CJF, 2005, p. 168-178. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

²⁸ Sobre o tema, confira-se DIAS, *Op. Cit.*, “A figura do dever acessório fundado na boa-fé corresponde ao principal fundamento do duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro. A titularidade de um dever acessório de mitigar o próprio prejuízo é, no entanto, inadequada para a situação da parte lesada em relação ao afastamento ou redução do próprio prejuízo, porque estas condutas não são exigíveis: primeiro, a parte prejudicada ao agir para evitar ou reduzir danos tem primeiramente em vista a proteção do seu próprio patrimônio e reflexamente o não agravamento da situação do devedor inadimplente; segundo, a sanção pelo descumprimento refere-se tão somente à perda, no todo ou em parte, do direito à indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados”, p. 51.

conservação de uma determinada vantagem jurídica pelo agente²⁹”, sem que sua inobservância gere qualquer dever de indenizar terceiros.

Além de estar consolidado em parte considerável dos ordenamentos nacionais, de *common law* ou *civil law*, o *duty to mitigate* também é amplamente aplicado no direito internacional, sob variados fundamentos.

Reconhecido como um princípio fundamental da *lex mercatoria*³⁰, o instituto também se encontra positivado expressamente na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias³¹ (Convenção de Viena de 1980) e na Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias³² (Convenção de Haia de 1964), fator que contribui para sua aplicação.

Cumprido destacar que, nada obstante a consolidada aplicabilidade na seara do Direito Internacional, existem divergências sobre os fundamentos que lastreiam o instituto³³. A título de exemplo, Peter Schlechtriem afirma que o art. 77 da Convenção de Viena corresponde à seção 254(2) do BGB, o que, conseqüentemente, nos leva a concluir que o fundamento é a negligência contributiva³⁴. Por seu turno, Peter Riznik comenta o mesmo artigo da Convenção de Viena e afirma que se trata de uma expressão do princípio geral da boa-fé³⁵.

Verifica-se, portanto, que não existe um único fundamento para aplicação do *duty to mitigate*, seja nos ordenamentos nacionais ou no Direito Internacional, mas uma pluralidade de figuras jurídicas que lastreiam o instituto e que podem ser invocadas para sua aplicação.

²⁹ *Ibidem*, p. 33-34.

³⁰ Nesse sentido, vide RIZNIK, Peter. *Some aspects of loss mitigation in international sale of goods*. In: *The Vindobona Journal* 14 VJ. 2010, p. 268. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik1.pdf>> Acesso em 10 de fevereiro de 2016; e *INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID)*. No. ARB/99/6, Decisão, 12 de Abril de 2002, parágrafo 167.

³¹ Vide nota 1 *supra*.

³² O art. 88 da Convenção de Haia de 1 de Julho de 1964 dispõe o seguinte: “Article 88 The party who relies on a breach of the contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages.” INSTITUT INTERNATIONAL POUR L’UNIFICATION DU DROIT PRIVE. *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (1964, The Hague)*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>>. Acesso em 15 de maio de 2016.

³³ No tocante a essas divergências, verifica-se pertinente reproduzir importante comentário de Fernanda Sirotsky Scaletscky: “Antes de iniciarmos propriamente a interpretação do art. 77 da CISG dada pela doutrina internacional, que há anos se debruça sobre o tema, é importante mencionar que um dos pilares da Convenção é o de que, sendo ela um texto de caráter nitidamente internacional, a sua interpretação deve ser feita de maneira autônoma em relação às legislações nacionais dos países que a ratificaram.” SCALETSCY, Fernanda Sirotsky. **A interpretação do Duty to mitigate the loss na convenção das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias e sua recepção pelo direito brasileiro**. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, Volume VIII, n. 2, 2013, p. 7. Disponível em <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42881/28210>>. Acesso em 19 mar. 2016.

³⁴ SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 1986. Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-77.html>> Acesso em 28 de março de 2016.

³⁵ RIZNIK, *Op. Cit.*, p. 269.

2.3 OS CONTORNOS DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

Nada obstante a variedade de fundamentos que ensejam a aplicação do instituto, suas características elementares são as mesmas, independentemente do ordenamento jurídico ou do argumento que o lastreia.

Nesse sentido, a doutrina é uníssona em definir que o *duty to mitigate the loss* não representa propriamente um “dever”, na acepção técnica do termo. Defendendo tal posicionamento, Daniel Pires Novais Dias afirma que inexistente um dever genérico ou mesmo acessório de evitar danos, uma vez que os interesses protegidos são os do próprio agente. Ademais, a consequência da não evitação dos danos é a perda, total ou parcial, da indenização, jamais gerando um dever de indenizar autônomo³⁶.

Tomas Barros Martins Comino, a partir das lições de Edward Allan Farnsworth³⁷ e Michael Greenhalgh Bridge³⁸, também entende que o *duty to mitigate the loss* não se trata de um dever ou tampouco de uma “obrigação”, uma vez que inexistente direito correlato titularizado pela outra parte³⁹.

Em sentido semelhante, Claude Witz aduz que a opinião largamente dominante é de que o *duty to mitigate the loss* não constitui uma obrigação, uma vez que seu descumprimento não pode ser sancionado via responsabilidade contratual⁴⁰.

Retomando o conceito de obrigação, Clóvis Bevilacqua defende que se trata de relação transitória de direito que constrange alguém a dar, fazer ou não fazer alguma coisa em proveito de outrem, que adquire o direito de exigir essa ação ou omissão⁴¹. Distintamente, “ônus”, na clássica lição de Orlando Gomes, é a necessidade de adotar uma determinada conduta para tutela de interesse próprio⁴².

Na mesma linha, Francisco Amaral afirma que “a diferença entre o dever e o ônus reside no fato de que no primeiro, o comportamento do agente é necessário para satisfazer interesse do titular do direito subjetivo, enquanto no caso do ônus o interesse é do próprio agente”⁴³. Desse modo, no dever, o comportamento do agente está vinculado ao interesse do

³⁶ DIAS, *Op. Cit.*, p. 35.

³⁷ FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004, p. 779.

³⁸ BRIDGE, Michael Greenhalgh. *Mitigation of Damages in contract and the meaning of avoidable loss*. In: *Law Quarterly Review*, 1989, p. 400.

³⁹ COMINO, *Op. Cit.*, p. 16-41.

⁴⁰ WITZ, Claude. *Apud* CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, *Op Cit.*, p. 172.

⁴¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Salvador: Livraria Magalhães, 1896, p. 5.

⁴² GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17ª ed. Revista Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 12.

⁴³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 129.

titular do direito, ao passo que no ônus o comportamento é livre, embora necessário para consecução do interesse próprio⁴⁴. Por fim, conclui que

no caso do dever, há uma alternativa de comportamento, um lícito (o pagamento, por exemplo) e outro ilícito (o não pagamento); no caso do ônus, também há uma alternativa de conduta, ambas lícitas, mas de resultados diversos, como se verifica, por exemplo, da necessidade do adquirente de um imóvel registrar seu título aquisitivo (CC, art. 1.245). Se não o registrar, não adquire a propriedade⁴⁵.

Adotando-se os conceitos de dever e ônus expostos por Clóvis Bevilacqua, Orlando Gomes e Francisco Amaral, de fato, não se pode afirmar que o *duty to mitigate the loss* constitui um dever, pois a não mitigação dos danos não constitui um ato ilícito, mas sim uma faculdade do agente. O não exercício de tal faculdade não gera um dever de indenizar por parte do agente, mas sim uma redução, total ou parcial, da indenização devida.

Com efeito, Lilian San Martín defende que o “dever de mitigar o dano”, não obstante seu nome, não constitui propriamente um dever, mas sim uma “carga”. Tal carga não tem relação com o “dever de cooperação” que existe entre as partes, pois este constitui fonte de deveres coercíveis, e sua violação enseja o ressarcimento pelos danos decorrentes do inadimplemento, diferentemente do que ocorre com o *duty to mitigate the loss*⁴⁶.

Conclui-se, então, que existem variadas teorias sobre a natureza jurídica do instituto – *obliegenheit*⁴⁷, *incombance*⁴⁸, encargo⁴⁹, ônus, carga⁵⁰ –, entretanto também existe um amplo consenso de que não se trata de um dever propriamente dito, mas sim de uma faculdade, que, se não exercida, produz resultados apenas em relação ao próprio agente.

Outra característica comum *duty to mitigate the loss*, independentemente do fundamento invocado para sua aplicação, é a razoabilidade das medidas exigidas, que deve ser analisada diante de cada caso concreto.

Sobre o tema, Christian Sahb Batista Lopes pondera que nem sempre é razoável adotar alguma medida para mitigar ou impedir que os danos ocorram⁵¹. Se, por exemplo, o credor não dispõe de recursos financeiros para adotar medidas que minimizam os danos, não se pode exigir que o faça, e, portanto, a indenização do agente não deve ser reduzida⁵². Outrossim, não

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ SAN MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 288.

⁴⁷ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, *Op. Cit.*, p. 174; DIAS, *Op. Cit.*, p. 2.

⁴⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, *Op. Cit.*, p. 175; DIAS, *Op. Cit.*, p. 2.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 33-37.

⁵⁰ SAN MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 288.

⁵¹ BATISTA LOPES, *Op. Cit.*, p. 39.

⁵² *Ibidem*.

se pode esperar que o credor, para minimizar os danos, seja impelido a praticar atos ilícitos ou se coloque em situação de risco de perda econômica ou de reputação⁵³.

Ademais, o professor mineiro destaca que a análise da razoabilidade das opções disponíveis ao credor deve ser feita à luz das informações disponíveis no momento em que o prejudicado teve que tomar a decisão, não sendo cabível a análise de elementos somente conhecidos *a posteriori*⁵⁴.

Lucas Mayal de Araujo, ao abordar o tema, afirma que a razoabilidade deve ser interpretada de forma a não se exigir do credor — que já sofre os efeitos do inadimplemento da outra parte — um comportamento fora dos padrões de seu negócio⁵⁵.

Na concepção de Tomas Barros Martins Comino, a razoabilidade é um conceito aberto que a jurisprudência e a doutrina tentam exprimir recorrendo a outros conceitos igualmente abertos, que pouco auxiliam o intérprete em sua tarefa hermenêutica⁵⁶. Faz-se necessário, portanto, uma análise casuística do que é razoável em cada circunstância.

Nessa mesma linha, Lilian San Martín afirma que não é possível elencar, em abstrato, que medidas o prejudicado deverá adotar para mitigar o dano, pois elas dependerão sempre do caso concreto e da relação contratual entre as partes⁵⁷. A professora chilena conclui que razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado⁵⁸, isto é, trata-se de um conceito com múltiplas possibilidades de resposta, sem que se possa determinar de antemão a solução mais adequada ao caso concreto⁵⁹.

⁵³ BATISTA LOPES, *Op. Cit.*, p. 40.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁵ ARAUJO, *Op. Cit.*, p. 28.

⁵⁶ COMINO, *Op. Cit.*, p. 37.

⁵⁷ SAN MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 354. Recorrendo a MCGREGGOR, Harvey; *On damages*, 14ª ed., London: Sweet & Maxwell Limited, 1980, p. 169, porém, a professora chilena apresenta um elenco de condutas que não podem ser exigidas do prejudicado, que compreende, entre outras: arriscar demasiadamente seu dinheiro, assumir o risco de um litígio incerto contra um terceiro, destruir ou sacrificar seus próprios bens ou direitos, prejudicar sua reputação comercial. Cumpre destacar que o elenco de condutas não exigíveis que Harvey McGreggor lista corrobora com o argumento de Tomas Barros Martins Comino, de que a doutrina recorre a conceitos indeterminados para explicar o conceito aberto de “razoabilidade das medidas”. Nesse sentido, inclusive, SAN MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 354: “[...] *no se dice que el perjudicado no debe iniciar un litigio contra una tercera persona, sino que no debe iniciar un ‘litigio incierto’, tampoco se dice que no debe arriesgar su persona en manos de un cirujano, sino que no debe ‘arriesgarla demasiado’, por consiguiente, en cada uno de los casos serán los jueces quienes valorarán si era o no exigible la adopción de una determinada medida en un caso concreto, conforme a la razonabilidad de la misma*”.

⁵⁸ Para aprofundamento sobre a figura do “conceito jurídico indeterminado”, recomenda-se consultar as seguintes obras: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 11. tirag. São Paulo: Malheiros, 2012; e HOFFMANN, Gustavo Knaesel. **Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e controle judicial**. 2015. Monografia (graduação), Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas/CCJ, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2015.

⁵⁹ SAN MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 350.

No que tange aos custos para mitigação do dano – como os gastos para celebrar um contrato de substituição, reparar os defeitos de um produto ou restituir as mercadorias, por exemplo –, cumpre salientar que há na doutrina um absoluto consenso⁶⁰ de que devem ser suportados pela parte inadimplente⁶¹.

Acerca do tema, Christian Sahb Batista Lopes destaca que os custos incorridos com os esforços feitos pelo credor para mitigar os danos são consequência do inadimplemento. Por essa razão, o ressarcimento de tais custos é corolário necessário do *duty to mitigate the loss*⁶². O referido autor, inclusive, salienta que os custos devem ser indenizados mesmo quando não tenham surtido o efeito esperado, desde que a economia projetada seja maior do que os gastos que o credor planejava incorrer⁶³.

Por fim, quanto às consequências da aplicação do *duty to mitigate the loss* na redução, total ou parcial, das indenizações, Lilian San Martín diferencia duas situações: quando a omissão do agente deixa de gerar uma interrupção do nexo de causalidade e quando concorre para o dano. A interrupção do nexo de causalidade ocorreria quando a ação que o prejudicado deveria ter executado seria suficiente para frear todo o processo causal, excluindo todos os danos, de modo que os efeitos negativos de tal omissão deverão ser suportados integralmente pelo prejudicado. Por seu turno, se a ação do agente fosse apta somente a evitar parte do dano que ameaçava, a omissão do agente se trata de um concausa do dano sofrido, devendo haver repartição de responsabilidades⁶⁴.

⁶⁰ Nesse sentido, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), organização intergovernamental que tem por objetivo o estudo dos meios de harmonizar e de coordenar o direito privado entre os Estados e de preparar gradualmente a adoção por estes de uma legislação de direito privado uniforme, dispôs nos Princípios da UNIDROIT, nos exatos termos, *INSTITUT INTERNATIONALE POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE. UNIDROIT PRINCIPLES*. 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em 25 de março de 2016, p. 278: “Art. 7.4.8 *The aggrieved party may therefore recover from the non-performing party the expenses incurred by it in mitigating the harm, provided that those expenses were reasonable in the circumstances*”.

⁶¹ SAN MARTÍN, Op. Cit., p. 362-363.

⁶² BATISTA LOPES, Op. Cit., p. 50-51.

⁶³ *Ibidem.*, p. 51.

⁶⁴ SAN MARTÍN, Op. Cit., p. 359: “[...] *para entender cabalmente como debería operar la reducción del resarcimiento en caso que el actor no haya adoptado las medidas que hubieran evitado o mitigado el daño, debemos recordar que la carga de diligencia consigo mismo impone la necesidad de actuar a fin de contener los daños provocados por un tercero (deudor o tercero absoluto), dando así relevancia causal a la omisión del perjudicado, pero esto no significa que necesariamente dicha relevancia causal conlleve una interrupción del nexo de causalidad, sino que, muchas veces, la omisión da lugar a una concausa, es decir, no hay interrupción sino concurso causal. En otras palabras, si la acción que el perjudicado estaba llamado a ejecutar a fin de evitar o mitigar el daño, hubiera sido apta para frenar del todo el proceso causal, de modo que el resultado dañino, o daño específico de que se trata, no se hubiera producido, debemos entonces concluir que la omisión del perjudicado ha interrumpido el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, de manera que deberá ser soportado íntegramente por el perjudicado. Por el contrario, si la acción hubiera sido apta solamente para evitar una parte del daño que amenazaba, o bien para mitigar parcialmente aquel ya producido, debemos*

Nesse sentido, merecem transcrição as esclarecedoras lições de Lilian San Martín:

Por conseguinte, devem ser rechaçadas aquelas opiniões que sustentam que, em todo os casos, a omissão do prejudicado leva a uma exclusão da responsabilidade do agente, pois nem sempre é assim. Por exemplo, a celebração de um contrato de substituição nem sempre implica a elisão de todos os prejuízos provocados pelo inadimplemento, portanto, se o credor não o celebra, omite a elisão daquela perda que poderia ter evitado, não de todo o dano sofrido, por exemplo, se uma empresa que celebrou um contrato de construção, quando vê que a construtora interrompeu os trabalhos, não celebra um contrato com uma nova empresa, não evitou a deterioração do trabalho realizado e, provavelmente, o lucro cessante, mas não quer dizer que a contratação com uma nova empresa teria evitado todos esses prejuízos, pois seriam igualmente produzidos, devendo a construtora suportar, pelo menos, aqueles prejuízos derivados do atraso da obra⁶⁵.

Ainda sobre as consequências da aplicação do *duty to mitigate the loss* na redução da indenização, Daniel Pires Novais Dias defende que a determinação da medida em que se dará a perda do direito à indenização, total ou parcial, decorre do critério previsto em lei: no caso de perdas e danos decorrentes de inadimplemento obrigacional, em regra, a perda será integral, ao passo que, nos casos de dano extracontratual, em se tratando de culpa concorrente e não exclusiva da vítima, o que é regra, a perda do direito à reparação será parcial, pois ainda será legítima parte da indenização, a ser fixada com base no confronto da gravidade da culpa com a do autor do ato lesivo⁶⁶.

Evidenciadas as principais características do instituto, impende notar que o itinerário até aqui realizado tinha como objetivo esclarecer o histórico, os fundamentos de aplicação e as características comuns do *duty to mitigate the loss*, a fim de estabelecer uma noção clara do instituto, para que se possa analisar sua aplicação em arbitragens internacionais de investimento.

concluir que la omisión se comporta como una concausa del daño sufrido, conllevando, por tanto, la repartición de responsabilidades entre el responsable por el hecho lesivo y la víctima del mismo.”

