

LARISSA MARIA LIMA COSTA

A ARBITRAGEM DO CENTRO INTERNACIONAL DE
RESOLUÇÃO DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIRDI):
uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados

Dissertação submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de Mestre em
Direito.

Orientador: Prof. Rogério Portanova

Florianópolis

2006

Dedico este trabalho com todo o amor aos meus pais, Wagner e Jucinalva, cujas vidas são dedicadas aos filhos.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho monográfico não teria sido realizado sem o apoio de algumas pessoas e instituições, as quais merecem a devida deferência.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus e aos meus pais, verdadeiros incentivadores e patrocinadores dos meus estudos e aspirações acadêmicas, esteio sem o qual não teria resistido às intempéries do caminho.

Agradeço também ao Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na pessoa dos funcionários e dos professores, alguns dos quais tiveram participação direta na minha trajetória e contribuíram para o meu crescimento intelectual e pessoal durante os dois anos de curso, assim como ao Centro de Aperfeiçoamento do Pessoal do Ensino Superior (CAPES), instituição financiadora da pesquisa.

As minhas irmãs, os meus amigos e os meus colegas de mestrado e de GERIMA tiveram participação fundamental na realização deste trabalho, representando o suporte, as injeções de ânimo, a solidariedade e o estímulo, vindos muitas vezes de um sorriso, de um abraço, de um sermão ou de longas conversas. A eles um agradecimento especial e emocionado e o reconhecimento da valiosa contribuição de cada um nesta empreitada.

Agradeço, em especial, aos professores Rogério Portanova, pela gentil acolhida, e Christian Caubet, por me fazer mudar o olhar sobre o Direito e sobre as Relações Internacionais.

Não poderia deixar de agradecer, ainda, aos funcionários das bibliotecas pelas quais peregrinei durante esses dois últimos anos. Aos funcionários da UFSC, pela paciência; do Largo de São Francisco, pela sensibilidade e boa vontade em ajudar mesmo em meio à paralisação dos funcionários; da *Peace Palace Library*, Haia, e das bibliotecas da *Università degli Studi di Padova*, Itália, pela atenção e pelo auxílio na realização da pesquisa feita em curto período de estudos no exterior.

“É preciso levar em conta o conjunto das relações objetivas entre o campo jurídico, lugar de relações complexas que obedece a uma lógica autônoma, e o campo de poder, e por meio dele, o campo social no seu conjunto. É no interior deste universo de relações que se definem os meios, os fins e os efeitos específicos que são atribuídos à ação jurídica.” Pierre Bourdieu

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (CIRDI) é uma organização internacional criada pela Convenção de Washington de 1965. Este tratado foi elaborado sob o patrocínio do Banco Mundial com a intenção de fornecer aos investidores e aos Estados um mecanismo internacional de solução de controvérsias neutro e imparcial, que despolitizasse as disputas envolvendo investimentos estrangeiros e contribuísse para o aumento do fluxo de aportes de capital para os países menos desenvolvidos. A arbitragem internacional realizada pelo CIRDI reveste-se de características peculiares por permitir que particulares, pessoas físicas e jurídicas, demandem diretamente contra um Estado num foro internacional. Mas, como toda solução arbitral, encontra-se baseada no consentimento das partes envolvidas num litígio em submetê-lo ao julgamento de um ou mais árbitros escolhidos de comum acordo. O acesso direto de particulares a foros internacionais não é considerado regra geral em Direito Internacional Público. Por isso, ao aceitar ser demandado no plano internacional por um particular estrangeiro, o Estado renuncia a sua prerrogativa jurisdicional sobre as pessoas localizadas no seu território. A Convenção de Washington de 1965 trata do consentimento como requisito fundamental para a utilização do sistema de solução de controvérsias e exige que o Estado manifeste duas vezes a sua intenção de utilizar o sistema instituído pelo CIRDI para solucionar controvérsias sobre investimento estrangeiro. A primeira, por meio da ratificação da Convenção que institui o Centro e a segunda, por meio de uma manifestação de vontade de submeter uma determinada disputa ou categoria de disputas ao Centro, quando figurar como parte. Entretanto, a Convenção não faz exigências sobre a forma que esta última manifestação de vontade deve revestir. Nas últimas décadas, a arbitragem do CIRDI tem sido muito requisitada pelos investidores estrangeiros e o consentimento dos Estados tem sido encontrado pelos árbitros não em manifestações expressas e específicas a uma determinada controvérsia, mas em declarações unilaterais muitas vezes indiretas, vagas e imprecisas. Diante do grande número de casos decididos em favor dos investidores e da tendência liberalizante das relações internacionais, principalmente no que se refere à esfera econômica, cabe questionar não só qual o verdadeiro papel do CIRDI no incentivo ao livre fluxo de investimentos, mas também a neutralidade ou imparcialidade desta organização.

PALAVRAS-CHAVE: Investimentos, Arbitragem, Consentimento, Estado, Soberania, Jurisdição, CIRDI.

ABSTRACT

The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) is an international organization created by the Washington Convention 1965. This agreement was elaborated by the World Bank to supply foreign investors and States with a neutral and impartial international mechanism of dispute settlement that depoliticize disputes involving foreign investments and contribute to the increase of the flow of capital to the developing countries. The international arbitration provided by ICSID is covered of peculiar characteristics such as the recognition of the capacity of individuals or corporations to proceed directly against a State in an international forum. On the other hand, ICSID's arbitration, like the others, is based on the consent of the parts involved in dispute to submit it to a judgment of a third. The direct access of individuals to international forums is not considered a rule in International Law. Therefore, when a State accepts to be demanded in the international plan by a individual, it renounces its prerogative on the people who lives in its territory. The Washington Convention 1965 considers the consent as the cornerstone of the jurisdiction of the Centre and it demands that State manifests twice its intention of using the system instituted by ICSID. The first is made through the ratification of the Convention that institutes the Centre and the second, through a manifestation of will of submitting a certain dispute or category of disputes to the Centre, when the State is a party of the dispute. However, the Convention didn't establish the form that this last manifestation of will should cover. In the last decades, the ICSID's arbitration has been so much requested by the foreign investors and the consent of States has not been found by the referees in expressed and specific manifestations to a certain dispute, but in unilateral declarations usually indirect, vague and imprecise. Since there is a great number of awards in favor of the investors' interests and the international relations, mainly in economical sphere, is raised by a liberalization tendency, it is necessary to question not only which is the real purpose of ICSID, but also its neutrality or impartiality.

KEY-WORDS: Investment, Arbitration, Consent, State, Sovereignty, Jurisdiction, ICSID.

SUMÁRIO

Introdução	1
Primeira Parte - A arbitragem internacional mista e o Centro Internacional de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRDI)	09
Introdução à Primeira Parte	10
Capítulo 1 - A solução de controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados: as condicionantes econômicas, históricas e políticas da regulação internacional	11
Introdução	11
1. O investimento estrangeiro segundo o Direito Internacional	12
Definição	12
Fontes jurídicas não convencionais	13
Fontes jurídicas convencionais	15
2. A evolução da competência jurisdicional sobre controvérsias envolvendo investidores estrangeiros e Estados	18
As Regras Gerais sobre Competência Jurisdicional no Direito Internacional	19
A prerrogativa da jurisdição nacional para solucionar controvérsias entre Estados e particulares	19
A proteção diplomática como recurso para proteção do estrangeiro na ordem internacional	22
Primeiro Período: final do século XIX e início do século XX	25
As características do investimento no período e o abuso na utilização dos instrumentos de proteção	25
A Doutrina Drago-Porter, a Doutrina Calvo e a Cláusula Calvo: o combate aos abusos da proteção diplomática	27
a) A Doutrina Drago-Porter	27
b) A Doutrina Calvo	28
c) A Cláusula Calvo	29
As comissões de reclamações mistas e os primeiros tribunais arbitrais mistos: <i>a</i>	

<i>válvula de escape</i>	31
Panorama conflituoso do final do primeiro período	33
Segundo Período: a segunda metade do século XX	35
A situação internacional dos investimentos do período pós-guerra à década de 1970: conflito acirrado de interesses e oscilação do fluxo de investimentos	
As tentativas de regulação do investimento pelas organizações internacionais nas décadas de 1960 e 1970	35
2.3.2.1 As Resoluções da ONU sobre a questão dos investimentos	37
A regulação internacional da solução de controvérsias: o princípio da jurisdição nacional temperado com a arbitragem internacional mista	38
As Resoluções da ONU e a defesa da exclusividade jurisdicional: o retorno da Doutrina Calvo	43
Os limites da arbitragem mista <i>ad hoc</i> : a insatisfação e o caminho rumo à arbitragem internacional mista institucionalizada	45
A situação dos investimentos a partir da década de 1980: a globalização econômica e o incentivo aos investimentos estrangeiros	46
Considerações finais	50
	53
Capítulo 2 - A arbitragem mista do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (CIRDI): fundamentos teóricos	55
Introdução	55
1. A Convenção e seus objetivos e finalidades	56
2. O processo de elaboração da Convenção e suas particularidades	59
3. A estrutura institucional do CIRDI	65
4. As características principais do sistema	67
5. A jurisdição do Centro	69
Terminologia	69
Delimitação da jurisdição / competência	71
Jurisdição / competência em razão da matéria (<i>ratione materiae</i>)	71
Jurisdição / competência em razão da pessoa (<i>ratione personnae</i>)	73
a) Estado contratante	73

b) Investidor estrangeiro	74
1. Pessoas físicas	76
2. Pessoas jurídicas	77
O consentimento como determinante da jurisdição	80
A exigência de consentimento escrito	81
A forma do consentimento	82
O momento do consentimento	87
A exclusividade da jurisdição	88
A independência da jurisdição	91
A competência para determinar a jurisdição	92
6. As principais características do procedimento arbitral	94
Considerações finais	97
Segunda Parte - O consentimento dos Estados na prática arbitral do CIRDI	99
Introdução à Segunda Parte	100
Capítulo 3 - O Consentimento por meio de oferta unilateral em legislação nacional sobre promoção e proteção de investimentos	101
Introdução	101
1. O Caso <i>Southern Pacific Properties v. República Árabe do Egito</i> e o precedente	104
1.1 Os fatos	104
1.2 O caso “Pirâmides” na CCI	105
1.3 O caso “Pirâmides” no CIRDI	107
1.3.1 A questão da jurisdição	108
1.3.1.1 A Decisão de 27 de novembro de 1985	108
1.3.1.2 A Decisão de 14 de abril de 1988	110
1.4 O desfecho do caso	116
1.5 Observações sobre a questão da jurisdição	120
1.5.1 Arbitragem sem contrato: o consentimento dos Estados na Convenção de Washington de 1965	120
1.5.1.1 Os princípios de interpretação dos tratados	121

1.5.1.2 A interpretação da Convenção do CIRDI segundo os princípios interpretativos de tratados internacionais	124
a) O texto e a interpretação segundo o sentido comum dos vocábulos	124
b) Os trabalhos preparatórios e as circunstâncias da elaboração da Convenção: batalha das vantagens implícitas	127
c) O contexto: qual o valor das notas explicativas?	129
1.5.1.3 Síntese	131
1.5.2 Oferta unilateral de consentimento à arbitragem: <i>invitatio ad offerendum</i> ou ato jurídico unilateral: a busca pela obrigatoriedade	132
1.5.2.1 A lei egípcia e a teoria geral dos atos jurídicos unilaterais	133
1.5.2.2 O critério de interpretação da decisão unilateral do Estado de submeter-se a uma arbitragem internacional: a regra da interpretação restritiva vs. a busca da vontade real das partes	134
1.5.2.3 Os perigos do consentimento arbitral por meio de lei: a manifestação de vontade por atos de terceiros	137
2. A prática arbitral subsequente	140
2.1 Caso <i>Tradex vs. Albânia</i>	142
2.1.1 Circunstâncias do caso	142
2.1.2 As alegações das partes	143
2.1.3 Ponderações do tribunal arbitral do CIRDI	144
2.1.4 Observações sobre o consentimento	150
Considerações finais	150
Capítulo 4 - O consentimento por meio de cláusula arbitral constante de Acordo Bilateral de Investimento celebrado com o Estado de origem do investidor	152
Introdução	152
1. O Caso <i>Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) vs. República do Sri Lanka</i> e o surgimento do paradigma	157
As circunstâncias do caso	157
O fundamento da jurisdição	158
2. O Caso <i>Compañia de Aguas del Aconquija vs. República argentina</i> e a	

desconsideração de cláusula contratual de exclusão de foro	161
As circunstâncias do caso	161
A questão da jurisdição	164
A decisão sobre o mérito e a competência do tribunal	167
A anulação parcial do laudo	170
Observações sobre o consentimento	174
3. O Caso <i>Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S.</i> vs. República da Eslováquia e o consentimento por acordo bilateral de investimento sem validade jurídica	175
As circunstâncias do caso	175
A submissão do caso ao CIRDI e a questão da jurisdição	176
Objecções adicionais em relação à jurisdição	181
Observações sobre o consentimento	182
4. O Caso <i>Emilio Augustin Maffezini</i> vs. Reino da Espanha e a aplicação da cláusula da nação mais favorecida em relação à solução de controvérsias	183
As circunstâncias do caso	183
O processamento do caso no CIRDI	184
A questão da jurisdição	184
Abordagens sobre o mérito	190
Observações sobre o consentimento	190
Considerações finais	192
Conclusão	195
Referências	202

Introdução

A arbitragem internacional entre investidores e Estados é um tema de grande importância no contexto atual de liberalização dos mercados e dos capitais, que tem como ponto nevrálgico a proteção da iniciativa privada e a sua finalidade lucrativa. Neste processo, assumem importante papel as empresas multinacionais, caracterizadas pela pluralidade de bases de produção e pela estrutura organizacional hierarquizada com a presença de um centro de onde são emanadas as decisões para as filiais situadas em território estrangeiro. Hodiernamente essas empresas vêm sendo chamadas de corporações transnacionais, visto que se organizam sob a forma de rede e têm a sua rentabilidade baseada não só na produção e comercialização de bens e serviços do próprio grupo e de suas filiais, como também na participação minoritária em firmas coligadas e em acordos de terceirização e de cooperação entre empresas.

Essas empresas são responsáveis pela circulação de capital, produtivo ou não, sendo as reais detentoras do verdadeiro poder econômico. A sua ascensão tem representado uma diminuição da importância do papel dos Estados, na condição de real condutor da vida social dentro e fora de suas fronteiras. Por esta razão, tornou-se corriqueira a noção de perda ou relativização da soberania estatal diante do fenômeno da globalização e do aumento qualitativo da interferência do contexto internacional no poder de regulação do Estado. Essa relativização incide especificamente sobre o núcleo do poder soberano, que é o poder de dizer o direito.

A diminuição do papel do Estado aparece como um dos grandes corolários do processo de globalização e, longe de ser uma consequência inevitável do desenvolvimento do capitalismo, representa o reconhecimento, na esfera política, do credo liberal. Esta diminuição não é total como se quer fazer crer, mas restrita a setores passíveis de influenciar os interesses econômicos do grande capital.

Além disso, a noção de perda de soberania não é pacífica nem uniformemente aceita, existindo no âmbito dos campos político e jurídico um conflito incessante de interesses, em relação ao monopólio do poder de dizer o direito e de aplicá-lo.

No que se refere à regulação jurídica do investimento estrangeiro, o conflito está claro, uma vez que, na maioria das vezes, os investidores particulares e os Estados hospedeiros possuem interesses opostos. Se, de um lado, os investidores buscam segurança, proteção e incentivo à livre gestão e ao fluxo de capitais, com todas as vantagens que isso representa, do outro, os Estados, embora desejem ou necessitem de capital externo, zelam por sua soberania,

principalmente no que se refere às riquezas e recursos naturais, tema que foi objeto de grande número de resoluções da Organização das Nações Unidas nas décadas de 1960 e 1970 e que volta atualmente com a nacionalização dos hidrocarbonetos na Bolívia.

A instabilidade política no Estado boliviano decorrente da movimentação social que exige uma medida de ordem geral que concentre no poder público a propriedade e a posse dos recursos naturais, culminou com a eleição de um líder sindical à Presidência da República, Evo Morales, e traz novamente para a cena internacional o tema da soberania dos Estados (e dos seus povos) sobre os seus recursos naturais e do direito de nacionalização.

Em cumprimento a uma de suas plataformas eleitorais, Evo Morales nacionalizou as empresas que exploram diretamente os hidrocarbonetos em seu país, com o fundamento de que esses recursos são de propriedade do povo boliviano e que os investidores estrangeiros devem respeitar a sua vontade soberana, estando submetidos às leis da Bolívia. A reação anti-neoliberal de Evo e dos bolivianos, que decidiram em plebiscito a nacionalização, tem causado comoção entre os investidores estrangeiros, principalmente o Brasil, preocupado com a situação da Petrobrás, maior investidora no setor de hidrocarbonetos na região e dependente do gás natural da Bolívia.

Se de um lado, os bolivianos, através de seu governo legítimo, defendem a soberania popular sobre os recursos naturais e exigem o cumprimento da nova legislação nacional sobre hidrocarbonetos por partes das empresas estrangeiras. Do outro, os investidores preferem se ater à garantia da segurança jurídica através do cumprimento dos contratos de concessão e exploração já firmados e das regras internacionais de proteção ao investimento estrangeiro.

O impasse poderá ser resolvido por meio de negociações entre as empresas e o Estado boliviano, mas poderão ser utilizados os mecanismos de solução de controvérsias previstos em contrato ou em acordo bilateral de investimentos, dentre os quais se encontra a arbitragem mista internacional.

Esta situação demonstra que longe de pertencer aos anos de 1970, a discussão sobre soberania e investimento estrangeiro é atual e relevante para as relações internacionais contemporâneas, principalmente diante do aparente despertar da América Latina do sono profundo do neoliberalismo.

A determinação do direito aplicável e da jurisdição competente para solucionar as controvérsias derivadas de nacionalizações de recursos naturais, alterações unilaterais ou resoluções de contratos com os investimentos estrangeiros reflete o estado de arte do conflito de interesses inerente à relação entre investidores e Estados. A alteração de seus preceitos básicos ao logo do tempo demonstra isso.

Inicialmente, o paradigma era a resolução dos litígios envolvendo interesses estrangeiros no âmbito das jurisdições internas dos Estados, segundo a aplicação do seu direito nacional. Para isso, partia-se do princípio da soberania territorial dos Estados e da sua prerrogativa jurisdicional.

A transposição, para o âmbito internacional, de disputas tendo como objeto os interesses de particulares prejudicados pela ação ou omissão de outro Estado estava condicionada ao exercício da proteção diplomática do seu Estado de origem. Mesmo para o acesso à solução arbitral internacional, era necessária a participação do Estado na condição de representante dos interesses dos seus nacionais ou protegidos.

Os conflitos referentes à aplicação de princípios gerais do Direito Internacional no lugar das disposições do direito interno dos Estados e à escolha de mecanismos internacionais de solução de disputas envolvendo interesses de investidores foram muitos e os resultados variaram conforme o estado das relações de força em determinada época.

Nos primeiros anos do século XX, o exercício da proteção diplomática era feito de forma abusiva e usado como fundamento para intervenções diretas e indiretas nos países que realizavam a nacionalização ou que suspendiam o pagamento de dívidas públicas originadas de empréstimos feitos no estrangeiro. Com a Conferência de Haia de 1907, o uso da força foi condenado e a solução pacífica de controvérsias por meio da arbitragem interestatal foi estimulada.

Neste mesmo período, reações às intervenções e ao exercício abusivo da proteção diplomática, principalmente pelos Estados Unidos, ensejou a reação de alguns países latino-americanos. Respaldados por uma doutrina que pregava a igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais, estes países defendiam a competência dos tribunais do Estado hospedeiro do investimento para a solução de controvérsias envolvendo investidor privado estrangeiro. Esta doutrina, conhecida como Doutrina Calvo, não obteve muita aceitação na comunidade internacional, de modo que as controvérsias envolvendo investimento estrangeiro continuaram a ser resolvidas, no plano internacional, através do exercício da proteção diplomática do investidor pelo seu Estado de origem.

Com isso, durante toda a primeira metade do século XX, os conflitos eram, normalmente, resolvidos por arbitragem interestatal ou por ações ajuizadas perante a Corte Permanente de Justiça Internacional e, posteriormente, pela sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça. Ainda que em menor escala, a intervenção econômica estrangeira continuava sendo utilizada, algumas vezes de maneira indireta, através de incentivo e suporte a movimentos insurrecionais.

A solução arbitral interestatal, caracterizada pelo acordo e vontade de dois Estados em submeterem uma controvérsia ao julgamento de um ou mais árbitros escolhidos de comum acordo entre eles, não era rechaçada pelos Estados receptores de investimento, mas não era por eles muito bem vista, uma vez que, em sua maioria, os árbitros resistiam em aplicar o direito do Estado hospedeiro e, ao aplicar os princípios e regras gerais “do Direito Internacional”, emitiam laudos condenando os Estados receptores.

Já as primeiras sentenças proferidas pelas cortes internacionais se mostravam bastante cautelosas em relação aos questionamentos acerca dos preceitos do Direito Internacional Público tradicional, de modo que não se mostraram convenientes aos interesses de alguns investidores.

Na década de 1960 e 1970 os conflitos continuaram, uma vez que muitos Estados novos e menos desenvolvidos realizaram nacionalizações e expropriações de bens de investidores estrangeiros. Estes Estados defendiam a sua soberania jurisdicional, mas os particulares não aceitavam submeter-se à justiça estatal do Estado receptor. Como eles não tinham acesso direto aos mecanismos internacionais de solução de controvérsias, continuavam dependendo da proteção diplomática dos seus Estados de origem, o que politizava as disputas geradas em torno de um investimento estrangeiro realizado por particulares.

Além disso, o exercício da proteção diplomática exige o preenchimento de requisitos, tais como o esgotamento dos recursos internos do Estado onde se processou a violação e a ocorrência de denegação de justiça, em respeito ao princípio da soberania estatal e das prerrogativas jurisdicionais derivadas. Como, em situações de investimento estrangeiro, esses requisitos nem sempre podem ser preenchidos, o instituto da proteção diplomática começou a ser questionado como instrumento adequado para a solução internacional de conflitos envolvendo investidores privados estrangeiros e Estados. Ademais, nenhum ente estatal encontra-se obrigado a conceder a proteção diplomática a um nacional, de modo que os interesses dos investidores privados não estão necessariamente protegidos através deste instituto.

Neste contexto é que o então Presidente do Banco Mundial, Aron Broches, em 1961, lançou a idéia de criar um centro internacional de arbitragem e conciliação que, permitindo o acesso direto dos particulares estrangeiros em procedimentos contra os Estados receptores de investimentos, despolitizasse as controvérsias entre investidores e Estados e contribuísse para o aumento do fluxo de investimentos estrangeiros para os países menos desenvolvidos.

O Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (CIRDI) foi criado pela Convenção de Washington de 1965 e surgiu como uma flexibilização do

paradigma inicial de sujeição do investidor estrangeiro à soberania estatal. A arbitragem realizada por este Centro não só permite o acesso direto dos particulares a um mecanismo arbitral internacional posto em funcionamento contra um Estado, também autoriza, pelo livre acordo entre as partes, a renúncia do Estado às suas prerrogativas jurisdicionais e a aceitação da sua submissão a um foro internacional para discutir a reparação devida a particulares pelo cometimento de atos que não necessariamente configuram ilícitos internacionais.

O sistema do CIRDI, portanto, representou uma flexibilização das regras do Direito Internacional Público tradicional que só prescrevia a responsabilidade internacional dos Estados em caso de prática de ato ilícito, ou seja, em caso de violação de obrigação internacionalmente contraída.

A Convenção de Washington de 1965 possui caráter declaratório, de modo que, para entrar em funcionamento necessita da manifestação de vontade das partes envolvidas numa controvérsia, ou seja, um investidor privado (pessoa física ou jurídica) e um Estado. Para que o investidor figure como parte numa controvérsia instaurada perante os tribunais do CIRDI, é preciso, inicialmente, que o seu Estado de origem tenha ratificado a Convenção de Washington de 1965. Em seguida, é necessária a manifestação de consentimento por parte do investidor em relação à submissão de uma determinada controvérsia ou rol de controvérsias ao Centro.

O caso recente envolvendo as controvérsias entre a Bolívia e os investidores estrangeiros, incluindo a Petrobras, ilustra bem essa questão. O Estado boliviano é parte da Convenção de Washington de 1965 que instituiu o CIRDI, sendo alvo de controvérsias com multinacionais da água, como a Bechtel, num passado bem recente. Além disso, a Bolívia, assim como a maioria dos países, tem celebrado acordos bilaterais para promoção de investimentos com vários Estados de origem das multinacionais atuantes no país. O Brasil, de outro lado, não ratificou a Convenção, mas a atuação da Petrobras na Bolívia é coordenada pela PIB-BV, subsidiária incorporada segundo as leis da Holanda, país que, além de possuir acordos de promoção de investimentos com a Bolívia, participa da Convenção do CIRDI. Em razão disso, este Centro arbitral pode vir a ser utilizado pela Petrobras em nome da sua subsidiária holandesa, para solucionar as controvérsias geradas pela nacionalização dos hidrocarbonetos realizada pelo Estado boliviano, apesar do Brasil não fazer parte da Convenção.

No caso dos Estados, além da ratificação da referida Convenção, para que figurem como parte numa arbitragem realizada no âmbito do CIRDI, é necessária uma manifestação de vontade expressa e por escrito acordando em se submeter à jurisdição do Centro em

relação a uma controvérsia ou rol de controvérsias específico. As partes numa controvérsia devem, ainda, fixar o direito e as regras procedimentais aplicáveis, a composição do tribunal e a escolha dos árbitros.

Ainda utilizando como exemplo o caso da Bolívia, tem-se que, além da ratificação da Convenção do CIRDI, é preciso que este Estado manifeste de maneira expressa e inequívoca o seu consentimento em ser acionado perante este Centro arbitral pelos investidores que se sentiram lesados pela medida que determinou a nacionalização de algumas de suas ações e a alteração dos contratos de concessão de hidrocarbonetos.

O consentimento de ambas as partes assume, então, grande importância na estrutura montada pela Convenção do CIRDI e parece garantir a legitimidade do sistema e a sua compatibilidade com as prerrogativas inerentes ao poder soberano dos Estados, grande pilar do sistema jurídico internacional.

Apesar do seu caráter declaratório, a Convenção que instituiu o CIRDI apresenta uma série de regras supletivas, que são aplicadas em caso de inexistência de acordo entre as partes de uma controvérsia. Isto significa que, uma vez dado o consentimento inicial, se as partes não chegarem a um acordo sobre o procedimento e as normas aplicáveis e a composição do tribunal arbitral, ou se uma delas resistir em colaborar, estão previstas na carta constitutiva da organização uma série de regras subsidiárias que permitirão a continuidade do procedimento; tudo isso em prol do cumprimento do compromisso inicial e do “efeito útil” dos tratados. Essa é uma das características que diferenciam a arbitragem institucional do CIRDI das demais arbitragens públicas ou privadas existentes.

Resta saber, então, como a manifestação de vontade é tratada pelo sistema arbitral do CIRDI e em que medida a interpretação que os árbitros deste Centro fazem do consentimento dos Estados interfere na autonomia da vontade destes, de renunciarem à sua própria jurisdição. Em outras palavras, se faz mister investigar quais os interesses que foram privilegiados com a criação desta modalidade de solução de controvérsias e quais posicionamentos dos interesses vencidos foram incorporados em seu bojo, a fim de lhe conferir legitimidade e aceitação generalizada da comunidade internacional.