⁶⁵ *Ibidem* p. 359-360: “Por consiguiente, deben ser rechazadas aquellas opiniones que sostienen que, en todo caso, la omisión del perjudicado lleva a una exclusión de la responsabilidad del agente, pues no siempre es así. Por ejemplo, la celebración de un contrato de reemplazo no siempre conlleva la elisión de todos los perjuicios provocados por el incumplimiento, por tanto, si el acreedor no lo celebra omite la elisión de aquella parte que habría podido evitar, no de todo el daño sufrido, por ejemplo, si una empresa que celebró un contrato de construcción, cuando ve que la constructora detiene los trabajos no celebra un contrato con una nueva empresa, no ha evitado el deterioro de lo ya realizado y, probablemente, el lucro cesante, pero no quiere decir que la contratación con una nueva empresa hubiera ahorrado todos esos perjuicios, pues en cierta medida se hubieran igualmente producido, cuando menos, habría debido soportar todos aquellos perjuicios derivados del retraso de la obra”.

⁶⁶ DIAS, *Op. Cit.*, p. 36.

3. O DIREITO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS E MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

3.1 INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO (FDI)

3.1.1 Breve histórico

O crescimento do fluxo internacional de capital é um fenômeno irreversível no atual mundo globalizado. Nota-se que, cada vez com mais frequência, investidores tem buscado oportunidades de negócio além de suas fronteiras.

De acordo com Gustavo Henrique de Barroso Franco e Winston Fritsch, a evolução da industrialização e do comércio no mundo pós-1945 foi significativamente influenciada pelo processo de realocação internacional da produção, decorrente, em grande medida, do acentuado crescimento das empresas multinacionais durante o período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial. O valor estimado do estoque de Investimento Direto Estrangeiro — *Foreign Direct Investment* (FDI) — cresceu a taxas muito superiores ao valor adicionado na indústria durante o período pós-guerra⁶⁷.

No mesmo sentido, José Enrique Alvarez destaca que o impacto dos Investimentos Diretos Estrangeiros na economia mundial cresceu significativamente a partir da década de 1980. Os fluxos de FDI cresceram de US\$ 40 bilhões, no início da década de 1980, para US\$ 200 bilhões em 1990, e o crescimento continuou acentuado, alcançando o expressivo montante de US\$ 1,8 trilhões em 2008⁶⁸.

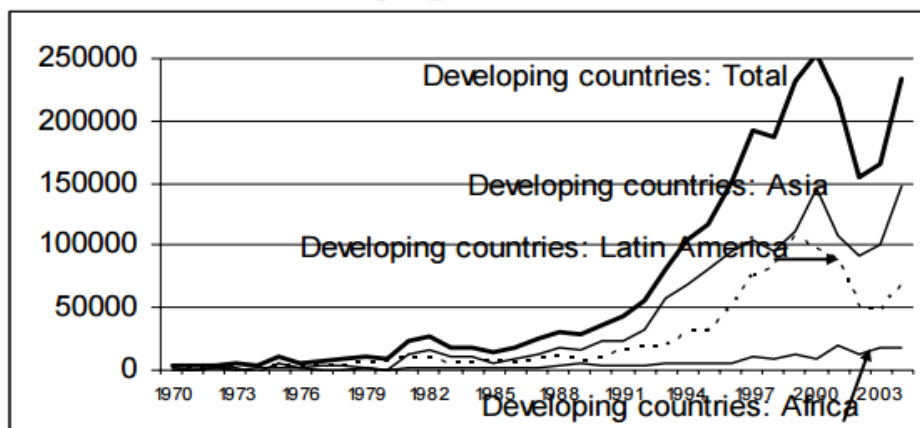
Para ilustrar o aumento de investimento em países em desenvolvimento, cabe reproduzir a tabela disponibilizada por Dirk Willem te Velde⁶⁹, que ilustra didática e fielmente o fenômeno:

⁶⁷ FRANCO, Gustavo Henrique de Barroso; FRITSCH, Winston. **O investimento direto estrangeiro em uma nova estratégia industrial**. In: *Revista de Economia Política*, vol. 9, nº 2, abril-junho, 1989, p. 7.

⁶⁸ ALVAREZ, José Enrique. *The public International Law regime governing international investment. Collected Courses of the Hague Academy of International Law (vol. 344)*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 205-206.

⁶⁹ VELDE, Dirk Willem te. *Foreign Direct Investment and Development An historical perspective*, 2006, p. 5. Disponível em: <<http://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publicationsopinion-files/850.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2016.

Chart 1 Inward FDI to developing countries, 1970–2004, million of USD



Source: UNCTAD

70

Diante da importância que o Investimento Direto Estrangeiro adquiriu nas últimas décadas e da pulverização desses investimentos, impende investigar a gênese do Direito Internacional dos investimentos estrangeiros e analisar os mecanismos e fatores que permitiram tamanho crescimento.

Traçando um histórico da origem do Direito Internacional dos investimentos estrangeiros, Bernardo Rohden Pires afirma que este foi concebido a partir de valores, doutrinas e princípios desenvolvidos na Europa e à luz da conjuntura político-histórica daquele continente, relegando aos países não-europeus uma posição periférica⁷¹.

Com efeito, afirma o autor, os primeiros princípios de proteção aos investimentos estrangeiros legitimavam o emprego de força bruta para a realização dos objetivos da política comercial expansionista europeia⁷². Tal cenário gerou uma reação dos Estados receptores, especialmente dos latino-americanos, que desenvolveram a *Doutrina Calvo*⁷³, principal expressão de contestação da proteção internacional ao capital estrangeiro.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁷¹ PIRES, Bernardo Rohden. **Arbitragem de investimentos e princípios do direito ambiental: precaução e poluidor-pagador podem exercer algum papel na interpretação de padrões de tratamento de investidores?** Dissertação (mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 18.

⁷² *Ibidem*, p. 20.

⁷³ A propósito, *Ibidem*, p. 21: “[...] assim batizada em homenagem a um clássico estudo lançado pelo jurista argentino Carlos Calvo em 1868, defendia que estrangeiros e nacionais, absolutamente iguais perante a lei, deveriam submeter-se exclusivamente à jurisdição do Estado receptor. A Doutrina Calvo lastreava-se na igualdade entre os Estados soberanos e sugeria o esvaziamento do instituto da proteção diplomática, que pretensamente sujeitaria a resolução de controvérsias às pressões exercidas por países imperialistas. Embora não tenha prevalecido no plano internacional, a Doutrina Calvo foi incorporada a diversas constituições e tratados de países latino-americanos na primeira metade do século XX”.

A Doutrina Calvo pretendia limitar o direito do investidor estrangeiro de recorrer à proteção diplomática, entretanto não prevaleceu no cenário jurídico internacional⁷⁴. Conforme esclarece Fernanda Araujo Kallás, a doutrina e os Estados do hemisfério norte comungaram o entendimento de que a Doutrina Calvo representava uma renúncia a uma faculdade alheia, tornando-a nula de pleno direito⁷⁵. Entendia-se que a renúncia à proteção diplomática deveria ser firmada pelo próprio Estado, e não por um nacional.

Dirk Willem te Velde relata que o fluxo de Investimentos Diretos Estrangeiros variou significativamente durante o tempo, com especial destaque para o século XX, que apresentou acentuado crescimento na parte final século⁷⁶. Nesse sentido, os investimentos nos chamados “países em desenvolvimento” apresentaram variação ainda mais significativa:

Enquanto os Investimentos Diretos Estrangeiros em países em desenvolvimento no início do século XX estava focado na exploração de recursos naturais e construção de ferrovias, nos últimos tempos cresceu o investimento direto estrangeiro em busca de eficiência (por exemplo, indústria têxtil e vestuário no Leste da Ásia da década de 1960, e a indústria automobilística na Ásia e América Latina), e busca de potencial estratégico (por exemplo, atividades de tecnologia em Singapura e Malásia). Agora até mesmo as funções mais estratégicas (como P & D) estão em expansão em algumas empresas multinacionais localizadas em países em desenvolvimento, que procuram se beneficiar de banco de talentos a custo competitivo, especialmente naqueles países que ativamente auxiliam a criar essas condições (incluindo Singapura, Malásia, Índia e China)⁷⁷.

Muito embora os FDIs tenham crescido significativamente nos países em desenvolvimento, cumpre salientar que tais investimentos não se encontram capilarizados, mas sim concentrados em poucas regiões e países. Em certa medida, a concentração desses investimentos reflete a habilidade desses países em gerar condições apropriadas para o investimento, incluindo a boa qualidade de recursos humanos e capacidades tecnológicas⁷⁸.

Com efeito, houve uma mudança significativa na forma como os Investimentos Diretos Estrangeiros passaram a ser interpretados⁷⁹ pelos Estados receptores⁸⁰, sobretudo nos

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ CAETANO, Fernanda Araujo Kallás. **Direito Internacional dos investimentos na atualidade: uma análise da posição brasileira**. In: *E-civitas*, v. 3, n. 2, jul-2010, p. 5. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/84/47>>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

⁷⁶ VELDE, *Op. Cit.*, p. 25.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 7. Do original: “While FDI to developing countries in the beginning of the 20th century was mainly motivated by exploiting natural resources and building railways, FDI has increasingly been in efficiency-seeking FDI (e.g. textiles and clothing in East Asia from the 1960s, automobile industry in Asia and Latin America), and strategic asset-seeking FDI (e.g. technology activities in Singapore and Malaysia). Now, even the most strategic of functions (such as R&D) are expanding in some developing countries as transnational corporations (TNCs) seek to benefit from pools of talent at competitive costs, particularly in those countries that have actively helped to create this (incl. Singapore, Malaysia, China and India)”.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 25.

⁷⁹ A propósito, ANDERER, Carrie. *Bilateral Investment Treaties and the EU legal order: implications of lisbon treaty*. In: **35 Brooklyn Journal of International Law** 851, 2010, p. 851: “Foreign direct investment (“FDI”) is the “lifeblood of the global economy.” Foreign investors of developed, capital-exporting countries pursue opportunities abroad in efforts to obtain the highest returns on their investments, as well as to solidify

países em desenvolvimento. Tradicionalmente, os FDIs eram vistos como uma fonte adicional de capital, importante para o desenvolvimento dos países com baixa capacidade econômica e pouca infraestrutura. Nos últimos anos, entretanto, alguns governos começaram a perceber que os Investimentos Diretos Estrangeiros podem não apenas para equilibrar a balança econômica, mas também contribuir para uma mudança significativa no sistema produtivo como um todo. Por fim, Dirk Willem te Velde conclui que os FDIs passaram a ser entendidos, por alguns governos, como uma ferramenta importante para o aumento de produtividade e crescimento dos países em desenvolvimento, bem como um aliado importante na redução da pobreza⁸¹.

3.1.2 Conceito

A precisa definição de Investimento Direto Estrangeiro não pode ser alcançada apenas com conceitos jurídicos, exigindo também que se recorra a noções econômicas para a definição do termo.

Nessa linha, Norbert Horn e Michael Kroll definem Investimento Direto Estrangeiro como um compromisso financeiro de médio ou longo prazo em outro país, que envolve, por consequência, exposição a um ambiente diferente e menos conhecido⁸².

Em abordagem semelhante, Daniel Tavela Luís defende que, do ponto de vista econômico, o FDI é definido por 4 critérios: aporte de recursos em país estrangeiro, prazo de duração, exposição a risco e expectativa de retorno ou resultado positivo⁸³.

Analisando a problemática do conceito de Investimento Direto Estrangeiro, Giorgio Sacerdoti recorre à definição formulada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD)⁸⁴, e afirma que FDI é aquele investimento feito por

positions in emerging markets. Meanwhile, developing, capital-importing countries seek to attract capital flows and new technologies in efforts to enhance their economies and improve their competitive standing in the global marketplace”.

⁸⁰ Sobre o tema, *Ibidem*, p. 15: “*Since the 1990s however, FDI has been desired especially because of the new production technology and management techniques that it embodies (see also Safarian comment before). Indeed, foreign TNCs tend to be larger, pay higher wages, are more capital and skill intensive and introduce more up-to-date technology”.*

⁸¹ *Ibidem*, p. 14.

⁸² HORN, Norbert; KROLL, Michael. *Arbitrating Foreign Investment Disputes: procedural and substantive legal aspects*. Colonia: Kluwer Law International, 2004, p. 6.

⁸³ LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento (CIRDI) e suas alternativas**. Dissertação (mestrado), Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 54.

⁸⁴ A OECD é uma organização internacional fundada em 1961, que tem como objetivo a promoção de políticas que incentivam o crescimento econômico e o bem-estar social. Atualmente com 34 membros, a Organização conta com grande parte dos países com maior nível de desenvolvimento.

não-residentes com o propósito de estabelecer laços econômicos duradouros com uma empresa, no qual o investidor deve atuar efetivamente no gerenciamento da empresa⁸⁵.

Segundo o jurista italiano, o conceito de FDI abarca a criação ou expansão de uma empresa, filial ou subsidiária, a aquisição de uma participação em uma empresa existente ou um empréstimo a longo prazo, desde proporcione ao investidor o poder de tomada de decisões administrativas na empresa⁸⁶.

Neil Patterson, por seu turno, destaca que o Investimento Direto Estrangeiro não necessariamente implica controle total da empresa, sendo necessário, em sua perspectiva, a aquisição de um percentual de apenas 10% da participação da sociedade para se configurar uma relação de Investimento Direto⁸⁷. Tal participação deve pertencer a um único investidor ou um grupo econômico, não sendo contabilizado, para esses fins, as participações de grupos de investidores não relacionados domiciliados em um mesmo país estrangeiro. Salienta, ademais, que os Investimentos Diretos Estrangeiros não são definidos com base na nacionalidade ou cidadania dos investidores, mas sim na residência⁸⁸.

Nada obstante a inexistência de um diploma legal internacional que defina precisamente um conceito de Investimento Direto Estrangeiro — razão pela qual, inclusive, muitos Acordos Bilaterais de Investimentos (BITs) definem o conceito de investimento —, a partir de lições doutrinárias e entendimentos de organizações internacionais consolidadas e respeitadas pela comunidade internacional, pode-se alcançar uma definição relativamente precisa de Investimento Direto Estrangeiro.

A propósito, adotaremos, para fins desta monografia, a consagrada definição da OCDE sobre Investimento Direto Estrangeiro, nos seguintes termos:

Investimento Direto é uma categoria de investimento transfronteiriço feito pelo residente de uma economia (Investidor Direto) com o objetivo de estabelecer uma relação duradoura com uma empresa (Empresa de Investimento Direto) que é estabelecida em uma economia diversa da do Investidor Direto. A motivação do Investidor Direto é um relacionamento estratégico de longo prazo com a Empresa de Investimento Direto para assegurar um grau relevante de influência pelo Investidor Direto na administração da Empresa de Investimento Direto. O interesse duradouro é evidenciado quando o Investidor Direto possui pelo menos 10% do capital votante

⁸⁵ SACERDOTI, Giorgio. *Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection. Collected Courses of the Hague Academy of International Law (vol. 269)*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 306.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ No mesmo sentido, KRUGMAN, Paul; OBSTFELD, Maurice; MELITZ, Marc. *Apud WENRICH, Brian. Foreign Direct Investment and Spillover effects on domestic firms*. [Dissertação de Mestrado.] Manhattan: Kansas State University, 2012, p. 1, posicionam-se: “Krugman, Obstfeld, and Melitz categorize FDI as a firm having at least 10 percent ownership of the foreign firm because, at this point, the investing firm is considered to have control, or decision-making power, in the foreign company”. Na mesma linha dispõe a definição de Investimento Direto da OECD. Para maiores informações, vide nota 88.

⁸⁸ PATTERSON, Neil. *Foreign direct investment: trends, data availability, concepts, and recording practices*. Washington: International Monetary Fund Publication Services, 2004, p. 3.

da Empresa de Investimento Direto. O Investimento Direto também pode permitir ao investidor acesso direto à economia da Empresa de Investimento Direto, o que poderia não ser possível por outros meios. Os objetivos do Investimento Direto são diferentes daqueles do Investimento de Portfólio, através do qual o investidor geralmente não espera influenciar na administração da empresa.⁸⁹

Cumprido esclarecer, por fim, que não se pode confundir Investimento Direto Estrangeiro com Investimento em Portfólio (*Portfolio Investment*), que é a alocação de capital em mercados estrangeiros com finalidades financeiras, como a compra de ações, títulos, títulos públicos, ou a realização de empréstimos sem que esteja previsto a possibilidade de influenciar significativamente no gerenciamento da empresa local⁹⁰.

3.2 ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO (BITs)

3.2.1 Breve histórico

Até a primeira metade do século XX, o Direito Internacional consuetudinário era a fonte primária que regia os investimentos estrangeiros. Entretanto, com o aumento do número de litígios relativos à matéria, que se acentuou após 1945, tornaram-se evidentes as limitações do Direito consuetudinário⁹¹ para regulamentar o Direito Internacional dos investimentos⁹².

Diante da inexistência de um consenso entre os países desenvolvidos, em desenvolvimento e socialistas em relação à interpretação do Direito Internacional consuetudinário de investimento e acerca do conteúdo de um padrão mínimo de tratamento

⁸⁹ 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 maio de 2016. Do original: “*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.*”

⁹⁰ SACERDOTI, *Op. Cit.*, p. 307.

⁹¹ Nesse sentido, SALACUSE, Jeswald. *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*. In: *The International Lawyer*, Vol. 24, No. 3 (Fall 1990), p. 672. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40706447>>. Acesso em 02 de maio de 2016. Conforme o professor estadunidense: “*For foreign investors and their governments, one of the great deficiencies of customary international law is that it does not afford an effective and binding mechanism for the resolution of investment disputes. One aim of the BIT movement is to remedy this situation*”.

⁹² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*. 2015, p. 121-122. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf>. Acesso em 02 de fevereiro de 2016.

para investidores estrangeiros, não foi possível estabelecer uma regulamentação internacional multilateral⁹³.

Assim, os Acordos Bilaterais de Investimento (BITs) vem sendo promovidos desde a década de 1960⁹⁴ por países exportadores de capital, a fim de obter garantias de proteção para os investimentos de seus nacionais. Os BITs foram, em certa medida, uma resposta aos enquadramentos normativos incertos, comumente encontrados em países em desenvolvimento, conforme destaca Giorgio Sacerdoti⁹⁵.

Na mesma linha, Jeswald Salacuse afirma que os Acordos Bilaterais de Investimento modernos surgiram nas vésperas da década de 1960, quando os Estados europeus individualmente passaram a negociar acordos bilaterais que tratavam exclusivamente sobre investimento estrangeiro⁹⁶.

O professor estadunidense destaca, ainda, que o primeiro BIT fora firmado no ano de 1959, entre Alemanha e Paquistão⁹⁷. De fato, o referido acordo firmado entre Alemanha e Paquistão é unissonamente indicado pela doutrina como o precursor da modalidade⁹⁸.