Apesar do ostracismo dos primeiros anos, o CIRDI se tornou a partir da década de 1990 o centro mais requisitado para administrar arbitragens envolvendo investidores e Estados hospedeiros, principalmente aqueles considerados Estados em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo. A situação da Argentina ilustra bem este fato pois, após ratificar a Convenção de Washington de 1965 e celebrar uma série de acordos bilaterais de investimento prevendo a possibilidade de solução arbitral de controvérsias, o Estado argentino

se tornou alvo de uma enxurrada de procedimentos arbitrais no CIRDI, propostos por investidores estrangeiros que tiveram interesses prejudicados com a crise financeira e econômica que assolou o país nos idos de 2002.

A intensa atuação deste Centro e da sua peculiar dinâmica em relação ao envolvimento dos Estados hospedeiros numa arbitragem internacional direta com particulares justifica a pesquisa acerca do papel do CIRDI na condição de entidade administradora de arbitragem internacional privada com a participação do Estado.

O problema a ser enfrentado é o de saber qual o papel do CIRDI na regulação do investimento estrangeiro e como este centro arbitral interfere na soberania estatal quando examina a manifestação da vontade do Estado em submeter-se a uma jurisdição internacional arbitral, renunciando, assim, a sua processualidade estatal.

Em outras palavras, questiona-se como o consentimento dos Estados à arbitragem do CIRDI é tratado pela Convenção de Washington de 1965 e como os seus árbitros têm interpretado este requisito basilar da arbitragem.

A hipótese principal é a de que o sistema inaugurado pela Convenção de Washington privilegia a proteção e a segurança do investimento estrangeiro em detrimento da prerrogativa estatal de exercer ou de renunciar autonomamente a jurisdição sobre as pessoas e as coisas localizadas no seu território.

Uma segunda hipótese é a de que a arbitragem do CIRDI, apesar da sua capa de neutralidade e imparcialidade, corresponde à necessidade de transferência dos conflitos envolvendo interesses econômicos para sistemas privados de justiça, alheios a considerações de ordem pública.

O objetivo geral do trabalho é, portanto, analisar a repercussão da arbitragem do CIRDI no exercício das prerrogativas jurisdicionais do Estado soberano, através do exame do contexto de criação deste centro arbitral, dos seus fundamentos teóricos e da prática dos seus tribunais arbitrais.

O método científico utilizado para analisar o tema proposto será o dedutivo, aliado a uma abordagem relacional do objeto de estudo, voltada para a análise das condicionantes históricas, econômicas e políticas da regulação jurídica.

Parte-se do princípio de que o Direito está intrinsecamente ligado à sociedade que visa regular, influenciando e sendo influenciado pelos sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais. No interior do sistema jurídico, especialmente no plano internacional, há uma incessante luta de interesses, a fim de conquistar o monopólio de dizer e de aplicar o Direito e é esta a idéia que norteará a realização do trabalho. Serão essas as lentes com as quais se

examinará a questão da arbitragem internacional mista sobre questões envolvendo os investimentos estrangeiros.

A apresentação do trabalho está dividida em duas partes. A primeira será dedicada ao exame de aspectos gerais da regulação jurídica da solução de controvérsias entre particulares e Estados e à análise dos fundamentos teóricos do CIRDI. Já a segunda, será dedicada à análise da prática arbitral do CIRDI em relação ao consentimento dos Estados, na qual serão analisados alguns casos submetidos à arbitragem mista do Centro.

A quem serve o CIRDI e qual a sua dinâmica em relação à manifestação da vontade dos Estados? É este o mérito do problema.

PRIMEIRA PARTE

A arbitragem internacional mista e o Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI)

Introdução à Primeira Parte

A primeira parte deste trabalho será composta de dois capítulos. O primeiro versará sobre a solução de controvérsias envolvendo investimentos e as condicionantes históricas, políticas e econômicas da sua regulação internacional. Inicialmente, será esclarecida a noção de investimento adotada por este trabalho, tendo como referência as noções utilizadas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pela Organização para a Cooperação e para o Desenvolvimento Econômico (OCDE). Feito esses esclarecimentos preliminares, o capítulo será dedicado ao exame das regras de Direito Internacional sobre a competência jurisdicional para solucionar controvérsias envolvendo interesses privados. Este exame levará em consideração o contexto e as necessidades do período histórico de sua elaboração.

A análise será realizada a partir de dois períodos considerados importantes para a expansão do investimento privado estrangeiro: o primeiro que vai do final do século XIX ao início do século XX e o segundo, que começa a partir da segunda metade do século XX até os dias atuais. Em cada período serão analisados: a situação do investimento estrangeiro, as relações entre investidores e Estados e o estágio da regulação internacional com especial atenção para os mecanismos de solução de controvérsias disponíveis. Serão considerados, ainda, os conflitos de interesses entre os Estados e o papel das organizações internacionais na sua composição, através da elaboração de resoluções, manuais e códigos de condutas relacionados com os investimentos estrangeiros.

O segundo capítulo discorrerá sobre os fundamentos teóricos do CIRDI. A análise será realizada a partir do exame do texto convencional e de documentos e referências bibliográficas relativos ao contexto de sua elaboração. O exame dos dispositivos da Convenção levará em consideração as discussões travadas nos trabalhos preparatórios e as condicionantes da redação final do tratado. Será dada especial atenção aos comentários do texto elaborados pelos diretores executivos do Banco Mundial e às opiniões de Aron Broches, idealizador e primeiro presidente do CIRDI. A maior parte deste capítulo será dedicada ao exame dos requisitos impostos pela Convenção à jurisdição do Centro, principalmente no que se refere à manifestação voluntária do consentimento das partes envolvidas na controvérsia.

CAPÍTULO 1

A solução de controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados: as condicionantes econômicas, históricas e políticas da regulação internacional

Introdução

O presente capítulo tem por finalidade fornecer o panorama regulatório da solução de controvérsias entre investidores e Estados, enfatizando as condicionantes econômicas, históricas e políticas da regulação internacional do tema.

A apresentação do capítulo estará organizada em dois grandes itens e nas suas subdivisões. O primeiro item será dedicado à noção de investimento adotada pelo Direito Internacional convencional e não convencional, esclarecendo-se qual a definição de investimento adotada neste trabalho.

Já o segundo item versará sobre a competência jurisdicional para solucionar controvérsias entre investidores e Estados segundo o Direito Internacional. Este tópico será dividido em dois subitens, em função de recortes históricos correspondentes aos dois principais períodos de expansão dos investimentos estrangeiros. O primeiro tópico compreenderá o primeiro período de expansão dos investimentos que vai do final do século XIX à primeira metade do século XX. Já o segundo, tratará do período correspondente à segunda metade do século XX. Em ambas as subdivisões serão abordadas a situação dos investimentos, as relações entre investidores e Estados e a regulação jurídica dos investimentos e da solução de controvérsias envolvendo investidores e Estados.

A metodologia utilizada na exposição deste primeiro capítulo tem por objetivo ressaltar as ligações existentes entre os sistemas políticos e econômicos e o sistema jurídico e as condicionantes da regulação jurídica dos investimentos estrangeiros. Esta será a tônica de todo o trabalho, devendo esta primeira parte servir de base para as análises posteriores sobre o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimentos.

1. O investimento estrangeiro segundo o Direito Internacional

1.1 Definição

A noção de investimento estrangeiro¹ é uma das variáveis utilizadas na presente pesquisa, sendo necessário fixar preliminarmente o seu conceito.

A noção de investimento estrangeiro é de origem econômica e implica a afetação de bens de nacional de um país ao exercício de uma atividade econômica, de caráter duradouro e com objetivo de lucro, a ser desenvolvida em país estrangeiro (PUCCI, 2003, p. 52).

Segundo Chesnais (1996, p. 51-53) o investimento estrangeiro consiste numa das três dimensões da internacionalização do capital. A primeira dessas dimensões é o intercâmbio comercial, a segunda, o investimento produtivo no exterior e a terceira, os fluxos de capital monetário ou financeiro. O investimento estrangeiro, portanto, possui qualitativos que o difere do simples comércio exterior, tais como a falta de liquidez imediata, a dimensão intertemporal e a transferência de direitos patrimoniais. Além disso, o referido autor ressalta que o investimento estrangeiro contém um componente estratégico que se torna evidente nas mais variadas razões que determinam a decisão de investir.

A regulação jurídica do investimento estrangeiro está sujeita em geral a três ordenamentos jurídicos: o do Estado de origem do investidor, o do Estado receptor do investimento e o do Direito Internacional. A regulação interna dos investimentos pelos Estados varia conforme as políticas e ideologias adotadas por cada um deles. O mesmo acontece com o Direito Internacional, embora este devesse tratar de maneira uniforme algumas questões referentes aos investimentos estrangeiros.

Patrick Juillard (1994, p. 22-23) ressalta que a noção de investimento foi ignorada pelo Direito Internacional por muito tempo, permanecendo de caráter costumeiro a regulação jurídica internacional voltada para a proteção e o tratamento justo e equitativo da pessoa do estrangeiro e de seus bens. Somente após a Segunda Guerra é que a noção de investimento de caráter dinâmico substitui o caráter estático da noção de bem. Entretanto, apesar de existir hodiernamente o que se chama de Direito do Investimento Internacional, consistente em princípios e regras voltados para definir o tratamento e a proteção dos investimentos e

¹ Há quem diferencie os termos investimento estrangeiro e investimento internacional, afirmando que o primeiro trata do investimento sob a perspectiva do Estado receptor, enquanto o segundo, do investimento sob a ótica daquele que investe em uma economia outra que não a sua de origem (PUCCI, 2003). No presente trabalho será utilizado apenas a expressão investimento estrangeiro.

permitir a sua livre circulação, não há uma definição jurídica de investimento estrangeiro de caráter geral.

1.2 As fontes jurídicas não convencionais

As fontes não convencionais do Direito Internacional utilizam a noção econômica tradicional reproduzida por documentos elaborados no âmbito de organizações internacionais de caráter econômico, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE).

O Manual de Balança de Pagamentos do FMI conceitua investimento estrangeiro, dividindo-o em função da duração e dos objetivos, em dois tipos: investimento externo direto e investimento de portfólio, também chamado de carteira de investimentos. Segundo este documento, investimento externo direto é a “categoria do investimento internacional que reflete o objetivo de um residente (pessoa física ou jurídica) em um país em *interesse duradouro* em empresa situada em outro país ou economia. *O interesse duradouro* implica a existência de uma relação a longo prazo entre o investidor e a empresa na qual investe e um significativo grau de influência do investidor na gestão desta empresa. Além disso, o investimento direto inclui não só as transações iniciais, como também as transações entre investidor e empresa, e entre estes e empresas filiadas, incorporadas ou não”².

Já o investimento em portfólio consiste em “aplicações financeiras sob a forma de títulos públicos e privados, inclui ações, bônus, *debêntures*, títulos de dívida pública e, em geral, não implica uma participação ativa do investidor na gestão de uma empresa”³.

² No original: “*Direct investment* is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy. (The resident entity is the direct investor and the enterprise is the direct investment enterprise.) The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. *Direct investment* comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated.” Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf> (acesso em 05/01/2006).

³ No original: “*Portfolio investment* includes, in addition to equity securities and debt securities in the form of bonds and notes, money market instruments and financial derivatives such as options. Excluded are any of the aforementioned instruments included in the categories of *direct investment* and *reserve assets*. (...) Debt securities are subdivided into bonds and notes, money market instruments, and financial derivatives that include a variety of new financial instruments. (...) Equity securities covers all instruments and records acknowledging, after the claims of all creditors have been met, claims to the residual values of incorporated enterprises. Shares, stocks, participation, or similar documents (such as American Depositary Receipts) usually denote ownership of equity. Preferred stock or shares, which also provide for participation in the distribution of the residual value on dissolution of an incorporated enterprise, are included. Mutual funds and investment trusts also are included.” Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf> (acesso em 05/01/2006).

O Código de Liberalização de Movimento de Capitais elaborado pela OCDE segue o parâmetro lançado pelo FMI, estabelecendo princípios diretivos para a definição de investimento direto. Segundo este código, o investimento direto implica o estabelecimento de relações econômicas duradouras mediante a criação, extensão ou participação numa empresa nova ou já existente, com possibilidade de influência do investidor na gestão da empresa. O referido código estima em cinco anos ou mais o tempo de duração padrão de um investimento a longo prazo deste tipo⁴.

Como na definição do FMI prevalecem os critérios qualitativos, a aferição do *interesse duradouro* e do controle de gestão dependem de levantamentos detalhados juntos às empresas, filiais e subsidiárias, o que se mostra bastante difícil. Por esta razão, o FMI e a OCDE, através das administrações dos bancos centrais nacionais dos seus países membros, fizeram adotar uma série de convenções referentes à adoção de um patamar, medido em participação no capital, a partir do qual se pudesse afirmar a existência de controle de uma empresa sobre outra. O patamar, escolhido de maneira arbitrária, foi o de 10% (dez por cento). A partir desse critério, diz-se, portanto, que o investimento é direto quando o investidor detém 10% ou mais das ações ordinárias ou do direito de voto de uma empresa. Abaixo disso, o investimento é contabilizado como investimento em carteira, sendo descartado o controle na gestão do empreendimento (CHESNAIS, 1996, p. 56-57).

Vale ainda ressaltar que, nas décadas de 1960 e 1970, alguns autores identificaram um tipo de investimento diferenciado que teria gerado um novo conceito de investimento internacional. Esse novo tipo de investimento era realizado por meio de contratos de concessão e de exploração de recursos naturais celebrados entre investidores particulares e Estados com menor grau de desenvolvimento. Os contratos desse tipo foram chamados de “acordos para o desenvolvimento econômico”, sendo constituídos sob a forma de empresas mistas (*joint-venture*) compostas por ações pertencentes tanto ao investidor quanto ao Estado receptor e acordos subsequentes de administração, execução e gerenciamento. O diferencial desse tipo de investimento seria a sua influência direta no desenvolvimento econômico do Estado receptor. Entretanto foi apontado que tal característica não era exclusiva dos

⁴ No original: “I. Direct Investment. Investment for the purpose of establishing lasting economic relations with an undertaking such as, in particular, investments which give the possibility of exercising an effective influence on the management thereof: A. In the country concerned by non-residents by means of: 1. Creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of an existing enterprise; 2. Participation in a new or existing enterprise; 3. A loan of five years or longer. B. Abroad by residents by means of: 1. Creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of an existing enterprise; 2. Participation in a new or existing enterprise; 3. A loan of five years or longer.” Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/10/62/4844455.pdf> (acesso em 05/01/2006).

investimentos na exploração de recursos naturais, não havendo qualquer razão para a configuração de uma categoria jurídica autônoma (PUCCI, 2003, p. 55-58).

Para a presente pesquisa, relevância maior assume a noção de investimento estrangeiro direto, incluída nessa categoria os investimentos na exploração de recursos naturais realizados por investidores estrangeiros em Estados com menor grau de desenvolvimento.

1.3 As fontes jurídicas convencionais

As convenções internacionais voltadas para a regulação de alguns aspectos do investimento estrangeiro podem ser de caráter multilateral, regional ou bilateral. As definições constantes dessas convenções ou acordos respondem às finalidades e objetivos específicos por ele perseguidos, podendo ser mais ou menos amplas.

Os acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos celebrados entre Estados de origem dos investidores e Estados receptores ou hospedeiros possuem a característica de encorajar o investimento de nacionais de um dos Estados contratantes na economia do outro Estado contratante. O encorajamento é feito através da fixação de *standards* de proteção ao investidor, como a garantia de tratamento nacional não discriminatório, justo e equitativo, a concessão de garantias relacionadas com a repatriação do capital e do lucro, a proteção contra expropriações e nacionalizações e a solução de controvérsias por meio da arbitragem internacional. Por esta razão, a definição de investimento nesses acordos é, em geral, extremamente ampla, representada pela expressão “bens, interesses e direitos de qualquer natureza”, seguido por um rol exemplificativo que engloba bens móveis e imóveis; ações e outras formas de participação societária; obrigações e créditos de valor econômico; direito de autor, marcas, propriedade industrial e concessões de exploração de recursos naturais⁵.

Os acordos multilaterais de âmbito regional, cujo objetivo é a criação de zonas de cooperação e integração econômica, contêm na esteira dos acordos bilaterais, definições bem amplas de modo a facilitar a circulação de capitais e abarcar o maior número possível de aportes de bens tangíveis e intangíveis, voltados para a realização de atividades econômicas a longo prazo no âmbito do bloco regional.

O Tratado de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), constituído pelos Estados Unidos, Canadá e México em 17 de dezembro de 1992 com vistas a suprimir as

⁵ Para mais sobre acordo bilateral de investimento, ver: JUIILLARD, 1994, MAURO, 2003; PARRA, 1997; PUCCI, 2003; SACERDOTI, 1987.

barreiras tarifárias e não tarifárias existentes no comércio entre os três Estados contratantes, define investimento no capítulo XI, Seção-C, art. 1139 como sendo uma empresa, uma participação societária numa empresa que garanta participação nas receitas e nos lucros, empréstimos feitos a uma empresa afiliada por um prazo superior a três anos, bens tangíveis ou intangíveis adquiridos ou utilizados na obtenção de ganhos econômicos, direitos advindos de contrato de concessão ou outras atividades realizadas no território de outro Estado-parte⁶.

No âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), bloco regional constituído pelo Tratado de Assunção celebrado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai em 26 de março de 1991, o Protocolo de Colônia voltado para a promoção e proteção recíproca de investimentos, oriundos de nacionais dos Estados membros, define investimento como sendo todo tipo de ativo, investido direta ou indiretamente por investidores de uma das partes contratantes no território de outra parte contratante. Em especial, os dispositivos fazem referência à propriedade de bens móveis e imóveis, ações e outras formas de participação societária, títulos de crédito, direitos de propriedade intelectual e concessões econômicas de direito público⁷.

⁶ No original: “ investment means: (a) an enterprise; (b) an equity security of an enterprise; (c) a debt security of an enterprise (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise; (d) a loan to an enterprise (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the loan is at least three years, but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise; (e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise; (f) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d); (g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and (h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise; but investment does not mean, (i) claims to money that arise solely from (i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or (ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or (j) any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h).” Disponível em: http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=161#A1139 (acesso em 05/01/2006).

⁷ Artigo 1. O termo "investimento" designa todo tipo de ativo, investido direta ou indiretamente, por investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, em conformidade com as leis e a regulamentação dessa última. Inclui, em particular, ainda que não exclusivamente: a) a propriedade de bens móveis e imóveis, assim com os demais direitos reais tais como hipotecas, cauções e direitos de penhor; b) ações, quotas societárias e qualquer outro tipo de participação em sociedades; c) títulos de crédito e direitos a prestações que tenham um valor econômico; os empréstimos estarão incluídos somente quando estiverem diretamente vinculados a um investimento específico; d) direitos de propriedade intelectual ou imaterial, incluindo direitos de autor e de propriedade industrial tais como patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, know-how e fundo de comércio; e) concessões econômicas de direito público conferidas em conformidade com a lei, incluindo as concessões para a pesquisa, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais. Disponível em: <http://200.40.51.219/msweb/principal/contenido.asp> (05/01/2006).

Por fim, cabe mencionar as definições contidas nos acordos multilaterais de caráter geral relativos a questões envolvendo investimento estrangeiro. Não existe um acordo generalizado sobre investimento que abarque de modo amplo o tema, embora no âmbito da OCDE tenha se tentado elaborar um Acordo Multilateral de Investimentos (AMI), a fim de regular a liberalização dos investimentos no plano internacional. O projeto não obteve êxito pela ausência de acordo entre os países sobre algumas de suas disposições, além das críticas referentes ao completo descaso do “clube dos ricos” em relação aos interesses e necessidades dos países em desenvolvimento que não participaram do processo de elaboração do texto nem tiveram os seus interesses contemplados na versão final. Na França, as pressões das organizações não-governamentais contra o acordo fizeram o governo recuar e abandonar a sua participação no projeto do AMI.

Os acordos multilaterais existentes sobre investimentos versam sobre temas específicos. A Convenção de Washington de 1965 que instituiu o Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI), destinada à solução de controvérsias por meio de arbitragem e conciliação das disputas envolvendo investidores e Estados hospedeiros; a Convenção de Seul de 1985 que instituiu a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), destinada a proteger as operações de investimentos a longo prazo, realizados em países em desenvolvimento, contra riscos políticos e o Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (TRIMS), que integra os acordos que instituíram a Organização Mundial do Comércio (OMC) e tem como objetivo impedir a restrição à livre gestão do investimento e do investidor em matérias vinculadas ao comércio.

Em nenhum dos casos há uma definição precisa de investimento estrangeiro. Em relação ao tratado que constitui a MIGA, do art. 12 que dispõe sobre investimentos suscetíveis de serem assegurados, é possível identificar uma noção ampla de investimento correspondente a qualquer aporte de capital, equipamentos, máquinas e tecnologia feito a médio e longo prazo, assim como qualquer outra forma de investimento direto definido pelo Conselho de Administração da organização⁸.

Já o TRIMS não define com precisão o que seriam investimentos vinculados ao comércio, embora possa se depreender dessa expressão a importação de produtos por uma

⁸ No original: “Article 12. Eligible Investments. (a) Eligible investments shall include equity interest, including medium- or long-term loans made or guaranteed by holders of equity in the enterprise concerned, and such forms of direct investment as may be determined by the Board. (b) The Board, by special majority, may extend eligibility to any other medium- or long-term form of investment, except that loans other than those mentioned in Section (a) above may be eligible only if they are related to a specific investment covered or to be covered by the Agency.” Disponível em: <http://www.miga.org/sitelevel2/level2.cfm?id=1120#3> (acesso em 05/01/2006).

empresa para utilização na sua atividade produtiva, assim como o acesso a divisas estrangeiras por uma sociedade.

O presente trabalho utilizará como fonte jurídica convencional o tratado constitutivo do CIRDI em razão deste instituto ser o verdadeiro objeto da pesquisa a ser realizada. Conforme se detalhará no capítulo seguinte, a Convenção do CIRDI não define com precisão o que entende por investimento internacional, embora esclareça que o caráter internacional do investimento advém da diferença de nacionalidade do investidor em relação ao Estado receptor do investimento, estabelecendo quais são os critérios de determinação de nacionalidade aceitos.

É, portanto, referência essencial deste trabalho a noção de investimento fornecida pelo Manual da Balança de Pagamentos do FMI e pelo Código de Liberalização de Capitais da OCDE, assim como o são os critérios definidores do investimento internacional fornecidos pela Convenção de Washington de 1965.

A partir das noções expostas acima que serão realizados nos itens a seguir, estudos a respeito da regulação jurídica do investimento estrangeiro com ênfase particular na competência para solucionar controvérsias envolvendo investimentos realizados por particulares em outro Estado que não o seu de origem.

2. A evolução da competência jurisdicional sobre controvérsias envolvendo investidores estrangeiros e Estados

A operação de investimento estrangeiro envolve a presença de três atores: o investidor particular, o seu Estado de origem e o Estado receptor do investimento. A regulação deste aporte de capital, portanto, pode estar sujeita ao ordenamento jurídico do Estado de origem do investidor, assim como às regras jurídicas do Estado que recebe o investimento e a princípios e regras do Direito Internacional, de origem costumeira ou convencional.

Diante dessa multiplicidade de conexões, as controvérsias surgidas de investimentos realizados no exterior podem, em princípio, ser resolvidas por mais de um órgão jurisdicional, devendo, portanto, ser estabelecidas regras de determinação de competência, a fim de evitar decisões conflitantes e alcançar a tão almejada segurança jurídica.

Conforme salientado anteriormente, o Direito Internacional apenas recentemente começou a se dedicar à regulação do investimento internacional, utilizando inicialmente os princípios costumeiros sobre a condição jurídica do estrangeiro e a proteção à sua pessoa e a seus bens, como fonte regedora das relações entre investidores e Estados.

Além dos princípios referentes à condição jurídica do estrangeiro, a determinação de competência relativa a essas relações contratuais diretas entre investidores estrangeiros particulares e Estados e suas repartições e agências encontra-se sujeita aos princípios e regras determinadas pelo Direito Internacional em relação aos direitos e deveres dos Estados ou às suas prerrogativas funcionais, bem como à responsabilidade internacional.

Entretanto, a regulação jurídica do investimento estrangeiro não se manteve estática ao longo do tempo, sendo transformada juntamente com a modificação da conjuntura política e econômica internacional. Necessário se faz, portanto, situar a criação da regulação jurídica internacional sobre o investimento estrangeiro, com ênfase na solução de controvérsias, em relação às condicionantes existentes no campo político e econômico.

2.1 As Regras Gerais sobre Competência Jurisdicional no Direito Internacional

2.1.1 A prerrogativa da jurisdição nacional para solucionar controvérsias entre Estados e particulares

A sociedade internacional do século XIX possuía um caráter eminentemente interestatal e o Direito Internacional da época considerava o Estado como único e exclusivo ator das relações internacionais. Este direito baseava-se no princípio da soberania estatal, tendo-o como um dos seus princípios mais caros.

Muito embora hodiernamente não seja considerado possível construir racionalmente uma teoria do Direito Internacional, baseado na soberania estatal, a idéia de soberania e de Estado ainda ocupam papel determinante no conjunto do Direito Internacional considerado moderno, mesmo com o surgimento de novos atores na arena internacional como as organizações de Estados e de indivíduos com os mais variados fins (FERRAJOLI, 2002).

A noção de soberania é extremamente complexa e um estudo pormenorizado dos condicionamentos históricos desta noção e dos seus qualificativos foge ao escopo deste trabalho. Entretanto, é necessário salientar que se adota como ponto de partida a noção de soberania como sinônima de independência apoiada na noção de competência. Em outras palavras, a noção de soberania estatal implica exclusividade, autonomia e plenitude de competências exercidas pelos Estados.

As características de independência e autonomia dos Estados soberanos implicam o exercício de competência sobre o seu território e sobre as pessoas e coisas nele situadas. Nesse sentido é que a jurisdição *prima facie* exclusiva sobre um território e sobre a população permanente que nele vive, juntamente como o dever de não ingerência na área de jurisdição exclusiva dos outros Estados, é considerado um direito ou uma prerrogativa funcional indispensável para a configuração de sua personalidade jurídica internacional. Desta prerrogativa deriva o caráter voluntário da jurisdição internacional representada pelos tribunais constituídos internacionalmente, de caráter judicial ou arbitral (BROWNLIE, 1997, p. 309).

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), no capítulo IV, art. 15, consagra expressamente o direito do Estado de exercer a jurisdição no seu território. No âmbito da Organização das Nações Unidas, o projeto de Declaração elaborado em 1949 pela Comissão de Direito Internacional considerou o direito de exercer a jurisdição no território nacional como um direito fundamental do Estado, embora a Declaração de Princípios sobre relações amigáveis e cooperação entre os Estados, elaborada em 1970 pela Assembleia Geral, o consagre apenas de maneira indireta ao mencionar o dever de não intervenção nos assuntos de jurisdição doméstica (MELLO, 2004, p. 442-443).

Interessa mencionar a ressalva de alguns autores no sentido de que o uso dos termos soberania, jurisdição e competência é feito de forma inconsistente nas fontes jurídicas internacionais. Em relação ao uso dos termos soberania e jurisdição, Brownlie (1997, p. 121-122) salienta que algumas vezes, a soberania é utilizada para designar a totalidade dos direitos do Estado e a jurisdição, um feixe mais reduzido de direitos, liberdades e poderes. Em outros casos, utiliza-se o termo soberania para descrever a competência jurídica que os Estados possuem em caráter geral e a jurisdição, para referir a uma função específica desta competência como a função de dizer e de aplicar o direito sobre o território nacional.

No que se refere à utilização indiscriminada dos termos jurisdição e competência, Guido Soares (1964, p. 18-19) esclarece que a jurisdição, entendida como poder de dizer o direito, não pode ser confundida com a noção de competência, verdadeira medida da jurisdição. Entretanto, o autor reconhece que em muitas obras sobre o tema utiliza-se a competência judiciária internacional como sinonímia de competência com jurisdição. Essa sinonímia será utilizada no presente trabalho, no qual as expressões jurisdição e competência jurisdicional designarão igualmente a prerrogativa do Estado soberano de dizer o direito na esfera do seu território e sobre as pessoas e coisas nele situados.