Cumprido salientar que os BITs tiveram uma rápida expansão após o final da década de 1960. A título ilustrativo, Jeswald Salacuse afirma que no ano de 1989 mais de trezentos BITs já haviam sido concluídos, tendo como signatários todos os principais países exportadores de

⁹³ *Ibidem*, p. 122.

⁹⁴ A título de registro, José Carlos de Magalhães discorre sobre a formação do primeiro acordo de investimentos celebrado pelo Brasil, nos exatos termos: “*Daí o empenho de se firmarem acordos de garantia de investimentos, com regras sobre expropriações e pagamento de indenização e mecanismos de solução isentos. Dentro desse quadro, inclui-se o Acordo sobre Garantia de Investimentos entre o Brasil e os Estados Unidos da América, firmado em 4 de fevereiro de 1965, logo após o movimento militar que depôs o governo João Goulart, e que se destinou a assegurar aos investidores do outro país tratamento não-discriminatório do concedido aos nacionais. Foram excluídos das negociações e da solução arbitral disciplinada no Acordo “os assuntos que permaneçam exclusivamente dentro da jurisdição interna de um Estado Soberano”(art.VI, 3). Deixou-se claro, ambém, que “reivindicações decorrentes de desapropriação de bens de investidores privados estrangeiros não apresentam questões de Direito Internacional Público, a não ser e até que o processo judicial do País Recipiente tenha sido exaurido e se configure uma denegação de justiça, na forma em que tais termos são definidos no Direito Internacional Público”. O Decreto Legislativo nº 69, de 1965, que aprovou o Acordo, consigna a ressalva de que “por denegação de justiça, nos termos do art. VI, par. 3, entende-se: a inexistência de Tribunais regulares ou de vias normais de acesso à justiça; a recusa de julgar da parte da autoridade competente; o retardamento injustificado da decisão judicial, com violação da lei processual interna”.* MAGALHÃES, José Carlos. **Acordos Bilaterais de promoção e proteção de investimentos**. In: **Revista de Informação Legislativa**. a. 34 n. 134 abr./jun. 1997, p. 14.

⁹⁵ SACERDOTI, *Op. Cit.*, p. 298.

⁹⁶ SALACUSE, *Op. Cit.*, p. 657.

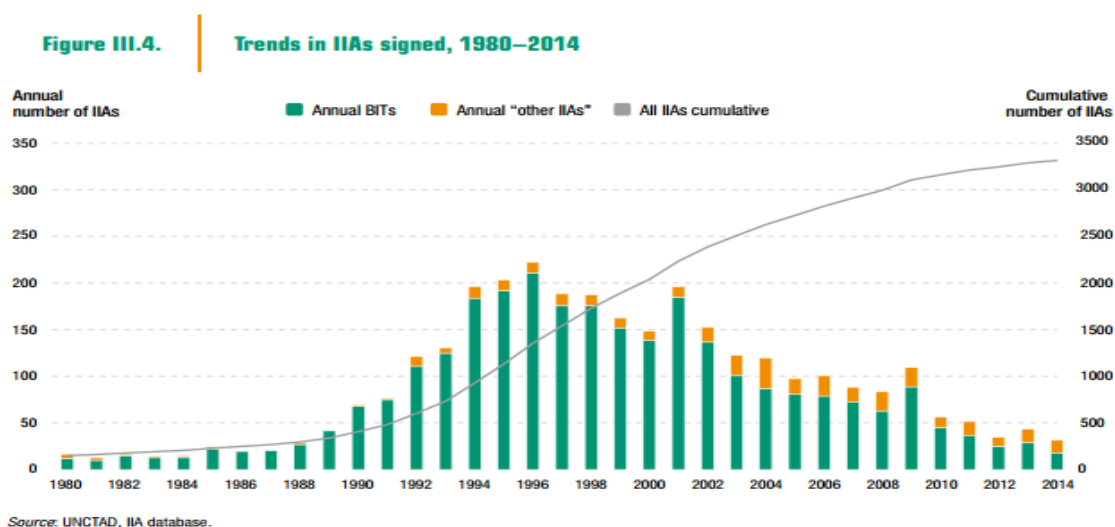
⁹⁷ *Ibidem*. Nesse sentido: “*Germany, which had lost all of its foreign investments as a result of its defeat in World War II, took the lead in this new phase of bilateral treaty making. After concluding the first such agreement with Pakistan in 1959, Germany proceeded to negotiate similar treaties with countries throughout the developing world, and today it numerically remains the leader, having signed nearly seventy BITs.*”

⁹⁸ Nesse sentido, SACERDOTI, *Op. Cit.*, p. 299: “*The agreement between the Federal Republic of Germany and Pakistan of 1959 is considered as the prototype of BITs.*”; ANDERER, *Op. Cit.*, p. 853: “*The modern BIT originated in Europe when the first BIT was concluded between the Federal Republic Germany and Pakistan on November 25, 1959.*”

capital a aproximadamente e oitenta países em desenvolvimento⁹⁹. Diante de tal acelerado crescimento do número de Acordos Bilaterais de Investimento, o autor conclui que “em trinta anos, as nações do mundo moldaram um instrumento de direito internacional público para criar regras para investimentos privados estrangeiros¹⁰⁰”, uma área que possui poucos princípios universalmente consolidados no direito internacional consuetudinário¹⁰¹.

A lhe corroborar, Gary Born destaca que os Acordos Bilaterais de Investimento tiveram um acentuado crescimento durante a década de 1980 e 1990. Nada obstante os BITs terem como principais proponentes países exportadores de capital – como Estados Unidos, Japão e a maioria dos países da Europa ocidental –, nos últimos tempos, Estados de todas as regiões do mundo e em todos os estágios de desenvolvimento passaram a propor e celebrar instrumentos dessa espécie¹⁰².

De fato, a análise do *World Investment Report 2015*, elaborado pela UNCTAD¹⁰³, permite concluir que os BITs tiveram acentuado crescimento, sobretudo durante a década de 1990, apresentando uma queda significativa a partir de 2001, conforme ilustra o gráfico:



104

⁹⁹ SALACUSE, *Op. Cit.*, p. 655.

¹⁰⁰ *Ibidem*. Do original: “Thus, in thirty years, the nations of the world fashioned an instrument of public international law to create rules for private foreign investments”.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² BORN, Gary. *International Arbitration: cases and materials*. The Hague: Kluwer Law International, 2011, p. 48. Nas palavras do autor: “Bilateral investment treaties (“BITs”) or investment protection agreements (“IPAs”) became common during the 1980s and 1990s as a means of encouraging capital investment in developing markets. Capital-exporting states (including the United States, most Western European states, and Japan) were the earliest and most vigorous proponents of the negotiation of BITs, principally with countries in developing regions. More recently, states from all regions of the world and in all stages of development have entered into BITs.”

¹⁰³ A *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), ou também Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, é um órgão da Assembleia Geral da ONU, criado em 1964, na Suíça, que tem por objetivo catalisar o desenvolvimento econômico mundial, através da promoção do comércio internacional e da coordenação de políticas econômicas junto aos países em desenvolvimento.

Atualmente, existem 2.926 BITs vigentes¹⁰⁵, envolvendo pelo menos 176 Estados soberanos¹⁰⁶. Cabe destacar, por fim, que o crescimento do número de BITs não é relevante apenas para incentivar os investimentos, mas para o próprio desenvolvimento do Direito Internacional de investimento, uma vez que tais acordos são fontes importantes no estudo da matéria¹⁰⁷.

3.2.2 Estrutura

Os Acordos Bilaterais de Investimento têm como função “contribuir para a previsibilidade, estabilidade e transparência das relações de investimento¹⁰⁸”, bem como fazer com que as disputas de investimento deixem a seara da diplomacia e sejam norteadas pela esfera jurídica¹⁰⁹.

Nesse sentido, Carrie Anderer afirma que os BITs fornecem padrões substanciais para a proteção de investimentos estrangeiros e estabelecem procedimentos para resolução de conflitos. A autora destaca, ainda, remetendo-se às lições de Andrew Guzman¹¹⁰, que a ausência de um marco legal abrangente ou de regras consuetudinárias consolidadas que regulassem o Direito Internacional investimentos permitiu que os BITs se tornassem o principal instrumento internacional de regulação da matéria¹¹¹.

Desse modo, considerando que o objetivo dos BITs é estabelecer regras claras para as relações de investimento entre seus países signatários e seus investidores nacionais, bem como estabelecer as formas de resolução de eventuais litígios existentes, notam-se alguns elementos que devem estar presentes para o cumprimento de tal propósito.

Nesse sentido, Jeswald Salacuse afirma que os elementos básicos dos BITs são similares e de numero relativamente limitado, sempre contendo os seguintes pontos: a) escopo de aplicação do Acordo Bilateral de Investimento; b) condições para a entrada do investimento estrangeiro; c) padrões gerais de tratamento; d) regulações sobre transferências monetárias; e) condições operacionais do investimento f) proteção contra expropriação; g)

¹⁰⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT., *Op. Cit.*, p.106.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 106.

¹⁰⁶ LUÍS, *Op. Cit.*, p. 33.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Op. Cit.*, p. 125. Do original: “[...] contribute to predictability, stability and transparency in investment relations”.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ GUZMAN, Andrew. *Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*. In: *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows* 73, 2009.

¹¹¹ ANDERER, *Op. Cit.*, p. 852.

compensação pelas perdas por conflito armado ou desordem interna e h) resolução de conflitos¹¹².

Em abordagem semelhante, Daniel Tavela Luís destaca que as matérias tipicamente abrangidas pelos BITs são “(i) definição do termo ‘investimento’ e escopo de aplicação; (ii) parâmetros de tratamento; e; (iii) mecanismos de resolução de conflitos¹¹³”.

Gary Born, ao dissecar a estrutura dos BITs, afirma que a maioria dos acordos bilaterais estipulam mecanismos de proteção dos investimentos feitos por estrangeiros, incluindo garantias contra expropriação e estabelecendo deveres de tratamento justo e equitativo pelo Estado receptor do investimento. Além disso, são frequentes as disposições que permitem aos investidores estrangeiros a requisição de resolução de um litígio através de arbitragem internacional¹¹⁴.

Comentando especificamente acerca da recorrente previsão de resolução de litígios nos BITs, Giorgio Sacerdoti afirma que tal prática tem por finalidade afastar a insegurança jurídica e os conflitos políticos, bem como promover um ambiente favorável para os investimentos¹¹⁵.

Delimitada a matéria frequentemente regulada nos Acordos Bilaterais de Investimento, assim como esclarecido o histórico e as razões pelas quais os BITs se tornaram um importante instrumento para o Direito Internacional dos investimentos, impende anotar que os BITs foram fundamentais para a valorização da arbitragem internacional como um mecanismo de resolução de litígios em matéria de investimento, bem como constituem uma relevante fonte para resolução das disputas entre os Estados receptores e os investidores estrangeiros.

3.3 ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS

3.3.1 Breve histórico dos mecanismos de solução de conflitos internacionais de investimentos

¹¹² SALACUSE, *Op. Cit.*, p. 664. Nos termos do autor: “*The basic elements of all BITs are similar and relatively limited in number. While the precise nature of the host country’s obligations may differ from treaty to treaty, virtually every BIT addresses the following issues: A. Scope of Application of the BIT; B. Conditions for the Entry of Foreign Investment; C. General Standards of Treatment; D. Monetary Transfers; E. Operational Conditions of the Investment; F. Protection Against Dispossession; G. Compensation for Losses from Armed Conflict or Internal Disorder; and H. Settlement of Disputes*”.

¹¹³ LUÍS, *Op. Cit.*, p. 33.

¹¹⁴ BORN, *Op. Cit.*, p. 48. Nas palavras do autor: “[...] *most BITs provide significant substantive protections for investments made by foreign investors, including guarantees against expropriation and denials of fair and equitable treatment. BITs also frequently contain provisions that permit foreign investors to require international arbitration*”.

¹¹⁵ SACERDOTI, *Op. Cit.*, p. 428.

Nota-se, de plano, a existência de interesses diametralmente opostos por parte dos Estados e dos investidores privados em matéria de investimentos internacionais. Enquanto os primeiros prezam pela sua soberania e proteção dos seus recursos naturais e minerais, os segundos almejam proteger seu capital investido e obter os resultados econômicos esperados¹¹⁶.

A resolução dos litígios em matéria de investimento, em um primeiro momento, era realizada pelos tribunais internos dos países receptores de investimento. Desse modo, conforme relata Fernanda Araújo Kallás e Caetano, a demanda tornava-se internacional apenas por meio da proteção diplomática, após esgotadas todas as vias recursais dos tribunais nacionais¹¹⁷.

A professora mineira destaca, ainda, que, diante da indisposição de alguns tribunais nacionais em condenarem seu próprio Estado, os investidores estrangeiros passaram a recorrer à proteção diplomática¹¹⁸, o que ensejava, na maioria das vezes, a contraposição de Estados em desenvolvimento, receptores de investimentos, e Estados desenvolvidos.

Com o uso recorrente da proteção diplomática, os investidores estrangeiros, tutelados por seus Estados, passaram a ter grande vantagem na resolução de litígios em matéria de investimento. Tal contexto ensejou uma reação por parte dos Estados receptores, em particular dos latino-americanos.

A esse propósito, Bernardo Rohden Pires destaca que a “principal expressão do movimento de contestação da proteção internacional ao capital estrangeiro, a Doutrina Calvo, [...] defendia que estrangeiros e nacionais, absolutamente iguais perante a lei, deveriam submeter-se exclusivamente à jurisdição do Estado receptor”¹¹⁹. Lastreando-se na igualdade entre os Estados soberanos, a Doutrina Calvo tinha por objetivo “o esvaziamento do instituto da proteção diplomática, que pretensamente sujeitaria a resolução de controvérsias às pressões exercidas por países imperialistas¹²⁰”.

Discorrendo acerca da Doutrina Calvo, Fernanda Caetano esclarece que a Cláusula Calvo foi aposta em diversos contratos de investimentos entre Estados receptores e investidores privados. Não obstante a expressa renúncia do direito ao exercício da proteção

¹¹⁶ CAETANO, *Op. Cit.*, p. 4.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 4-5.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 5.

¹¹⁹ PIRES, *Op. Cit.*, p. 21.

¹²⁰ *Ibidem*.

diplomática, quando o Estado receptor descumpria suas obrigações, os investidores privados continuavam a reclamar ao seu Estado de origem o exercício da proteção diplomática¹²¹.

Conforme salienta a professora mineira, a Cláusula Calvo foi objeto de duras críticas por parte da doutrina dos países do hemisfério norte. O principal objeto das críticas era de que a Doutrina Calvo representava uma de renúncia de uma faculdade alheia, uma vez que o exercício da proteção diplomática pertence ao Estado, e não ao investidor privado. Desse modo, para ser válida, a Cláusula Calvo deveria estar prevista em um acordo firmado por dois Estados soberanos, não bastando a existência de contrato celebrado entre um Estado e um investidor privado¹²².

Cumpre destacar que, embora a Doutrina Calvo não tenha prevalecido no plano internacional¹²³, Fernanda Caetano sustenta que “a solução apresentada pela proteção diplomática continuava sendo inconveniente para a maioria dos investidores, que ficavam à mercê do endosso por parte de seu Estado patrial, sofrendo, conseqüentemente, os efeitos da politização da demanda e da morosidade da solução internacional”¹²⁴.

Diante deste cenário caracterizado pela insegurança jurídica, tanto para os investidores privados quanto para os Estados receptores, justificou-se a necessidade da criação de um mecanismo de resolução de conflitos internacionais de investimentos que trouxesse imparcialidade, despolitização e previsibilidade para a resolução dos litígios¹²⁵.

Nesse sentido, a propósito, Fernanda Caetano afirma que “foi embasado nesta necessidade de imparcialidade e independência que surgiu a inspiração para a negociação da Convenção de Washington de 1965 que criou o Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (ICSID)”¹²⁶.

Para Giorgio Sacerdoti, a Convenção de Washington de 1965 proporciona um novo sistema de arbitragem internacional entre Estados soberanos e investidores estrangeiros em matéria de investimentos¹²⁷. Em complemento, o eminente jurista italiano ainda destaca que o objetivo do novo sistema de arbitragem é despolitizar os litígios em matéria de investimentos, oferecendo um mecanismo de solução de controvérsias imparcial, e baseado no devido processo e no primado do direito¹²⁸.

¹²¹ CAETANO, *Op. Cit.* p. 5.

¹²² *Ibidem*, p. 5-6.

¹²³ PIRES, *Op. Cit.*, p. 21.

¹²⁴ CAETANO, *Op. Cit.*, p. 6.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ SACERDOTI, *Op. Cit.*, 419.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 419-420.

Cumpra salientar que o ICSID é uma organização internacional vinculada ao Banco Mundial, que tem por objetivo a resolução de litígios internacionais de investimentos. Não cabe ao ICSID, porém, atuar como tribunal arbitral. Em outros termos, a função do ICSID é administrar os procedimentos de conciliação e arbitragem previstos na Convenção de Washington, sem subrogar-se na função de órgão jurisdicional, que é exercida por tribunais *ad hoc*¹²⁹.

Nesse sentido, Giorgio Sacerdoti esclarece que “o Centro não exerce jurisdição arbitral, mas desempenha a função de instituição arbitral¹³⁰”. Em outros termos, o ICSID não julga os casos em si, mas administra e garante o cumprimento dos procedimentos de arbitragem de acordo com as regras da instituição.

A submissão de um litígio ao ICSID exige o consentimento de ambas as partes¹³¹, isto é, do Estado receptor do investimento e do investidor privado estrangeiro, conforme previsão do artigo 25 (1) da referida Convenção de Washington¹³².

Insta destacar que os países signatários da Convenção de Washington de 1965 automaticamente concordam que litígios em matéria de investimentos internacionais sejam resolvidos por arbitragem junto ao ICSID. No caso de países não signatários da Convenção¹³³, o consentimento por parte do Estado pode ocorrer através de um acordo entre o Estado receptor e o investidor privado, antes ou após o litígio ter início, ou através de Acordos Bilaterais firmados entre Estados.

¹²⁹ Nesse sentido, consultar CAETANO, *Op. Cit.*, p. 7.