A jurisdição dos Estados encontra-se delimitada pelo Direito Internacional, a fim de garantir a sua existência e a coexistência dos Estados igualmente soberanos que coabitam na ordem internacional. É possível identificar três critérios de determinação da competência jurisdicional dos Estados: o critério territorial, o pessoal e o material (DINH, DAILLIER, PELLET, 1999, p. 416-458).

O principal critério de determinação da competência jurisdicional dos Estados é o critério espacial ou em razão do seu território, segundo o qual a competência jurisdicional dos Estados se confunde com os limites políticos do território estatal, dentro do qual o Estado tem plenitude e exclusividade no exercício de suas competências. Estas abrangem todas as funções tipicamente estatais e todas as pessoas que se encontrem no seu território, ainda que não sejam consideradas nacionais. Isso significa que os nacionais de um Estado, pessoas físicas ou jurídicas, que residam ou exerçam atividades no território de outro Estado estarão submetidos à soberania territorial plena deste último.

Para além do critério territorial, a competência estatal pode ser fundamentada por um título pessoal que autoriza os Estados a invocar sua competência para agir em razão de um vínculo de fidelidade que o liga a uma pessoa, em geral, seu nacional. A necessidade de invocar sua competência a este título se mostra quando o nacional que visa proteger se encontra em território estrangeiro. Entretanto, esse critério concorrerá com o critério territorial de determinação jurisdicional do Estado no qual reside o nacional e para ser oponível a terceiros, terá que respeitar certas condições. Em outras palavras, o Estado está autorizado pelo Direito Internacional a regulamentar a vida de um nacional seu onde quer que se encontre e a proteger os seus interesses comprometidos pelo comportamento de outros Estados fora do seu território nacional. Esse critério, entretanto, é subsidiário em relação ao critério territorial.

É possível identificar, ainda, outro critério de determinação da jurisdição estatal, qual seja o do título material ou do serviço público. Em razão da atividade pública exercida fora dos seus limites territoriais, como por exemplo os serviços diplomáticos e consulares, um Estado está autorizado a exercer sua jurisdição sobre essas atividades, bem como sobre as pessoas (funcionários públicos) que as exercem. Este critério também é considerado subsidiário em relação ao critério territorial.

O Direito Internacional garante aos Estados a plenitude e a exclusividade no exercício da jurisdição sobre o seu território, mas pode, por meio de normas consuetudinárias e

convencionais, limitar a abrangência espacial da jurisdição estatal. Esta *heterolimitação*⁹ é representada principalmente pelas imunidades diplomáticas e consulares; pela criação de organizações internacionais voltadas para a elaboração e implementação de padrões de proteção dos indivíduos e pelas de organizações internacionais mais recentes voltadas para a regulação de matérias antes pertencentes à esfera de competência exclusiva dos Estados. Pode-se também enquadrar no rol das *heterolimitações* as convenções internacionais criadoras de jurisdições internacionais arbitrais, que em verdade, implicam uma renúncia à processualidade estatal. É bem verdade que esta espécie de limitação pode ser considerada como uma limitação consentida pelos Estados, na medida em que é realizada por meio de tratados internacionais de caráter multilateral. Em todo o caso, mesmo posteriormente aceita pelos Estados, a sua origem lhe é exterior, razão pela qual prevalece o critério exógeno de classificação.

O âmbito espacial da jurisdição territorial de um Estado também pode ser limitado por disposições do seu próprio sistema legal. Nesses casos, diz-se que há uma *autolimitação*, que pode se dar pela edição de dois tipos de normas: regras internas de competência judiciária internacional que reconhece a jurisdição de outros Estados, ainda que em caráter concorrente com a jurisdição interna, e regras internas que permitem a mais ampla eleição de foro, seja para uma jurisdição estatal, seja para uma jurisdição construída pelas partes, isto é, uma jurisdição arbitral.

Diante deste padrão regulatório, é possível afirmar que, segundo o Direito Internacional do século XIX, os Estados possuem uma prerrogativa jurisdicional em relação à situação dos estrangeiros residentes e proprietários de bens em seu território. Portanto, a solução de controvérsias envolvendo interesses privados estrangeiros e interesses de nacionais ou o interesse público é realizada pelos tribunais nacionais do Estado de residência sem qualquer interferência externa.

2.1.2 A proteção diplomática como recurso para proteção do estrangeiro na ordem internacional

As controvérsias ocorridas entre Estados e particulares estrangeiros residentes ou investidores em seu território eram regidas pelos direitos internos desses Estados. Os

⁹ Adota-se expressamente a expressões *heterolimitação* e *autolimitação* da jurisdição estatal, utilizadas por Guido Soares, 1984.

interesses dos indivíduos só poderiam ser protegidos pela ordem internacional se o seu Estado de origem intervisse e assumisse junto ao Estado hospedeiro a causa do seu nacional, endossando a sua reclamação.

Esse mecanismo clássico de proteção dos interesses dos particulares pelo Direito Internacional é o conhecido instituto da proteção diplomática, entendido como direito do Estado de proteger os seus nacionais contra violações dos seus direitos individuais cometidas por autoridades de outro Estado. A ação diplomática dos Estados em favor de seus nacionais consiste geralmente em diligências diretas junto às autoridades políticas e administrativas do país anfitrião. Em caso de fracasso, pode-se tomar a via contenciosa e procurar a responsabilização internacional do Estado autor da infração, ação essa que encontra os seus limites na aceitação da instância arbitral ou jurisdicional solicitada (DINH, DAILLIER, PELLET, 1999, p. 455).

Considerada mais que um dever de proteção aos seus nacionais, a proteção diplomática é entendida como um direito do Estado de ver o Direito Internacional respeitado na pessoa do seu nacional. O endosso da reclamação de um particular que teve os seus direitos violados por autoridade estrangeira não é uma obrigação do seu Estado de origem, mas sim um direito que pode ou não ser exercido, a partir de uma decisão discricionária, normalmente sujeita à conveniência e oportunidade políticas. Isso significa que a simples solicitação de proteção diplomática feita por um nacional ao seu Estado de origem não garante ao mesmo a proteção desejada, podendo o Estado julgar inconveniente ou desnecessária a sua intervenção.

De formação costumeira, mas exposta teoricamente pela primeira vez por *Emmeric de Vattel*, a proteção diplomática exige o preenchimento de algumas condições para ser realizada. A primeira delas é o vínculo de nacionalidade entre o reclamante e o Estado que endossa a sua reclamação, havendo autores que atribuem a esta condição o verdadeiro fundamento da proteção diplomática (BROWNLIE, 1997, p. 547). A nacionalidade é fixada pelo direito interno dos Estados, mas deve obedecer, em relação às pessoas físicas, ao critério da efetividade ou da real ligação existente entre o indivíduo e o Estado¹⁰. Em relação às pessoas jurídicas, a nacionalidade é determinada por dois critérios: o do lugar da sede social

¹⁰ Sobre o assunto, ver o caso *Nottebohm*, no qual a Corte Internacional de Justiça negou o direito de Liechtenstein de exercer a proteção diplomática de um alemão que obteve a nacionalidade daquele país e que tinha tido os seus bens nacionalizados pela Guatemala, país onde residia e exercia suas atividades profissionais. A corte considerou que não existia vínculo entre o particular e Liechtenstein quando da naturalização, deste modo não haveria nacionalidade efetiva que justificasse o exercício da proteção diplomática.

ou o da incorporação da empresa¹¹. Além disso, a nacionalidade deve existir no momento da ocorrência do dano e persistir durante o exercício da proteção diplomática.

Para além da nacionalidade, exige-se como condição para o exercício da proteção diplomática o esgotamento dos recursos jurisdicionais internos do Estado onde ocorreu a violação do direito do indivíduo. Esta exigência deriva do princípio da soberania dos Estados e da exclusividade e plenitude da jurisdição nacional. Entende-se, pois, que quando um estrangeiro decide fixar-se no exterior, ele aceita a jurisdição do Estado hospedeiro, devendo a ela se submeter. Do princípio da soberania, deriva a presunção de que os Estados cumprem bem as suas funções internamente e que os seus mecanismos de tutela são capazes de satisfazer as pretensões dos estrangeiros. Além dessa presunção, funciona como fundamento da exigência de esgotamento dos recursos internos, a idéia de que não é lícito responsabilizar internacionalmente um Estado sem que se lhe tenha sido dada oportunidade para ele mesmo fazer justiça (BRIERLY, 1967, p. 283).

Por recursos internos, em geral se entende todos os meios de tutela proporcionados pelo direito local, estando incluídos os recursos administrativos de natureza contenciosa e os recursos judiciais.

A necessidade de esgotar os recursos internos surge em dois casos: 1 - quando o ato ilícito ou o dano é provocado pelo próprio Estado receptor, situação em que os mecanismos de defesa internos contra o Estado devem ser utilizados para que fique configurada a responsabilidade internacional do mesmo, 2 - quando o dano sofrido pelo estrangeiro se originou na esfera do direito privado, situação em que somente alguma omissão ou violação de Direito Internacional cometida pelo Estado, como a interferência no processo judicial, justifica a sua responsabilização e possibilita o recurso da proteção diplomática (PUCCI, 2003, p. 152-153). As únicas ressalvas a essa exigência são a inexistência comprovada de recursos pelo direito interno do Estado onde se processou a agressão ou a manifesta inutilidade dos recursos de fato existentes.

Uma vez esgotados os recursos internos, a proteção diplomática só é justificada se tiver havido denegação de justiça que impossibilite a reparação devida ao particular. A noção de denegação de justiça é vaga e pode ser interpretada de maneira ampla como sendo qualquer ofensa cometida contra um estrangeiro que comprometa a responsabilidade internacional de um Estado ou, de modo mais restrito, consistindo apenas nos atos do poder judicial que

¹¹ Sobre o critério de determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas para fins de exercício da proteção diplomática, ver a sentença da Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction*, que determinou entre outros princípios que o Estado de nacionalidade dos acionistas só pode exercer a proteção diplomática em relação aos prejuízos eventualmente causados a seus nacionais pelo Estado de nacionalidade da sociedade.

ofenda direitos dos estrangeiros, tais como obstrução do acesso aos tribunais ou numa recusa de aplicação da justiça ao estrangeiro por meio de atrasos injustificados na prestação judicial ou julgamento manifestamente injusto e discriminatório (BRIERLY, 1967, p. 289). A adoção de um ou outro critério de definição obedece a considerações de conveniência política, embora só seja lícito argüir a denegação de justiça quando a falta cometida pelo Estado esteja revestida de uma gravidade externa que justifique a sua responsabilização em nível internacional.

2.2 Primeiro Período: final do século XIX e início do século XX

2.2.1 As características do investimento no período e o abuso na utilização dos instrumentos de proteção

O final do século XIX e os primeiros anos do século XX foram considerados como um período de grande expansão dos investimentos estrangeiros pela exportação de capital oriundo de países onde o mesmo se encontrava em abundância como na Grã-Bretanha, França e Alemanha, em direção a países como os Estados Unidos da América, a Rússia, a Argentina e o Brasil, onde a sua existência era escassa, o seu uso mais produtivo e a sua rentabilidade maior. Esse primeiro período de expansão do capital para além de suas fronteiras é atribuído a razões tais como o espírito expansionista, o auge da doutrina econômica liberal e a consolidação de princípios e regras de Direito Internacional garantindo o tratamento justo e eqüitativo do estrangeiro no exterior, assim como a proteção e a segurança de sua pessoa e de seus bens (SACERDOTI, 1997, p. 278).

O investimento estrangeiro dirigido ao velho continente era realizado sob a forma de portfólio, em particular na Rússia, e recebido sob o princípio do tratamento nacional. Já os aportes direcionados para as colônias ou ex-colônias na África e América Latina revestiam-se da forma de contratos de concessão de privilégios aos investidores estrangeiros. Estes gozavam do chamado sistema de capitulações que lhes garantia a sujeição exclusiva ao sistema jurídico do seu país de origem, provocando um verdadeiro fenômeno de extraterritorialidade (JO, 1991, p. 13).

A necessidade de recursos naturais e a oportunidade de controle sobre esses recursos nos países hospedeiros também podem ser consideradas razões para o investimento no exterior. A relação existente entre o investidor e o Estado receptor era baseada no respeito à

propriedade privada, de modo que o investidor, organizado sob a forma de concessões, possuía direito absoluto de propriedade sobre os produtos naturais descobertos e total liberdade de gestão dos seus negócios (PUCCI, 2003, 75).

O auge dos investimentos nessa época estava diretamente ligado ao auge do expansionismo colonial europeu, de modo que os interesses econômicos dos investidores estavam estreitamente conectados aos interesses estratégicos dos seus Estados. A consequência deste vínculo estreito de interesses entre investidores e seus Estados de origem foi o uso freqüente do instituto da proteção diplomática pelos Estados de exportação de capital em favor dos seus nacionais residentes ou proprietários de bens no estrangeiro.

O endosso da reclamação do nacional era, na maioria das vezes, realizado de forma abusiva sem qualquer respeito às condições impostas para o seu exercício. A justificativa estava no fato de que os direitos nacionais não aceitavam a idéia de acionar o Estado por seus atos de Poder Público, razão pela qual o esgotamento dos recursos internos não deveria ser exigido e o fundamento da denegação de justiça, utilizado (MAGALHÃES, 1988, p. 35).

Além disso, a proteção diplomática era normalmente utilizada como fundamento para a utilização do recurso à força contra o Estado devedor ou que de algum modo violava os interesses dos investidores estrangeiros. Em 1848 já havia sido registrado o caso Pacífico, em que a Inglaterra bloqueou os portos da Grécia para obter indenização reclamada por seus súditos. Entretanto, o caso mais ilustrativo de utilização do recurso à força nascido do exercício de proteção diplomática aconteceu em 1902 na Venezuela, tornando-se conhecido como o “bombardeio de Caracas”. Nesse caso, houve um bloqueio conjunto da Inglaterra, Itália e Alemanha aos portos da Venezuela, com o objetivo de forçar este país a saldar seus compromissos financeiros para com os credores privados daqueles Estados (MAGALHÃES, 1988, p. 36).

Diante desses abusos, a proteção diplomática foi considerada principalmente pelos países menos desenvolvidos e receptores de capital externo como um pretexto para a ingerência de Estados estrangeiros. Esta resistência levou ao surgimento de doutrinas contrárias ao exercício da proteção diplomática e do recurso à força para cobrança de dívidas dos Estados. A solução de controvérsias entre particulares e Estados deveria, então, ser resolvidas por meios pacíficos, seja pelos tribunais internos dos Estados receptores, seja pelo recurso à arbitragem.

2.2.2 A Doutrina Drago-Porter, a Doutrina Calvo e a Cláusula Calvo: o combate aos abusos da proteção diplomática

a) A Doutrina Drago-Porter

Em razão do episódio ocorrido em Caracas em dezembro de 1902, o argentino Luis Maria Drago, então Ministro das Relações Exteriores, iniciou um manifesto de descontentamento das nações latino-americanas em relação às práticas abusivas dos Estados exportadores na utilização da proteção diplomática. A sua idéia, conhecida posteriormente como Doutrina Drago, consistia no repúdio à cobrança coercitiva das dívidas públicas, mediante a intervenção armada das potências européias em nações mais fracas, o que fatalmente as conduziria à ruína. O dever da nação devedora de reconhecer as suas respectivas dívidas e liquidá-las não era negado pela idéia de Drago, sendo o repúdio exclusivamente em relação à utilização do recurso à força na cobrança das dívidas (ACCIOLY; SILVA, 1996, p. 111).

Em 1907, na Segunda Conferência de Paz de Haia, a idéia de Drago foi exposta e defendida pelo general norte-americano Horace Porter, sendo ao final adotada a Convenção que levou o seu nome, Convenção Porter, relativa à proibição do recurso à força para a cobrança de dívidas contraídas por um país em favor de nacionais de outros Estados. Vale ressaltar, entretanto, que a referida convenção considerava permitido o uso da força para a cobrança de dívidas em dois únicos casos: quando o Estado devedor se recusasse a submeter a controvérsia à arbitragem, ou se, após aceitá-la, se recusasse a participar do procedimento ou se negasse a cumprir o laudo arbitral eventualmente proferido (PUCCI, 2003, p. 163).

A Convenção Porter, portanto, a fim de contribuir para a diminuição dos conflitos internacionais de origem econômica, nada menciona a respeito da jurisdição exclusiva e plena dos Estados sobre o seu território e da competência *prima facie* dos tribunais nacionais para a solução de controvérsias envolvendo investimento estrangeiro. Ao contrário, privilegia a solução pacífica de controvérsias por meio da arbitragem entre Estados e reconhece o recurso à força apenas em última instância.

b) A Doutrina Calvo

As disputas entre investidores estrangeiros e Estados, no século XIX e início do século XX eram consideradas altamente politizadas, uma vez que envolvia frequentemente o exercício da proteção diplomática algumas vezes cumulada com o uso da força (SHIHATA, 1986, p.1).

Os Estados Unidos eram um forte defensor e utilizador da intervenção para fins de proteção diplomática, argumentando que os Estados têm o direito de proteger os seus nacionais independentemente do lugar onde eles tenham sido lesados. A posição norte-americana era baseada na idéia de que todos os Estados deveriam prover os seus nacionais com *standards* internacionais mínimos de direitos. Se um Estado não concedesse aos seus nacionais esse núcleo mínimo de direitos reconhecidos internacionalmente, ele poderia ser responsabilizado no âmbito internacional por não conceder esse padrão de direitos a nacionais de outros Estados (MANNING-CABROL, 1995, p. 1177).

Em reação a esse tipo de conduta dos Estados de origem do investidor estrangeiro, os Estados receptores do investimento, notadamente os Estados em vias de desenvolvimento situados na América Latina, aplicavam em suas relações com investidores alienígenas preceitos também conhecidos como *national standards*. Estes preceitos defendiam, em nome do princípio da soberania territorial dos Estados, o tratamento nacional dos investidores estrangeiros, representado por duas regras básicas: a sua sujeição às leis e à jurisdição do Estado no qual se investe e a abstenção na utilização da proteção diplomática por parte do seu Estado de origem. Esta postura servia como escudo político e legal para defender a independência política e econômica dos países latino-americanos e a liberdade de regular seus próprios assuntos (PETERS; SCHRIJVER, 1991, p. 1-3).

Os referidos enunciados faziam parte de uma doutrina conhecida internacionalmente como Doutrina Calvo, de autoria do diplomata argentino Carlos Calvo, que tinha na sua essência, dois grandes conceitos: não-intervenção nos assuntos internos de um Estado e absoluta igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros (MANNING-CABROL, 1995, p. 1172).

Esta doutrina não obteve aceitação geral a ponto de ser erigida à categoria de princípio de Direito Internacional, muito embora estivesse fundamentalmente apoiada num princípio reconhecido pelo Direito Internacional, qual seja o da igualdade soberana dos Estados, assim

como na forma de tratamento do investimento realizado entre os países do continente europeu, ou seja, segundo o princípio do tratamento nacional (BROCHES, 1973, p. 373; CABROL, 1995, p. 1172; PETERS; SCHRIJVER, 1991, p. 2-3).

Os países centrais da ordem internacional, representando interesses dos seus nacionais exportadores de capital, não admitiam o reconhecimento do padrão nacional de tratamento, por receio de que o *national standard* configurasse um escudo para os Estados hospedeiros dos investimentos, que lhes permitisse cometer toda a sorte de abusos contra estrangeiros sob o pretexto de igualdade de tratamento em relação aos nacionais. Ao contrário, estes países defendiam que um padrão mínimo de direitos e de proteção deveria ser garantido aos indivíduos pelo Direito Internacional, de modo a assegurar qualquer investidor em sua empresa fora do território nacional do seu Estado de origem.

É possível afirmar, portanto, que os países de origem dos primeiros exportadores de capital davam maior ênfase ao direito de proteger os interesses dos seus nacionais no exterior – vertente do princípio da nacionalidade –, do que ao princípio da soberania territorial, que assegurava aos Estados a plena e exclusiva jurisdição sobre as pessoas e os fatos ocorridos no seu território (UNCTAD/ITE/IIT/13, 1999, p. 14).

c) A Cláusula Calvo

A ausência de aceitação da Doutrina Calvo como princípio de Direito Internacional geral não impediu que os países latino-americanos decidissem implementar os preceitos da referida doutrina nos contratos celebrados com investidores estrangeiros, bem como em textos constitucionais e acordos internacionais celebrados em âmbito regional.

A menção à Doutrina Calvo nos contratos sobre investimentos ficou conhecida como cláusula Calvo, que apesar das suas muitas versões, possuía como núcleo central as seguintes exigências: submissão do investidor aos tribunais do Estado receptor do investimento e um compromisso do investidor estrangeiro em não solicitar a proteção diplomática ao seu Estado de origem. É possível, portanto, classificar três elementos principais da referida cláusula: igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, exclusividade da jurisdição do Estado hospedeiro e limitação da proteção diplomática. Uma análise pormenorizada, entretanto, revela que o primeiro elemento é a base principiológica da qual derivam os dois últimos (MANNING-CABROL, 1995, P. 1173).

O grande objetivo dessa cláusula era evitar que as disputas sobre investimentos se tornassem objeto de relações entre Estados, mesmo não havendo denegação de justiça. Entretanto, a validade de suas proposições foi considerada limitada principalmente em relação à restrição do direito de proteção diplomática através da sua renúncia pelo investidor estrangeiro. A doutrina dominante do Direito Internacional argüiu a nulidade da cláusula que implicava a renúncia da proteção diplomática pelo particular, uma vez que o titular do direito de proteção diplomática era o Estado, e não os seus nacionais. Segundo este posicionamento, o compromisso contratual do indivíduo de não solicitar a proteção diplomática não seria válido porque incompatível com a natureza jurídica do instituto. Além disso, a própria exigência de esgotamento de recursos internos do Estado onde se processou a violação por parte do particular, como condição para o exercício da proteção diplomática pelo seu Estado de origem, tornava desnecessária a exigência de exclusividade da jurisdição nacional do Estado hospedeiro constante da cláusula Calvo.

A jurisprudência internacional, entretanto, não adotou orientação uniforme em relação à cláusula Calvo, ora declarando a sua nulidade, ora reconhecendo a sua validade parcial (MELLO, 2004, p. 541). Um exemplo desta última posição pode ser encontrado no caso envolvendo o México e a empresa norte-americana *North American Dredging Company of Texas*, resolvido por uma Comissão Arbitral constituída pelos Estados Unidos e pelo México para a solução do caso¹². No contrato celebrado pela empresa com o México havia uma cláusula que estabelecia a proibição da intervenção de agentes diplomáticos estrangeiros a fim de solucionar controvérsias dele derivadas¹³. Ao final, os árbitros decidiram que a reclamação em favor da empresa não poderia ser levada à comissão, visto que a própria empresa tinha se comprometido, por meio da cláusula contratual, a não apresentar a sua reclamação ao seu Estado de origem. Os árbitros ressaltaram, porém, que aquela restrição se referia apenas às responsabilidades dos particulares e não à proteção dos nacionais perante o Direito Internacional (MANNING-CABROL, 1995, p. 1178-1179).

Em razão da falta de aceitação generalizada das novas doutrinas elaboradas em repúdio aos abusos praticados mediante a intervenção econômica fundamentada no exercício da proteção diplomática, a situação referente à solução de controvérsias envolvendo

¹² Ver item 4.1.5 infra sobre comissões e tribunais arbitrais mistos no século XIX e XX.

¹³ “The contractor and all persons who, as employees or in any other capacity, may be engaged in the execution of work under this contract either directly or indirectly, shall be considered as Mexicans in all matters, within the Republic of México, concerning the execution of such work and the fulfillment of this contract. They shall not claim, nor shall they have, with regard to the interests and the business connected with this contract, any other rights than those established in favour of Mexicans. They are consequently deprived of any rights as aliens, and under no conditions shall the intervention of foreign diplomatic agents be permitted, in any matter related to this contract.” (PETERS; SCHRIJVER, 1991, p. 5).

investidores e Estados continuava tensa e sujeita aos conflitos de interesses do investidor, do seu Estado de origem e do Estado hospedeiro.

2.2.3 As comissões de reclamações mistas e os primeiros tribunais arbitrais mistos: *a válvula de escape*

Ainda nesse primeiro período de expansão dos investimentos estrangeiros foi utilizado um outro recurso para a solução de controvérsias envolvendo investidores e Estados, qual seja as comissões mistas e os primeiros tribunais mistos de arbitragem.

A arbitragem como método de solução de controvérsias na esfera internacional antecede em muito à solução judicial que só aparece com o surgimento dos Estados, e ainda não adquiriu preponderância nem obrigatoriedade na ordem jurídica internacional moderna. Segundo esse mecanismo, as partes em uma controvérsia se sujeitam voluntariamente à decisão de um ou mais indivíduos que figuram como juízes da causa, comprometendo-se a cumprir o quanto disposto no laudo arbitral.

Na sociedade internacional interestatal, a arbitragem se dá entre Estados, sendo desenvolvida pela aplicação das normas de Direito Internacional Público. Um dos seus instrumentos basilares é a Convenção de Haia de 1907 sobre solução pacífica de controvérsias, que criou a Corte Permanente de Arbitragem.

As controvérsias surgidas de relações entre particulares oriundos de Estados diferentes podem também ser sujeitas à arbitragem do tipo internacional, mas que estará submetida à legislação de algum Estado, determinada pelas regras de competência internacional dos mesmos, pela escolha livre das partes, caso esta regra seja admitida, ou pelo lugar onde se realiza a arbitragem. Nesses casos, a arbitragem é classificada como internacional por envolver particulares ligados a diferentes sistemas jurídicos ou por versarem sobre o cumprimento de contratos em locais diferentes do local da celebração. Apenas os interesses privados são objetos de tutela nesse tipo de solução arbitral e o seu desenvolvimento está diretamente ligado ao desenvolvimento do comércio internacional.

Com os investimentos estrangeiros e os contratos de concessão celebrados diretamente entre investidores estrangeiros e Estados receptores, surgiram cada vez mais conflitos que envolviam a um só tempo interesses públicos e interesses privados, sujeitos ao Direito Público e ao Direito Privado. Essa situação ensejou o questionamento sobre a possibilidade de realizar arbitragens privadas com a participação do Estado.

Como, segundo o Direito Internacional, o particular não é capaz de postular diretamente contra um Estado, por não ser considerado sujeito de direitos e obrigações no plano internacional, as primeiras arbitragens envolvendo interesses privados realizadas internacionalmente contaram com a participação exclusiva dos Estados. Entretanto, José Carlos de Magalhães (1988, p. 38-39) salienta que ainda no século XIX foram registradas arbitragens em que a pretensão privada constituía o cerne e objeto da decisão, sendo permitida a participação de particulares ainda que em caráter excepcional. Dentre os casos citados estão o litígio entre Paraguai e Estados Unidos em prol da empresa *Paraguay Navigation Co.*, cuja sentença não fez menção ao Estado de nacionalidade da empresa, mas exclusivamente a esta última; e a controvérsia envolvendo os Estados Unidos e a Inglaterra, em razão das pretensões da Companhia da Baía de *Hudson* e a Companhia do Estreito de *Puget*, ambas de nacionalidade inglesa. Na convenção celebrada pelos dois países, havia previsão de solução de controvérsias envolvendo as duas companhias e os Estados Unidos por meio de arbitragem e o laudo arbitral condenou este país ao pagamento de indenização diretamente às duas empresas.

Importante papel na solução de controvérsias envolvendo Estados e particulares tiveram as comissões de reclamações mistas e os tribunais arbitrais mistos, criados no final do século XIX e na primeira metade do século XX.

As comissões de reclamações mistas eram formadas por representantes de cada um dos Estados que as criavam mediante acordo ou por especialistas na área objeto do acordo celebrado. Não era prevista a participação de um terceiro imparcial e independente escolhido por terceiro Estado ou de comum acordo entre os Estados partícipes e em geral, os particulares não tinham acesso direto às comissões (MAGALHÃES, 1988, p. 39).

Já os tribunais arbitrais mistos como o próprio nome sugere, possuíam características de tribunais arbitrais e eram constituídos por árbitros designados pelos Estados envolvidos e por terceiros Estados. Esses tribunais também eram criados por meio de tratados para solucionar controvérsias envolvendo interesses privados, incluindo pretensões de indenizações contra os Estados. A principal diferença em relação às comissões mistas era a presença do terceiro árbitro e, em alguns casos, a faculdade de participação ativa dos particulares (PUCCI, 2003, p. 171).

Entretanto, há que se ressaltar que o caráter internacional dos tribunais mistos foi contestado e o acesso aos particulares nem sempre permitido. Ao contrário, a participação dos Estados na condução do processo e no cumprimento da sentença foi considerada preponderante na maioria dos casos (BLUHDORN *apud* MAGALHÃES, 1988, p. 40).

2.2.4 Panorama conflituoso do final do primeiro período

Na primeira metade do século XX o investimento externo direto cresceu em importância, mas a relação entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros se mostrou bastante conflituosa.

A partir da Revolução Russa de 1917 a legitimidade da propriedade privada passou a ser questionada até mesmo em lugares onde ainda reinava a ideologia capitalista. Além disso, movimentos nacionalistas ocorridos a partir da década de 1920 no Oriente Médio e a conseqüente mudança de soberanias sobre alguns territórios implicaram uma discussão sobre o direito de propriedade de estrangeiros em situação de sucessão de Estados (SACERDOTI, 1997, p. 279).

A crise econômica de 1929 e os acontecimentos políticos e econômicos posteriores também contribuíram para que os Estados menos desenvolvidos adotassem medidas corretivas tais como as nacionalizações, denúncias de contratos de concessão e controle de câmbio até então pouco utilizadas (PUCCI, 2003, p. 77).

A nacionalização, entendida como medida de ordem geral que tem por finalidade eliminar as empresas privadas em um ou mais setores da economia do país por razões sobretudo políticas, difere da expropriação que ocorre quando um Estado seguindo normas preestabelecidas priva o particular de um bem, havendo ou não o pagamento de uma indenização (MELLO, 2004, p. 1061). A utilização desses recursos em relação a bens de estrangeiros e aos investidores era considerado motivo para intervenção econômica do Estado de origem do particular lesado, conforme mencionado acima.

A grande maioria dos conflitos ocorridos entre investidores e Estados receptores na primeira metade do século XX teve origem nas nacionalizações e expropriações sem o pagamento de indenização. Em 1938, quando das nacionalizações das concessionárias de petróleo pelo governo do México, mediante o pagamento das compensações por meio da exportação do produto ao longo de um período de dez anos, o Secretário de Estado norte-americano, Cordell Hull, articulou o que ficou conhecido posteriormente na doutrina do Direito Internacional como fórmula Hull. Segundo esta máxima, o pagamento das indenizações por nacionalizações e expropriações deveria ocorrer de maneira pronta, adequada e efetiva (PUCCI, 2003, p. 76).

A discussão a respeito da existência ou não do *standard* internacional mínimo de tratamento do investimento estrangeiro ou da sujeição do mesmo ao padrão nacional de

tratamento abarcou a celeuma referente à existência ou não de um direito à indenização por nacionalização e expropriação, bem como em relação à forma que essa indenização deveria revestir. Como se pode prever, os Estados de origem dos investidores insistiam na aplicação da fórmula Hull, enquanto os países hospedeiros argumentavam que caberia ao direito interno dos Estados regular a propriedade privada em seus territórios e determinar a existência ou não do direito de indenização em razão de nacionalizações e expropriações, assim como a forma e o critério de cálculo desta indenização.

As controvérsias entre investidores e Estados passaram a ser resolvidas por tribunais arbitrais mistos, criados principalmente após a Primeira Guerra Mundial, embora existissem vários contratos e legislações nacionais fazendo referência à Doutrina Calvo e à exclusividade da jurisdição nacional para solução de controvérsias com particulares. Além disso, apesar das críticas feitas, a intervenção econômica por meio da proteção diplomática ainda era um recurso utilizado, embora em menor escala.

O que se pode concluir deste primeiro período de expansão dos investimentos externos diretos é que a relação entre investidores e Estados era regida pelo direito interno dos Estados, estando sujeita portanto ao princípio da exclusividade e plenitude da jurisdição territorial estatal. O Direito Internacional só era aplicado ou solicitado para regular questões envolvendo a violação do costume referente à condição jurídica do estrangeiro e o tratamento não discriminatório da sua pessoa e de seus bens. Por esta razão, o paradigma reinante era o de que as controvérsias entre investidores e Estados deveriam ser solucionadas internamente, só alcançando a esfera internacional se implicassem a violação de direito costumeiro internacional sobre a proteção de bens de estrangeiros. Como, em geral, as controvérsias versavam sobre violação ao direito de propriedade de estrangeiros, a sua solução passava pelo exercício da proteção diplomática ou pela arbitragem mista ainda incipiente.

2.3 Segundo Período: a segunda metade do século XX

2.3.1 A situação internacional dos investimentos do período pós-guerra à década de 1970: conflito acirrado de interesses e oscilação do fluxo de investimentos

O investimento estrangeiro em geral e o investimento direto em particular cresceram no período imediatamente posterior ao desfecho da Segunda Guerra Mundial, correspondente à década de 1950. Entretanto, esse crescimento mostrou-se mais lento em relação aos países em desenvolvimento, uma vez que a Europa estava destruída e os Estados Unidos estavam engajados na reconstrução do continente europeu não só por razões econômicas e mercadológicas, mas também, políticas. Estima-se que os investimentos externos diretos dos Estados Unidos para a Europa correspondiam no pós-guerra a 25% do total dos investimentos exteriores (JO, 1991, p. 13; PUCCI, 2003, p. 77-78).

Os investimentos diretos para os países em desenvolvimento eram direcionados para os setores de matérias primas e petróleo, ou seja, para a exploração de recursos naturais (JO, 1991, p. 14). A receptividade desses investimentos, entretanto, passou a decair em razão das medidas protecionistas adotadas pelos novos Estados integrantes da sociedade internacional.

O ambiente internacional, portanto, era marcado pelo conflito de interesses, o que dificultava a regulação do investimento estrangeiro. Se de um lado a preocupação dos investidores e dos seus Estados de origem era garantir a proteção e a segurança do investimento e o respeito aos costumes internacionais relativos à proteção da propriedade privada e à pessoa dos estrangeiros, de outro, as ex-colônias que alcançaram a sua independência política nacionalizavam bens de estrangeiros em larga escala e buscavam controlar os investimentos realizados em seus territórios.

Os novos Estados formados no Oriente Médio e na África zelavam por suas soberanias recém adquiridas e tinham como principal objetivo político e econômico assumir o controle sobre suas riquezas naturais e suas economias. Eles temiam que o controle dos recursos naturais e das principais indústrias pelos investidores estrangeiros os privasse dos benefícios econômicos e comprometesse a sua independência política. Em razão disso, nos primeiros anos após o segundo conflito mundial, a atitude dos países receptores de investimento era no sentido de controlar a entrada, o estabelecimento e o tratamento dado aos investimentos em

recursos naturais e nos setores industriais considerados importantes para as suas economias (UNCTAD/ITE/IIT/13, 1999, p. 17).

A partir da década de 1960 os investimentos tiveram um aumento significativo não só em relação aos produtos primários e ao petróleo, como também na produção de manufaturados. As empresas multinacionais, embora existentes desde há muito, aumentaram não só de tamanho como o seu campo de atuação, passando a exercer importante papel também em relação aos investimentos diretos estrangeiros. A maioria dessas empresas era de origem de países com grandes vantagens comparativas em relação à pesquisa e desenvolvimento e com uma saúde financeira que permitia a exportação de capital para o financiamento de suas atividades no exterior. Os Estados Unidos e o Reino Unido figuravam como os grandes investidores da década, mesmo considerando a recuperação econômica dos países europeus e a reconquista do mercado mundial por eles protagonizada (JO, 1991, p. 14-15).

Na década de 1970 os investimentos no estrangeiro tiveram um crescimento menor que o verificado na década anterior, acompanhando o ritmo lento da evolução da economia mundial no período. As crises do petróleo de 1973 e 1979 provocaram um desajuste na balança de pagamentos dos países exportadores de capital e uma conseqüente política de contenção de gastos que alterou o fluxo de investimentos externos. Além disso, os custos dos investimentos foram elevados em decorrência do aumento do custo do seguro e das oscilações das taxas de câmbio. Em relação à distribuição geográfica dos investimentos estrangeiros, pôde-se verificar que, entre os países desenvolvidos, os Estados Unidos passaram a investir menos na Europa e tornaram-se receptores de investimentos oriundos deste continente assim como do Japão. Já em relação ao fluxo de investimentos direcionados para os países menos desenvolvidos, apenas os países exportadores de petróleo mantiveram-se atrativos. Nos demais países houve uma estagnação na recepção de investimentos estrangeiros causada, dentre outros fatores, pela instabilidade política e econômica, pela falta de qualificação da mão de obra, de infra-estrutura e pela queda do preço dos produtos primários no mercado mundial (JO, 1991, p. 17-18).

Este panorama dos investimentos nas três primeiras décadas do pós-guerra está diretamente ligado ao movimento de regulação do investimento estrangeiro pelo Direito Internacional e, conseqüentemente, na alteração do padrão de solução de controvérsias envolvendo investidores e Estados receptores dos investimentos.

2.3.2 As tentativas de regulação do investimento pelas organizações internacionais nas décadas de 1960 e 1970

As organizações internacionais criadas após a Segunda Guerra Mundial passaram a desempenhar um importante papel na tentativa de regulação internacional do investimento. Segundo Juillard (1994, p. 83), as organizações internacionais passaram a exercer funções de legislação, de coordenação e de incitação direta e indireta na formulação de princípios e regras internacionais sobre os investimentos.

Entretanto, como as organizações internacionais são formadas por Estados e refletem a relação de poder existente na sociedade internacional, o resultado da sua participação na regulação internacional do investimento não está imune ao conflito de interesses entre os Estados exportadores de capital e os Estados receptores dos mesmos.

Os Estados Unidos e os demais países interessados na exportação de capital tentaram, mediante a Carta de Havana de 1948, formular alguns princípios internacionais sobre o comércio e o investimento externo direto direcionados para a sua proteção. Todavia, o resultado final das negociações com os países em desenvolvimento, em especial os latino-americanos, tornou o texto insatisfatório para os interesses dos países desenvolvidos, principalmente para os Estados Unidos, idealizador do projeto e principal investidor do período pós-guerra. Como resultado, o documento não entrou em vigor pela falta de aprovação do Senado norte-americano.

Além disso, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), composta pelos países desenvolvidos também participou de tentativas de elaboração de Convenções Internacionais, voltadas para a proteção dos investimentos estrangeiros e para a sua livre circulação. Esta organização mostrou-se eficaz na formulação de códigos de liberação de capitais e operações correntes invisíveis, adotados em 1961, e na elaboração de recomendações não vinculativas como as declarações e decisões sobre investimentos estrangeiros e empresas multinacionais, adotadas pelo conselho da organização em 21 de junho de 1976. Por outro lado, “falhou” na função de elaborar uma convenção internacional sobre a proteção de bens estrangeiros em 1967, em razão da ausência de consenso entre os próprios Estados-membros. Este fracasso, segundo alguns, terminou por se transformar em triunfo, uma vez que possibilitou o desenvolvimento dos acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos, considerados mais vantajosos do que as iniciativas multilaterais para a regulação internacional da matéria (JUILLARD, 1994, p. 105).

Apesar dos seus paradoxos e da sua composição restrita aos países desenvolvidos, a OCDE tem se mostrado uma organização “eficaz” na regulação do investimento estrangeiro. Nas palavras de Patrick Juillard (1994, p. 104), “a proeminência da OCDE na elaboração do Direito Internacional do investimento estrangeiro adviria do fato desta organização se interessar pelos três elementos constitutivos fundamentais desse direito: a livre circulação dos investimentos, o tratamento e a proteção dos investimentos e a eliminação das restrições de gestão que pesam sobre o investidor”.

A Organização das Nações Unidas também desempenhou, ao menos inicialmente, um importante papel de fórum de discussão sobre a regulação internacional dos investimentos estrangeiros. Como esta organização congrega a grande maioria dos Estados existentes na sociedade internacional e as resoluções aprovadas em seu âmbito sobre os investimentos refletiram diretamente no padrão de solução de controvérsias a ser adotado entre investidores e Estados nas décadas de 1960 e 1970, a sua atuação será examinada com mais vagar.

2.3.2.1 As Resoluções da ONU sobre a questão dos investimentos

Nas décadas de 1960 e 1970, os países em desenvolvimento organizaram-se no âmbito da Organização das Nações Unidas para aprovar uma série de resoluções consagrando a soberania permanente dos povos e nações sobre suas riquezas e recursos naturais e os direitos dele derivados. Ao contrário da OCDE a tônica das resoluções da ONU não era a livre circulação dos investimentos ou a sua proteção e segurança, mas sim a afirmação do princípio da soberania dos Estados e dos seus direitos de regular os investimentos realizados em seu território.

As primeiras resoluções trataram do reconhecimento do direito de explorar livremente as riquezas e os recursos naturais¹⁴, da criação de uma comissão voltada para reforçar a idéia de que a soberania permanente sobre recursos naturais era um corolário do direito de autodeterminação dos povos¹⁵ e de recomendações ao respeito ao direito de soberania permanente sobre os recursos naturais¹⁶.

¹⁴ Resolução n. 626 (VII) de 1952.

¹⁵ Resolução n. 1314 (XII) de 1958.

¹⁶ Resolução n. 1515 (XV) de 1960.

A resolução mais bem recebida, entretanto, foi a de n. 1803 (XVII) de 1962¹⁷ que adotou uma postura mais conciliadora em relação ao conflito de interesses entre os países em desenvolvimento receptores de investimento estrangeiro e os Estados de origem desses investidores. A resolução reconhece aos povos e às nações o direito de soberania permanente sobre as suas riquezas e recursos naturais e o exercício deste direito segundo seus interesses de desenvolvimento econômico. Reconhece, ainda, que a exploração, o desenvolvimento e a disposição desses recursos, bem como a importação de capital para tais fins, deverão ser regidas pelas regras que os povos e as nações considerem necessários para a admissão, restrição ou proibição de tais atividades. Essas duas disposições contemplam os interesses dos países em desenvolvimento na medida em que deixam a cargo dos seus direitos internos a regulação da entrada e da proibição das atividades de exploração dos recursos naturais.

Em contraposição, a referida resolução garante aos investidores que, uma vez autorizado o investimento estrangeiros na exploração dos recursos naturais, este será regido pelas disposições das legislações nacionais, assim como pelo Direito Internacional. Além disso, em relação à nacionalização de bens estrangeiros, a resolução n. 1803, apesar de reconhecer o direito de nacionalizar e expropriar bens por motivo de utilidade pública, segurança e interesse nacional, declara que tais medidas deverão ser acompanhadas do pagamento de uma compensação apropriada de acordo com o direito interno do Estado que toma as medidas, bem como pelo Direito Internacional.

Essa resolução, entretanto, assim como as anteriores, não possuía caráter obrigatório, uma vez que foram aprovadas no âmbito da Assembléia Geral das Nações Unidas. As resoluções emanadas desse órgão têm função de recomendações, podendo servir de base para a constatação da formação de costume internacional, caso reflitam a visão da comunidade internacional ali representada. O reconhecimento dessas resoluções como fonte de Direito Internacional, portanto, depende das condições de sua aprovação, estando sujeita à composição dos mais diferentes interesses dos países que possuem um assento na Assembléia Geral. A resolução n. 1803 foi aprovada por 87 votos contra 2, contando com 12 abstenções, sendo grande a adesão dos países desenvolvidos (JUILLARD, 1994, p. 147). Por isso, este documento é tido como referência de um consenso entre os interesses dos países desenvolvidos e os países em desenvolvimento.

¹⁷“2. A exploração, o desenvolvimento e a disposição de tais recursos [naturais], assim como a importação de capital estrangeiro para efetua-los, deverão conformar-se às regras e disposições que esses povos e nações livremente considerem necessários e desejáveis para autorizar, limitar ou proibir ditas atividades.” Resolução 1803 (XVII), 14 de dezembro de 1962. In: www.un.org (acesso em 14/03/2005).

A mesma receptividade não tiveram as outras resoluções elaboradas pela Assembléia Geral da ONU nem os documentos elaborados pela comissão para o comércio e desenvolvimento (UNCTAD), criada para juntamente com a Assembléia Geral, contribuir para o alcance de denominadores comuns a respeito das relações econômicas internacionais. A criação do referido órgão e a elaboração, no ano de 1974, das resoluções A 3201 (S-VI) e A 3281 (XXIX), dirigidas à construção de uma Nova Ordem Econômica Internacional e ao estabelecimento de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, respectivamente, estão inseridas num contexto de tomada de consciência, por parte dos países recém surgidos na ordem internacional, das profundas desigualdades de poder e de desenvolvimento entre os Estados e da necessidade de reforma de alguns princípios do Direito Internacional “clássico”. Essas resoluções, juntamente com a resolução n. 1803 (XVII), de 1962, formam o arcabouço do movimento que ficou conhecido como Nova Ordem Econômica Mundial (NOEI), que na verdade, não vingou.

São considerados princípios da NOEI: 1 – o direito dos Estados de escolher seus sistemas econômicos, 2 - a soberania permanente sobre recursos naturais, 3 – a participação eqüitativa dos países em desenvolvimento nas relações econômicas internacionais, 4 – o tratamento preferencial, 5 – acesso aos benefícios de ciência e tecnologia, 6 – direito a assistência para o desenvolvimento e 7 – o direito à herança comum da humanidade (JO, 1991, p. 110).

Dominique Carreau (1977, p. 600) identifica como fundamentos da Nova Ordem Econômica Internacional princípios contraditórios pois, se de um lado, defende-se a soberania, não só no seu aspecto político, mas também econômico e o princípio da igualdade do tipo compensatória e preferencial voltada para a redução das desigualdades econômicas entre ricos e pobres, de outro, adota-se a idéia de cooperação internacional e de interdependência econômica das nações, que, para ocorrer, exige uma limitação, ainda que consentida, das soberanias nacionais.

No que se refere ao investimento estrangeiro e na sua relação com os Estados hospedeiros, assumem importância relevante os princípios da NOEI que tratam da soberania permanente dos Estados sobre os recursos naturais, riquezas e atividades econômicas; da não-ingerência nos assuntos internos dos Estados pelos investidores estrangeiros; do direito ao desenvolvimento; do direito de jurisdição e da solução pacífica de controvérsias quando mutuamente acordada pelas partes (JO, 1991, p. 120).

Em comparação com a resolução n. 1803, a resolução n. 3281¹⁸ de fato, mostra-se menos vantajosa para os interesses dos Estados de origem dos investidores estrangeiros, haja vista que estabelece o direito dos Estados de exercer a sua soberania permanente sobre os recursos naturais e de regular o investimento estrangeiro e a atuação das empresas transnacionais de acordo com os princípios e normas de direito interno sem que seja feita qualquer menção ao Direito Internacional. O mesmo pode-se dizer sobre o direito de nacionalizar bens de estrangeiros e de pagar-lhes a devida compensação. Neste aspecto, a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados deixa exclusivamente a cargo da jurisdição nacional a determinação dos critérios a serem adotados para o pagamento da compensação. Novamente, não se faz referência ao Direito Internacional, nem à fórmula “rápido, adequado e efetivo”, defendida pelos países desenvolvidos.

As condições da aprovação dessa resolução demonstraram um dissenso entre os países membros, não permitindo que a mesma fosse considerada fonte de Direito Internacional. Exemplo disso está no fato de que, na votação nominal referente ao art. 2, parágrafo 2º, alínea c), sobre exclusividade do direito interno na determinação da indenização a ser paga pela nacionalização, a Carta foi aprovada por 104 votos contra 16 e 6 abstenções. O número de votos contra aumentou em relação à resolução n. 1803, mas o que contou mesmo foi a falta de aprovação dos países desenvolvidos.

Para além das condições de aprovação, diz-se que a vagueza da linguagem e a ausência de forma jurídica das resoluções fizeram com que as mesmas fossem desqualificadas e consideradas apenas como um “plano de ação” sem qualquer valor para o Direito Internacional (CARREAU, 1977, p. 596). Entretanto, os países em desenvolvimento insistem na contribuição das recomendações contidas nelas para a formação de normas costumeiras (MOISÉS, 1991. p. 39-57).

Juillard (1994, p. 85-90) atribui a perda de eficácia jurídica das resoluções da Assembleia Geral, ligadas à questão dos investimentos estrangeiros a partir da resolução n.

¹⁸“Art 2.[...] (2) todo Estado tem o direito de: (a) regulamentar e exercer autoridade sobre os investimentos estrangeiros dentro de sua jurisdição nacional com base nas suas leis e regulamentos e em conformidade com os seus objetivos e prioridades nacionais. Nenhum Estado deverá ser obrigado a outorgar tratamento preferencial à investidores estrangeiros. [...] (c) nacionalizar, expropriar ou transferir a propriedade de bens estrangeiros, em cujo caso o Estado que tomar essas medidas deverá pagar uma compensação apropriada, tendo em conta as leis e regulamentos do seu país e demais circunstâncias que considere pertinentes. Em qualquer caso em que a questão da compensação seja motivo de controvérsia, esta será resolvida conforme a lei do Estado que nacionaliza e por seus tribunais, a menos que todos os Estados interessados acordem livre e mutuamente que se recorra a outro meio pacífico sob a base da igualdade soberana dos Estados e de acordo com o princípio da livre eleição dos meios.” Resolução da Assembleia Geral 3281 (XXIX), 4 de dezembro de 1974. In: www.un.org (acesso em 14/03/2005).

1803, à evolução do conceito de soberania permanente sobre riquezas e recursos naturais e dos princípios relativos à nacionalização e expropriação em direção aos interesses dos países em desenvolvimento, que culminou com a ruptura do consenso alcançado em 1962. Esta evolução, segundo o autor, está diretamente ligada à alteração do ambiente internacional, que na década de 1970 contava com Estados novos, que formavam a maioria da sociedade internacional e pleiteavam a proposição de novos costumes. O movimento insurrecional liderado pelos países em desenvolvimento estava na contramão do processo de re-expansão do capitalismo, sendo este confronto a causa real do impasse verificado nas resoluções da Assembléia Geral da ONU.

Ainda no contexto de reivindicação pelos países em desenvolvimento de uma nova ordem econômica internacional e em razão do aumento do poderio e da importância da atuação das empresas transnacionais no comércio e no setor de investimentos internacionais, os países em desenvolvimento pleitearam a criação, no âmbito da ONU, de um código de conduta para as empresas transnacionais. A idéia era que fossem criadas medidas aptas a ajudá-los a lidar com essas empresas atuantes em seus territórios, preservando os seus direitos soberanos e regulando a sua atuação.

Em 1974, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, pela resolução 1913 (LVII) criou, então, um centro e uma comissão das empresas transnacionais. No âmbito desta última foi criado um grupo intergovernamental encarregado de elaborar o código de conduta. Em princípio, a intenção do código era controlar as atividades das empresas multinacionais, reafirmando a soberania nacional em face daquelas empresas. Posteriormente, sentiu-se a necessidade de estabelecer também princípios de tratamento das empresas transnacionais a serem seguidos pelos países hospedeiros.

As discussões acerca do projeto de código de conduta se arrastaram do final da década de 1970 até meados da década de 1990, quando a comissão para as empresas transnacionais foi desfeita e o projeto de código abandonado. Dentre os diversos fatores que levaram ao fracasso do projeto, pode-se assinalar o desacordo entre os países sobre questões envolvendo a não-ingerência nos assuntos internos dos Estados pelas empresas transnacionais e o tratamento dispensado a essas empresas, principalmente no que se refere ao padrão de tratamento nacional, à nacionalização de bens estrangeiros e o dever de compensação e à jurisdição e solução de controvérsias.

2.3.3 A regulação internacional da solução de controvérsias: o princípio da jurisdição nacional temperado com a arbitragem internacional mista

Conforme já mencionado, no período do pós-guerra a relação entre investidores e Estados receptores na América Latina e no Oriente Médio era tensa, em função das cobranças de dívidas públicas, das nacionalizações e expropriações realizadas, assim como pelas denúncias de contratos de concessão, principalmente referentes à exploração de petróleo, e pelas intervenções e ingerências diretas e indiretas, tal como aquela ocorrida no Irã em 1953, com o golpe, patrocinado pela CIA e pelo MI-6, serviço secreto inglês, que depôs o nacionalista Mossadegh e reconduziu o xá Reza Pahlevi, pró-EUA, ao poder.

Os conflitos gerados pela tomada dessas medidas foram, em grande parte, resolvidos por meio de arbitragem prevista não só em tratado, mas também em contratos celebrados pelos investidores diretamente com os Estados hospedeiros. José Carlos de Magalhães (1988, p. 48) salienta a importância dessas arbitragens mistas não previstas em tratados como um importante precedente e como um forte indício da predisposição dos Estados em se submeterem a arbitragem diretamente com o investidor sem a intervenção dos seus Estados de origem. Dentre as arbitragens realizadas neste período, o referido autor destaca: *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. contra o Xequê de Abu Dhabi*; *Qatar contra International Marine Oil Co. Ltd.*; *Arabian American Oil Company (Aramco) contra o Governo da Líbia*; *Sapphire International Petroleum Limited contra National Iranian Oil Company (NIOC)*¹⁹.

Apesar dos Estados hospedeiros não se mostrarem contrários à solução arbitral de controvérsias envolvendo investidor estrangeiro, é de se ressaltar uma espécie de descontentamento dos mesmos em relação à arbitragem, uma vez que na grande maioria dos casos, o Estado não lograva êxito na disputa, figurando como a parte vencida. A história das decisões arbitrais mostrava uma tendência na aplicação de padrões considerados internacionais de proteção do estrangeiro, indo ao encontro do pleito dos investidores e dos interesses dos seus Estados de origem (HUCK, 1989, p. 129).

Em todo o caso, a arbitragem só era utilizada caso fosse prevista em compromisso arbitral, mediante o qual o Estado renunciava à sua processualidade estatal e, na maioria das vezes à aplicação do seu direito nacional. O grande objetivo da arbitragem, ao menos para os

¹⁹ Para mais ver: HUCK, 1989; SOARES, 1977.

investidores, era desnacionalizar a controvérsia e a tendência dos árbitros era aplicar o Direito Internacional, o contrato na condição de lei regedora da relação jurídica em causa ou até mesmo os princípios gerais de Direito, mas nunca o direito nacional do Estado contratante, parte na controvérsia.

A jurisdição nacional dos Estados, apesar de continuar sendo competente *prima facie* era considerada desvantajosa pelo investidor que temia o padrão nacional de tratamento e a falta de neutralidade e imparcialidade do judiciário do Estado-parte na disputa. O conflito de interesses entre investidores e Estados hospedeiros atinge a determinação da competência para solução de controvérsias da seguinte maneira: há aqueles que insistem na competência da jurisdição nacional e no esgotamento dos recursos internos e existem os que insistem na resolução de controvérsias por meio de arbitragem ou pelos tribunais internacionais.

Sobre a solução de controvérsias sobre investimento por tribunais internacionais, vale ressaltar que, de fato, a Corte Permanente de Justiça Internacional decidiu algumas controvérsias envolvendo interesses de particulares em contraposição a interesses de Estados, como o caso dos empréstimos sérvios e brasileiros, em que decidiu ser o direito nacional do Estado contratante o direito aplicável aos contratos celebrados com particulares estrangeiros. Além disso, a sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça, participou na solução de casos como o *Nottebohm*, *Ambatielos* e *Barcelona Traction*, todos versando sobre violação de direitos de particulares e as regras para a determinação da nacionalidade do estrangeiro como requisito para o exercício da proteção diplomática.