¹³⁰ SACERDOTI, *Op. Cit.*, p. 419. Do original: “*The Centre does not arbitrate but performs the function of an arbitral institution.*”

¹³¹ Acerca do ingresso de países em desenvolvimento, que se encontravam relutantes em reconhecer qualquer acesso a jurisdição diverso dos tribunais nacionais, ALVAREZ, *Op. Cit.*, p. 224, comenta a razão pela qual muitos foram atraídos para serem signatários da Convenção de Washington. Nos termos do autor: “*The ICSID Convention contained an important feature designed to entice States that were leery of international arbitration, such as those governments who agreed with the Argentine jurist Carlos Calvo’s assertion that investors are only entitled to national treatment and should only have access to national courts just like host State nationals. Such governments were enticed to become parties to the ICSID Convention by its assurance that once ICSID jurisdiction was triggered, contracting States would be precluded from resorting to diplomatic espousal. ICSID parties would no longer bear the brunt of angry and politically powerful TnC’s home State’s demands. ICSID arbitration promised the end of gunboat diplomacy intended to enforce the rights of aliens.*”

¹³² BANCO MUNDIAL. **Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States**, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archieve/ICSID_English.pdf>. Acesso em 10 de março de 2016, , Artigo 25 (1): “*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.*”

¹³³ Para fins deste trabalho, será usado o termo “Convenção”, quando desacompanhado de qualquer complemento que indique o contrário, para se referir à Convenção de Washington de 1965.

No que tange aos efeitos de ser signatário da Convenção de Washington, Fernanda Caetano destaca que a filiação à solução arbitral do ICSID implica renúncia do Estado quanto às suas prerrogativas jurisdicionais. Além disso, o Estado abdica-se de exercer a proteção diplomática de suas empresas nacionais, exceto quando o Estado receptor do investimento ofereça resistência para cumprir laudo arbitral desfavorável¹³⁴.

O reconhecimento da arbitragem como um mecanismo imparcial de resolução de conflitos em matéria de investimentos internacionais¹³⁵ e o alto grau de reconhecimento e execução das decisões do ICSID¹³⁶ fizeram com que esse modelo prosperasse, tornando-se o mecanismo de resolução de conflitos em matéria de investimentos mais aplicado.

3.3.2 *Características e aplicação da Arbitragem Internacional de investimento*

A Arbitragem Internacional de investimento pressupõe a existência de um Investimento Direto Estrangeiro¹³⁷, que é, nos termos de Daniel Tavela Luís, “requisito jurisdicional para estabelecer a competência do tribunal arbitral que julgará sobre a matéria¹³⁸”.

Conforme destaca o referido autor, é o aporte investido – expropriado ou que, por qualquer meio, tenha sofrido restrição ilegal – que constitui o objeto da arbitragem de investimento. Não se discute, pois, o ato estatal ou sua legalidade para fins de desconstituição, mas tão-somente o direito do investidor de ser ressarcido pelos danos causados por atos estatais¹³⁹.

No mesmo sentido, José Enrique Alvarez destaca que a solução comum dada pelas arbitragens internacionais de investimento envolvem indenizações pelos danos sofridos pelos investidores privados. Diferentemente das decisões do Órgão de Solução de Controvérsia da OMC, por exemplo, que têm por finalidade corrigir as inconsistências do sistema e reequilibrar as relações comerciais¹⁴⁰, as arbitragens de investimentos avaliam apenas se, e em que medida, o investidor privado sofreu danos em razão de uma ação estatal, e condenam os

¹³⁴ CAETANO, *Op. Cit.*, p.7.

¹³⁵ SACERDOTI, *Op. Cit.*, p. 414.

¹³⁶ SACERDOTI, *Op. Cit.* p. 419.

¹³⁷ Vide subtópico 3.1 deste trabalho.

¹³⁸ LUÍS, *Op. Cit.*, p. 53.

¹³⁹ LUÍS, *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁴⁰ AMARAL VARGAS, Renata. **Tribunal do Comércio Internacional: disciplina da OMC. In: Anais do Congresso Internacional “Os Desafios do “Barreau Invisible”: A contribuição dos Conselheiros Jurídicos dos Estados à consolidação da Corte Internacional de Justiça.** Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2013, p. 79.

Estados a indenizarem o valor monetário compatível com a lesão sofrida¹⁴¹. Ademais, como destaca José Enrique Alvarez, “a arbitragem não é prospectiva (como na OMC), mas retrospectiva – para identificar especificamente os danos que o investidor sofreu em relação ao seu patrimônio¹⁴²”.

Cumpra salientar que a arbitragem de investimento também difere significativamente das arbitragens comerciais. A propósito, Daniel Tavela Luís destaca que “diferentemente da arbitragem comercial, que tem como pedra angular, a vontade das Partes, a arbitragem de investimento é fundada sobre a noção de Estado e nas limitações a que ele se sujeita¹⁴³”. Complementa, ademais, que não é possível dissociar a arbitragem de investimento dos limites impostos pela soberania nacional¹⁴⁴.

O autor destaca, ainda, outras diferenças entre a arbitragem de investimentos e as arbitragens comerciais, como a confidencialidade da arbitragem, pois, diferentemente das arbitragens comerciais, em que, via de regra, interessa para ambas as partes a confidencialidade, nas arbitragens de investimentos, em razão da participação de um Estado no litígio, é recorrente que, por questão de transparência, a arbitragem não seja confidencial¹⁴⁵.

Por seu turno, Fernanda Caetano, ao tratar sobre arbitragens internacionais de investimento no âmbito do ICSID, destaca como principal característica da modalidade o fato de possibilitar aos particulares acesso a um mecanismo de resolução de controvérsias em que se litiga diretamente contra um Estado soberano.

Evidenciadas as características elementares da arbitragem internacional de

¹⁴¹ ALVAREZ, *Op. Cit.*, p. 231-232. Nos termos do autor: “*The typical remedy for a violation of an investment treaty involves an award of damages to a private party, not to a State. Accordingly investor-State arbitrators (unlike WTO adjudicators) need to assess whether and to what extent a private investor has suffered prior harm as a result of State action. This assessment often involves expert testimony to measure the extent of that injury and to determine the proper monetary recompense. Investor-State damages are not calculated on the basis of whether the anticipated remedy will entice a State to withdraw an offending measure (as under the WTO) and accordingly they do not involve a proportionality calculus (at least for this purpose). Once investor-State arbitrators determine that an investment treaty has indeed been violated, they are charged with determining what monetary amount will fully reimburse the private, non-State claimant for her prior or on-going loss. Remedies in investor-State dispute settlement are not like counter-measures but are more like tort damages awarded by national courts where the point is to make claimants whole for their losses. The arbitral enquiry is not prospective (as in the WTO) but retrospective — to identify precisely what damage the investor suffered to her propriety interests. Depending on the treaty breach, this may sometimes require, however, determinations of an investors’ expected stream of profits.*”

¹⁴² *Ibidem*, p. 232. Do original: “*The arbitral enquiry is not prospective (as in the WTO) but retrospective — to identify precisely what damage the investor suffered to her propriety interests.*”

¹⁴³ LUÍS, *Op. Cit.*, 60.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Sobre o tema confidencialidade, consultar o precedente *INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID)*. No. **ARB/07/5**, Decisão sobre a jurisdição e admissibilidade, 4 de Agosto de 2011.

investimento e os elementos que a diferenciam de outras modalidades de arbitragem e decisões colegiadas de órgãos internacionais, impende direcionar nosso estudo ao ICSID, organização internacional de maior relevância para o desenvolvimento e aplicação de arbitragens internacionais de investimento.

3.3.2.1 ICSID

3.3.2.1.1 Breve histórico e fundamentos da criação

O ICSID é a principal organização internacional responsável pela administração de procedimentos de arbitragem de investimento, razão pela qual cumpre traçar um breve esboço histórico do Centro.

Christoph Schreuer esclarece que o ICSID foi criado a partir da *Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, de 18 de março de 1965¹⁴⁶. A convenção foi elaborada entre 1961 e 1965 no âmbito do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), entrando em vigência a partir de 14 de outubro de 1966¹⁴⁷.

Em complemento, são válidas as lições de Andreas Lowenfeld, que destaca que a Convenção de Washington de 1965 foi, em verdade, uma resposta a um debate que se deu em órgãos da ONU por cerca de 10 anos¹⁴⁸.

O professor alemão relata que, durante uma Assembleia Geral da ONU em que se discutia uma Resolução sobre Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais, foram aprovadas várias disposições relativas à soberania e autodeterminação que iam de encontro aos interesses dos investidores internacionais¹⁴⁹. Como forma de resposta, o Banco Mundial, organização em que os países industriais tinham maior poder, começou a discussão sobre a criação de um Centro de Resolução de Disputas de Investimento, ainda em 1961¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Cabe mencionar que Portugal, quando ratificou a mencionada Convenção, adotou a seguinte nomenclatura: “Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados”. PORTUGAL. Decreto do Governo 15/84, de 20 de março de 1984.

¹⁴⁷ SCHREUER, Christoph. *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, p. 1. Disponível em: <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/100_icsid_epil.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2016.

¹⁴⁸ LOWENFELD, Andreas Frank. *The ICSID convention: origins and transformation*. In: *Georgia Journal of International and Comparative Law*. Vol. 38:47, p. 48.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 49.

No tocante à motivação para criação do ICSID, o preâmbulo da referida Convenção menciona a “necessidade de cooperação internacional para o desenvolvimento econômico e o papel do investimento privado internacional nisso¹⁵¹”.

Em abordagem semelhante, Christoph Schreuer destaca que o propósito da Convenção do ICSID foi estimular o desenvolvimento econômico através da promoção do investimento privado internacional¹⁵². Segundo o professor austríaco, “o reconhecimento do investimento privado estrangeiro como um importante elemento no desenvolvimento econômico levou muitos países a criar condições favoráveis e atrair investidores estrangeiros¹⁵³”. Naturalmente, para que se criasse um ambiente favorável ao investimento estrangeiro, era necessário também criar mecanismos de resolução de conflitos apropriados¹⁵⁴.

No mesmo sentido, Giorgio Sacerdoti afirma que o desígnio buscado pela Convenção era facilitar o fluxo de investimentos privados para o Terceiro Mundo, por meio do oferecimento de mecanismos de solução de controvérsias para as disputas em matéria de investimentos, a fim de balancear os interesses dos Estados receptores e dos investidores estrangeiros¹⁵⁵.

Por fim, cabe mencionar que, apesar do ICSID ter sido pouco utilizado nos primeiros anos, com o passar do tempo, o Centro se tornou referência em matéria de investimento e atualmente lida com uma carga bastante elevada de casos¹⁵⁶, concentrando a ampla maioria das arbitragens internacionais de investimento¹⁵⁷.

3.3.2.1.2 Estrutura

A Estrutura do ICSID é relativamente simples, sendo composta por apenas um Conselho Administrativo e um Secretariado. Além dos órgãos de administração, o ICSID mantém uma lista de conciliadores e uma lista de árbitros credenciados (art. 3)¹⁵⁸.

¹⁵¹ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Preâmbulo: “*Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein*”.

¹⁵² SCHREUER, *Op. Cit.*, p. 1.

¹⁵³ *Ibidem*. Do original: “*The recognition that private foreign investment is an important element in development has led many countries to strive to create conditions that attract foreign investors*”.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ SACERDOTI, *Op. Cit.*, p. 418.

¹⁵⁶ SCHREUER, *Op. Cit.*, p. 2.

¹⁵⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2016-1), 2016*. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(English\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(English)%20final.pdf)>. Acesso em 05 de Junho de 2016.

¹⁵⁸ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Artigo 3: “*The Centre shall have an Administrative Council and a Secretariat and shall maintain a Panel of Conciliators and a Panel of Arbitrators.*”

O Conselho de Administração é composto por um representante de cada Estado signatário (art. 4 (1))¹⁵⁹. Trata-se do órgão plenário do Centro, no qual cada Estado tem direito a um voto, sendo as decisões tomadas por maioria simples, exceto se a Convenção exigir quórum diferenciado (art. 7 (2))¹⁶⁰. As reuniões são conduzidas pelo Presidente do Conselho de Administração, que é o Presidente do BIRD ou aquele que esteja exercendo suas funções (art. 5)¹⁶¹.

Compete ao Conselho Administrativo, adotar as regras processuais para a instauração dos processos de conciliação e de arbitragem, eleger o Secretário-Geral e os Secretários-Adjuntos, determinar o orçamento do Centro, entre outras atividades, conforme previsto no artigo 6 (1) da referida Convenção¹⁶².

Por seu turno, o Secretariado é responsável por representar legalmente a organização e, também, pela administração dos procedimentos no âmbito do ICSID, bem como por todos os expedientes necessários para o contínuo funcionamento da organização (art. 11)¹⁶³. Dentre as atribuições do Secretário-Geral está o de recusar os requerimentos de arbitragem que estiverem manifestamente fora da jurisdição do ICSID¹⁶⁴.

O Secretariado é constituído pelo Secretário-Geral e um ou mais secretários adjuntos (art. 9)¹⁶⁵, todos eleitos pelo Conselho Administrativo (art. 10 (1))¹⁶⁶. Os cargos de Secretariado são incompatíveis com o exercício de qualquer função política (art. 10 (2))¹⁶⁷.

¹⁵⁹ *Ibidem*, Artigo 4 (1): “The Administrative Council shall be composed of one representative of each Contracting State”.

¹⁶⁰ *Ibidem*, Artigo 7 (2): “Each member of the Administrative Council shall have one vote and, except as otherwise herein provided, all matters before the Council shall be decided by a majority of the votes cast”.

¹⁶¹ *Ibidem*, Artigo 5: “The President of the Bank shall be ex officio Chairman of the Administrative Council (hereinafter called the Chairman) but shall have no vote. During his absence or inability to act and during any vacancy in the office of President of the Bank, the person for the time being acting as President shall act as Chairman of the Administrative Council.”

¹⁶² *Ibidem*, Artigo 6 (1): “Without prejudice to the powers and functions vested in it by other provisions of this Convention, the Administrative Council shall: (a) adopt the administrative and financial regulations of the Centre; (b) adopt the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings; (c) adopt the rules of procedure for conciliation and arbitration proceedings (hereinafter called the Conciliation Rules and the Arbitration Rules); (d) approve arrangements with the Bank for the use of the Bank’s administrative facilities and services; (e) determine the conditions of service of the Secretary-General and of any Deputy Secretary-General; (f) adopt the annual budget of revenues and expenditures of the Centre; (g) approve the annual report on the operation of the Centre. The decisions referred to in sub-paragraphs (a), (b), (c) and (f) above shall be adopted by a majority of two-thirds of the members of the Administrative Council”.

¹⁶³ *Ibidem*, Artigo 11: “The Secretary-General shall be the legal representative and the principal officer of the Centre and shall be responsible for its administration, including the appointment of staff, in accordance with the provisions of this Convention and the rules adopted by the Administrative Council [...]”.

¹⁶⁴ SCHREUER, *Op. Cit.*, p. 6.

¹⁶⁵ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Artigo 9: “The Secretariat shall consist of a Secretary-General, one or more Deputy Secretaries-General and staff”.

¹⁶⁶ *Ibidem*, Artigo 10 (1): “The Secretary-General and any Deputy Secretary-General shall be elected by the Administrative Council by a majority of two-thirds of its members upon the nomination of the Chairman for a term of service not exceeding six years and shall be eligible for re-election. After consulting the members of the Administrative Council, the Chairman shall propose one or more candidates for each such office”.

Por fim, as listas de conciliadores e árbitros credenciados são formadas a partir de indicações dos Estados signatários e do Conselho Administrativo. Nada obstante a existência destas listas de árbitros e conciliadores credenciados, os Estados e os investidores estrangeiros são livres para indicarem quaisquer julgadores, inclusive que não estejam elencados na lista do ICSID¹⁶⁸.

3.3.2.1.3 Competência e funcionamento

Conforme dispõe o artigo 25 (1) da Convenção de Washington de 1965, a competência do ICSID abrange qualquer litígio relacionado diretamente a um investimento, envolvendo disputas entre Estados e nacionais provenientes de outros Estados, investidores pessoas físicas ou jurídicas¹⁶⁹.

Christoph Schreuer destaca que a resolução de litígios de investimento não é resolvida pelo ICSID em si – que fornece apoio institucional na seleção dos árbitros e na condução dos procedimentos da arbitragem –, mas por um tribunal *ad hoc* criado para cada disputa. Para que o litígio possa ser administrado pelo ICSID, entretanto, faz-se necessário que se trate de uma disputa sobre investimento entre um Estado e um nacional de outro Estado¹⁷⁰, além do consentimento por escrito das partes em submeter a disputa junto ao ICSID¹⁷¹.

No que tange à formação dos tribunais arbitrais, apesar da Convenção Washington não indicar um número exato de árbitros para os tribunais, deixando as partes livres para escolherem o número de árbitros e o método de escolha, José Enrique Alvarez destaca que os tribunais do ICSID, na prática, consistem em 3 pessoas, cabendo a cada parte a escolha de um

¹⁶⁷ *Ibidem*, Artigo 10(2): “*The offices of Secretary-General and Deputy Secretary-General shall be incompatible with the exercise of any political function. Neither the Secretary-General nor any Deputy Secretary-General may hold any other employment or engage in any other occupation except with the approval of the Administrative Council*”.

¹⁶⁸ LUÍS, *Op. Cit.*, p. 83.

¹⁶⁹ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Artigo 25 (1): “*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State [...]*”.

¹⁷⁰ SCHREUER, *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁷¹ *Ibidem*, sobre o consentimento para submeter-se ao ICSID: “*Consent to the Centre’s jurisdiction may be given in several ways. Consent may be contained in a direct agreement between the investor and the host State such as a concession contract. Alternatively, the basis for consent can be a standing offer by the host State which may be accepted by the investor in appropriate form. Such a standing offer may be contained in the host State’s legislation. A standing offer may also be contained in a treaty to which the host State and the investor’s State of nationality are parties. Most bilateral investment treaties (BITs) contain clauses offering access to ICSID to the nationals of one of the parties to the treaty against the other party to the treaty. The same method is employed by a number of regional multilateral treaties such as the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the Energy Charter Treaty (ECT) which also contain such offers. Most of the recent cases that have come before ICSID were based on consent through a general offer by the host State in a treaty which was later accepted by the investor, often simply through instituting proceedings.*”

árbitro e, de forma conjunta, a escolha o árbitro presidente¹⁷². Caso as partes não indiquem os árbitros dentro do prazo estabelecido, cabe ao Presidente do Banco Mundial fazer a nomeação¹⁷³.