Entretanto, vale ressaltar que tais controvérsias se processaram entre Estados, uma vez que o indivíduo não tinha capacidade para postular em juízo e em nome próprio nos foros internacionais. Necessário se fazia, portanto, a proteção diplomática do Estado de origem do particular lesado, sujeita, conforme mencionado, à conveniência e oportunidade políticas do Estado de origem.

Além disso, as decisões proferidas por ambas as Cortes revelaram uma postura cautelosa dos julgadores em relação às questões que fogem dos padrões clássicos do Direito Internacional. Em geral, aplicava-se com rigor os critérios para a responsabilização internacional do Estado, nomeadamente o esgotamento dos recursos internos e a existência de denegação de justiça que implicasse o cometimento de um ilícito internacional (MAGALHÃES, 1988, p. 46).

Em relação à solução arbitral e à exclusividade da jurisdição nacional, a discussão ganhou novo fôlego com as resoluções da ONU.

2.3.3.1 As Resoluções da ONU e a defesa da exclusividade jurisdicional: o retorno da Doutrina Calvo

Em relação à solução de controvérsias, as mencionadas resoluções da Assembleia Geral da ONU, de 1962 e 1974, de certa forma reavivaram os preceitos da Doutrina Calvo e da Cláusula Calvo que se encontravam no ostracismo desde a década de 1930.

O conjunto de resoluções que formaram a NOEI em geral pregava a soberania nacional não só política como econômica, o que implicava a adoção do princípio da jurisdição nacional exclusiva e plena dos Estados para regular e aplicar as suas normas jurídicas a todos os eventos ocorridos em seu território, mesmo que o ente estatal fosse parte na controvérsia e que esta também envolvesse particulares, nacionais ou estrangeiros. Neste aspecto, o movimento por uma NOEI defendia um os princípios mais caros ao Direito Internacional interestatal, qual seja a exclusividade e plenitude da jurisdição interna dos Estados, muito embora o grande objetivo do movimento fosse revisar alguns princípios do Direito Internacional considerado clássico.

A resolução n. 1803, de 1962, determina a necessidade de esgotamento dos recursos internos dos Estados em caso de controvérsia sobre a compensação a ser paga pelas nacionalizações ou expropriações de bens de estrangeiros realizadas. Apesar desta determinação, faz-se uma ressalva em relação à possibilidade das partes envolvidas acordarem outras formas de solução pacífica de controvérsias, nomeadamente a arbitragem ou a adjudicação internacional. Percebe-se, portanto, que a resolução contempla os interesses dos países receptores de capital externo ao exigir o esgotamento dos recursos internos, embora considere possível o afastamento da jurisdição interna dos Estados pela estipulação voluntária em favor de outros métodos de solução de controvérsias na esfera internacional.

A resolução n. 3281, de 1974, estabelece de modo mais incisivo, embora no mesmo sentido da resolução n. 1803, de 1962, ser direito dos Estados solucionar as controvérsias sobre compensação por nacionalização ou expropriação realizada segundo o seu direito nacional e por seus tribunais, a menos que os Estados envolvidos acordem livre e mutuamente a aplicação de outros meios de solução pacífica de controvérsias sob a base do princípio da igualdade soberana e de acordo com princípio da livre escolha dos meios.

As resoluções, portanto, adotam o paradigma tradicional da jurisdição interna e da submissão voluntária aos métodos pacíficos de solução de controvérsias, jurisdicionais ou não.

A mesma tendência pode ser observada na tentativa de elaboração de um código de conduta das corporações transnacionais. Este projeto de código de conduta tinha no tema da jurisdição e da solução e controvérsias envolvendo Estados hospedeiros e empresas multinacionais um dos seus maiores problemas. Contrariamente aos interesses dos países exportadores de capital, os dispositivos do projeto referentes à matéria contemplavam os preceitos da Doutrina Calvo na medida em que determinavam que uma entidade transnacional estaria sujeita à jurisdição do Estado no qual exercesse as suas atividades e que a exceção à regra da jurisdição deveria ser mutuamente acordada pelas partes, quando assim permitisse o ordenamento jurídico do Estado hospedeiro em causa (MOISÉS, 1991, p. 127-132).

Acontece que mesmo admitindo a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, algumas arestas precisavam ser aparadas, uma vez que a arbitragem do tipo *ad hoc* deixava a cargo das partes numa disputa grande parte a grande maioria das decisões responsáveis pelo sucesso da solução pacífica da controvérsia e, em situação de conflito, o acordo sobre questões procedimentais parecia distante de ser alcançado.

2.3.3.2 Os limites da arbitragem mista *ad hoc*: a insatisfação e o caminho rumo à arbitragem internacional mista institucionalizada

É neste contexto histórico e político, em que se identifica claramente um confronto de interesses e pretensões entre países pobres e ricos, que está situado o embate entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor deste aporte (MAGALHÃES, 1988, p.19).

O tratamento dado ao investimento estrangeiro pelos países em desenvolvimento e o seu movimento de criação de uma NOEI, principalmente no que se refere ao exercício do direito soberano de jurisdição de um Estado dentro do seu território, princípio que para o Direito Internacional é absoluto, era considerado desvantajoso para o investidor estrangeiro e, conseqüentemente, para os seus Estados de origem. Estes alegavam que, ao submeter uma disputa sobre investimento estrangeiro à jurisdição interna do Estado receptor, este se tornaria, a um só tempo, parte e juiz do processo. O objeto da crítica dos Estados de origem do investidor, portanto, era a própria soberania jurisdicional dos Estados hospedeiros, que não satisfazia aos interesses da circulação de capital.

O recurso à arbitragem interestatal e à adjudicação internacional tampouco se mostrava satisfatório, uma vez que se encontrava baseado no instituto da proteção

diplomática. Este instituto deixava de ser considerado um meio hábil para resolver controvérsias entre investidor estrangeiro e Estado hospedeiro porque, além de politizar a disputa, deixava o investidor à mercê da avaliação discricionária do seu Estado de origem sobre o endosso da reclamação e o conseqüente patrocínio dos interesses do particular em foros internacionais. Ademais, o exercício da proteção diplomática está sujeito ao preenchimento de condições tais como o esgotamento dos recursos legais existentes no Estado demandado e a existência de um ilícito internacional praticado por este Estado, que nem sempre são satisfeitos nas controvérsias existentes entre investidores e Estados.

Para os investidores estrangeiros e seus Estados de origem, a arbitragem mista mostrava-se o mecanismo mais adequado para solucionar controvérsias entre Estados e investidores. Apontava-se que a arbitragem entre investidor e Estado possuía as seguintes vantagens: permitir o acesso direto do investidor ao mecanismo arbitral; configurar um foro neutro de solução de disputas porque afastado dos tribunais locais e de argumentos de interesse público do Estado; aplicar os princípios gerais de direito e as normas de Direito Internacional mais modernas que legislações nacionais de Estados hospedeiros; possuir as características de informalidade, flexibilidade e confidencialidade (PUCCI, 2003, p. 175-176).

Os Estados receptores, entretanto, normalmente situados na posição de demandados, recusavam-se a renunciar à sua processualidade estatal, abrindo mão assim do seu direito soberano de jurisdição sobre os atos realizados em seu território. Conforme explicitado anteriormente, embora não se mostrassem contrários à solução arbitral, os Estados hospedeiros demonstravam descontentamento e desconfiança acerca da imparcialidade das decisões arbitrais realizadas até então.

Neste mesmo sentido, Miaja de la Muela (1969, p. 17) esclarece que os países em desenvolvimento, apesar de não serem contrários aos procedimentos de conciliação e arbitragem, não os consideravam um panacéia, mas sim uma nova forma de neocolonialismo. A razão estava na utilização do “Direito Internacional” ou dos “princípios gerais de Direito” na realização da arbitragem, pois, em ambos os casos, o órgão arbitral se encontrava carente de normas inequivocamente aplicáveis e terminava por inclinar-se para uma solução conservadora nos moldes das decisões jurisprudenciais da era capitalista, baseada em regras de proteção à propriedade privada estrangeira e na obrigação de ressarcimento dos danos causados aos investidores. Nem mesmo as tentativas de reforma do Direito Internacional surtiram efeito, visto que nas arbitragens realizadas entre investidores e Estados jamais foram utilizados os princípios e regras do novo Direito Internacional, principalmente aqueles

referentes à soberania nacional sobre as riquezas e os recursos naturais e ao direito ao desenvolvimento, que flexibilizariam o sacrossanto princípio do *pacta sunt servanda*.

A discordância em relação à adoção da arbitragem internacional mista como mecanismo de solução de controvérsias sobre investimentos estava estreitamente ligada não só à falta de consenso entre investidores e Estados sobre temas como lei aplicável ao procedimento arbitral e ao mérito da controvérsia, mas também em relação à execução da decisão arbitral e imunidade de jurisdição e execução dos Estados. Esses fatores prejudicavam ainda mais a eficácia e o respaldo das arbitragens internacionais mistas *ad hoc* ou realizadas por instituições privadas que administravam a arbitragem comercial internacional (PUCCI, 2003, p. 177).

Sobre a lei aplicável à arbitragem internacional, a discussão girava em torno da aplicação da lei do local da arbitragem. Já no que se refere à lei aplicável ao mérito da controvérsia, a discussão versava sobre a possibilidade de aplicação de normas de Direito Internacional Privado para a escolha da lei com maior conexão com a controvérsia ou a desnacionalização do contrato celebrado entre Estado e investidor, que implica a aplicação de princípios gerais de Direito, do Direito Internacional, do próprio contrato (*Lex Contratus*) ou do conjunto de normas e princípios que regulamentam o comércio internacional (*Lex Mercatoria*) (HUCK, 1989; MAGALHÃES, 1988).

No particular da execução das decisões arbitrais, muito se discutia e ainda se discute, sobre a dependência da aplicabilidade das decisões arbitrais em relação aos sistemas normativos estatais e o que eles dispõem sobre procedimentos para reconhecimento e execução das sentenças arbitrais. Neste particular, a Convenção de Nova York de 1958 contribuiu para uma maior harmonização dos procedimentos, mas ainda assim permite ressalvas atinentes à compatibilidade com a ordem pública local. Além disso, discute-se a aplicação dos dispositivos da referida convenção sobre arbitragem comercial internacional às particularidades da arbitragem internacional mista (PUCCI, 2003, p. 210).

Por fim, no que se refere à imunidade dos Estados, a incerteza decorria e ainda decorre da falta de aceitação geral e de reconhecimento pelo Direito Internacional da flexibilização da teoria absoluta da imunidade soberana, o que impossibilita os Estados de serem processados e executados fora de sua jurisdição, por todo e qualquer ato, ainda que considerados atos de gestão. Fica ressalvada, porém, a possibilidade de renúncia das imunidades pelo Estado, o que não implica uma maior segurança por parte do investidor (PUCCI, 2003, p. 221).

Em razão dessas dificuldades encontradas na arbitragem mista *ad hoc* e compartilhadas na arbitragem realizada por instituições privadas é que surge a iniciativa de institucionalizar a arbitragem mista. Primeiramente, esta iniciativa partiu do Bureau Internacional da Corte Permanente de Arbitragem em 1962. Este Bureau elaborou as Normas de Arbitragem e Conciliação para a Composição de Controvérsias Internacionais entre duas Partes, uma das quais é o Estado. O art. 47 do estatuto que criou a Corte em 1907 foi interpretado de maneira elástica pelo Bureau para incluir no rol das “partes contratantes” também os indivíduos, muito embora as Convenções de Haia para solução pacífica de controvérsias de 1889 e 1907 contemplassem apenas as arbitragens internacionais públicas, isto é, entre Estados. Apesar da Corte Permanente de Arbitragem participar na solução de casos envolvendo particulares e Estados desde a década de 1930, a interpretação dada pelo Bureau das normas de arbitragem foi criticada e considerada contrária aos objetivos da criação da Corte (MAGALHÃES, 1988, p. 54-56).

Ainda na década de 1960 surgiu a idéia de elaborar uma convenção internacional que criasse um Centro Internacional voltado especialmente para a solução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros envolvendo diretamente investidores e Estados. Esta convenção estabeleceria regras sobre os pontos polêmicos da arbitragem como lei aplicável ao procedimento e ao mérito da disputa, imunidades dos Estados, e execução dos laudos, tornando a arbitragem internacional mista institucionalizada e, conseqüentemente dotada dos requisitos de neutralidade e imparcialidade tão almejados em questões envolvendo investimentos estrangeiros.

A tônica desta iniciativa era despolitizar as disputas e a solução das controvérsias sobre investimento estrangeiro, permitindo o acesso direto do particular a procedimentos internacionais de arbitragem e conciliação com Estados. Este seria o principal objetivo da convenção e aparentava ser a solução ideal para o problema da insatisfação dos métodos tradicionais de solução de controvérsias disponíveis.

Conforme será objeto de estudo pormenorizado no capítulo seguinte, a elaboração desta convenção foi patrocinada pelo Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), sendo aberta para assinatura em 1965. Em razão da posição muito determinada dos países em desenvolvimento, principalmente na América Latina durante as décadas de 1960 e 1970, a Convenção não contou com muitas ratificações inicialmente, tendo uma atuação pífia no cenário internacional dos investimentos. Todavia, com o enfraquecimento do poder de barganha desses países e a adoção de políticas liberalizantes nas décadas posteriores, o centro de solução de controvérsias do BIRD passou a ser bastante

utilizado, contando com a adesão em massa da maioria dos países latino-americanos e demais Estados receptores usuais de capital externo.

2.3.4 A situação dos investimentos a partir da década de 1980: a globalização econômica e o incentivo aos investimentos estrangeiros

A partir do final da década de 1970 e início da década de 1980 os fluxos de investimentos tornaram a aumentar e passaram a assumir novas características. Esta nova onda de investimento veio acompanhada do movimento liberalizante conhecido por globalização econômica ou mundialização do capital, caracterizado pela ideologia do livre comércio e da livre circulação de capitais, que implica a ausência de intervenção estatal na economia e conseqüentemente, medidas de desregulamentação e privatização de numerosos serviços públicos.

Em verdade, esta nova vaga liberalizante guarda as principais características da visão de mundo liberal do século XIX, qual seja a de que o bem-estar geral é alcançado pela oferta de bens e serviços à sociedade e que o modelo econômico baseado na maximização dos lucros das empresas privadas permite o alcance desse bem-estar geral pois a produção atenderia às necessidades da sociedade. Por esta razão, é necessário conceder o máximo de liberdade possível para a circulação de capital produtivo: afinal, ele é o motor da economia mundial e dele depende o bem-estar geral. Esta interpretação do mundo apresentada como verdade absoluta, na realidade, é discutível principalmente quando se observa que muitas necessidades são criadas artificialmente e que esta suposta representação da verdade absoluta não passa de uma ilusão utilizada para justificar o modelo econômico adotado (CAUBET, 1977, p.102-103)

O que há de novo nos investimentos diretos neste contexto é uma combinação entre o investimento, o comércio e a cooperação internacionais. Além disso, verifica-se um aumento do investimento no setor de serviços, assim como uma elevação na interpenetração dos capitais de várias nacionalidades, mediante o investimento cruzado, ou seja, as fusões e as aquisições (CHESNAIS, 1996, p. 27).

As corporações ou grupos multinacionais, entendidos como um conjunto formado por uma *holding* ou matriz financeira e suas filiais ou subsidiárias, passam a exercer papel fundamental na globalização econômica e realizar a maior parte dos investimentos externos diretos (CHESNAIS, 1996, p. 76).

Os dados colhidos pelas organizações internacionais como a OCDE e a ONU através da UNCTAD revelam que o investimento externo direto mostra um alto grau de concentração nos países desenvolvidos, sendo verificado um recuo dos investimentos diretos e das transferências de tecnologia nos países em desenvolvimento.

Apesar deste contexto de queda, as instituições financeiras internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BM), criadas inicialmente para estabilizar as taxas de câmbio e financiar a reconstrução da Europa, passaram a atuar como instrumentos, através dos quais o capitalismo transnacional impõe aos países dependentes e endividados a sua forma de organização. Essas instituições trabalham juntas para facilitar o fluxo de investimentos externos para os países em desenvolvimento, a fim de, teoricamente, possibilitar a transferência de tecnologia, estimular o comércio e a industrialização e conseqüentemente o desenvolvimento econômico desses países. Em verdade, o FMI e o BM atuam no sentido de pôr em prática os preceitos do Consenso de Washington, verdadeiro sistema nervoso do processo de globalização²⁰, voltados para a liberalização do comércio, desregulamentação dos mercados, reduções do papel do Estado, controle das dívidas públicas e privatizações, que é imposto como uma evidência aos governos dos diversos países e às elites internacionais (ATTAC, 2002, p. 7-29).

O FMI dentro deste processo de globalização assume papel importante na medida em que elabora planos de ajustes estruturais impondo a desregulamentação e as privatizações como condição para renegociação de dívidas, assim como o BIRD empresta dinheiro aos governos e aos Bancos nacionais de desenvolvimento para financiar privatizações e estimular o investimento de empresas transnacionais (BORLOW; CLARKE, 2003, p. 193).

Essas empresas investem mediante o esquema conhecido, na década de 1970, como “nova forma de investimento”, segundo o qual o investimento se dá não por meio de capitais transferidos a partir do exterior ou de levantamentos no mercado financeiro do país receptor, mas sim através da transferência de ativos imateriais como o *know-how* de gestão ou as licenças de tecnologia. Esse tipo de investimento implica a participação minoritária da empresa estrangeira numa empresa criada em cooperação com empresas locais ou com o governo dos Estados receptores, chamadas de *joint-ventures* ou filiais comuns (BASSO, 2002, P. 39-60). Esta participação minoritária concede à empresa estrangeira o direito de propriedade de uma fração do capital e de participação nos lucros da empresa criada (CHESNAIS, 1996, p. 78).

²⁰ Sobre globalização, ver: ADOLFO, 2001; BOFF, 2002; CHOMSKY, 2002; FARIA, 2002; HIRST, THOMPSON, 1998; IANNI, 1996; RAMONET, 2001; SANTOS, B., 2002; SANTOS, M., 2000.

O clima de conflito de interesses característico das décadas anteriores torna-se mais ameno, uma vez que a crise da dívida que assolou os países em desenvolvimento, em especial os latino-americanos, na década de 1980, tornou-os mais vulneráveis e sedentos por capital externo. A política de grande parte dos países em desenvolvimento passou de combativa a cooperativa e liberalizante.

Neste contexto, a regulação internacional dos investimentos externos ganhou novo fôlego e uma tônica uniforme. Os acordos bilaterais de investimentos assumem papel preponderante na fixação de regras de tratamento do investimento estrangeiro, sendo seguido pelos acordos regionais voltados para a liberalização.

As tentativas de regulação multilateral passam a ser protagonizadas por instituições financeiras como o FMI e o BM, em detrimento da atuação da ONU, antes considerada como a organização internacional capaz de congregiar os interesses conflitantes dos Estados que compõem a sociedade internacional, e que atualmente vem desempenhando um outro papel.

Christian Caubet (2005) chama a atenção para o fato de que nas décadas de 1980 e 1990 uma visão liberal se impôs e o centro de gravidade das decisões coletivas em matérias econômica e social foi transferido da Assembléia Geral da ONU para algumas agências independentes, como o FMI e o BM, e a OMC. Mais que isso, o autor salienta a progressiva aproximação da ONU com as empresas multinacionais e o mundo dos negócios, demonstrada pela política de cooperação da organização com essas empresas posta em prática pelo Secretário-Geral da organização, Kofi Annan, desde o início do seu mandato em 1997.

De fato, Annan não tem poupado esforços para promover o diálogo com a Câmara de Comércio Internacional e os seus principais representantes, chegando mesmo a propor no Fórum Econômico de Davos, em 1999, um *pacto global* com empresas multinacionais, segundo o qual as empresas se comprometeriam em respeitar alguns princípios como o de proteção aos direitos humanos, proteção ao meio ambiente e combate à corrupção, e em troca poderiam usufruir dos benefícios da cooperação com as agências especializadas das Nações Unidas. O objetivo maior de todo esse esforço de aproximação é, segundo o próprio Annan, reduzir a pobreza, evitar tensões sociais e ajudar a construir mercados estáveis. O *pacto global* lançado em julho de 2000, curiosamente, não aborda a questão da regulação dos investimentos, embora, verdadeiramente, representem uma política de incentivo aos aportes de capital das grandes empresas multinacionais em países menos desenvolvidos (CAUBET, 2005).

A solução de controvérsias envolvendo investidores e Estados também passa a ter um novo padrão nas últimas décadas: a arbitragem mista institucionalizada do CIRDI. A

resistência apresentada inicialmente pelos países em desenvolvimento é abandonada e a mudança nas suas políticas de investimento tem impulsionado uma adesão paulatina da maioria dos países da América Latina ao sistema arbitral do Centro criado pelo Banco Mundial. O presente trabalho se destina justamente a examinar o papel deste Centro arbitral na regulação dos investimentos estrangeiros e a investigar qual o verdadeiro fundamento de sua existência e qual a tônica da sua atuação.

Considerações Finais

Este capítulo foi dedicado ao fornecimento de uma visão geral da regulação internacional do investimento estrangeiro com especial ênfase à questão da solução de controvérsias. A tônica da exposição foi a existência de condicionantes políticas e econômicas e a sua influência na criação de padrões internacionais de solução de conflitos entre investidores e Estados.

Como o Direito Internacional não possui uma definição uniforme e geral de investimento estrangeiro, adotou-se a definição de investimento contida em documentos elaborados no âmbito de organizações internacionais como o FMI e a OCDE.

O padrão inicial de solução de controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros, fundados nas regras gerais de competência jurisdicional do Direito Internacional e no princípio da igualdade soberana dos Estados e no seu direito pleno e exclusivo de jurisdição territorial, vêm sendo alterados ao longo do tempo, em função dos fluxos e refluxos do capitalismo e dos interesses e necessidades dos seus principais protagonistas.

O recurso abusivo à proteção diplomática pelos Estados de origem dos investidores e a conseqüente manifestação dos países receptores com suas doutrinas contestadoras que insistiam na resolução pacífica e nacional das disputas entre investidores e Estados, ocorridos no final do século XIX e primeiras décadas do século XX, podem ser pontuados como razões propulsoras das primeiras tentativas de alteração da regulação jurídica do investimento estrangeiro em prol do recurso à arbitragem internacional como método alternativo de solução pacífica de controvérsias envolvendo interesses privados.

O recurso à arbitragem como método de solução de controvérsias envolvendo investidores e Estados está diretamente ligado à desnacionalização da solução, mediante o afastamento do direito nacional em favor da aplicação do “Direito Internacional” ou dos “princípios gerais de direito”. Por esta razão, o recurso à arbitragem internacional mista foi,

inicialmente, defendido por um grupo de países e rechaçado por outro que insistia no padrão da competência jurisdicional dos Estados.

O contexto conflituoso não permitiu a cristalização de um padrão de solução internacional de controvérsias sobre investimentos que agradasse tanto os investidores e os seus Estados de origem, como os Estados hospedeiros. Nas três primeiras décadas após o término da Segunda Guerra o conflito de interesses foi mais acirrado, sendo a solução de controvérsias realizada por meio da justiça nacional dos Estados envolvidos ou por meio de arbitragens *ad hoc*, previstas em tratado ou em contrato, ou por meio do exercício da proteção diplomática e do conseqüente recurso aos tribunais internacionais.

A partir da década de 1980, entretanto, as relações internacionais tomaram um novo rumo com a nova vaga liberalizante e a situação econômica dos países em desenvolvimento ensejou a tomada de posições políticas no sentido indicado pelo hemisfério norte. O resultado foi a alteração das políticas de tratamento do investimento e a aceitação dos padrões defendidos pelos países exportadores de capital.

Em relação à solução de controvérsias, a arbitragem internacional mista e institucional tem sido considerada forma padronizada e universalmente aceita, dando novo fôlego ao Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos, criado pela Convenção de Washington de 1965. A questão que se põe, então, é saber quais são os objetivos e os princípios mediante os quais este Centro atua para resolver de maneira “imparcial” os conflitos entre investidores e Estados.

CAPÍTULO 2

A arbitragem mista do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (CIRDI)²¹: fundamentos teóricos

Introdução

Este capítulo tem como objetivo a explanação dos fundamentos teóricos do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI). Estas preleções iniciais são de fundamental importância para a segunda parte da pesquisa, que consistirá na análise de alguns casos resolvidos por esta instituição arbitral.

O capítulo é composto de seis tópicos, sendo o primeiro deles dedicado a uma breve introdução sobre a Convenção que instituiu o CIRDI e seus objetivos e finalidades. Serão remarcadas, ainda, as principais funções do Centro e suas prerrogativas em razão da condição de organização internacional.

O segundo item versará sobre a análise do processo político de elaboração da Convenção, com especial ênfase nas discussões realizadas pelos representantes dos Estados membros do Banco Mundial e os diretores executivos desta instituição.

O terceiro será dedicado à decodificação da estrutura institucional do Centro e o quarto, às características principais do seu sistema arbitral.

O quinto tópico abordará a questão da jurisdição / competência do CIRDI e as suas condicionantes segundo a Convenção que o instituiu. Este tópico receberá maior atenção, em razão da sua importância para o objeto da pesquisa.

²¹ Optou-se neste trabalho pela utilização da sigla CIRDI, também utilizada no idioma francês para designar (*Centre pour le règlement des différends relatifs aux investissements*). Em inglês a sigla utilizada para referir-se ao centro de solução de controvérsias instituído pelo Banco Mundial é ICSID (*International Centre for Settlement of International Disputes*) e na versão portuguesa da convenção, utiliza-se a sigla CIRCI (Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimentos). No texto desta dissertação, a palavra “Centro”, com maiúscula, designará o CIRDI.

Por último, será descrito, ainda que em linhas gerais, o procedimento arbitral realizado pelo Centro, a fim de que esta descrição sirva de base para a análise dos casos práticos na segunda parte da pesquisa.

1. A Convenção e seus objetivos e finalidades

O Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI) foi instituído pela Convenção de Washington de 1965 sobre a solução de disputas envolvendo Estados e nacionais de outros Estados, elaborada pelos diretores executivos do Banco Mundial²² e aberta para assinatura e ratificação dos seus Estados membros.

O CIRDI, portanto, é uma das cinco instituições que compõem o Grupo do Banco Mundial, juntamente com o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), a Associação Internacional do Desenvolvimento (AID), a Corporação Financeira Internacional (CFI) e a Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA). É de se ressaltar que a participação de um país no BIRD está condicionada à participação do mesmo no Fundo Monetário Internacional (FMI). O pedido de afiliação às instituições componentes do Grupo do Banco Mundial, exceto ao CIRDI, está condicionado à participação no BIRD e na AID. O procedimento para afiliação no CIRDI consiste apenas na assinatura e ratificação da Convenção que o institui, não havendo necessidade de pedido formal a ser examinado pelos Diretores Executivos das respectivas instituições.

A Convenção, também conhecida pelo nome de “Convenção de Washington de 1965” ou “Convenção do CIRDI”, entrou em vigor em 14 de outubro de 1966, trinta dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação. Atualmente, conta com 154 Estados assinantes, sendo que apenas 142 depositaram o instrumento de ratificação.