Em regra, os procedimentos de arbitragem do ICSID são conduzidos de acordo com as regras de arbitragem vigentes durante a data em que as partes consentiram com a arbitragem (*ICSID Arbitration Rules*), exceto se as partes expressamente anuíram de modo diverso¹⁷⁴. As regras são definidas pelo Conselho Administrativo, sendo que as atualmente vigentes foram aprovadas no ano de 2006.

Comentando acerca dos procedimentos de arbitragem do ICSID, Christoph Schreuer esclarece que a arbitragem tem início com o registro do requerimento de arbitragem dirigido ao Secretário-Geral do ICSID. Nada obstante a inexistência de um impedimento legal para que o Estado receptor formule um requerimento dessa espécie, na absoluta maioria dos casos o procedimento é iniciado pelo investidor estrangeiro¹⁷⁵.

Os procedimentos de arbitragem envolvem partes escritas e orais¹⁷⁶. Ao final do procedimento, decisão arbitral é formalizada por escrito e comunicada diretamente às partes. Nada obstante a maioria dos casos serem resolvidos por julgamento unânime, é possível que a decisão arbitral seja apenas majoritária, o que permite a publicação de declaração de voto dissidente pelo árbitro vencido¹⁷⁷.

No tocante à confidencialidade das arbitragens do ICSID, o professor austríaco esclarece que o ICSID publica as decisões apenas com o consentimento de ambas as partes. Desde 2006, entretanto, o ICSID é obrigado a publicar, pelo menos, trechos de todas as decisões, a fim de esclarecer o fundamento legal de cada laudo arbitral¹⁷⁸.

A propósito da lei aplicável aos litígios, cabe destacar que a Convenção de Washington não dispõe sobre regras de direito material aplicáveis às arbitragens, limitando-se

¹⁷² ALVAREZ, *Op. Cit.*, p. 224.

¹⁷³ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Artigo 38: “*If the Tribunal shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 36, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. Arbitrators appointed by the Chairman pursuant to this Article shall not be nationals of the Contracting State party to the dispute or of the Contracting State whose national is a party to the dispute.*”.

¹⁷⁴ SCHREUER, *Op. Cit.*, 6.

¹⁷⁵ Cabe destacar, ainda, que o requerimento deve estar em uma das línguas oficiais do ICSID, isto é, inglês, francês ou espanhol.

¹⁷⁶ SCHREUER, *Op. Cit.*, p. 7.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ *Ibidem*. Nesse sentido, dispõe o *INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Arbitration Rules*, 2006. Art. 48 (4): “*The Centre shall not publish the award without the consent of the parties. The Centre shall, however, promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the Tribunal.*”.

a oferecer regras procedimentais para resolução dos litígios em matéria de investimentos.

Nesse sentido, Giorgio Sacerdoti destaca que a Convenção de Washington faz uma distinção clara entre regras procedimentais e regras de direito material relativas a investimento. A criação do ICSID garantiu um mecanismo de resolução de litígios imparcial e efetivo no cenário do Direito Internacional de investimentos, contudo as relações de investimento são reguladas pelas regras de direito interno privado ou administrativo, com observância também às normas de direito internacional aplicáveis, exceto se pactuado de modo diverso pelas partes¹⁷⁹.

Caso as partes não entrem em um acordo sobre a lei aplicável, o artigo 42 (1) da retromencionada Convenção de Washington prevê expressamente a aplicação combinada de Direito Internacional com a lei do Estado receptor do investimento¹⁸⁰. Cabe salientar que, nos casos de conflito entre a lei nacional e as normas de direito internacional aplicáveis, devem prevalecer as regras de direito internacional¹⁸¹.

Ademais, as decisões do ICSID não podem ser objeto de impugnação pelos tribunais nacionais, pois a Convenção estabelece seus próprios meios de impugnação de sentenças arbitrais¹⁸² (art. 53 (1))¹⁸³.

A Convenção prevê quatro meios de impugnação de sentenças arbitrais proferidas no âmbito do ICSID: (a) suplementação e retificação (art. 49 (2)); (b) interpretação (art. 50); (c) revisão (art. 51) e (d) anulação (art. 52).

O pedido de suplementação e retificação, previsto no artigo 49 (2)¹⁸⁴, da Convenção de Washington, possui escopo bastante limitado, restringindo-se a permitir que o tribunal arbitral pronuncie-se sobre questão da qual foi omissa na sentença arbitral ou corrija erro material.

Nesse sentido, Daniel Tavela Luís comenta que a suplementação e retificação “são

¹⁷⁹ SACERDOTI, *Op. Cit.*, p. 420.

¹⁸⁰ *Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 1965, Artigo 42 (1): “The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable”.

¹⁸¹ SCHREUER, *Op. Cit.* p. 8.

¹⁸² LUÍS, *Op. Cit.*, p. 90, esclarece que existe uma diferença substancial em relação às arbitragens comerciais, nas quais os pedidos de anulação são direcionados para as cortes nacionais.

¹⁸³ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Artigo 53 (1): “The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention [...]”.

¹⁸⁴ *Ibidem*, Artigo 49 (2): “The Tribunal upon the request of a party made within 45 days after the date on which the award was rendered may after notice to the other party decide any question which it had omitted to decide in the award, and shall rectify any clerical, arithmetical or similar error in the award. Its decision shall become part of the award and shall be notified to the parties in the same manner as the award. The periods of time provided for under paragraph (2) of Article 51 and paragraph (2) of Article 52 shall run from the date on which the decision was rendered”.

hipóteses que visam sanar erros técnicos menores e omissões inadvertidas, como por exemplo, erros aritméticos, tipográficos e similares ou questões que sejam omitidas na sentença¹⁸⁵”.

Além disso, Wang Dong esclarece que o pedido de suplementação e retificação deve ser julgado pelo tribunal arbitral que proferiu a decisão. Caso o tribunal original não esteja mais disponível, o remédio não pode ser utilizado, devendo o requerente buscar o pretendido efeito a partir de outro remédio disponível no sistema ICSID¹⁸⁶.

Por seu turno, o pedido de interpretação, que se fundamenta no artigo 50 da Convenção¹⁸⁷, visa sanar uma disputa especificamente relacionada ao significado da sentença arbitral, isto é, trechos da sentença arbitral que já tenham sido decididos com força vinculante, mas que estejam gerando dúvidas para implementação prática¹⁸⁸.

A propósito, cumpre salientar que o pedido de interpretação apenas será aceito quando a questão em disputa impedir a execução forçada da decisão arbitral. Não cabe, portanto, tal pedido apenas para resolver questões eminentemente teóricas ou sem relevância para o cumprimento da decisão¹⁸⁹.

No tocante ao tribunal competente para julgar o pedido de interpretação, o artigo 50 (2) estabelece que o tribunal arbitral que proferiu a sentença arbitral tem preferência para a análise do pedido. Caso o tribunal original não mais esteja disponível, admite-se a formação de um novo tribunal para avaliar o pedido¹⁹⁰.

O pedido de revisão, por sua vez, fundamenta-se no artigo 51 da Convenção¹⁹¹, e tem

¹⁸⁵ LUÍS, *Op. Cit.*, p. 86.

¹⁸⁶ DONG, Wang. *Post Award Remedies and Procedures*. In: UNCTAD. *Course on Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Nova Iorque: UNCTAD, 2003, p. 7. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add7_en.pdf>. Acesso em 10 de março de 2016.

¹⁸⁷ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Artigo 50: “(1) *If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General. (2) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision.*”.

¹⁸⁸ LUÍS, *Op. Cit.*, p. 87.

¹⁸⁹ DONG, *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁹⁰ Nesse sentido, recomenda-se consultar LUÍS, *Op. Cit.*, p. 87. e DONG, *Op. Cit.*, p. 7.

¹⁹¹ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Artigo 51: “(1) *Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant’s ignorance of that fact was not due to negligence. (2) The application shall be made within 90 days after the discovery of such fact and in any event within three years after the date on which the award was rendered. (3) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter. (4) The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay*

por finalidade, nos exatos termos de Daniel Tavela Luís, “promover uma alteração substantiva da sentença original com base em fatos novos não conhecidos na data em que a sentença foi proferida¹⁹²”.

Nota-se, pois, que a revisão depende da existência fatos novos, capazes de alterar significativamente a sentença arbitral, a ponto de levar o Tribunal decidir de maneira diversa da que decidiu se o fato fosse conhecido na data em que a sentença arbitral foi proferida. Cabe salientar, ainda, que o “fato novo” deve, obrigatoriamente, ser um fato, não bastando a promulgação de uma lei ou outra espécie normativa¹⁹³.

No que tange aos efeitos da decisão impugnada, cabe salientar que pode ser atribuído efeito suspensivo ao pedido de revisão, se assim requerido. A propósito, Wang Dong esclarece que “a parte que apresenta um pedido de revisão pode solicitar a suspensão da eficácia da sentença. Esse pedido é concedido provisoriamente no momento do registro do pedido de revisão. Uma vez que o tribunal é constituído, a suspensão da eficácia será confirmada ou negada, a critério do tribunal¹⁹⁴”.

O tribunal competente para apreciar o pedido de revisão, assim como no pedido de interpretação, é, preferencialmente, o tribunal original que proferiu a sentença arbitral. Caso não esteja disponível, um novo tribunal pode ser constituído¹⁹⁵.

Cumprе salientar, ainda, que existe um prazo prescricional para que pedido de revisão seja realizado. A parte deve protocolar o pedido em até 90 dias, contados da data em que tomou conhecimento do fato novo. Não basta, entretanto, respeitar o prazo nonagesimal, existindo também um prazo máximo de 3 anos, a contar da data em que a sentença foi proferida¹⁹⁶.

Por fim, existe também o pedido de anulação, previsto no art. 52 da Convenção¹⁹⁷, e

enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Tribunal rules on such request.”

¹⁹² LUÍS, *Op. Cit.*, p. 88.

¹⁹³ DONG, *Op. Cit.*, p. 11.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 12. Do original: “A party submitting an application for revision may request a stay of the award’s enforcement. Such a request is granted provisionally upon the application’s registration. Once the tribunal is constituted, the stay of enforcement will be confirmed or denied at the tribunal’s discretion”.

¹⁹⁵ DONG, *Op. Cit.*, p. 12.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Artigo 52: “(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based. (2) The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered. (3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc

que, de acordo com Daniel Tavela Luís, “é desenhado para prover ajuda emergencial para violações escandalosas de poucos princípios basilares¹⁹⁸”.

As razões que ensejam a anulação de uma decisão proferida por um tribunal do ICSID estão exaustivamente determinadas no art. 52 (1) da Convenção, a saber: (a) vício na constituição do tribunal; (b) manifesto excesso de poder do tribunal; (c) corrupção de um membro do tribunal; (d) inobservância grave de uma regra de processo fundamental, ou, por fim, (e) vício de motivação da sentença arbitral. Cabe destacar, como reforçam Christoph Schreuer¹⁹⁹ e Dong Wang²⁰⁰, que os motivos de anulação de uma sentença arbitral do ICSID são limitados a esses 5, não sendo cabível pedido de anulação com fundamento diverso do exposto no art. 52 (1) da Convenção. Desse modo, no pedido de anulação, não cabe às partes apresentarem novos argumentos fáticos ou jurídicos²⁰¹, mas apenas indicar a ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 52 (1) da Convenção de Washington.

Diferentemente do que ocorre nos outros meios de impugnação de sentença do ICSID, em que o tribunal que proferiu a decisão tem preferência para julgar os pedidos de impugnação, no caso do pedido de anulação, deve-se obrigatoriamente formar um comitê *ad hoc* para julgar a questão.

No que tange ao comitê, cabe destacar que ele deve ser composto por três árbitros,

Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1). (4) The provisions of Articles 41-45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapters VI and VII shall apply mutatis mutandis to proceedings before the Committee. (5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request. (6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.”

¹⁹⁸ LUÍS, *Op. Cit.*, p. 90.

¹⁹⁹ SCHREUER, *Op. Cit.*, p. 8. Nas palavras do autor: “*The grounds for annulment under the ICSID Convention are listed exhaustively in Art. 52(1) [...]. Annulment is restricted to these five grounds. Therefore, annulment under the ICSID Convention offers a review process that is limited to a few fundamental standards of a mostly procedural nature*”.

²⁰⁰ DONG, *Op. Cit.*, p. 17. Nos termos do autor: “*The grounds for annulment under the ICSID Convention are listed exhaustively in Art. 52(1) [...] Annulment is restricted to the five grounds listed in Art. 52(1). The ad hoc committee may not annul on other grounds. Therefore, any request for annulment must be brought under one or several of these grounds. In particular, a party may not present new arguments on fact or law that it failed to put forward in the original arbitral proceeding. Typically, an application for annulment will put forth several of the grounds listed in Art. 52(1). Not infrequently, one and the same perceived flaw is brought under different grounds for annulment cumulatively. An award may be affected by more than one ground for annulment. Parties requesting annulment have almost invariably claimed the presence of more than one defect justifying annulment. But the ad hoc committee is limited to the grounds invoked by the party or parties requesting annulment. There is no ex officio annulment of awards and annulment is subject to waiver by the parties. It follows that an ad hoc committee may not annul on a particular ground unless it is asked to do so by a party.*”

²⁰¹ *Ibidem*.

indicados pelo Presidente do Banco Mundial, sendo vedada a participação de membros do tribunal que proferiu a decisão impugnada, e, também, de árbitros da mesma nacionalidade dos membros do tribunal original ou nacionais de um dos Estados envolvidos no litígio.

Impele salientar que a decisão do comitê *ad hoc* que anula a sentença arbitral impugnada não a substitui por uma nova decisão. Desse modo, cabe às partes, se assim interessarem, requerer uma nova decisão por um novo tribunal arbitral. Nesse caso, a parte poderá arguir toda a matéria que entender pertinente, ainda que já tenha sido alegado no julgamento anulado²⁰².

Conclui-se, portanto, que o pedido de anulação se diferencia substancialmente de uma “apelação”. A propósito, Dong Wang, afirma que “anulação é diferente de uma apelação. Apelação pode resultar na modificação da decisão. Anulação resulta na desconstrução legal da decisão sem a substituir²⁰³”.

Cabe destacar que o pedido de anulação restringe-se à análise da legitimidade dos procedimentos que ensejaram determinada sentença arbitral, sem adentrar no mérito da decisão estar correta ou equivocada. Em razão disso, não se pode o admitir que comitê *ad hoc* profira uma nova decisão sobre o mérito, limitando-se a, se for o caso, invalidar a sentença arbitral proferida.

Excetuando os meios de impugnação oferecidos pela própria Convenção de Washington, as decisões proferidas pelos tribunais do ICSID são vinculantes e finais, conforme prevê o art. 54 (1) da Convenção²⁰⁴. O efeito vinculante, como destaca Cristoph Schreuer, limita-se às partes da lide e não se estende a casos posteriores julgados por outros tribunais, isto é, não cria precedentes vinculantes²⁰⁵, apesar dos tribunais levarem em conta os casos anteriores quando proferem suas próprias decisões²⁰⁶.

Na hipótese do Estado condenado não cumprir a decisão arbitral, o Estado de origem do investidor poderá exercer proteção diplomática, conforme previsão do artigo 27 (1) da

²⁰² *Ibidem*, p. 31-32.

²⁰³ *Ibidem*, p. 13. Do original: “Annulment is different from an appeal. Appeal may result in the modification of the decision. Annulment results in the legal destruction of the original decision without replacing it.”

²⁰⁴ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Artigo 54 (1): “Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state”.

²⁰⁵ SCHREUER, *Op. Cit.*, p. 9. Nos termos do autor: “The binding force of awards is limited to the parties. It does not extend to other cases before different tribunals and does not create binding precedents.”

²⁰⁶ *Idem*. Nas palavras do autor: “Tribunal have emphasized that they are not bound by previous decisions but have also stated that they will take due account of previous cases when making their own decisions.”

Convenção²⁰⁷. Impende ressaltar, ainda, que as decisões do ICSID possuem um elevado grau de reconhecimento e execução²⁰⁸, dentre outros fatores, pelo forte laço institucional existente entre o ICSID e o Banco Mundial²⁰⁹.

O procedimento para execução de sentenças do ICSID é regido pelas leis nacionais do Estado em que se executa a decisão (art. 54 (3))²¹⁰, cabendo a cada Estado signatário designar um tribunal competente para executar as sentenças do ICSID, nos termos do art. 54 (2) da Convenção²¹¹.

Nesse sentido, conclui-se que a Convenção de Washington não garante ao investidor qualquer defesa específica na fase de execução da sentença arbitral, uma vez que o investidor estará sujeito às regras do Estado em que se promove a execução, que é, via de regra, a jurisdição do Estado receptor do investimento. Ademais, a determinação dos bens imunes à execução fica a critério da lei nacional, não tendo a Convenção de Washington estabelecido qualquer critério especial. Cabe mencionar, entretanto, que o tribunal nacional competente pela execução da sentença arbitral do ICSID deve-se limitar a verificar se a sentença arbitral é autêntica, não cabendo qualquer revisão de mérito ou jurisdição, bem como análise de eventual conflito com a ordem pública do país²¹².

²⁰⁷ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Artigo 27 (1): “No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute”.

²⁰⁸ SACERDOTI, *Op. Cit.* p. 419.

²⁰⁹ SCHREUER, *Op. Cit.*, p. 9.

²¹⁰ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, Artigo 54 (3): “Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought”.

²¹¹ *Ibidem*, Artigo 54 (2): “A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation”.

²¹² SCHREUER, *Op. Cit.*, p. 9-10. Nos termos do autor: “the domestic court or authority may not examine whether the ICSID tribunal had jurisdiction, whether it adhered to the proper procedure or whether the award is substantively correct. It may not even examine whether the award is in conformity with the forum State’s →ordre public. The domestic court or authority is limited to verifying that the award is authentic”.

4. APLICAÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* EM ARBITRAGENS DE INVESTIMENTO DO ICSID

O itinerário até então percorrido teve como objetivo introduzir os conceitos de *duty to mitigate the loss* e arbitragem internacional de investimento, bem como outras definições conexas essenciais para compreensão do objeto do presente trabalho.

Por seu turno, neste capítulo que se inicia, analisar-se-á especificamente a aplicação do *duty to mitigate the loss* em arbitragens de investimento, tratando-se de investigar os principais precedentes de tribunais do ICSID sobre o tema.

Pretende-se averiguar, principalmente, o *status* conferido ao *duty to mitigate the loss* pelos tribunais arbitrais de investimento – isto é, se o instituto é tratado como um de Princípio Geral do Direito Internacional ou não –, bem como a frequência e relevância de sua positivação nos BITs e nas legislações nacionais aplicáveis. Cabe verificar, outrossim, o contexto fático de cada caso, já que a razoabilidade das medidas a serem tomadas depende de uma análise casuística.

Por fim, cumpre salientar que o caso *Middle East Cement Shipping e Handling CO. S.A. VS República Árabe do Egito*, que será detalhado no subtópico 4.1, é tido como paradigma a respeito do tema, pois foi a primeira sentença arbitral em que um tribunal do ICSID enfrentou diretamente o instituto, tratando de discorrer sobre sua natureza jurídica e aplicabilidade em arbitragens da modalidade.

4.1 *MIDDLE EAST CEMENT SHIPPING E HANDLING CO. S.A. VS REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO* (ICSID CASE NO. ARB/99/6)

4.1.1 Breve histórico do caso

Na data de 19 de novembro de 1999, o ICSID registrou o pedido de arbitragem submetido pela *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A.*, uma empresa constituída sob as leis da Grécia, em face da República Árabe do Egito.

Ocorre que a República Árabe do Egito outorgou licença para que uma filial da Requerente, sediada na cidade portuária de Suez, exercesse suas atividades, que englobavam a importação, armazenagem, empacotamento e distribuição de cimento para os setores público e privado. Cumpre salientar que o investimento em questão estava garantido pelo Decreto nº 13 de 1983, que previa a proteção do investimento pelo prazo de 10 anos, isto é, pelo menos até janeiro de 1993, segundo o entendimento da Requerente.

Em razão das garantias dadas pelo governo egípcio, a Requerente procedeu investimentos na ordem de mais de US\$ 13 milhões, sendo US\$ 6,784,429 milhões em instalações em terra e US\$ 6,532,049 milhões em um silo flutuante²¹³.

Contudo, em 25 de maio de 1989, o Ministro de Construção do Egito editou o Decreto nº 195 de 1989²¹⁴, que proibia a importação de Cimento *Portland*, principal tipo utilizado na construção civil em geral.

O decreto nº 195 de 1989 teve consequências drásticas para a filial da Requerente estabelecida em solo egípcio, que foi proibida de exercer sua principal atividade. Cabe destacar que a Requerente não estava autorizada sequer a continuar o fluxo de vendas em exercício ou cumprir acordos já celebrados com fornecedores e consumidores. Além disso, a reexportação dos ativos da Requerente ficou pendente de aprovação pelo governo egípcio durante um longo período.

Acerca da retenção dos ativos pelo governo egípcio, cabe reproduzir trecho das alegações da Requerente, a fim de esclarecer a conduta adotada pelo investidor privado em resposta ao ato estatal:

Até aquele momento (dezembro de 1995), a Requerente exerceu todos os esforços para reexportar os ativos remanescentes, incluindo o silo flutuante. Entretanto, as autoridades locais se opuseram à reexportação dos ativos, através de meras medidas administrativas, e não por determinações judiciais, de modo a violar expressamente provisões expressas da lei de investimento aplicável ao caso. Até esta data (março de 1999), esta disputa relativa à reexportação dos ativos remanescentes ainda está pendente. Consequentemente, os investimentos da Requerente estão pendentes não apenas em razão do Decreto nº 195 de 1989, mas também por problemas criados pelas autoridades egípcias desde antes de 6 de abril de 1995, data de entrada em vigência do Acordo Bilateral de Investimento entre o Egito e a Grécia.²¹⁵

Cumprido salientar que o decreto nº 195 de 1989 foi revogado em 1992, momento em que a importação de cimento passou a ser autorizada novamente. Entretanto, em razão do

²¹³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). No. ARB/99/6, Decisão, 12 de Abril de 2002, parágrafo 82, CI 4.

²¹⁴ *Ibidem*, parágrafo 106. A propósito, a sentença arbitral do ICSID traz a seguinte tradução do decreto: “Ministerial Decree No. 195 of 1989 in respect of the Import of Grey Portland Cement RESOLVED Article 1: To prohibit the import of all kinds of Grey Portland Cement either through the Public or the Governmental Sector or the Private Sector. Article 2: This resolution does not affect the remainder of the existing contracts relating to the Egyptian Cement Sale Office for the Balanced Transactions and Protocols. Article 3: This resolution does not affect the Thermal and White Portland Cement. Article 4: This resolution is effective from the date of its issuance and be published in the Egyptian Gazette. Issued on 28/5/1989 Minister of Construction”.

²¹⁵ *Ibidem*, parágrafo 82, CI 6. Do original: “At that time (December 1995), Claimant had exerted all efforts to reexport its remaining assets, including the floating silo. However, the local authorities had opposed the re-export of assets, by mere administrative measures and not by Court orders, thus violating all express provisions of the applicable Investment Law. Till this date (March 1999), this dispute in relation to re-exporting the remaining assets is still pending. Consequently, Claimant's investment is still pending due not only to Decree No. 195 of 1989 but also from problems continuously created by the Egyptian Authorities far beyond 6th April 1995, date of entry into force of the actual bilateral Investment Agreement between Egypt and Greece”.

fracasso do investimento e da falta de confiança por parte do investidor, a Requerente optou por não retomar suas atividades²¹⁶.

Em resposta, o governo egípcio alegou que a Requerente conduziu seu investimento de maneira antiprofissional e irresponsável, desrespeitando as leis nacionais e direitos de terceiros. Inclusive foi essa atuação irresponsável e antiprofissional levou o governo egípcio a leiloar a embarcação – a embarcação denominada “*Poseidon*” funcionava como silo flutuante na operação da *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A.* – da Requerente. Além disso, a Requerida contestou o valor do investimento e o tempo de proteção restante. Alegou, também, que a Requerente não sofreu tratamento discriminatório por parte das autoridades egípcias e se recusou a retomar suas atividades comerciais quando a proibição de importar cimento cessou²¹⁷.

Ao analisar os documentos apresentados, o tribunal destacou que a licença concedida pelo decreto nº 13 de 1983 autorizava expressamente o Requerente a “importar e estocar cimento a granel em silos flutuantes [...] empacota-los e os despachar pelo país para os setores público e privado²¹⁸”.

No que tange ao período de proteção do investimento, um dos pontos controvertidos da lide, o tribunal entendeu que a licença era válida até janeiro de 1993 e, portanto, as perdas da Requerente deveriam ser calculadas até esse período.

Restou comprovado perdas decorrentes de três contratos de fornecimento ainda vigentes na data da promulgação do decreto nº 195 de 1989, que não puderam ser cumpridos em razão da expropriação indireta da República Árabe do Egito. De acordo com os cálculos do tribunal, as perdas alcançam o montante de US\$ 1,712,712 milhões. Além disso, o tribunal reconheceu que a Requerente tinha uma expectativa legítima de obter lucros adicionais com a licença, contudo falhou em comprovar contratos efetivamente perdidos e os supostos lucros que seriam obtidos.

No tocante ao leilão do *Poseidon* pela República do Egito, o tribunal entendeu que o ato configurou uma expropriação indireta²¹⁹ e, portanto, o Egito deveria indenizar o investidor estrangeiro. Cabe salientar que o tribunal entendeu que o *Poseidon* enquadrava-se no conceito de “investimento” adotado pelo BIT firmado entre os Estados e que seu leilão não respeitou o

²¹⁶ *Ibidem*, parágrafo 82, CI 7.

²¹⁷ *Ibidem*, parágrafo 83.

²¹⁸ *Ibidem*, parágrafo 98. Do original: “*Importation and storage of cement in bulk in floating silos erected in the private free zones on the Badr quay close to El-Adabia Port in Suez, and its being packed and dispatched within the country for the Public and Private Sectors*”.

²¹⁹ *Ibidem*, parágrafo 144.

devido processo legal. Conforme os cálculos do tribunal, a indenização pelo *Poseidon* deveria ser no valor de US\$ 477.718,00²²⁰.

Ao final, o litígio foi julgado parcialmente procedente, e a República Árabe do Egito foi condenada ao pagamento de US\$ 2,190,430 milhões, sendo US\$ 1,712,712 milhões a título de lucros cessantes em razão do não cumprimento de três contratos vigentes à época do decreto que proibiu a importação de Cimento *Portland*, e US\$ 477.718,00 como compensação pela embarcação *Poseidon*²²¹.

4.1.2 Discussão acerca do duty to mitigate the loss

A sentença arbitral abordou diretamente o *status* conferido ao instituto, classificando-o como um Princípio Geral do Direito e, portanto, aplicável a litígios em matéria de investimento regidos pela Convenção de Washington, por força do artigo 42²²². Cumpre destacar que, no caso em questão, o *duty to mitigate* não estava expressamente positivado no BIT celebrado entre os Estados envolvidos no litígio, embora fosse positivado no Código Civil Egípcio.

Nesse sentido, extrai-se trecho literal da referida decisão arbitral em que se discute a aplicabilidade do instituto:

O *duty to mitigate damages* não é expressamente mencionado no BIT. Entretanto, esse dever pode ser considerado parte dos Princípios Gerais do Direito que, no caso, são parte das regras de direito internacional aplicáveis ao litígio de acordo com o art. 42 da Convenção do ICSID. O *duty to mitigate* também está contido no art. 221 do Código Civil Egípcio²²³.

Para justificar a alegação de que o Requerente não teve conduta compatível com o *duty to mitigate*, a Requerida alega que o Requerente poderia ter continuado a distribuição dos tipos de cimento não proibidos pelo decreto nº 195 de 1989, ou seja, cimento térmico e cimento branco de *Portland*. Ademais, alega que o Requerente poderia ter retomado suas atividades após a revogação da proibição, no ano de 1992.

Ao analisar a questão, o tribunal entendeu que, no caso concreto, não houve nenhuma falha por parte do Requerente relativa ao *duty to mitigate*, pois a importação dos tipos cimentos não proibidos pelo decreto restou comprovada como economicamente inviável.

²²⁰ *Ibidem*, parágrafo 150.

²²¹ *Ibidem*, parágrafo 172.

²²² Vide nota 180.

²²³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). No. ARB/99/6, Decisão, 12 de Abril de 2002, parágrafo 167. Do original: “The duty to mitigate damages is not expressly mentioned in the BIT. However, this duty can be considered to be part of the General Principles of Law which, in turn, are part of the rules of international law which are applicable in this dispute according to Art. 42 of the ICSID Convention. The duty to mitigate is also contained in Art. 221 of the Egyptian Civil Code.”

No que tange à alegação de que o Requerente poderia ter retomado suas atividades em 1992, o tribunal entendeu que “um investidor que foi submetido a uma revogação de uma licença essencial para a sua atividade de investimento, três anos antes, tem uma boa razão para decidir que, depois dessa experiência, não deve continuar com a atividade de investimento, após essa atividade ser novamente permitida²²⁴”.

Ademais, a Requerida alega, também, que o Requerente poderia ter obtido a permissão para retirar a embarcação *Poseidon* da Zona Franca do Egito, bastando cumprir as determinações da Autoridade Geral de Investimentos e Zonas Francas do Egito e pagar os débitos que justificavam a retenção da embarcação. O tribunal entendeu, contudo, que as alegações acerca da impossibilidade de recuperar a embarcação do Requerente eram plausíveis e, como o ônus de comprovar os fatos que ensejam o *duty to mitigate* era da Requerida, não aplicou o instituto.

Em síntese, a sentença arbitral do caso *Middle East Cement Shipping e Handling CO. S.A. VS República Árabe do Egito* reconheceu o *duty to mitigate* como um Princípio Geral do Direito, o que o torna aplicável mesmo quanto o Acordo Bilateral de Investimento ou a legislação nacional eleita não preveem o instituto. No caso concreto, entretanto, entendeu-se que o Requerente não deixou de tomar nenhuma medida razoável para minorar o seus danos e, portanto, não se justifica a aplicação do instituto.

4.2 AMCO ASIA CORPORATION, PAN AMERICAN DEVELOPMENT LIMITED, PT AMCO INDONESIA VS REPÚBLICA DA INDONÉSIA (ICSID CASE NO. ARB/81/8)

4.2.1 Breve histórico do caso

No ano de 1968, a *Amco Asia*, uma empresa americana, e a *PT Wisma*, uma empresa indonésia controlada pela República da Indonésia, celebraram um contrato de arrendamento e gestão referente a um complexo hoteleiro e de escritórios comerciais, no qual a *Amco Asia* comprometeu-se a investir US\$ 4 milhões e, em contrapartida, recebeu o direito de explorar comercialmente o empreendimento durante 30 anos, ou seja, até 1999²²⁵.

²²⁴ *Ibidem*, parágrafo 169. Do original: “An investor who has been subjected to a revocation of the essential license for its investment activity, three years earlier, has good reason to decide that, after that experience, it shall not continue with the investment activity, after the activity is again permitted”.

²²⁵ RIPINSKY, Sergey; WILLIAMS, Kevin. *Case summary: Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia v Republic of Indonesia ('AMCO v Indonesia')*, p. 3. Disponível em: <http://www.biicl.org/files/3936_1990_amco_v_indonesia.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2016.

Para viabilizar o empreendimento e beneficiar-se de incentivos fiscais aprovados pelo governo, a *Amco Asia* constituiu uma filial sob as leis da Indonésia, denominada *PT Amco Indonesia* (doravante denominada “*PT Amco*”).

No ano de 1970, entretanto, a *PT Amco* celebrou contrato de sub-arrendamento com a *Aeropacific Group*, que administrou o complexo até 1978, ano em que a *Inkopad* – cooperativa gerida pela República da Indonésia, que controlava *PT Wisma* –, tomou controle do empreendimento. Após alguns meses apresentando dificuldades na administração, a *Inkopad* autorizou que a *PT Wisma* firmasse um acordo de partilha dos lucros com a *PT Amco* para administrar o complexo²²⁶.

O contrato firmado entre a *PT Amco* e a *PT Wisma* estabeleceu que a *PT Amco* passaria a administrar todo o complexo, isto é, hotel, escritórios comerciais e lojas, ficando com 65% do lucro nos primeiros 6 anos (1978-1984) e uma divisão de 50% de 1984 até 1999. No ano de 1979, entretanto, a *PT Amco* subcontratou o *Ramada Group* para administrar o hotel²²⁷.

A administração do *Ramada Group*, entretanto, não durou muito tempo, pois já em 1980 a *PT Wisma* assumiu o controle do hotel novamente. A retomada do controle do empreendimento teve suporte, inclusive, do exército indonésio e da polícia local. Além disso, o governo revogou a licença que autorizava as atividades da *PT Amco* na Indonésia²²⁸.

Ao julgar o caso, o tribunal entendeu que a intervenção do exército indonésio e da policial local privaram ilegalmente a *PT Amco* de exercer a gestão e o controle do hotel, bem como de participar dos lucros do empreendimento²²⁹. No tocante à revogação da licença, o tribunal condenou a República da Indonésia a indenizar o investidor estrangeiro pelos lucros cessantes decorrentes da ilegal revogação da licença. Por fim, Requerida foi condenada ao pagamento do montante de US\$ 2,696,330 milhões em favor do Requerente²³⁰.

4.2.2 Discussão acerca do *duty to mitigate the loss*

No presente caso, a Requerida pleiteou a aplicação do *duty to mitigate* com base no argumento de que a revogação da licença da *PT Amco* não retirava do investidor os direitos adquiridos em razão do contrato de partilha dos lucros firmado em 1978, nem os adquiridos no contrato de arrendamento e gestão em 1968, razão pela qual a *PT Amco* deveria ter

²²⁶ *Ibidem*, p. 4.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ *Ibidem*, p. 9.

²³⁰ *Ibidem*, p. 15.

vendido sua participação nesses empreendimentos, de modo a reduzir os danos decorrentes da revogação da licença²³¹.

As partes concordaram que o *duty to mitigate* era recepcionado pela legislação indonésia e estava abarcado nas regras de direito internacional aplicáveis, em tese, ao caso, contudo os Requerentes discordavam quanto à aplicação do instituto no caso concreto²³².

Ao decidir a questão, o tribunal entendeu que os Requerentes não violaram qualquer “dever” de mitigar os danos, em primeiro lugar, porque os direitos da PT Amco só poderiam ser negociados com o consentimento da PT Wisma, que estava apresentando comportamento bastante hostil, e, em segundo, porque diante de toda a situação – que culminou com o emprego de força militar e policial por parte do governo indonésio –, tornou-se virtualmente impossível encontrar compradores interessados²³³. Diante de tal cenário, não havia qualquer medida razoável que os Requerentes poderiam ter tomado para mitigar os danos e, portanto, o tribunal não aplicou o instituto.

4.3 MTD EQUITY SDN. BHD. E MTD CHILE S.A. VS REPÚBLICA DO CHILE (ICSID CASE NO. ARB/01/7)

4.3.1 Breve histórico do caso

Em 26 de junho de 2001, *MDT Equity SDN. BHD*, empresa constituída sob as leis da Malásia, e sua filial chilena *MDT Chile S.A.*, registraram pedido de arbitragem contra a República do Chile, após o Estado chileno frustrar o projeto das Requerentes de construir uma cidade satélite na região de “Pirque”, próximo a Santiago.

A empresa malaia tinha o projeto de construir uma cidade satélite autossuficiente, com moradias, escolas, hospitais, comércios²³⁴. Ocorre que a área em que seria construído o projeto estava demarcada como rural, necessitando de um rezoneamento por parte do governo chileno para que o projeto pudesse ser efetivado.

Após o governo chileno dar indicativos de que efetuaría o rezoneamento, a MDT resolveu avançar no projeto e apresentou um pedido de investimento de US\$ 17 milhões para a Comissão de Investimento Estrangeiro do Chile (CIE).

²³¹ *Ibidem*, p. 10.

²³² *Ibidem*.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ *INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID)*. No. ARB/01/7, Decisão, 25 de maio de 2004, parágrafo 54.

O referido requerimento de investimento descrevia o projeto de investimento como “um município de 600 hectares em Fundo El Principal Pirque, que será uma cidade satélite autossuficiente, com casas, apartamentos de diversos padrões econômicos, escolas, hospitais, universidades, supermercados, comércios de todos os tipos, serviços e tudo mais que for necessário para autossuficiência²³⁵”.

A Comissão de Investimento Estrangeiro aprovou o requerimento de investimento e as partes firmaram um Contrato de Investimento Estrangeiro, em 18 de maio de 1997. Após a assinatura do contrato, a MDT investiu US\$ 8,4 milhões como contribuição de capital e US\$ 8,736 milhões na compra de 51% das ações da *El Principal Inversiones S.A.*, participação que pertencia ao Sr. Jorge Fontaine Aldunate, que havia recebido as ações em razão de ter cedido seu terreno de 600 hectares para o projeto²³⁶.