Vale ressaltar que, o Brasil não assinou o referido tratado, sendo o único Estado-parte do Mercosul a não utilizar o sistema instituído pelo CIRDI. O consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores à época, Dr. Augusto de Rezende Rocha, desaconselhou o Brasil a assinar a Convenção do CIRDI alegando que o Centro, ao se concentrar na resolução de disputas entre particulares e governos, favoreceria a posição dos investidores e consagraria o imperialismo econômico e financeiro ainda que disfarçadamente. Além disso, Rocha entendia

²² Para mais, ver site http://siteresources.worldbank.org/EXTABOUTUS/Resources/GeneralInformation_PO.pdf.

que a organização e funcionamento do CIRDI eram passíveis de sofrer influências prejudiciais à soberania dos Estados contratantes, posto que consagravam e institucionalizavam o estado de tensão existente entre economias dominantes e dominadas. O consultor do Itamaraty entendia ainda que o sistema do CIRDI pressupunha a suspeição e a parcialidade das instituições jurídicas e judiciárias do país que acolheu o investidor, o que as tornaria inaptas a solucionar controvérsias sobre investimentos, tornando necessária a solução arbitral. Por fim, a institucionalização da arbitragem também foi questionada. Considerada necessária para garantir a permanência e a continuidade da experiência de conciliação e arbitragem realizada casualmente por meio da arbitragem *ad hoc*, a arbitragem institucional, na visão de Rocha, não seria suficiente para garantir a completa imunidade dos árbitros às injunções políticas e econômicas externas (SOARES, 1985, p. 80-81).

Em relação aos demais países da América Latina, aqui considerados como todos os países do continente americano abaixo dos Estados Unidos da América, destaca-se a adesão tardia à Convenção do CIRDI, a maior parte delas na década de noventa, e a ausência de participação do México neste sistema²³.

A finalidade da sua criação foi liberar o Presidente do Banco Mundial da tarefa de mediação e conciliação nas disputas entre governos e investidores estrangeiros e criar uma instituição que, ao facilitar a resolução das disputas sobre investimento, ajudasse a promover o aumento do fluxo do investimento internacional²⁴. A despolitização da solução de disputas sobre investimentos mediante o oferecimento de um mecanismo institucional e imparcial que inspirasse a confiança de ambas as partes foi considerado o maior objetivo do CIRDI.

A função primordial do CIRDI é facilitar a solução pacífica de controvérsias sobre questões envolvendo investimentos entre governos e investidores estrangeiros através da conciliação e da arbitragem.

Na presente investigação será objeto de estudo apenas a atividade arbitral desenvolvida pelo Centro. Em linhas gerais, entende-se como arbitragem o método alternativo de solução de controvérsias, heterônomo e não-estatal, fundado na autonomia da vontade das partes para submeter uma controvérsia surgida da relação contratual existente entre elas, ao julgamento de um ou mais árbitros, que assume caráter obrigatório após realizado.

²³ O texto da Convenção e a lista de Estados contratantes estão disponíveis no site <http://www.worldbank.org/CIRDI/index.html>.

²⁴ Ver notas explicativas do CIRDI no site <http://www.worldbank.org/CIRDI/about/about.htm>.

Uma segunda função do CIRDI foi criada em 1978, quando foram adotadas algumas regras adicionais (*Additional Facility Rules*). Essas novas regras autorizam o Secretário Geral do Centro a administrar certos tipos de procedimentos entre Estados e nacionais de outros Estados que estão fora do âmbito de aplicação da Convenção, seja porque não envolvem questões relativas a investimentos, seja porque o Estado hospedeiro do investimento ou o Estado de origem do investidor não são partes contratantes da Convenção de Washington de 1965. Além disso, o Mecanismo Adicional do CIRDI autoriza o Centro a administrar um tipo de procedimento não previsto pela Convenção, chamado de *fact-finding proceedings*, que nada mais é do que um recurso voltado para a apuração e exame de fatos relevantes envolvendo um investimento em questão. Ressalte-se que, aos casos submetidos aos mecanismos adicionais não se aplicam as exigências específicas da Convenção, tais como a obrigatoriedade do reconhecimento e cumprimento da decisão arbitral por todos os Estados contratantes.

A terceira função do Centro, que pode ser atribuída apenas ao seu Secretário Geral, é a de escolher os árbitros de uma arbitragem do tipo *ad hoc*, que tem como característica a submissão voluntária das partes a um corpo de árbitros e a um conjunto de regras procedimentais, escolhidos para a realização de uma determinada controvérsia. Nesta arbitragem, são utilizadas frequentemente as regras arbitrais elaboradas pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL). Esta comissão é o principal órgão jurídico das Nações Unidas no âmbito do Direito Comercial Internacional e sua função primordial é modernizar e harmonizar regras do comércio internacional. Dentro desta função de elaborar convenções, leis-modelos e normas aceitáveis em escala mundial (*standards*), a UNCITRAL formulou um regulamento de arbitragem em 1976; uma lei modelo sobre arbitragem comercial internacional em 1985, além de contribuir na formulação da Convenção de Nova York de 1958 sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras²⁵.

O CIRDI administra arbitragens realizadas segundo as regras contidas na Convenção de Washington de 1965 e as regras processuais elaboradas pelo seu Conselho Administrativo. A arbitragem realizada pelo CIRDI, portanto, é classificada como arbitragem institucional, caracterizada pela submissão prévia e voluntária das partes às regras de um órgão arbitral pré-existente ao surgimento da controvérsia.

²⁵ Para mais, ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts.html (acesso em 13/09/2005).

Entretanto, as partes de uma controvérsia sobre investimentos podem, mesmo optando pela solução de controvérsias por meio de uma arbitragem internacional mista do tipo *ad hoc*, escolher o Secretário Geral do CIRDI para atuar como autoridade competente para designar os árbitros do tribunal, nos casos em que não haja um acordo sobre a composição do mesmo ou uma das partes se recuse a colaborar com a constituição do procedimento arbitral. Esta é a terceira função do Centro.

Por fim, é necessário esclarecer que o CIRDI é uma organização internacional autônoma com personalidade jurídica internacional, o que lhe permite: contratar, adquirir e dispor de bens móveis e imóveis; comparecer em juízo; e gozar de imunidades, isenções e privilégios, estendidos aos seus funcionários no exercício de suas atividades²⁶.

Todavia, não é permitido olvidar que, como a Convenção de Washington de 1965 foi celebrada sob o patrocínio do Banco Mundial, a sua autonomia está estreitamente ligada a esta instituição, inclusive por questões orçamentárias e de estrutura administrativa²⁷.

2. O processo de elaboração da Convenção e suas particularidades

A idéia de criar, por meio de uma convenção internacional, um centro especializado na solução de controvérsias envolvendo o Estado hospedeiro do investimento e o investidor estrangeiro surgiu no âmbito do Banco Mundial na década de 1960. O holandês Aron Broches, então Conselheiro Geral do referido Banco, no ano de 1961 lançou a idéia de criar um mecanismo de solução pacífica de controvérsias que fosse neutro em relação às tensões existentes entre investidores e Estados e contribuísse, assim, para o aumento do fluxo de investimentos internacionais (KLEINHEISTERKAMP, 2004, p.158).

Este fato estimula a formulação de duas perguntas, cujas respostas podem auxiliar na compreensão dos objetivos reais da criação do CIRDI. O primeiro questionamento diz respeito à necessidade de criação de um centro deste tipo naquela época determinada. O segundo consiste em saber por que a idéia de elaboração de uma convenção internacional sobre solução pacífica de controvérsias partiu de uma instituição financeira internacional.

²⁶ Art. 18 e ss. da Convenção do CIRDI. Sobre personalidade jurídica internacional das Organizações Internacionais, ver VELASCO, 1999, p.63-72.

²⁷ Ver item 3 *infra* sobre histórico da criação e organização do Centro.

Conforme explanado no Capítulo I, na segunda metade do século XX, o investimento externo direto atingiu níveis bastante altos e a política de regulação do investimento estrangeiro era caracterizada não só pela composição dos interesses conflitantes de segurança do investidor e soberania econômica dos Estados, mas também pelo incentivo à liberalização do investimento.

Neste contexto, os mecanismos tradicionais disponibilizados pelo Direito Internacional para a solução de controvérsias das questões envolvendo interesses particulares - o acesso aos tribunais internos ou reclamações entre Estados por meio do instituto da proteção diplomática - passaram ser considerados inadequados para a composição dos interesses dos investidores e dos seus Estados de origem e dos Estados receptores. A arbitragem mista internacional, realizada nos moldes da arbitragem comercial internacional entre particulares, mas permitindo o acesso direto do particular estrangeiro a uma demanda arbitral contra um Estado, mostrou-se o método mais eficaz de solução de controvérsias. Entretanto, como a arbitragem do tipo *ad hoc*, apresenta incertezas em relação à lei aplicável, e limites na sua eficácia, em razão da execução nacional do laudo internacional e da imunidade estatal, a criação de uma instituição permanente que administrasse a realização das arbitragens mistas e fixasse regras procedimentais adequadas para a situação particular da arbitragem privada com o Estado apareceu como necessária aos olhos de alguns.

Assim é que surgiu a idéia de criação de um centro internacional que facilitasse a solução de controvérsias entre investidores e Estados, afastando-as das disputas de caráter político e resolvendo os impasses criados sobre lei aplicável, execução da decisão arbitral e imunidade estatal.

Vale lembrar, ainda, que na década de sessenta os países em desenvolvimento iniciaram um movimento de insurreição contra algumas práticas e algumas normas de Direito Internacional. Defendia-se a soberania econômica dos Estados sobre a suas riquezas e recursos naturais, tornando mais acirrada a divergência de interesses entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros.

O centro de solução de controvérsias a ser criado, então, deveria contemplar ambos os interesses e priorizar a solução pacífica de controvérsias envolvendo investidores e países em desenvolvimento. Por esta razão é que os elaboradores da convenção que instituiu o CIRDI

fizeram concessões a alguns preceitos da Doutrina Calvo, principalmente no que se refere à renúncia à proteção diplomática e à aplicação da lei do Estado receptor do investimento²⁸.

Em relação ao envolvimento do Banco Mundial na criação do CIRDI, vale a pena citar a justificativa dada pelo próprio Aron Broches, idealizador e fervoroso partidário deste Centro.

A convenção surgiu como resultado de uma iniciativa do Banco Mundial. A princípio, pareceria estranho que uma instituição financeira, mesmo sendo uma agência especializada das Nações Unidas, se responsabilizasse por uma convenção internacional envolvendo Estados e investidores privados, que trata de disputas nas quais, por definição, ela não teria interesse. A explicação, entretanto, é simples: na medida em que a atividade principal do Banco Mundial é prover financiamento, ele o faz levando em consideração suas funções como instituição voltada para o desenvolvimento.

Como tal, o Banco se preocupava e se preocupa como fluxo de capitais dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento. [...]

É sem sombra de dúvidas que o medo de riscos políticos opera como um fator de queda no fluxo de capital privado externo para os países em desenvolvimento. Portanto, o Banco Mundial considera apropriado explorar a possibilidade de contribuir para tornar o clima mais favorável aos investimentos, através da redução da probabilidade de conflitos mal resolvidos entre investidores e Estados hospedeiros, fazendo isso de uma maneira que elimine o risco de um confronto entre o Estado hospedeiro e o Estado de origem do investidor.²⁹. (BROCHES, 1973, p. 342-343, traduziu-se)

Diante desta justificativa, pode-se dizer que o envolvimento do Banco Mundial na criação do CIRDI baseia-se num teorema enunciado por seu idealizador e sintetizado pela seguinte “regra de três”: para o desenvolvimento econômico acontecer são necessários investimentos internacionais; os investimentos internacionais exigem segurança jurídica; e a garantia de segurança jurídica em países menos desenvolvidos é oferecida pela arbitragem internacional. O resultado desta “regra” é que o desenvolvimento nos países menos

²⁸ Ver item 5 *infra* sobre a jurisdição do Centro.

²⁹ No original, “The Convention came about as the result of an initiative taken by the World Bank. At first it may seem strange that a financing institution, even though it is a specialized agency of the United Nations, would sponsor an international agreement concerned with investment disputes between States and private foreign investors, that is, disputes in which by definition it would have no direct interest. The explanation is nevertheless simple: while the World Bank’s principal activity is to provide finance, it does so in carrying out its task as a development institution. [...] the latter category, private foreign investment, is of great quantitative importance as a supplement to a necessarily limited volume of public development finance, and in many periods has accounted for between one-third and one-half of total capital flows. Its qualitative importance, particularly in manufacturing industry but in other sectors as well, is even greater. Private foreign investment has a number of potential side benefits in transferring managerial and technical know-how, encouraging the creation of auxiliary industries and development of export markets. [...] It is beyond doubt that fear of political risks operates as a deterrent to the flow of private foreign capital to development countries. The World Bank therefore considered it appropriate to explore whether it could make a contribution to an improvement in the investment climate, by reducing the likelihood of unresolved conflicts between host countries and investors, and in particular by doing so in a manner which would eliminate the risk of a confrontation of the host country and the national State of the investor.” (BROCHES, 1973, p. 342-343)

desenvolvidos está diretamente ligado à existência de um mecanismo de solução de controvérsias entre Estados e investidores (KLEINHEISTERKAMP, 2004, p. 159).

Essa é a base axiológica do sistema CIRDI e o argumento utilizado para combater as críticas daqueles que vêem o mecanismo da Convenção como mais vantajoso ao investidor, posto que visa declaradamente proteger o investimento internacional. Se este está diretamente ligado ao desenvolvimento econômico dos países menos desenvolvidos, proteger investimento é proteger o interesse geral do desenvolvimento e, por isso, o sistema instituído pelo CIRDI protege igualmente tanto o investidor quanto o Estado hospedeiro³⁰.

Este entendimento encontra-se respaldado pelo próprio preâmbulo da Convenção, que diz que os Estados contratantes, levando em consideração a necessidade de cooperação internacional para o desenvolvimento econômico e o papel do investimento privado internacional nesse âmbito, reconhecem a importância de métodos internacionais de solução de conflitos para certos casos e resolvem, sob os auspícios do BIRD, estabelecer instrumentos facilitadores de conciliação e arbitragem envolvendo investimentos entre governos e investidores estrangeiros³¹.

Não só a idéia de criação de um mecanismo internacional de solução de controvérsias entre investidor estrangeiro e Estado receptor surgiu no seio do Banco Mundial, como foi no âmbito desta instituição financeira que a Convenção do CIRDI foi elaborada. Ao invés de sugerir a idéia aos seus Estados membros ou à ONU, o Banco resolveu ele mesmo, através dos seus diretores executivos, lidar com o problema e elaborar a convenção³².

³⁰ Ver decisão sobre jurisdição de 25/09/1983 no caso Amco vs. Indonésia. CIRDI Reports 1 (1993), p. 400.

³¹ No original, "The Contracting States, Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein; Bearing in mind the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between Contracting States and nationals of other Contracting States; Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases; Attaching particular importance to the availability of facilities for international conciliation or arbitration to which the Contracting States and nationals of other Contracting States may submit such disputes if they so desire; Desiring to establish such facilities under the auspices of the International Bank for Reconstruction and Development; (...)"

³² Fatouros, ao tratar do papel desenvolvido por organizações internacionais como o Banco Mundial na criação do Direito Internacional de Cooperação, salienta que a contribuição do Banco na criação da Convenção que instituiu o CIRDI é um exemplo de criação direta do Direito Internacional. Por outro lado, caracteriza a ação coativa, representada pela recusa do Banco em conceder empréstimos aos Estados com dívida externa desregulada ou que tenham expropriado bens estrangeiros, como uma forma indireta de criação do Direito Internacional (FATOUROS, 1977, p. 559-594).

Primeiramente, foi designada uma equipe encarregada de realizar estudos preliminares sobre a situação do investimento, apresentando aos diretores executivos do Banco minutas e pareceres que auxiliassem na elaboração da convenção (BROCHES, 1973, p. 345).

Como tal tarefa exigia resposta a questões políticas amplas, os diretores executivos do Banco autorizaram, em 1963, o seu presidente a convocar reuniões regionais com expertos, realizadas nas cidades sedes da Comissão Econômica das Nações Unidas (Addis Ababa, Santiago do Chile, Genebra e Bangkok). Essas reuniões eram presididas pelo Secretário Geral do Banco e tinham um propósito apenas consultivo, embora os representantes dos oitenta e seis países que participaram desse comitê agissem no sentido de guiar as decisões que os diretores executivos devessem tomar (BROCHES, 1973, p. 345). Em outras palavras, decidiu-se ouvir os representantes dos países, mas a decisão final era do grupo de vinte diretores executivos do Banco Mundial, que estava longe de representar as visões individuais dos cerca de cem países membros do Banco.

Além disso, os países foram convidados a enviar representantes para um Comitê Legal que se reuniria em Washington sob a presidência do Conselheiro Geral do Banco. Sessenta e um representantes de governos participaram durante três semanas das reuniões desse comitê no final do ano de 1964 (BROCHES, 1973, p. 345-346).

O corpo de governadores do Banco emitiu uma resolução neste mesmo ano autorizando os diretores executivos a elaborarem o texto da Convenção e o submeterem aos governos com as recomendações que considerassem pertinentes. Estas poderiam ser em três sentidos: 1 - recomendação para estudos mais aprofundados, 2 - recomendação para convocação de uma convenção internacional e, 3 - recomendação para assinar e ratificar o texto elaborado. Quando a versão final do texto ficou pronta, os diretores optaram por recomendar para consideração com vistas para assinatura, ratificação, aceitação e aprovação (BROCHES, 1973, p. 346).

Sobre esse procedimento, vale a pena assinalar a recusa em bloco dos países latino americanos em votar a favor da resolução dos governadores instruindo os diretores executivos a preparar a convenção. Esta recusa ficou conhecida como “o não de Tóquio”, lugar onde foi realizada a conferência. Nas palavras de Aron Broches (1973, p. 348): “The Latin America opposition to the Convention was essentially based on strongly held political-philosophical views and sovereignty concepts peculiar to that part of the world, which to some observers may appear to have outlived both their usefulness and their justification.”.

Conforme assume o próprio idealizador do CIRDI, “o método utilizado na preparação, negociação, formulação e submissão da convenção aos governos foi heterodoxo, inovador e, por vezes, improvisado” (BROCHES, 1973, p. 346). Para além deste fato, outros problemas podem ser identificados como a falta de representação no corpo dos diretores executivos das visões individuais dos países membros do Banco e a falta de paridade no sistema decisório, que adota o critério da maioria qualitativa estabelecida pelo voto ponderado a partir da contribuição financeira de cada membro.

Sobre o sistema decisório, interessa ressaltar que os diretores executivos acabaram por não utilizá-lo, decidindo por consenso em reuniões informais. Esse sistema foi considerado satisfatório, uma vez que o número de votos computados teria refletido bem as posições de todas as partes. Além disso, a maioria tanto em número quanto em peso de votos, teria feito concessões à minoria para que o texto aprovado tivesse uma ampla aceitação (BROCHES, 1973, p. 347).

O texto da Convenção foi enviado para aprovação em 18 de março de 1965 juntamente com um anexo contendo “notas explicativas”, que nada mais são do que a interpretação oficial dada pelos diretores executivos do Banco aos artigos da Convenção³³. Em 14 de outubro de 1966, decorridos trinta dias do depósito do vigésimo instrumento de ratificação, a Convenção entrou em vigor.

Uma última indagação que poderia ser feita sobre o processo político de elaboração da Convenção que criou o CIRDI é no sentido de saber por que o Banco Mundial optou por instituir o mecanismo de solução de controvérsias através de uma convenção internacional, e não por meio de uma entidade administrativa. Segundo Kleinheisterkamp (2004, p. 165), a última opção foi proposta por alguns países quando dos trabalhos preparatórios, embora tenha sido rejeitada ao final. Na opinião deste autor, a opção por instituir o Centro por meio de uma convenção internacional, mesmo que de caráter declaratório³⁴, estaria ligada ao poder que a mesma teria de pressionar os Estados contratantes a reconhecer a arbitragem entre investidor e Estado e aceitá-la como o novo padrão de solução de disputas envolvendo investimentos.

Diante do exame das condições históricas e políticas da época da criação do CIRDI e do procedimento utilizado no seio do Banco Mundial para a elaboração da convenção que o

³³Conforme se verá adiante, essas notas explicativas são consideradas pelos árbitros do CIRDI como guia interpretativo dos dispositivos do tratado.

³⁴A Convenção de Washington é considerada de caráter declaratório porque não impõe nenhuma obrigação direta aos Estados contratantes, submetendo quase todas as decisões à exigência de consentimento ou acordo entre as partes envolvidas numa determinada disputa.

instituiu, percebe-se que essa organização internacional obedece declaradamente a dois fortes propósitos: 1 – o de proteção do investimento estrangeiro, atrelando-o ao desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento, 2 – o de tornar a arbitragem entre investidor e Estado o novo padrão internacional de solução de disputas envolvendo investimentos.

O grande problema é que tanto a vinculação de todo e qualquer investimento internacional ao desenvolvimento econômico quanto a relação direta entre arbitragem transnacional e segurança jurídica são bastante questionáveis, fazendo com que dúvidas a respeito da imparcialidade e neutralidade do sistema instituído pelo CIRDI venham à tona.

3. A estrutura institucional do CIRDI

O CIRDI é composto por um Conselho Administrativo, um Secretariado e uma lista de conciliadores e árbitros. O primeiro órgão é presidido pelo Presidente do BIRD e composto por um representante de cada Estado-parte com direito a um voto. Salvo designação em contrário, esses representantes serão, *ex officio*, os mesmos do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento³⁵. São funções do Conselho Administrativo: a adoção de regulamentos administrativos e financeiros, o estabelecimento de regras de procedimento para conciliação e arbitragem, a realização do orçamento anual do Centro, a aprovação das negociações com o BIRD para a utilização de seus serviços administrativos e instalações e a criação das comissões que considerar necessárias. O mecanismo decisório, salvo disposição expressa, será o da maioria dos votos emitidos, sendo necessária a presença da maioria dos membros do Conselho³⁶.

O Secretariado é composto por um secretário geral, secretários adjuntos e funcionários, sendo os dois primeiros indicados pelo presidente do BIRD e eleitos pelo Conselho Administrativo por maioria de dois terços por um período não superior a seis anos³⁷. O secretário geral é considerado o principal funcionário do Centro, cabendo a ele representar

³⁵ Artigo 4 (1) – “O Conselho Administrativo será composto por um representante de cada um dos Estados Contratantes. Um suplente poderá atuar com caráter de representante em caso de ausência de titular de uma reunião ou incapacidade do mesmo.” Artigo 5 – “O presidente do Banco será *ex officio* Presidente do Conselho Administrativo, mas sem direito de voto. [...]”

³⁶ Artigo 7 (2) - “Cada membro do Conselho Administrativo terá um voto e, salvo disposição expressa em contrário nesta convenção, todos os assuntos que se apresentem ao Conselho, serão decididos por maioria dos votos emitidos.”

³⁷ Artigo 10 (1) – “O Secretário Geral e os Secretários Gerais adjuntos serão eleitos, por indicação do Presidente, pelo Conselho Administrativo por maioria de dois terços dos seus membros por um período de serviço não maior que seis anos, podendo ser reeleitos.”

legalmente o CIRDI, administrar e nomear os funcionários, receber os pedidos de solução de controvérsias e autenticar os laudos arbitrais³⁸.

As listas de conciliadores e árbitros são constituídas de quatro nomes indicados pelos Estados-partes, que podem ser ou não de nacionais destes Estados, e outros dez nomes indicados pelo Presidente do Conselho Administrativo, para um mandato de seis anos renováveis³⁹. A Convenção estabelece como requisitos para figurar na lista de conciliadores e árbitros do Centro a idoneidade moral e a reconhecida competência nos campos do Direito, comércio, indústria e finanças das pessoas indicadas⁴⁰.

O financiamento do Centro, segundo disposição da Convenção será proveniente dos direitos percebidos pela utilização dos seus serviços e o excedente será financiado pelos Estados contratantes na proporção das respectivas subscrições do capital do BIRD ou de acordo com regras instituídas pelo Conselho Administrativo, em caso do Estado não ser membro do Banco⁴¹.

Aron Broches, primeiro secretário geral do CIRDI e idealizador da convenção que o instituiu, ao comentar o texto do referido tratado, esclareceu que o Banco Mundial se comprometeu em fornecer gratuitamente a acomodação logística do Centro e arcar com as suas despesas básicas, dentro de limites considerados razoáveis, enquanto o CIRDI for sediado no principal escritório daquele Banco em Washington (BROCHES, 1993, p. 639). Até o momento, portanto, não houve déficit a ser financiado pelos Estados contratantes.

³⁸ Artigo 11 – “O Secretário Geral será o representante legal e o funcionário principal do Centro e será responsável por sua administração, incluindo a nomeação do pessoal, de acordo com as disposições desta convenção e os regulamentos ditados pelo Conselho Administrativo, desempenhará a função de registrador e terá competência para autenticar os laudos arbitrais ditados conforme este convênio e para conferir cópias certificadas dos mesmos.”

³⁹ Artigos 13 – “(1) Cada Estado contratante poderá designar quatro pessoas para cada lista, podendo ou não ser nacionais desse Estado. (2) O Presidente poderá designar dez pessoas para cada lista, cuidando para que as pessoas designadas sejam de diferente nacionalidade.”

⁴⁰ Artigo 14 (1) – “As pessoas designadas para figurar nas listas deverão gozar de ampla consideração moral, ter reconhecida competência no campo do direito, do comércio, da indústria ou das finanças e inspirar plena confiança no seu juízo de imparcialidade. A competência no campo do Direito será fator relevante para as pessoas designadas nas listas de árbitros.”

⁴¹ Artigo 17 – “Se os gastos do centro não puderem ser cobertos com os direitos percebidos pela utilização de seus serviços ou com outros ingressos, a diferença será custeada pelos Estados contratantes membros do Banco na proporção de suas respectivas subscrições de capital do Banco, e pelos Estados contratantes não membros do Banco de acordo com as regras que o Conselho Administrativo adote.”

4. As características principais do sistema

A arbitragem internacional desenvolvida pelo CIRDI é uma arbitragem diferenciada das demais pelo fato de permitir o acesso direto de investidores privados (pessoas físicas ou jurídicas) a um tribunal arbitral internacional. De certa forma, esta permissão indica um reconhecimento, ainda que pequeno e setorial, da capacidade de atuação dos particulares nas relações internacionais. O dispositivo da Convenção que está diretamente ligado a esta peculiaridade é aquele que prevê a restrição do direito de proteção diplomática do Estado contratante de origem do investidor envolvido numa disputa. Esta regra, que representa uma concessão declarada aos preceitos da Doutrina Calvo, estabelece que, uma vez escolhida a arbitragem do CIRDI pelo investidor, o seu Estado de origem não pode exercer o seu direito de proteção diplomática, a não ser que o Estado receptor do investimento resista em cumprir com o laudo arbitral proferido em seu desfavor⁴².

Aliado a essa peculiaridade, a Convenção de Washington possui três características distintas: caráter voluntário, flexibilidade e efetividade (SHIHATA, 1986, p. 4).

O caráter voluntário significa que a submissão ao sistema de solução de controvérsias instituído pelo Centro depende impreterivelmente de um duplo consentimento: dos Estados, em assinar e ratificar a convenção, e das partes (Estado e investidor) envolvidas numa determinada disputa em questão. Em outras palavras, isso significa que a ratificação da Convenção pelos Estados não implica uma submissão imediata às facilidades oferecidas pelo CIRDI, mas apenas uma demonstração de abertura à utilização dos procedimentos postos à sua disposição.

Tal característica encontra-se disposta no parágrafo sétimo do preâmbulo da Convenção, que dispõe claramente que: “nenhum Estado contratante deverá, pelo simples fato de ter ratificado, aceitado ou aprovado a Convenção, sem o seu consentimento, ser obrigado a submeter qualquer disputa particular à conciliação ou à arbitragem”⁴³.

⁴² Art. 27 (1) – “Nenhum Estado contratante concederá proteção diplomática nem promoverá reclamação internacional a respeito de qualquer diferença que um dos seus nacionais e outro Estado contratante hajam consentido em submeter ou hajam submetido à arbitragem conforme esta convenção, salvo se este último Estado contratante não tenha acatado o laudo proferido em tal diferença ou tenha deixado de cumpri-lo.”

⁴³ No original, “Declaring that no Contracting States shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration.” (Preâmbulo, parágrafo 7)

Uma outra especificidade do sistema CIRDI é a sua flexibilidade, derivada da possibilidade de derrogação pelas partes das regras procedimentais previstas pela Convenção, a fim de acomodá-las às suas necessidades particulares. A maior parte das disposições sobre regras procedimentais é considerada permissiva, sendo aplicada apenas em caso de falta de acordo entre as partes. As únicas disposições consideradas obrigatórias *per si* são aquelas referentes à proibição da proteção diplomática pelo Estado de origem do investidor, e as que se referem ao número de árbitros, em caso do tribunal arbitral ser composto por mais de um árbitro⁴⁴, e às suas qualidades: integridade e competência reconhecida na área específica.

A terceira característica distintiva do CIRDI é a efetividade do seu sistema. Esta efetividade é garantida por três regras. A primeira é a que determina que o consentimento em aderir ao Centro, uma vez oferecido, não pode ser unilateralmente revogado⁴⁵. A outra regra é a que garante a exclusividade do sistema do CIRDI em relação a outros mecanismos de solução de controvérsias, sejam jurisdicionais, sejam conciliatórios ou arbitrais⁴⁶. A última regra determina a efetividade do sistema CIRDI e a sua completa independência dos sistemas jurisdicionais nacionais, uma vez que elimina qualquer discricionariedade no reconhecimento das decisões arbitrais do CIRDI pelos tribunais nacionais para que as mesmas sejam consideradas obrigatórias⁴⁷. Isso significa que, sob a Convenção do CIRDI, não existem exceções ao caráter coercitivo das decisões arbitrais, ainda que concernentes à ordem pública de um determinado Estado-parte. O papel dos tribunais nacionais dos Estados, portanto, é simplesmente o de auxiliar o reconhecimento dessas decisões arbitrais sem qualquer apreciação quanto à compatibilidade das mesmas à ordem pública nacional (SHIHATA, 1986, p. 8-9). Por esse motivo, considera-se que a Convenção de Washington cria um sistema jurisdicional próprio e completo (BROCHES, 1973, p. 350).

A única ressalva à efetividade das decisões proferidas no seio do CIRDI refere-se à imunidade de execução do Estado. Segundo dispositivo da própria Convenção⁴⁸, as determinações sobre o reconhecimento e execução do laudo arbitral não derogam as leis

⁴⁴ Art. 37 (2) – “O Tribunal será composto por um árbitro único ou por um número ímpar de árbitros, nomeados pelas partes.”

⁴⁵ Art. 25 (1) – “[...] O consentimento dado pelas partes não poderá ser unilateralmente retirado”.

⁴⁶ Art. 26 – “Salvo estipulação em contrário, o consentimento das partes ao procedimento arbitral conforme esta convenção será considerado como renúncia a qualquer outro recurso. Um Estado contratante poderá exigir o esgotamento prévio dos seus recursos internos administrativos e judiciais como condição para o seu consentimento à arbitragem conforme esta convenção.”

⁴⁷ Art. 54 (1) – “Todo Estado contratante reconhecerá o caráter obrigatório do laudo proferido em conformidade com os preceitos desta convenção e executará dentro de seus territórios as obrigações pecuniárias impostas pelo laudo como se se tratasse de uma sentença proferida por um tribunal nacional deste Estado. [...]”

⁴⁸ Art. 55 – “Nada do disposto no Art. 54 se interpretará como derrogação das leis vigentes em qualquer Estado contratante sobre imunidade em matéria de execução do referido Estado ou de outro Estado estrangeiro.”

vigentes em qualquer Estado contratante sobre imunidade de execução do referido Estado ou de outro Estado estrangeiro. Logo, os laudos arbitrais proferidos contra Estados numa disputa podem ter reconhecimento e aplicação diferenciados nos diversos Estados contratantes, mitigando a efetividade do sistema instituído pelo CIRDI.

O recurso à imunidade de execução por parte do Estado vencido numa disputa arbitral e a recusa em reconhecer e aplicar a decisão do tribunal do CIRDI implica o descumprimento de uma obrigação internacional constante de tratado e a responsabilidade internacional do Estado. Nesses casos, a Convenção permite que o Estado de origem do investidor exerça a proteção diplomática e ajuíze reclamação contra o Estado vencido na Corte Internacional de Justiça.

5. A jurisdição do Centro

5.1 Terminologia

Antes de partir para uma análise mais detalhada sobre os critérios de delimitação da jurisdição do CIRDI, mister se faz esclarecer o significado da palavra “jurisdição” no texto da Convenção de Washington⁴⁹. Tal esclarecimento inicial não obedece a questões puramente lingüísticas, ele é de fundamental importância para a presente investigação, que tem como escopo o confronto entre a soberania de jurisdição estatal e a arbitragem internacional no âmbito das controvérsias sobre investimentos⁵⁰.

A finalidade do Centro é oferecer facilidades à conciliação e arbitragem em matéria de investimentos. Sendo assim, o CIRDI não teria poderes jurisdicionais no sentido geralmente aceito da expressão, inexistindo razão para a utilização do termo “jurisdição do CIRDI”.

A Convenção não esclarece o sentido do termo, embora as notas explicativas que a acompanham, elaboradas pelos diretores executivos do Banco Mundial, expressem claramente que o termo “jurisdição do Centro” é utilizado na Convenção como uma expressão

⁴⁹ Art. 25 (1) A jurisdição do Centro se estenderá aos aspectos legais das disputas que surjam diretamente de um investimento [...]

⁵⁰ Ressalte-se que o artigo 25 (1) da convenção não diferencia a jurisdição do centro em relação à conciliação e à arbitragem. Como o objeto do trabalho restringe-se ao exame da arbitragem internacional sobre investimentos, não se abordará a questão sob o ponto de vista do mecanismo de conciliação.

conveniente para expressar os limites dentro dos quais as disposições deste tratado serão aplicadas aos procedimentos de conciliação e arbitragem⁵¹.

Schreuer (2004, p. 94-95), examinando o histórico da elaboração da Convenção de Washington, afirma a existência de alguns questionamentos sobre o uso apropriado da palavra “jurisdição”, uma vez que o Centro somente exerceria funções administrativas. Houve quem manifestasse receio que o uso desta expressão indicasse um elemento compulsório e não refletisse o caráter voluntário das atividades do CIRDI. Por fim, decidiu-se manter a utilização do termo, uma vez que a Convenção de Haia de 1907 sobre Solução Pacífica de Controvérsias utiliza o termo “jurisdição arbitral” em relação às atividades realizadas pela Corte Permanente de Arbitragem⁵².

Um último ponto a ser ressaltado sobre a questão da terminologia é a utilização diferenciada dos termos “jurisdição” e “competência”. Embora, quando da elaboração da Convenção, tenham sugerido a troca do primeiro termo pelo segundo (SCHREUER, 2004, p. 94), uma análise sistemática do texto da Convenção em diferentes línguas, denota que os referidos vocábulos não são utilizados para expressar o mesmo sentido. Em geral, utiliza-se a expressão “jurisdição” para o Centro e “competência” para as funções da comissão conciliadora ou para o tribunal arbitral⁵³ (SCHREUER, 2004, p. 95).

Brigitte Stern (2000, p. 242) ressalta que a palavra competência seria mais apropriada para tratar o âmbito de atuação do CIRDI, mas considera incontestável a existência de uma tendência atual no sentido de validar a idéia de uma espécie de jurisdição geral do referido Centro. Essa tendência estaria inserida no movimento de globalização, que está voltado para o tratamento dos problemas em nível planetário e não nos diferentes níveis territoriais⁵⁴.

⁵¹ No original, “22. The term ‘jurisdiction of the Centre’ is used in the Convention as a convenient expression to mean the limits within which the provisions of the Center will be available for conciliation and arbitration proceedings.”

⁵² “Art. 47 – O Escritório está autorizado a pôr à disposição das Potências Contratantes suas instalações e seus funcionários para permitir o funcionamento de toda a jurisdição especial de arbitragem. A competência da Corte Permanente [...]” (grifo nosso). In: www.pca-cpa.org/PORTUGUESE/POBD-1907.pdf (acesso em 14/03/2005).

⁵³ Ver artigos 28(3), 32, 36 (3) e 41 da convenção.

⁵⁴ No original, “Le mot compétence a donc été préféré, mais il est incontestable que les évolutions actuelles tendent à valider l’idée d’une sorte de jurisdiction générale du CIRDI pour les litiges em matière d’investissement mettant en cause un investisseur et un Etat étranger, qui s’inscrit parfaitement dans le mouvement de mondialisation, qui tend à traiter les problèmes au niveau planétaire et non au niveau des différents territoires étatiques.”

5.2 Delimitação da jurisdição / competência

5.2.1 Jurisdição / competência em razão da matéria (*ratione materiae*)

A jurisdição do CIRDI é limitada em razão da redação do próprio artigo 25 da Convenção, que trata expressa e exclusivamente dos aspectos legais de disputas surgidas diretamente de um investimento.

Estes são os dois parâmetros a serem observados na delimitação material da jurisdição do Centro. Entretanto, o texto da Convenção não define as noções de investimento e de aspectos legais das disputas⁵⁵. Esta ausência de precisão terminológica se deve, segundo Broches (1973, p. 361-364), à falta de consenso entre os elaboradores da Convenção sobre os referidos termos (DELAUME, 1986, p. 181-184; LAMM, 1991, p. 474-482; SCHREUER, 2004, p. 101).

No que se refere à noção de investimentos, ressalta-se que, durante os trabalhos preparatórios, foram feitas sugestões para definir o termo a ser utilizado na Convenção. Entretanto, as referidas sugestões ou apresentavam imprecisões do ponto de vista técnico ou não coincidiam com a visão de um ou de alguns países sobre a natureza da transação que eles aceitariam submeter à jurisdição do Centro. Diante do impasse, os elaboradores da Convenção consideraram mais conveniente não definir o termo, deixando esta tarefa a cargo das partes quando da elaboração dos acordos específicos de investimento ou quando da manifestação do consentimento por escrito exigido pela Convenção (BROCHES, 1973, p. 362).

Essa opção, além de corroborar o caráter voluntário e consensual da Convenção, permitia uma maior abertura ao âmbito de aplicação da mesma. Afinal, deixou-se que as partes definissem a noção de investimento em cada situação específica. Broches esclarece (1973, p. 362), todavia, que tal abertura concedida às partes não é ilimitada, uma vez que a definição dada não pode ser claramente incoerente em relação aos propósitos da Convenção.

⁵⁵ Interessante ressaltar que essa expressão “disputas legais” é a tradução literal da expressão inglesa “legal disputes”. O texto em espanhol, entretanto, usa a expressão “diferencia de naturaleza jurídica”, mais próximo da expressão portuguesa “conflitos de natureza jurídica”. Preferiu-se utilizar a tradução literal da expressão inglesa para demonstrar o cerne da discussão a respeito da terminologia.

Analisando a questão à luz da experiência, Delaume (1986, p. 182) conclui que a falta de precisão terminológica foi justificada, uma vez que permitiu a acomodação da Convenção às novas modalidades de investimentos que estão surgindo ou que não eram conhecidas no momento da preparação do seu texto na década de sessenta. O autor entende por novas modalidades de investimentos os aportes de capital envolvendo transferência de tecnologia e *know-how*. São considerados tipos clássicos de investimentos as contribuições diretas de capital voltadas para a exploração e utilização de recursos naturais, minerais ou de outras espécies; para o desenvolvimento industrial; para o turismo ou para facilidades rurais e urbanas⁵⁶.

Em relação ao termo aspectos legais das disputas, também houve discussões quando dos trabalhos preparatórios. Apesar de não definir o termo, fez-se inicialmente uma distinção entre “disputa de caráter legal” e “disputas políticas, econômicas e puramente comerciais”. Essa diferenciação foi rechaçada pelos próprios elaboradores por não levar em consideração as disputas legais existentes no rol de disputas comerciais (BROCHES, 1973, p. 362-363).

Posteriormente, foi sugerido que disputas de caráter legal fossem consideradas como “qualquer disputa referente a um direito ou obrigação decorrente de lei ou referente a fatos relevantes para a determinação de direitos e obrigações legais”. Também esta definição foi alvo de críticas e, ao final, a grande maioria optou por não definir o termo (BROCHES, 1973, p. 363).

Diante da falta de precisão no texto da Convenção, os diretores executivos consideraram relevante fazer um comentário sobre o assunto nas notas explicativas. A explicação dada pelos diretores do Banco diz que a expressão “disputas legais” foi usada para deixar claro que, enquanto os conflitos de direito estão dentro do escopo da jurisdição do Centro, os meros conflitos de interesse não estão⁵⁷.

Para além de questões meramente gramaticais, o que se depreende desta discussão a respeito da definição dos limites materiais a serem dados à jurisdição do CIRDI, é que a intenção dos seus elaboradores era tornar esses limites bastante fluidos, a fim de que o texto da Convenção fosse aceito pelo maior número de Estados possível e adaptável a um grande número de situações. Além disso, deixar sob a responsabilidade das partes contratantes a precisão dos limites da jurisdição do Centro, significa exaltar ainda mais o caráter consensual

⁵⁶ Para mais, ver Capítulo I, item 2.3.4, p. 40.

⁵⁷ Ver nota n. 12.

da jurisdição desta organização, fazendo disso um escudo contra qualquer crítica em relação à corrosão da soberania de jurisdição estatal.

5.2.2 Jurisdição / competência em razão da pessoa (*ratione personae*)

A delimitação da jurisdição do CIRDI em razão da pessoa é baseada no caráter das partes envolvidas na disputa. O Art. 25 (1) na parte final deixa claro que a jurisdição do Centro se estenderá às diferenças entre um Estado contratante e um nacional de outro Estado contratante. Permanecem fora do âmbito de aplicação do CIRDI, portanto, as disputas entre Estados, para as quais existem mecanismos tradicionais de arbitragem internacional pública ou a submissão à jurisdição de um tribunal internacional, e as disputas entre particulares, que devem ser resolvidas pelos tribunais nacionais ou pela arbitragem comercial internacional (BROCHES, 1973, p. 354).

(a) Estado contratante

Respeitando os princípios e normas de Direito Internacional, uma convenção só é aplicada aos Estados que dela fazem parte. Logo, para um Estado acionar e ser acionado no sistema de solução pacífica de conflitos do CIRDI é preciso que o mesmo tenha assinado e ratificado o tratado internacional que o constituiu.

O já referido art. 25 (1) da Convenção de Washington, ao delimitar a jurisdição do Centro pelo caráter das partes envolvidas, esclarece que são também admitidas como partes, as subdivisões políticas ou organismos públicos de um Estado contratante. Entretanto, exige que para tanto, este último acredite junto à Secretaria do Centro as subdivisões políticas e organismos públicos que são autorizados a figurar como parte nos procedimentos conciliatórios e arbitrais instaurados pelo CIRDI. Além da designação, também é exigido que o Estado Contratante confirme ou aprove o consentimento em aderir à jurisdição do Centro,

proferido por uma dessas subdivisões ou organismos, a menos que o próprio Estado notifique, à Secretaria da organização que esta aprovação é desnecessária⁵⁸.

Como nenhuma forma particular de notificação ou de autorização é exigida pela Convenção, questiona-se se os referidos atos podem ser feitos separadamente ou, ao contrário, podem ser incorporados a um instrumento concluído entre um investidor e um governo de Estado. Em resposta a esta questão, tem-se entendido que a mera demonstração de interesse pelo Estado em preencher o requisito da designação, uma vez trazida ao conhecimento do Centro, pode ser suficiente para satisfazer o requisito exigido pela Convenção. Sendo assim, o mero fato de uma subdivisão política ou um organismo público não constar da lista fornecida pelo Estado contratante do qual faz parte, não exclui a possibilidade dessas entidades atuarem como partes nos procedimentos do CIRDI (LAMM, 1991, p. 469).

(b) Investidor estrangeiro

No que se refere ao investidor, a limitação da jurisdição do CIRDI envolve expressamente a questão da nacionalidade. O art. 25 (1) da Convenção determina que o investidor, caracterizado como parte de um procedimento instaurado no Centro tenha nacionalidade de um Estado contratante que não seja aquele contra o qual litiga.

Esse requisito inclui duas exigências: uma negativa e outra positiva (BROCHES, 1973, p. 355). A negativa é de que o investidor não tenha a nacionalidade do Estado envolvido na disputa. Esse requisito é justificado pelo propósito da Convenção de oferecer mecanismos internacionais de proteção aos investidores contra os Estados receptores do investimento, sem qualquer interesse em substituir os procedimentos internos de solução de disputas existentes entre os Estados e os seus próprios nacionais.

A parte positiva é a que exige que o investidor tenha a nacionalidade de um outro Estado contratante. A justificação desta exigência é encontrada na interpretação conjunta dos artigos 25, 27 e 54 (1). O artigo 27 trata da suspensão do direito de proteção diplomática pelo Estado de origem do investidor em caso deste último aceitar se submeter ao CIRDI. Essa suspensão voluntária de um direito do Estado, proporcionada pela Convenção, representa uma garantia para os demais Estados contratantes de que a disputa não adquirirá um caráter

⁵⁸ Art. 25 (3) – “O consentimento de uma subdivisão política ou organismo público de um Estado contratante requererá a aprovação do referido Estado, salvo se este notificar ao centro a desnecessidade desta aprovação.”

político enquanto estiver sendo discutida no âmbito do CIRDI. Já o artigo 54 (1) obriga os Estados contratantes a reconhecerem e aplicarem os laudos arbitrais proferidos pelos tribunais constituídos pelo Centro, oferecendo mais uma garantia ao Estado contratante parte na disputa, de que uma decisão proferida em seu favor será aplicada pelo Estado de origem do investidor (BROCHES, 1973, p. 356).

A Convenção não define o termo “nacionalidade”, permanecendo o direito dos Estados de fixar os próprios critérios para a sua concessão. Entretanto, alguns princípios norteadores são definidos pelo Direito Internacional, como o princípio da efetividade e da real ligação entre a pessoa física e um determinado Estado⁵⁹. O interesse do Direito Internacional, nesse sentido, encontra-se diretamente ligado ao instituto da proteção diplomática e, embora a função da definição de nacionalidade neste instituto seja diferente da função de levar um particular para a jurisdição do CIRDI, utilizam-se os mesmos critérios para aferição da nacionalidade, mesmo porque a prática internacional não criou outros (SCHREUER, 1997, p. 70-71).

Cabe à parte interessada, envolvida numa determinada controvérsia, provar, quando da solicitação de procedimento arbitral, a sua nacionalidade. O Secretário-Geral examinará o preenchimento do requisito para decidir se registra ou não a solicitação⁶⁰, devendo posteriormente o tribunal arbitral pronunciar-se sobre a sua própria competência⁶¹. Na análise da nacionalidade do investidor, tem-se entendido que as certidões de nacionalidade não são provas conclusivas, mas apenas uma evidência. Assim como as certidões, possíveis acordos existentes entre as partes sobre a questão da nacionalidade são considerados apenas como uma forte presunção em favor da existência da nacionalidade estipulada, mas não uma prova conclusiva, afinal um acordo não pode criar uma nacionalidade que não existe (SCHREUER, 1997, p. 72).

Apesar de não definir o que entende por nacionalidade, a Convenção no parágrafo segundo do art. 25 estabelece critérios temporais para a aferição da nacionalidade da pessoa física e jurídica.

⁵⁹ Sobre o assunto ver o caso *Nottebohm*, decidido pela da Corte Internacional de Justiça em abril de 1955. <http://www.icj-cij.org/icjwww/iddecisions.htm> (acesso em 23/07/2005).

⁶⁰ Art. 36 (3) – “O Secretário Geral registrará a solicitação, salvo se diante da informação contida na mesma, entender que a controvérsia esteja manifestamente fora da jurisdição do centro. Notificará imediatamente as partes do registro ou da recusa da solicitação.”

⁶¹ Art. 41 (1) – “Só o tribunal conhecerá de sua própria competência. (2) – Qualquer exceção de incompetência relativa ao centro ou, por quaisquer razões, ao tribunal deverá ser considerada pelo tribunal, que determinará se a mesma deverá ser tratada como questão preliminar ou examinada juntamente com as questões de fundo.”

1. Pessoas Físicas

No que se refere às pessoas físicas, exige-se que as mesmas tenham, na data em que consentiram em submeter uma disputa ao Centro e na data em que a solicitação de conciliação ou arbitragem for apresentada à Secretaria, a nacionalidade de outro Estado contratante ⁶².

Foi alvo de discussões calorosas nos trabalhos preparatórios da Convenção, a questão da “dupla nacionalidade” das pessoas físicas. Na primeira minuta elaborada, o dispositivo referente ao tema não considerava relevante o fato do investidor ter a nacionalidade do Estado-parte da disputa ou de Estado não contratante, desde que possuísse também a nacionalidade de um Estado parte da Convenção (BROCHES, 1973, p. 357). Já na segunda versão do projeto, o mesmo dispositivo estabelecia exatamente o contrário. Na versão final do texto consta que não se considera nacional de outro Estado contratante, em nenhum caso, as pessoas que, em qualquer das duas datas, possuam concomitantemente a nacionalidade do Estado parte na diferença (BROCHES, 1973, p. 358).

Broches (1973, p. 358) salienta, porém, que, como a Convenção não define nacionalidade, cabe aos tribunais e comissões, quando da definição de sua competência, também decidir se uma nacionalidade de conveniência ou adquirida involuntariamente pelo investidor deve ser desconsiderada.

Schreuer (1997, p. 75) ressalta que existe uma única situação em que a nacionalidade do Estado hospedeiro pode ser desconsiderada: a aquisição involuntária e compulsória da nacionalidade do Estado receptor do investimento pelo investidor após o consentimento deste em se submeter à jurisdição do CIRDI, com o intuito deliberado de frustrar a jurisdição do centro ou em total afronta ao Direito Internacional.

⁶² Art. 25 (2)- “Se entenderá como ‘nacional de outro Estado contratante’: (a) – toda pessoa natural que tenha, na data em que as partes consentiram em submeter a controvérsia à conciliação ou à arbitragem e na data em que foi registrada a solicitação do procedimento, a nacionalidade de um Estado contratante distinto do Estado parte na controvérsia, mas em nenhum caso compreenderá as pessoas que, em ambas as datas, também possuíam a nacionalidade do Estado parte na disputa.”

2. Pessoas Jurídicas

Em relação às pessoas jurídicas, a exigência é diversa. A alínea (b) do parágrafo segundo do artigo 25 exige apenas que as mesmas tenham a nacionalidade de outro Estado contratante na data em que as partes da disputa consentiram em se submeter à jurisdição do Centro⁶³. Em outras palavras, a Convenção estabelece que mudanças de nacionalidade ocorridas subsequentemente não são relevantes na determinação da jurisdição do CIRDI.

Mais uma vez a Convenção utiliza termos sem defini-los, pois não declara o que entende por pessoa jurídica, restando claro apenas que o investidor estrangeiro deve constar de personalidade jurídica determinada por algum ordenamento jurídico (PUCCI, 2003).

O texto da Convenção também é omissivo quanto ao critério a ser adotado para determinação da nacionalidade da pessoa jurídica. Dentre os critérios reconhecidos pelo Direito Internacional, destaca-se o critério da incorporação⁶⁴ ou do registro, que leva em consideração a lei segundo a qual o estatuto social da empresa é organizado, assim como o critério da sede social, ou seja, o lugar da administração central ou sede efetiva da pessoa jurídica.

A primeira versão do texto da Convenção mencionava dois critérios de aferição da nacionalidade: segundo a lei nacional do Estado contratante ou segundo o controle exercido por parte dos nacionais deste Estado. Posteriormente foi esclarecido que o primeiro critério abarcava tanto o critério da incorporação quanto o da sede social. O critério do controle acionário desde logo foi questionado por alguns membros do comitê por ter sido considerado muito vago e de difícil aferição, principalmente nos casos em que uma empresa for incorporada num Estado, controlada por acionistas estrangeiros e de propriedade comum a várias pessoas de nacionalidades diferentes (SCHREUER, 1997, p. 80-81).

As propostas seguintes, assim como a versão final do texto da Convenção, acabaram por não mencionar o método utilizado para a determinação da nacionalidade da pessoa jurídica. A parte final da alínea (b), número 2, do Art. 25 da Convenção contempla o critério

⁶³ Art. 25 (2) (b) – “toda pessoa jurídica que, na data em que as partes prestaram o seu consentimento à jurisdição do centro para a disputa em questão, tenha a nacionalidade de um Estado contratante distinto do Estado parte na controvérsia, e as pessoas jurídicas que, tendo na referida data, a nacionalidade do Estado parte na diferença, as partes tenham acordado atribuir tal caráter, para os efeitos da convenção, por estarem submetidas a controle estrangeiro.”

⁶⁴ Vale ressaltar que, este critério foi o adotado pela Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction* como sendo o único critério de nacionalidade aceito. Broches (1973, p. 360-361) defende que esse entendimento da Corte deve ser restrito aos casos de proteção diplomática.

do controle com a condição de que haja um acordo entre o Estado hospedeiro e a empresa incorporada à sua legislação nacional no sentido de considerar esta última como tendo nacionalidade estrangeira em razão do seu controle ser exercido por nacionais de outro país.

Em razão desta ressalva, Schreuer (1997, p. 81) afirma que o critério do controle não foi aceito pela Convenção como meio de determinação da nacionalidade, a não ser em caso excepcional. Segundo este autor, assim como para Delaume (1993-1, p. 175), os critérios reconhecidos pela Convenção são o da incorporação e o da sede social. Já para Aron Broches (1973, p. 360-361), os critérios definidos em função da proteção diplomática, ou seja, sede social e lugar da incorporação, não podem ser aplicados mecanicamente, sob pena de desconsiderar realidades econômicas como a propriedade e o controle.

Mais uma vez, deixa-se a cargo dos tribunais arbitrais a escolha do critério a ser adotado em cada caso concreto e a prática tem demonstrando que os critérios da incorporação e da sede social têm sido os mais adotados na determinação da nacionalidade da pessoa jurídica⁶⁵.

Em razão da ressalva feita pela parte final da alínea (b) do artigo 25, que faculta às partes decidirem se uma determinada empresa, por estar sujeita a controle externo, deve ou não ser considerada como nacional do Estado de origem dos seus controladores, mesmo tendo sido constituída sob a égide das leis do Estado parte da disputa, o critério do controle vem sendo considerado no âmbito do sistema CIRDI, ainda que limitado a certas condições.

Segundo o dispositivo do tratado, para o critério do controle ser utilizado é preciso que as partes envolvidas numa determinada controvérsia acordem neste sentido. O dispositivo, porém, não exige uma forma específica para este acordo sobre a nacionalidade. Como esta manifestação de vontade está diretamente ligada ao consentimento exigido para a atuação do Centro, tem-se entendido que o acordo celebrado diretamente pelas partes em levar uma controvérsia ao sistema CIRDI contém implicitamente o acordo relativo à nacionalidade estrangeira de empresa incorporada sob a égide da legislação do Estado parte na disputa (SCHREUER, 197, p. 87).

Tem-se admitido, inclusive, que empresas investidoras incorporadas em Estados que não ratificaram a Convenção, quando controladas por nacionais de Estados membros do CIRDI, sejam consideradas partes numa controvérsia, desde que haja entre elas e o Estado

⁶⁵ Schreuer (197, p. 82-83) cita como exemplos de adoção do critério de incorporação os casos Kaiser Bauxite vs. Jamaica; SPP (ME) Ltd. e SSP Ltd. vs. Egito; SOABI v. Senegal, etc.

hospedeiro do investimento acordo expresse sobre a nacionalidade do investidor (SCHREUER, 1997, p. 87)

O que de fato tem gerado discussão é a determinação da natureza do controle a ser considerado quando da fixação da nacionalidade. O controle pode ser direto ou indireto e a Convenção não estabelece o método a ser adotado. Diante desta abertura, os tribunais arbitrais do CIRDI têm proferido decisões contraditórias, ora adotando o critério do controle direto⁶⁶, ora adotando o controle indireto⁶⁷ para determinar a nacionalidade de determinada pessoa jurídica e a conseqüente competência do Centro.