Cumprido salientar que o projeto contava com o apoio formal do prefeito de Pirque²³⁷, que se dispôs, inclusive, a auxiliar na obtenção das aprovações necessárias, e, até mesmo, do presidente do Chile, Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle, que elogiou o inovador projeto imobiliário de Pirque, durante um jantar oficial com o primeiro ministro da Malásia²³⁸, situação que alimentava na MDT da expectativa de que o projeto obteria todas as licenças necessárias.

No ano de 1998, entretanto, o órgão estatal chileno responsável pela aprovação do zoneamento do terreno do projeto rejeitou definitivamente o plano apresentado pela MDT, inviabilizando o projeto do investidor malaio²³⁹.

Diante de tal contexto, as Requerentes alegam que a conduta do Estado chileno, ao aprovar o projeto de investimento, e, num segundo momento, não alterar o zoneamento do terreno, violou o dever de tratamento justo e equitativo²⁴⁰ e configurou um ato expropriatório por parte da República do Chile.

Ao julgar o caso, o tribunal entendeu que a aprovação de um investimento pela CIE de um projeto que contrariava as regras de política urbana do governo constituía violação do

²³⁵ *Ibidem*, parágrafo 51. Do original: “a township of 600 hectares of Fundo El Principal de Pirque, which will be a self-sufficient satellite city, with houses, apartments for diverse socioeconomic strata, schools, hospitals, universities, supermarkets, commerce of all sorts, services, and all other components necessary for self-sufficiency”.

²³⁶ *Ibidem*, parágrafo 55.

²³⁷ *Ibidem*, parágrafo 61.

²³⁸ *Ibidem*, parágrafo 63.

²³⁹ *Ibidem*, parágrafo 81.

²⁴⁰ Sobre o tema, recomenda-se a consulta da obra de VALENTI, Mara. *The Balancing Role of the Fair and Equitable Treatment Standard in the Context of International Investment Law*. In: BELTRAME DE MOURA, Aline; DAL RI JR., Arno (Orgs.) **Jurisdição Internacional: Integração, Fragmentação e Obrigatoriedade**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014.

dever de tratamento justo e equitativo²⁴¹. A aprovação de um projeto, por um órgão estatal, em uma determinada localidade, concede ao investidor a legítima expectativa de que o projeto é viável naquela localidade, do ponto de vista regulatório²⁴².

Impende salientar, no entanto, que o tribunal levantou questionamentos também sobre o comportamento do investidor. No entendimento do tribunal, os Requerentes demonstraram falta de diligência na condução do empreendimento e, por consequência, devem suportar parte dos danos sofridos.

Em desfavor dos Requerentes, o tribunal destacou que estes não contrataram um especialista em planejamento urbano para opinar previamente sobre a mudança de zoneamento do terreno adquirido²⁴³. Além disso, ao não prever mecanismos contratuais que minorassem seus danos, caso o projeto não se concretizasse, os Requerentes não agiram como investidores diligentes²⁴⁴. De acordo com o tribunal, um investidor prudente não teria pagado o valor total do terreno na data de celebração do negócio, já assumindo como certa a realização do projeto. Seria esperado, pelo menos, que o investidor projetasse pagamentos futuros, a serem realizados de acordo com a evolução do projeto e a obtenção de licenças²⁴⁵.

Por fim, o tribunal condenou o Chile a indenizar os Requerentes pelos danos sofridos, entretanto, em razão da conduta dos Requerentes ter aumentado seus próprios riscos, o tribunal decidiu por também responsabilizar a MDT por parte dos danos, reduzindo o valor da indenização em 50%.

4.3.2 *Discussão acerca do duty to mitigate the loss*

No tocante ao *duty to mitigate*, a Requerida alega que as Requerentes não cumpriram o dever de mitigar os danos quando, mesmo alertados pelas autoridades chilenas sobre obstáculos regulatórios do projeto, prosseguiram com o investimento²⁴⁶.

Em resposta, os Requerentes alegam que a maioria dos gastos empreendidos se deu no investimento inicial – cerca de US\$ 17 milhões –, portanto era razoável que a MDT, até mesmo para cumprir a obrigação de mitigar os próprios danos, continuasse buscando a aprovação do rezonemaneto, mesmo após a negativa do Estado chileno²⁴⁷.

²⁴¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). No. ARB/01/7, Decisão, 25 de maio de 2004, parágrafo 196.

²⁴² *Ibidem*, parágrafo 163.

²⁴³ *Ibidem*, parágrafo 176.

²⁴⁴ *Ibidem*, parágrafo 178.

²⁴⁵ *Ibidem*, parágrafo 242.

²⁴⁶ *Ibidem*, parágrafo 216.

²⁴⁷ *Ibidem*, parágrafo 226.

Ocorre que o tribunal não se manifestou especificamente sobre as alegações das partes referentes ao *duty to mitigate the loss*. Cumpre destacar, entretanto, que o tribunal decidiu reduzir a indenização das Requerentes, sob o fundamento de que elas haviam adotado condutas incompatíveis com as de um investidor prevenido e diligente.

Em certa medida, pode-se entender a redução da indenização do presente caso, ainda que não se tenha feito expressamente sob o argumento do *duty to mitigate*, como uma aplicação do instituto.

Conforme destacado por Lilian San Martín, parte da doutrina entende que o fundamento do *duty to mitigate* encontra-se no dever de diligência com os próprios negócios. Desse modo, a conduta antiprofissional e pouco cautelosa adotada pelas Requerentes pode ensejar uma redução na indenização, no montante dos danos que a falta de diligência deu causa²⁴⁸.

Por fim, cumpre ressaltar que, segundo Sergey Ripinsky e Kevin Williams, o fato do tribunal não ter considerado, para fins de cálculo da indenização, os investimentos feitos após a MDT ter recebido a resposta final do governo chileno de que não efetuará o rezoneamento da área em que se pretendia implementar o projeto, pode ser interpretado como uma aplicação do dever de mitigação²⁴⁹. Diante de tais circunstâncias, destacam os autores, caberia ao investidor minimizar as perdas, não mais efetuando investimentos após se tornar claro que o projeto avançaria.

4.4 EDF INTERNATIONAL S.A., SAUR INTERNATIONAL S.A. E LEON PARTICIPACIONES ARGENTINA S.A. VS REPÚBLICA DA ARGENTINA (ICSID CASE NO. ARB/03/23)

4.4.1 Breve histórico do caso

Em 15 de julho de 1998, a *Empresa Distribuidora de Energía de Mendoza S.A.* (EDEMISA) e o Governo de Mendonza firmaram um Contrato de Concessão²⁵⁰, que tinha prazo de duração de 30 anos²⁵¹, e previa a concessão exclusiva de um “serviço público”,

²⁴⁸ SAN MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 388.

²⁴⁹ RIPINSKY, Sergey; WILLIAMS, Kevin. *Case summary: MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile*, p. 7. Disponível em: <http://www.biicl.org/files/3915_2004_mtd_v_chile.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2016.

²⁵⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). No. ARB/03/23, Decisão, 11 de junho de 2012, parágrafo 50.

²⁵¹ *Ibidem*, parágrafo 73.

definido como “a prestação de serviços de distribuição de energia elétrica para os usuários que estão conectados à rede de distribuição de energia elétrica²⁵²”, mediante a contraprestação do pagamento de tarifa pelos serviços prestados.

No que tange às tarifas cobradas pela EDEMSA, cumpre salientar que, durante os cinco primeiros anos do Contrato, a tarifa era fixada de acordo a “*Initial Tariff Schedule*”, anexa ao Contrato de Concessão. Nos anos seguintes ocorreriam revisões periódicas, denominadas “Revisões Ordinárias”, a cada cinco anos, nos termos do art. 28 do Contrato de Concessão firmado entre as partes²⁵³. Extraordinariamente, entretanto, a tarifa também podia ser revista em períodos menores.

Em 27 de julho de 1998, por seu turno, *EDF International S.A.*, empresa constituída sob as leis da França, *SAUR International S.A.*, também constituída sob as leis da França, e *León Participaciones Argentinas S.A.*, empresa constituída sob as leis de Luxemburgo²⁵⁴, compraram, através de consórcio, 51% das ações da EDEMSA (Empresa Distribuidora de Energía de Mendoza S.A.)²⁵⁵, adquirindo o controle da concessionária de serviço público.

Ocorre que, durante a execução do Contrato de Concessão, a República da Argentina e a Província de Mendonza implementaram uma série de mudanças regulatórias, incluindo o congelamento de tarifas e a regulação da distribuição de energia elétrica²⁵⁶.

Dentre os pontos alterados pela mudança regulatória, destaca-se a denominada “Cláusula Cambial”. O contrato de Concessão previa que todos os custos seriam calculados e recalculados em dólares americanos. Após o cálculo em dólares americanos, a tarifa seria expressa em pesos argentinos²⁵⁷.

Do modo como estava disposto no Contrato firmado entre as partes, a Cláusula Cambial funcionava como um mecanismo de proteção da empresa concessionária, e seus investidores, contra os riscos da flutuação do câmbio argentino²⁵⁸.

Diante das significativas mudanças regulatórias, que alteraram substancialmente o Contrato de Concessão firmado entre a EDEMSA e o poder público argentino, os investidores

²⁵² *Ibidem*, parágrafo 75. Do original: “*the provision of electricity distribution services to Users who are connected to [EDEMSA’s] electricity distribution grid*”.

²⁵³ *Ibidem*, parágrafo 77. Nos termos do Contrato: “*Previo al vencimiento el período inicial del Artículo 25, el EPRE elevará al Poder Ejecutivo la propuesta de las tarifas por períodos de CINCO (5) AÑOS. En los nuevos cuadros tarifarios se tendrá en cuenta lo dispuesto por los artículos 43 a 45 de la Ley N° 6.497 y su Decreto Reglamentario, y se establecerán los descuentos anuales previstos en el artículo 46 de la Ley N° 6.498. A ese fin, con UN (1) AÑO de antelación a la finalización de cada período de CINCO (5) AÑOS, la CONCESIONARIA presentará al EPRE la propuesta de un nuevo Cuadro Tarifario.*”

²⁵⁴ *Ibidem*, parágrafo 3.

²⁵⁵ *Ibidem*, parágrafo 71.

²⁵⁶ *Ibidem*, parágrafo 941.

²⁵⁷ *Ibidem*, parágrafo 945.

²⁵⁸ *Ibidem*, parágrafo 951.

controladores da EDEMSA registraram pedido de arbitragem junto ao ICSID em 16 de junho de 2003.

Cumprе ressaltar que as medidas emergenciais adotadas pelo Estado argentino modificaram radicalmente o regime de tarifas, bem como o equilíbrio econômico no Contrato de Concessão firmado entre as partes²⁵⁹. Em termos específicos, a equiparação do Peso Argentino ao Dólar Americano, promovida pela *Convertibility Law*, fez com que o cálculo dos custos em dólares americanos ficasse exatamente igual ao cálculo em pesos argentinos, repelindo obliquamente a aplicação da Cláusula Cambial.

O resultado da brusca alteração na política cambial argentina foi o declínio significativo das receitas do investidor, que teve uma redução do fluxo de caixa a um nível insuficiente para cobrir os custos operacionais, bem como para melhorar a infraestrutura do serviço²⁶⁰.

Diante do cenário extremamente negativo e da não restauração do equilíbrio econômico do Contrato por parte da República da Argentina²⁶¹, os Requerentes resolveram retirar seus investimentos, vendendo-os para a IADESA, em 30 de junho de 2004.

Ao julgar o caso, o tribunal entendeu que o congelamento das tarifas e a alteração da cotação de dólar americano para peso argentino, mesmo que adotadas como medidas emergenciais, violaram os compromissos firmados pelo Estado argentino no Contrato de Concessão²⁶².

Ademais, o tribunal entendeu que houve violação do dever de tratamento justo e equitativo, pois a Requerida, depois de cessado o estado de emergência, deveria ter tomado medidas para reestabelecer o equilíbrio econômico do Contrato de Concessão²⁶³.

Cumprе salientar, ainda, que, no entendimento do tribunal, não houve expropriação indireta, pois os Requerentes não foram privados do seu investimento em nenhum momento. Eles continuaram operando com a EDEMSA e, inclusive, venderam a empresa posteriormente, apesar do preço desfavorável²⁶⁴.

Por fim, o Tribunal condenou a República da Argentina ao pagamento do vultoso montante de US\$ 136,138,430 milhões, sendo US\$ 133,635,633 milhões a título de danos

²⁵⁹ *Ibidem*, parágrafo 981.

²⁶⁰ *Ibidem*, parágrafo 985.

²⁶¹ *Ibidem*, parágrafo 986

²⁶² *Ibidem*, parágrafo 970. Nos termos da sentença arbitral: “*The Tribunal is convinced that the pesification and freeze of tariffs pursuant to the Emergency Measures breached Respondent’s obligation to respect its contractual commitments*”.

²⁶³ *Ibidem*, parágrafo 995.

²⁶⁴ *Ibidem*, parágrafo 1113.

causados pelas medidas emergenciais e US\$ 2,502,797 milhões a título de danos causados pelas medidas pré-emergenciais²⁶⁵.

4.4.2 Discussão acerca do *duty to mitigate the loss*

A discussão acerca do *duty to mitigate*, neste caso, envolve a venda da participação dos Requerentes na EDEMSA, diante da inércia do Estado argentino em atuar para restabelecer o equilíbrio econômico do Contrato de Concessão, que fora significativamente prejudicado pelas mudanças regulatórias do setor de energia.

Cumprе ressaltar que a sentença arbitral do caso reconheceu expressamente o *duty to mitigate* como um consagrado princípio da arbitragem de investimento²⁶⁶. Para sustentar essa posição, inclusive, fez-se referência ao caso *Middle East Cement v. Egypt*, abordado no subtópico 4.1 deste trabalho, no qual o tribunal reconheceu o instituto como um Princípio Geral do Direito. Destacou-se, ademais, que a análise sobre o *duty to mitigate* deve ser casuística, uma vez que o conceito de “medidas razoáveis” depende dos fatos de cada caso individual²⁶⁷.

Ao analisar o caso concreto, o tribunal entendeu que os Requerentes não tomaram todas as precauções exigíveis na venda de suas ações. Nada obstante a aparente inércia do

²⁶⁵ *Ibidem*, parágrafo 1183-1184. O cálculo dos danos foi detalhado na sentença arbitral nos seguintes termos: “In calculating the quantum of damages, the Tribunal has generally adopted the LECG model as follows, taking 31 December 2001 as the valuation date. (i) Damages caused by the Emergency Measures will be calculated as the difference between two values: the value of Claimants’ stake in EDEMSA under a scenario free of the Emergency Measures (—but for) scenario) and the value of the same stake under a scenario with the Emergency Measures (—actual) scenario), taking 31 December 2001 as the valuation date. (ii) The —but-for) value (EDEMSA in the absence of the Emergency Measures) determined by DCF method discounted as of 31 December 2001; (iii) From that amount, the Tribunal subtracts the amount which should reasonably have been received by Claimants in the 2005 sale of its EDEMSA shares discounted to 31 December 2001; (iv) To that amount, the Tribunal adds damages attributable to Pre-Emergency Measures, again valued as of 31 December 2001;

Following this three-step approach yields figures as follows:

Step 1: DCF calculation of Claimants’ investments in the absence of the Emergency Measures as of 31 December 2001

Firm Value (Discount rate, WACC 11.34%)	US\$ 448,855,587
Financial Debt (Dec 2001 book value)	US\$ (119,644,020)
Equity Value	US\$ 329,211,567
Value of Claimants’ Investment in EDEMSA (44.88% share)	US\$ 147,750,151

Step 2: Subtracting price which might reasonably have been received in the 2005 sale, valued as of 31 December 2001

Value of Claimants’ Investment in EDEMSA	US\$ 147,750,151
2005 Sale discounted to 31 December 2001	US\$ 14,114,518
Total damages caused by Emergency Measures	US\$ 133,635,633

Step 3: Inclusion of Pre-Emergency Damages US\$ 2,502,797.00

Total: US\$ **136,138,430**”.

²⁶⁶ *Ibidem*, parágrafo 1302. Nos os exatos termos da sentença: “The duty to mitigate damages is a well-established principle in investment arbitration. This idea is reflected in *Middle East Cement v. Egypt*, where that tribunal clearly recognized it as a general principle of law”.

²⁶⁷ *Ibidem*, parágrafo 1306.

Estado argentino nas negociações referentes à revisão das tarifas e da Concessão, era esperado dos Requerentes que tivessem incluído uma cláusula específica no contrato de venda de suas ações, levando em consideração as hipóteses de sucesso do processo de renegociação da Concessão, de aumento de tarifas ou de qualquer outro meio de reparação²⁶⁸.

Em razão da falta de diligência dos Requerentes, isto é, por não levarem em consideração as negociações sobre a renovação do Contrato de Concessão e a revisão de tarifas durante o processo de venda de ações, o tribunal entendeu que os Requerentes não cumpriram o dever de mitigar o dano²⁶⁹, agravando seus prejuízos. Desse modo, determinou o desconto de 50% do valor que o Requerente razoavelmente receberia na venda de sua participação na EDEMSA em 2005²⁷⁰.

Por fim, ao calcular o montante devido pela Requerida aos Requerentes, o tribunal descontou a quantia de US\$ 14,114,518 milhões, indicado como o preço que razoavelmente poderia ter sido recebido na venda de 2005, sendo tal prejuízo atribuível à violação do *duty to mitigate the loss* pelos Requerentes, e, tão logo, devendo ser por estes suportado.

4.5 AIG CAPITAL PARTNERS INC. E TEMA REAL ESTATE COMPANY VS REPÚBLICA DO CAZAQUISTÃO (ICSID CASE NO. ARB/01/6)

4.5.1 Breve histórico do caso

As Requerentes – *AIG*, empresa constituída sob as leis estadunidenses, e *Tema Real Estate Company*, constituída sob as leis do Cazaquistão, que pertence 34% a uma empresa nacional do setor imobiliário (*LLP Tema*) e 66% à *AIG Silk Road Investment I Ltd*, investidor estrangeiro – desenvolveram um projeto imobiliário de casas residenciais, denominado “Crystal Air Village”, cujo montante de investimento esperado era de aproximadamente US\$ 16 milhões, a ser executado na cidade de Almaty, no Cazaquistão.

O projeto imobiliário foi aprovado, conforme exige a legislação do Cazaquistão, por todas as instâncias governamentais locais e todas as licenças de construção foram obtidas junto aos órgãos competentes. A Agência de Investimento do Cazaquistão aprovou o projeto e firmou um acordo, em 13 de Dezembro de 1999, comprometendo-se a atuar na defesa do investidor estrangeiro em caso de qualquer disputa com outras agências ou instituições

²⁶⁸ *Ibidem*, parágrafo 1307.

²⁶⁹ *Ibidem*, parágrafo 1310.

²⁷⁰ *Ibidem*, parágrafo 1312.

governamentais²⁷¹. Cumpre ressaltar, ainda, que a descrição do projeto previa expressamente a construção do complexo residencial “Crystal Air” no subúrbio de Almaty.

Após a compra do terreno, em 1999, o investidor privado passou a preocupar-se com questões de *design*, engenharia e financiamento do projeto. Nesse processo, entrou em contato com vários consultores e potenciais contratados, chegando, inclusive, a celebrar alguns contratos com prestadores de serviços²⁷².

Ocorre que o governo do Cazaquistão notificou verbalmente, em 26 de fevereiro de 2000, o investidor de que este deveria cancelar o projeto, pois o Governo precisaria do terreno objeto do empreendimento para a construção de um Parque Nacional²⁷³.

Alguns meses depois da notificação verbal, o Governo baixou a Resolução nº 3-79, ordenando a transferência do terreno do projeto, bem como de outras áreas, para a cidade de Almaty, sem oferecer qualquer compensação para o investidor²⁷⁴.

Ato contínuo, a Agência de Investimentos do Cazaquistão recebeu uma carta, em 20 de março de 2000, da autoridade administrativa de Almaty revogando todas as licenças de construção previamente outorgadas para o projeto²⁷⁵.

No mês de abril, o Departamento de Arquitetura e Construção da Cidade da Almaty baixou uma resolução ordenando a suspensão de todos os trabalhos na construção do projeto. Em 20 de maio, quando o investidor tentou retomar as obras de construção do projeto, as autoridades municipais, acompanhadas da polícia local, expulsaram os investidores do terreno²⁷⁶.

Ao julgar o caso, o tribunal entendeu que o investimento dos Requerentes foi objeto de expropriação pelo Estado do Cazaquistão²⁷⁷. Cumpre salientar, ainda, que o Tribunal

²⁷¹ INVESTOR-STATE LAWGUIDE. *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/01/6, 2003. p. 6. Disponível em <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3077.pdf>>. Acesso em 15 de março de 2016. Nos exatos termos: “that the Project itself was approved by Kazakhstan’s Agency on Investment with which the Joint Venture had entered into a written agreement on December 13, 1999 which constituted further tacit approval of the Project; the agreement dated December 13, 1999 obligated the Investment Agency to act as an advocate for the investor in the event of any dispute with other agencies or instrumentalities of the Government of Kazakhstan”.

²⁷² *Ibidem*: “The Joint Venture then entered into a USD 7.3 million contract with Tuna LLP, a Kazakhstan subsidiary of the Turkish Architectural and Design Company (Tuna Insaat Sanayi ve Ticaret) for the construction of the first phase of the Project [...] the Joint Venture also retained Scott Holland Estates, a Kazakhstan company owned by UK interests, to undertake a full scale marketing and advertising campaign, and (it is stated that) Scott Holland Estates launched a marketing programme geared towards the high-end market based on a combination of direct marketing contracts and various types of advertising and made presentations to prospective clients”.

²⁷³ *Ibidem*, p. 7.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 56.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 61.

entendeu que a expropriação do projeto, além de configurar uma violação ao BIT, não respeitou sequer os procedimentos estabelecidos pela lei nacional do Cazaquistão.

No que tange à quantificação do dano, a Requerida foi condenada a restituir os Requerentes no valor efetivamente investido no projeto até então (US\$ 3,56 milhões), bem como indenizar os Requerentes pelo retorno esperado do investimento, correspondente a 30% do valor do projeto, no montante de US\$ 4,89 milhões²⁷⁸.

4.5.2 *Discussão acerca do duty to mitigate the loss*

O tribunal do caso destacou que a mitigação dos danos, como princípio, é aplicável em uma ampla gama de situações. Salientou-se, ainda, que o *duty to mitigate* é adotado em países do *common law* e do *civil law*, bem como em convenções internacionais e outros documentos, como a Convenção de Viena e os Princípios de Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT²⁷⁹.

De igual modo, a legislação do Cazaquistão reconhece o instituto e impõe ao credor o dever de tomar as medidas razoáveis para mitigar seus danos, sob pena de não ser indenizado por todos os danos sofridos²⁸⁰.

No presente caso, a discussão sobre o dever de mitigar os danos deu-se em relação a uma proposta feita pelo Estado do Cazaquistão, que ofereceu um local alternativo para construção do empreendimento após a expropriação do terreno do projeto.

Nada obstante a existência de previsão legal e a consolidada aplicação do instituto, o tribunal entendeu que, no caso em questão, a conduta dos Requerentes não autorizava a aplicação do instituto²⁸¹.

De acordo com o tribunal, não havia obrigação por parte das Requerentes – por contrato ou qualquer princípio do Direito – em aceitar o terreno alternativo oferecido pelo Governo, uma vez que o local do projeto estava intrinsecamente relacionado ao projeto em si, especialmente depois de obter todas as licenças necessárias²⁸², e, além disso, o Requerente não agiu de maneira negligente ou desarrazoada ao não aceitar a proposta de construir o

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 118.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 68. Nos exatos termos: “*Mitigation of damages, as a principle, is applicable in a wide range of situations. It has been adopted in common law and in civil law countries, as well as in International Conventions and other international instruments – as for instance in Article 77 of the Vienna Convention and Article 7.4.8 of the UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts. It is frequently applied by international arbitral tribunals when dealing with issues of international law*”.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 69.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 70.

²⁸² *Ibidem*, p. 74-75.

projeto em um local alternativo²⁸³, não existindo, portanto, razões para justificar uma redução da indenização dos Requerentes com base no dever de mitigação.

²⁸³ *Ibidem*, p. 75.

5. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, verificou-se que a não positivação expressa do *duty to mitigate the loss* nos BITs não prejudica a aplicação do instituto em arbitragens de investimento do ICSID, pois a hipótese principal avançada nesta monografia se confirmou: o *duty to mitigate* é interpretado pelos tribunais arbitrais do ICSID como um Princípio Geral do Direito Internacional, fato que o torna aplicável, em tese, em todos os casos em que se admite a aplicação de normas de Direito Internacional.

Pôde-se verificar neste trabalho, também, que o *duty to mitigate the loss* é adotado em vários ordenamentos nacionais, vinculados ao *common law* e ao *civil law*, bem como está previsto em normas de Direito Internacional, como na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Convenção de Viena de 1980) e na Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias (Convenção de Haia de 1964).

Considerando que a lei aplicável em arbitragens de investimento é, em regra, a lei interna do Estado receptor do investimento, conjuntamente com as normas de Direito Internacional compatíveis, observa-se que o *duty to mitigate* quase sempre será aplicável, tanto pelo seu *status* de Princípio Geral do Direito Internacional quanto pela ampla previsão em ordenamentos nacionais.

Nada obstante a ampla aceitação do instituto nos ordenamentos nacionais e internacionais, conforme demonstrado neste trabalho, a aplicação do dever de mitigação deve passar, necessariamente, por uma análise casuística. Apenas a análise das circunstâncias concretas permite verificar se existem medidas razoáveis a serem tomadas para mitigação do dano.

No tocante ao Direito Internacional dos investimentos, restou demonstrado que a maior incidência dos investimentos estrangeiros evidenciou as limitações do Direito Internacional consuetudinário para regulamentar a matéria. Nesse contexto, os Acordos Bilaterais de Investimento, que surgiram na véspera da década de 1960, foram fundamentais para criar bases legais sólidas entre os Estados receptores e os investidores privados.

Cabe destacar que os BITs habitualmente possuem dispositivos específicos que regulamentam a compensação de danos, estabelecendo critérios de aferição e parâmetros de cálculo. Tais documentos costumam conter disposições indicando, por exemplo, que a indenização deve ser “adequada, pronta e efetiva²⁸⁴” e por “justo valor de mercado

²⁸⁴ Expressão recorrentemente utilizada nos BITs, em inglês, é: “*prompt, adequate and effective compensation*”.

imediatamente antes da expropriação ocorrer²⁸⁵”. Apesar da recorrente menção a critérios de aferição e cálculo dos montantes de indenização, não se encontrou nenhum Acordo Bilateral de Investimento – tanto nos precedentes relevantes da matéria analisados neste trabalho quanto em levantamento individual realizado pelo próprio autor – que positivasse expressamente o dever de mitigação por parte dos investidores estrangeiros.

A partir do exame dos precedentes que discutiram especificamente a aplicação do *duty to mitigate* em arbitragens de investimento, verificou-se que o instituto encontra-se consolidado nos tribunais arbitrais do ICSID. No julgamento do caso *Middle East Cement Shipping e Handling CO. S.A. VS República Árabe do Egito*, inclusive, o tribunal classificou o instituto como um Princípio Geral do Direito Internacional. Em nenhum dos casos analisados, os investidores estrangeiros alegaram a inexistência ou inaplicabilidade do *duty to mitigate* enquanto norma de Direito Internacional, limitando-se a arguir a não aplicação do instituto no caso concreto, diante das circunstâncias e das condutas adotadas.

Curiosamente, apesar de consolidado o *status* de Princípio Geral do Direito Internacional, a análise dos precedentes conduz à conclusão de que o instituto, na prática, não é muito aplicado em arbitragens de investimento. Em outros termos, muito embora a aplicação do *duty to mitigate* seja, em tese, consolidada, são raros os casos concretos em que se aplica o instituto.

Impele salientar que essa modalidade de arbitragem apresenta uma situação peculiar em relação ao *duty to mitigate*. Diferentemente dos casos analisados nas arbitragens comerciais ou até mesmo nos tribunais nacionais, em que o dever de mitigação é analisado em uma relação entre dois particulares, nas arbitragens de investimento, devido a suas características intrínsecas, o dever de mitigar é analisado diante de uma relação naturalmente desigual, que envolve um Estado soberano e um investidor privado.

A situação *sui generis* que se apresenta, incontestavelmente, possui repercussões na aplicação do instituto. A prática de atos de império – como a retomada ou desocupação de um terreno ou empreendimento, mudanças regulatórias drásticas e proibições de atividades econômicas – limita as possibilidades de reação do investidor privado, que, muitas vezes, se vê sem alternativas para reduzir os danos decorrentes de um ato estatal unilateral e coercitivo.

Em síntese, o que se pode concluir do presente trabalho é que se, por um lado, o dever abstrato de mitigar os danos está consolidado e é amplamente aceito em arbitragens do ICSID, por outro, a natureza dos atos praticados pelos Estados dificulta a aplicação do instituto nos

²⁸⁵ Na sua fórmula original, os BITs conter, em inglês: “*fair market value of the expropriated investments immediately before expropriation was taken*”.

casos concretos, pois os atos de império são carregados de coercitividade e, em regra, limitam significativamente as possibilidades de atuação dos atingidos. Verificam-se, pois, a existência de casos em que os Estados receptores, a fim de reduzir os valores de indenização, utilizam-se de alegações meramente retóricas, pleiteando a aplicação do *duty to mitigate the loss*, por sua consolidação enquanto Princípio Geral de Direito Internacional, mesmo quando os investidores estrangeiros não dispuseram efetivamente de alternativas razoáveis para mitigar os danos diante das circunstâncias concretas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Código Civil (BGB)**. 1896. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>>. Acesso em 3 de abril de 2016.

ALVAREZ, José Enrique. *The public International Law regime governing international investment. Collected Courses of the Hague Academy of International Law (vol. 344)*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

AMARAL VARGAS, Renata. **Tribunal do Comércio Internacional: disciplina da OMC**. In: **Anais do Congresso Internacional “Os Desafios do “Barreau Invisible”: A contribuição dos Conselheiros Jurídicos dos Estados à consolidação da Corte Internacional de Justiça**. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

AMERICAN LAW INSTITUTE. *The Restatement (second) of Contracts*. 1981. Disponível em: <[http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm)>. Acesso em 03 de maio de 2016.

ANDERER, Carrie. *Bilateral Investment Treaties and the EU legal order: implications of lisbon treaty*. In: **35 Brooklyn Journal of International Law** 851, 2010, p. 851-882, 2010.

ARAUJO, Lucas Mayall M.de. **Mitigação dos danos pelo credor: aplicação com base no direito brasileiro e na convenção de Viena de compra e venda internacional de mercadorias – CISG**. Monografia (graduação), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, 2013.

BANCO MUNDIAL. *Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf>. Acesso em 10 de março de 2016.

BATISTA LOPES, Christian Sahb. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós- Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896.

BORN, Gary. *International Arbitration: cases and materials*. The Hague: Kluwer Law International, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 758.518/PR**, Relator:. Min. VASCO DELLA GIUSTINA, Terceira Turma, julgado em 17/06/2010.

CAETANO, Fernanda Araujo Kallás. **Direito Internacional dos investimentos na atualidade: uma análise da posição brasileira**. In: *E-civitas*, v. 3, n. 2, jul-2010. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/84/47>>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

COMINO, Tomas Barros Martins. **Desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo**. Dissertação (mestrado), Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília, CJF, 2005. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

DIAS, Daniel Pires Novais. **O *duty to mitigate the loss* no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>>>. Acesso em 10 de nov. de 2015.

DONG, Wang. ***Post Award Remedies and Procedures***. In: UNCTAD. ***Course on Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes***. Nova Iorque: UNCTAD, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add7_en.pdf>. Acesso em 10 de março de 2016.

DYSON, Andrew. ***British Westinghouse Revisited***. 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/1987110/British_Westinghouse_Revisited>. Acesso em 15 de março de 2016.

FRANCO, Gustavo Henrique de Barroso; FRITSCH, Winston. **O investimento direto estrangeiro em uma nova estratégia industrial**. In: **Revista de Economia Política**, vol. 9, nº 2, p. 5-25, abril-junho, 1989.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Revista Forense: Rio de Janeiro, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

HOFFMANN, Gustavo Knaesel. **Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e controle judicial**. 2015. Monografia (graduação), Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas/CCJ, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). No. **ARB/01/7**, Decisão, 25 de maio de 2004.

No. **ARB/03/23**, Decisão, 11 de junho de 2012.

No. **ARB/07/5**, Decisão sobre a jurisdição e admissibilidade, 4 de Agosto de 2011.

No. **ARB/99/6**, Decisão, 12 de Abril de 2002.

Arbitration Rules, 2006. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2016-1), 2016. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Statistics%202016-1%20\(English\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Statistics%202016-1%20(English)%20final.pdf)>. Acesso em 05 de junho de 2016.

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE. *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (1964, The Hague)*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>>. Acesso em 15 de maio de 2016.

UNIDROIT PRINCIPLES. 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em 25 de março de 2016.

INVESTOR-STATE LAWGUIDE. *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6, Award*, 2003. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3077.pdf>>. Acesso em 15 de março de 2016.

LOWENFELD, Andreas Frank. *The ICSID convention: origins and transformation*. In: *Georgia Journal of International and Comparative Law* . Vol. 38:47, p. 47-61, 2009.

LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento (CIRDI) e suas alternativas**. Dissertação (mestrado), Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MAGALHÃES, José Carlos. **Acordos Bilaterais de promoção e proteção de investimentos**. In: *Revista de Informação Legislativa*. a. 34 n. 134 abr./jun. 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 11. tirag. São Paulo: Malheiros, 2012.

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 maio de 2016.

PATTERSON, Neil. *Foreign direct investment: trends, data availability, concepts, and recording practices*. Washington: International Monetary Fund Publication Services, 2004.

PIRES, Bernardo Rohden. **Arbitragem de investimentos e princípios do direito ambiental: precaução e poluidor-pagador podem exercer algum papel na interpretação de padrões de tratamento de investidores?** Dissertação (mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

POOLE, Jill. *Casebook on contract law*. 11ª Ed. Oxford: Oxford Press, 2012.

PORTUGAL. **Decreto do Governo 15/84**, de 20 de março de 1984.

RIPINSKY, Sergey; WILLIAMS, Kevin. *Case summary: Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia v Republic of Indonesia ('AMCO v Indonesia')*, p. 3. Disponível em: <http://www.biicl.org/files/3936_1990_amco_v_indonesia.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2016.

_____. *Case summary: MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile*, p. 7. Disponível em: <http://www.biicl.org/files/3915_2004_mtd_v_chile.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2016.

RIZNIK, Peter. *Some aspects of loss mitigation in international sale of goods. In: The Vindobona Journal* 14. 2010, p. 267-282. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik1.pdf>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

SACERDOTI, Giorgio. *Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection. Collected Courses of the Hague Academy of International Law (vol. 269)*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 306.

SALACUSE, Jeswald. *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. In: The International Lawyer*, Vol. 24, No. 3 (Fall 1990), p. 655-675. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40706447>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

SAN MARTÍN, Lilian Cecilia Neira. *Del "Deber" del acreedor de evitar o mitigar el daño*, Tese (Doutorado), Università degli studi di Roma, 2010

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. *A interpretação do Duty to mitigate the loss na convenção das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias e sua recepção pelo direito brasileiro. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, Volume VIII, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42881/28210>>. Acesso em 19 de março 2016.

SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 1986. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-77.html>>. Acesso em 28 de março de 2016.

SCHREUER, Christoph. *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, p. 1. Disponível em: <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/100_icsid_epil.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2016.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*. 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf>. Acesso em 02 de fevereiro de 2016.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2010. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2016.

VALENTI, Mara. *The Balancing Role of the Fair and Equitable Treatment Standart in the Context of International Investment Law*. In: BELTRAME DE MOURA, Aline; DAL RI JR., Arno (Orgs.) **Jurisdição Internacional: Integração, Fragmentação e Obrigatoriedade**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014.

VELDE, Dirk Willem te. *Foreign Direct Investment and Development. An historical perspective*, 2006, p. 5. Disponível em: <<http://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publicationsopinion-files/850.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2016.

WENRICH, Brian. *Foreing Direct Investment and Spillover effects on domestic firms*. Dissertação (Mestrado), Manhattan: Kansas State University, 2012.