O aprofundamento desta temática foge aos objetivos deste trabalho, mas é importante questionar se, na verdade, os tribunais arbitrais do CIRDI não procuram em todos os casos adotar o critério que possibilite a determinação da nacionalidade de um Estado parte da Convenção, a fim de que a disputa seja enquadrada na jurisdição do Centro. A tendência de justificar a si mesmo acompanha todas as organizações burocráticas e, no caso específico do CIRDI, explicaria a inexistência de um critério único na determinação da nacionalidade de pessoas jurídicas estrangeiras.

Diante do exposto, percebe-se que é característica da Convenção deixar a cargo das partes, dentro de limites gerais, a decisão sobre os critérios a serem levados em consideração na delimitação da jurisdição do CIRDI, seja em relação à delimitação em razão da matéria, seja em relação à delimitação em razão da pessoa. Em cada caso específico, cabe às partes acordarem sobre a noção de investimentos que resolvem adotar, o rol de disputas que aceitam submeter ao CIRDI e o critério de nacionalidade a ser seguido.

Sem dúvida essa é a maneira mais fácil de resolver o problema do dissenso à primeira vista, uma vez que não compromete a aceitação do texto da Convenção. Entretanto, tal opção possui a desvantagem de dar maior abertura para que as relações de poder, em cada situação específica, contribuam de maneira determinante para a definição dos termos do acordo e da própria jurisdição da organização (DELAUME, 1998p. 168-195). Vale ressaltar que o maior poder de barganha quando da elaboração dos contratos ou acordos quase nunca está do lado do país em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo, que necessita de capital externo para movimentar a sua economia. Neste aspecto a arbitragem do CIRDI não teria logrado êxito em despolitizar as disputas sobre investimentos estrangeiros entre Estados e investidores.

⁶⁶ Caso Amco vs. Indonésia.

⁶⁷ Caso SOABI vs. Senegal.

5.3 O consentimento como determinante da jurisdição

Em razão do caráter voluntário da Convenção do CIRDI, o consentimento das partes é considerado como a pedra angular (*the conerstone*) da jurisdição do Centro⁶⁸.

Nas palavras de Aron Broches (1973, p. 352), o consentimento, apesar de não ser suficiente para definir a jurisdição do Centro, funciona como chave interpretativa para todo o sistema instituído pela Convenção, principalmente para as questões envolvendo a delimitação da jurisdição em razão da matéria e em razão da pessoa.

Apesar das discussões realizadas quando dos trabalhos preparatórios da Convenção, os elaboradores do texto e os representantes dos Estados envolvidos na discussão não lograram atingir um acordo sobre a definição precisa da jurisdição do Centro. Alguns países que defendiam ser desnecessário precisar os termos, sob o argumento de que a utilização dos serviços do CIRDI era opcional. Os termos do consentimento, pois, seriam a verdadeira delimitação do âmbito de atuação da referida organização internacional (SCHREUER, 2004, p. 90).

Por outro lado, alguns países, em especial aqueles considerados em vias de desenvolvimento e, portanto, receptores dos investimentos estrangeiros, se insurgiram contra a imprecisão da descrição das atividades a serem realizadas pelo CIRDI. Eles temiam que, naqueles termos, a ratificação da Convenção representasse uma expectativa de adesão à jurisdição do Centro, o que acabaria por pressioná-los a darem o seu consentimento nos casos concretos. Para essa categoria de países⁶⁹, quanto mais precisa fosse a jurisdição do Centro, mais perto se estaria de um resultado satisfatório nas discussões (SCHREUER, 2004, p. 90).

Na versão final do texto prevaleceu a posição do primeiro grupo, apoiada pelos diretores do Banco Mundial, deixando para as partes, em cada caso concreto, a incumbência de definir os limites da jurisdição do Centro. Entretanto, algumas exigências mínimas foram feitas e merecem ser observadas.

⁶⁸ Ver Notas Explicativas dos Diretores Executivos do Banco Mundial n. 23, disponível em www.worldbank.org/CIRDI/documents.htm.

⁶⁹ Vale ressaltar que essa afirmação foi manifestada por um membro da delegação brasileira nas reuniões preparatórias da convenção. Juntamente com outros países latino-americanos, Índia e Israel, o Brasil defendia a maior precisão possível na definição da jurisdição do CIRDI.

5.3.1 A exigência de consentimento escrito

Desde as primeiras discussões acerca da criação de uma convenção com o propósito de constituir um centro internacional para solução de controvérsias sobre investimentos envolvendo investidores e Estados, defendia-se a exigência do consentimento expresso de ambas as partes como requisito essencial para a submissão à sua jurisdição.

Brigitte Stern (2000, p. 228) ressalta que antes do início do processo de elaboração da Convenção, em 1961, já se podia observar em nota do Presidente dos Diretores Executivos, a idéia que a simples adesão à convenção a ser elaborada não representaria por si só uma obrigação ao Estado contratante de se submeter à jurisdição do centro de solução de controvérsias criado por ela. Para tanto, seria necessário um consentimento expresso através de uma declaração das partes concordando previamente em submeter uma categoria específica de disputas à conciliação ou arbitragem do Centro, ou por acordo entre o Estado e o investidor, que previsse, em seu bojo, a submissão àquela jurisdição das disputas surgidas no seu âmbito.

O relevo dado a essa exigência desde o início estava relacionado com a estratégia dos autores do projeto de constituição do CIRDI para angariar adeptos à sua idéia. Tendo em vista a resistência da maior parte dos países em vias de desenvolvimento em abrir mão de sua competência soberana de jurisdição sobre disputas envolvendo investimentos internacionais realizados em seus territórios, os diretores executivos do Banco Mundial insistiram veementemente no caráter voluntário da Convenção e na existência de um consentimento expresso das partes em cada relação contratual específica como condição *sine qua non* para a atuação do Centro.

Além de consentir expressamente, as partes envolvidas na situação controversa, ou seja, o investidor e o Estado receptor do investimento, devem manifestar a sua anuência em levar o caso ao CIRDI de modo escrito.

Essa exigência apareceu na primeira minuta da Convenção como uma possibilidade, e não como uma exigência. O projeto preliminar apresentado em 1963 estabelecia no art. 2 (2) que o acordo de se submeter à arbitragem poderia ser feito de três formas: 1 – engajamento prévio por escrito; 2 – submissão *ad hoc* de um litígio ao CIRDI; 3 – aceitação, por uma parte, de um litígio submetido ao Centro pela outra parte. (STERN, 2000, p. 229)

A mencionada proposta não agradou os representantes dos países em desenvolvimento principalmente pelas duas últimas formas enumeradas, uma vez que as mesmas possibilitavam a manifestação do consentimento de forma tácita ou indireta.

Nas propostas seguintes, as duas últimas formas foram excluídas, restando apenas a possibilidade de consentimento prévio e por escrito, a qual nunca foi alvo de controvérsias entre os representantes dos Estados e os diretores executivos do Banco.

A Convenção não exige que as partes comuniquem à Secretaria do CIRDI quando o consentimento for dado, embora seja exigida a comprovação de sua existência quando da solicitação de conciliação ou arbitragem⁷⁰.

5.3.2. A forma do consentimento

O art. 25 (1) da Convenção não exige uma forma específica para a manifestação do consentimento das partes, exceto que o mesmo seja dado por escrito.

A arbitragem, como regime de exceção que é, exige o consentimento das partes envolvidas para poder acontecer. Normalmente, essa manifestação de vontade, chamada de convenção arbitral (MERCADANTE, 1986), é dada por meio de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral. A cláusula arbitral geralmente faz parte de um contrato específico celebrado diretamente pelas partes, na qual as mesmas declaram consentir antecipadamente em recorrer à arbitragem para solucionar quaisquer controvérsias que, futuramente, venham a surgir em decorrência daquele contrato. Já o compromisso arbitral, também chamado de acordo *post litem nata*, é aquele firmado entre as partes após o surgimento da disputa (FOUCHARD, 1965; KLEINHEISTERKAMP, 2004; LEE, 2000; PIMENTEL, REIS, 2002; REDFERN, HUNTER, 1991; STRENGER, 1996).

A Convenção do CIRDI não faz menção expressa a essa forma de consentimento, embora a grande maioria da doutrina e da jurisprudência, até o final dos anos 80, considerasse que a formulação do art. 25 da Convenção significava o reconhecimento da necessidade de um acordo bilateral, no qual o consentimento estaria explicitamente dado, seja através de uma

⁷⁰ Regra n. 2 (2) das Regras Processuais Aplicáveis à iniciação dos procedimentos de conciliação e arbitragem. Disponível em www.worldbank.CIRDI.org/documents.htm

cláusula integrada ao contrato, seja através de um compromisso arbitral (STERN, 2000, p. 226).

Acontece que, examinando o histórico do surgimento da Convenção de Washington, verifica-se que o seu “pai fundador”, Aron Broches, defendeu uma nova forma de manifestação do consentimento que ele mesmo admitia ser difícil de alcançar. Broches considerava a existência de três modalidades de consentir à arbitragem do Centro: a inserção de uma cláusula num contrato; a assinatura de um compromisso arbitral referente a um litígio já surgido e a manifestação unilateral do Estado numa lei nacional de proteção de investimentos ou num documento, por meio do qual o mesmo declararia submeter ao Centro uma determinada classe de disputas (STERN, 2000, p. 229).

Essa idéia não foi aceita por todos os Estados que participaram das discussões prévias à elaboração do texto convencional (KLEINHEISTERKAMP, 2004, p. 160), de modo que nos comentários do projeto preliminar submetido à discussão nas reuniões consultivas com expertos jurídicos dos governos dos Estados membros do Banco Mundial, em 1963 e 1964, foi precisado que o texto não exigia uma forma específica para expressar o consentimento (STERN, 2000, p. 230).

Os promotores do projeto, entretanto, optaram por não mencionar no texto da Convenção a possibilidade de engajamento unilateral. Numa reunião em Genebra em fevereiro de 1964, Broches deixou entrever as razões políticas de uma minimização dessa forma de engajamento. Ele reconheceu que o Banco decidiu não ressaltar esse modo de consentimento, a fim de evitar que os países em vias de desenvolvimento criassem a impressão que esse devesse ser o modo normal de tratar os investimentos estrangeiros (SCHREUER, 2004, p. 199; STERN, 2000, p. 230).

Por outro lado, os diretores executivos do Banco Mundial, nas notas explicativas enviadas aos governos juntamente como o texto final da Convenção para aprovação, assinatura e ratificação, optaram por comentar o artigo 25 (1) da seguinte forma:

24. [...] O consentimento pode dar-se, por exemplo, em cláusulas de um contrato de investimento que trate das controvérsias futuras que possam surgir desse contrato, ou num compromisso entre as partes a respeito de uma disputa já em curso. A convenção tampouco exige que o consentimento de ambas as partes conste de um mesmo instrumento. Assim, um Estado receptor poderá **oferecer** em sua legislação sobre promoção e proteção de investimentos, submeter uma categoria específica de

investimentos à jurisdição do Centro e o investidor pode prestar o seu consentimento escrito a essa oferta⁷¹. (NOTAS EXPLICATIVAS, p. 44, grifou-se)

Esse comentário dos diretores do Banco, seguindo a linha interpretativa de Broches, considera a menção à arbitragem do CIRDI numa lei nacional como uma oferta geral feita pelo Estado, que pode ser aceita por todo e qualquer investidor a qualquer tempo. Este comentário permite, segundo a opinião de alguns, que partes sem qualquer relação contratual direta sejam submetidas à arbitragem do Centro.

Grande importância não teria, esse comentário, caso não tivesse o mesmo contribuído para que se criasse uma interpretação demasiado extensiva dos dispositivos da Convenção. A partir dessa “explicação” dada pelos idealizadores da Convenção de Washington, criou-se o que Jan Paulsson (1995, p. 232) chama de “*arbitration without privity*” ou o que Genéviève Burdeau denomina “*banalisation de la saisine unilatérale par l’investisseur*” (1995, p. 10).

Foi também a partir dessa construção, que se passou a considerar as cláusulas arbitrais constantes de acordos bilaterais e multilaterais sobre investimentos travados entre os diversos países, como ofertas unilaterais de submissão à jurisdição do CIRDI por parte dos Estados.

Durante os trabalhos preparatórios da Convenção, pouca menção foi feita aos Acordos Bilaterais de Investimentos (ABIs), mesmo porque estes estavam começando a aparecer nos Estados Unidos e só a partir da década de 1990 proliferariam a uma velocidade inacreditável. Entretanto, aplica-se às cláusulas arbitrais constantes nos ABIs, o mesmo raciocínio desenvolvido para as legislações nacionais.

É possível dizer o mesmo em relação aos tratados multilaterais que envolvem a temática dos investimentos, como o tratado do NAFTA, do Mercosul, do Acordo de Cartagena⁷² e da Carta de Energia⁷³. Cada um desses tratados ou protocolos elaborados no seu âmbito possui cláusulas arbitrais de diferentes amplitudes, mas que são, ou tenderão a ser quando entrarem em vigor, interpretadas como ofertas unilaterais e não-retratáveis de submissão à jurisdição do CIRDI (KLEINHEISTERKAMP, 2004, p. 164-170; PARRA, 1997, p. 287-364; SCHREUER, 2004, p. 198-224).

A idéia que Broches, juntamente com os outros diretores executivos do Banco Mundial, optou por não deixar clara no texto da Convenção, acabou por se tornar uma prática

⁷¹ Disponível em www.worldbank.CIRDI/documents.htm

⁷² Acordo de Livre Comércio celebrado em 1994 entre México, Colômbia e Venezuela.

⁷³ Tratado celebrado em 1994 entre as Comunidades europeias e 49 Estados quase todos europeus.

comum sem que parecesse que os países exportadores de capital tivessem interesse nisso (STERN, 2000, p. 230).

Nesse sentido, Kleinheisterkamp (2004, p. 165) afirma que a Convenção de Washington representou uma tática do Banco Mundial para fazer proliferar de forma indireta o acesso direto do investidor estrangeiro à arbitragem internacional. A continuação dessa conquista se deu com a pressão exercida pelos países exportadores de capitais no sentido de impor aos Estados receptores do investimento estrangeiro a aceitação da arbitragem transnacional em legislações nacionais. A proliferação de ABI *à americana*, isto é, de tratados bilaterais de investimento que deixam a cargo exclusivo do investidor, em cada situação concreta, a escolha da modalidade de solução de controvérsia a ser aplicada, representa também um enorme avanço na “conquista do mundo em direção à arbitragem”. Por fim, os tratados multilaterais, como formas de uniformização do direito dos investimentos internacionais e adoção consentida dos *international standards* constitui uma outra forma de conduzir as relações entre investidores estrangeiros e Estados para a direção apontada pelo Banco Mundial.

A aplicação da idéia dos diretores executivos do Banco acabou por criar uma nova forma de acordar a arbitragem, chamada de “cláusula compromissória unilateral” (LEE, 2000, p. 49). Sem dúvida alguma, essa forma mais ampla de construir o acordo arbitral entre as partes influencia na delimitação da jurisdição do CIRDI e na interpretação que os seus tribunais fazem do consentimento expresso e escrito que cada uma das partes é obrigada a dar. A grande questão é saber até que ponto a interpretação que os tribunais do CIRDI fazem das cláusulas arbitrais constantes de tratados e dos dispositivos constantes de legislações nacionais estende o âmbito de atuação do Centro em detrimento da prerrogativa dos Estados soberanos de submeter-se voluntariamente a uma instância arbitral internacional, afastando, assim, a sua processualidade estatal.

É interessante ressaltar os termos de um debate considerado central quando dos trabalhos preparatórios da Convenção, que guarda estreita relação com a forma do consentimento e pode contribuir para uma maior clareza da questão (STERN, 2000, p. 238).

A respeito da delimitação da jurisdição, discutiu-se exaustivamente se a submissão ao CIRDI seria somente em relação aos litígios derivados do contrato específico de investimentos ou em relação a toda e qualquer espécie de investimentos. Estados como os Estados Unidos, a França, a Itália e a Grã-Bretanha defendiam a posição extensiva. Já países como Índia, Israel, Brasil e Líbano adotavam a posição restritiva, segundo a qual a jurisdição

do CIRDI só deveria ser aplicável ao investidor que tivesse celebrado um contrato específico com o Estado, sob pena de tratamento discriminatório ao investidor nacional. Os representantes brasileiros ainda afirmaram que o CIRDI não poderia se transformar num organismo de revisão das legislações de diferentes países (STERN, 2000, p. 239).

Ao final, por terem colocado insistentemente que os Estados não seriam jamais obrigados a submeter todos os litígios ao CIRDI e que poderiam dar o consentimento somente para os litígios contratuais, os defensores do projeto acabaram por obter a maioria, inconsciente para muitos, em favor da tese extensiva, já que a competência para todos os investimentos ficou sendo, implicitamente, o limite máximo da competência do Centro (STERN, 2000, p. 235).

Um outro fator a ser considerado na análise da forma do consentimento à jurisdição do CIRDI é o que determina o art. 25 (4). Esse parágrafo estabelece claramente que os Estados contratantes poderão notificar à Secretaria do Centro, por meio de uma lista, a categoria de disputas envolvendo investimentos que aceita submeter ao mecanismo instituído pela Convenção. Ao final, o dispositivo ressalta que essa notificação não configura o consentimento expresso e por escrito que requer o art. 25 (1).

Diante dessa determinação, parece razoável concluir que se tal notificação entregue diretamente à Secretaria do Centro não configura uma oferta geral aos investidores dos outros Estados contratantes, legislações ou acordos gerais sobre promoção e proteção de investimentos também não deveriam caracteriza uma oferta deste tipo.

Nesse ponto, vale ressaltar a preocupação de Delaume (1998, p. 169) em alertar os elaboradores de cláusulas arbitrais que nem todas as disposições constantes de leis nacionais ou de acordos bilaterais ou multilaterais contêm um consentimento obrigatório. Algumas vezes, a referência à arbitragem nesses documentos é apenas uma oferta para a negociação, posto que se faz uma menção ao CIRDI e a outras formas de solução de controvérsias como opções a serem analisadas pelo investidor e pelo Estado quando da formulação do contrato.

Outras vezes, as menções são claras no sentido de fornecer o consentimento específico exigido na Convenção do CIRDI. Nesses casos, não restam dúvidas que o Estado optou por, conscientemente, submeter à jurisdição do Centro as controvérsias envolvendo a categoria de investimentos tratada pela lei.

O problema se verifica quando as legislações nacionais e os tratados fazem referências gerais ou imprecisas à questão. Nesses casos a interpretação desses documentos pelos árbitros

é que vai determinar a jurisdição do Centro e era justamente esse o temor dos países em vias de desenvolvimento, em particular do Brasil.

5.3.3 O momento do consentimento

Sobre o momento do consentimento, a Convenção também não faz menção detalhada. Apenas exige que seja prévio à solicitação da conciliação ou arbitragem. Entretanto, as notas dos diretores executivos explicam que “o consentimento das partes deve existir no momento em que se apresenta a solicitação ao Centro [...]” (NOTAS EXPLICATIVAS, p. 43). Isso significa que a parte que solicita a instauração do procedimento conciliatório ou arbitral já deve ter manifestado o seu consentimento previamente. Em outras palavras, o consentimento não pode advir do ato que requer a constituição de um tribunal arbitral ou comissão conciliatória.

A identificação do momento no qual o consentimento é oferecido importa pelas conseqüências que advêm da manifestação de vontade, a saber: irrevogabilidade do consentimento, determinação da nacionalidade do investidor⁷⁴, exclusão de outros remédios, restrição da proteção diplomática⁷⁵ e fixação das regras intertemporais (SCHREUER, 2004, p. 225).

No que se refere à irrevogabilidade do consentimento, a Convenção determina que uma vez dado o consentimento pelas partes, o mesmo não pode ser unilateralmente retirado. Essa regra é uma das mais importantes do sistema CIRDI, haja vista que permite que o procedimento seja finalizado mesmo se uma das partes resistir em colaborar.

Quanto à exclusão de outros remédios, o art. 26 determina que, salvo estipulação em contrário, o consentimento das partes ao procedimento de arbitragem exclui automaticamente qualquer outro recurso anteriormente disponível para solucionar controvérsias sobre investimentos, incluindo as jurisdições nacionais. É facultado aos Estados contratantes, todavia, impor condições à jurisdição do CIRDI, por meio do esgotamento dos recursos administrativos e judiciais disponíveis no seu direito interno.

⁷⁴ Ver item 5.2 *supra*.

⁷⁵ Ver item 4 *supra*.

A delimitação do momento em que o consentimento foi dado também determina quais normas de direito serão aplicadas ao caso em análise. Tal dispositivo tem relevância nos casos em que a legislação pertinente do Estado receptor, utilizada no procedimento, tenha sido alterada após o acordo celebrado pelas partes. Neste particular, o dispositivo do CIRDI possui o mesmo efeito das cláusulas de estabilização, defendidas pelos grandes investidores anteriormente e tão rechaçadas pelos Estados importadores de capital externo. Estas cláusulas determinavam o congelamento do direito do Estado aplicável ao contrato, no momento de sua assinatura, a fim de livrar os investidores de mudanças de conduta dos Estados receptores após a celebração do contrato de desenvolvimento (HUCK, 1989).

5.4 A exclusividade da jurisdição

A jurisdição do CIRDI, uma vez escolhida, passa a ser exclusiva para resolver conflitos relativos a investimentos. A garantia desta exclusividade é feita pelos artigos 26 e 27 do tratado que institui o Centro.

A primeira parte do art. 26 determina que, salvo estipulação em contrário, o consentimento das partes em se submeterem à arbitragem do CIRDI implica uma renúncia a qualquer outro mecanismo, seja arbitral ou judicial, de solução de controvérsias.

Para a exclusividade da jurisdição do CIRDI concorrem, portanto, dois fatores: 1 – existência de consentimento válido das partes envolvidas numa controvérsia em acionar o sistema arbitral do Centro; 2 – inexistência de referência a outras formas de arbitragem ou soluções judiciais.

Sobre o primeiro requisito, Schreuer (1997, p. 155) ressalta que a aplicação do art. 26 tem início no momento em que o consentimento é dado, mesmo que o procedimento arbitral ainda não tenha sido instituído. Conforme mencionado linhas acima, quem decide se há ou não consentimento válido em aderir ao CIRDI é o secretário geral do Centro ou o tribunal arbitral. Mas caso o procedimento arbitral não tenha sido instituído, cabe ao fórum alternativo acionado decidir se existe ou não consentimento à arbitragem do CIRDI, pois este seria um empecilho ao exercício da sua própria jurisdição.

No que se refere à estipulação, pelas partes, de formas alternativas ou concorrentes de solução de controvérsias, tem-se que a mesma pode se dar por referência a tribunais arbitrais

ou por meio de cláusulas arbitrais em favor de arbitragens *ad hoc* seguindo as regras da UNCITRAL ou arbitragens mistas realizadas por entidades privadas como a corte arbitral da Câmara de Comércio Arbitral (CCI), a arbitragem da *American Arbitration Association* (AAA), dentre outras.

Exemplo de estipulação de mais de uma forma de solução arbitral é dado pelo tratado que institui o NAFTA, que em seu art. 1120 sobre solução de controvérsias prevê a possibilidade de recurso arbitral ao CIRDI, ao seu mecanismo adicional e à arbitragem *ad hoc* seguindo as regras da UNCITRAL⁷⁶.

Referências não muito claras a múltiplas formas de solução arbitral feita pelas partes em legislações nacionais e acordos bilaterais de investimentos algumas vezes têm causado problemas de ordem prática. Além disso, mesmo os contratos celebrados entre os investidores e os Estados hospedeiros, algumas vezes contêm referências conflitantes a mais de uma forma de solução de controvérsias para uma mesma disputa, incluindo cláusula arbitral remetendo ao CIRDI⁷⁷.

A segunda parte do art. 26 determina que o Estado contratante pode requerer o esgotamento dos recursos locais administrativos ou judiciais como condição para o consentimento à arbitragem do CIRDI.

Deixa-se claro, então, que a regra do Direito Internacional tradicional que exige o esgotamento dos recursos internos por parte do indivíduo ou corporação que deseje pleitear a responsabilidade internacional de um Estado, através da solicitação de proteção diplomática ao seu Estado de origem, não é uma determinação da Convenção, mas sim um direito do Estado, suscetível de renúncia num contexto particular. O art. 26, portanto, inverte o preceito de Direito Internacional, tornando exceção o que antes era a regra (SCHREUER, 1997, p. 95).

Nos trabalhos preparatórios da Convenção, discutiu-se muito a exigência de esgotamento de recursos internos como condição do consentimento à arbitragem do CIRDI. Os participantes da América Latina e de outros países em desenvolvimento desejavam manter

⁷⁶ No original, Chapter Eleven, Section B, Article 1120: Submission of a Claim to Arbitration 1. Except as provided in Annex 1120.1, and provided that six months have elapsed since the events giving rise to a claim, a disputing investor may submit the claim to arbitration under: (a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention; (b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention; or (c) the UNCITRAL Arbitration Rules. 2. The applicable arbitration rules shall govern the arbitration except to the extent modified by this Section.

⁷⁷ A título de exemplo, ver os comentários feitos por Schreuer (1997, p. 68-224) dos seguintes casos submetidos ao CIRDI: Klöckner vs. Cameroon; SPP (ME) Ltd. e SPP Ltd. vs. Egito e Holiday Inns vs. Morocco e MINE vs. Guinea.

a exigência tradicional e manifestavam receio de que a inversão da regra pudesse eliminar ou diminuir o papel dos tribunais nacionais, criando procedimentos privilegiados para os investidores estrangeiros. De outro lado, Aron Broches apoiado por delegados de alguns países industrializados insistia que o art. 26 apenas criava uma regra interpretativa segundo a qual a arbitragem seria o único mecanismo possível para a solução de controvérsias, permanecendo as partes inteiramente livres para requerer o esgotamento dos recursos internos como condição (SCHREUER, 1997, p. 197).

Vale ressaltar que o esgotamento dos recursos internos do Estado hospedeiro como condição para acionar o sistema do CIRDI não implica qualquer restrição ao poder decisório dos árbitros numa determinada disputa. Tal liberdade de rever julgamentos proferidos por tribunais nacionais também vai de encontro à regra do Direito Internacional clássico, que determina que somente em caso de denegação de justiça uma matéria levada aos tribunais de um Estado possa ser examinada por instâncias internacionais.

Diante disto, questiona-se a própria utilidade da insistência dos Estados receptores de investimento em exigir o esgotamento dos recursos internos. Para o investidor, esta exigência representa uma perda de tempo e dinheiro. Além disso, uma decisão de um tribunal arbitral do CIRDI em total afronta à decisão da Corte Suprema de um país pode gerar embaraço e constrangimento para este último (SCHREUER, 1997, p. 204).

Uma outra determinação que implica a exclusividade do sistema CIRDI é a do art. 27 que impede os Estados contratantes de exercer o seu direito de proteção diplomática em favor de seus nacionais quando os mesmos tiverem consentido em levar uma disputa com um Estado estrangeiro à arbitragem do Centro. Conforme mencionado anteriormente, o instituto da proteção diplomática permite que o Estado assuma o pólo ativo de um determinado litígio, tomando para si a violação cometida a um seu nacional por outro Estado. A disputa passa a assumir, portanto, um caráter interestatal, devendo ser resolvida pelos meios disponíveis no sistema internacional: bons ofícios, mediação, arbitragem ou mesmo recurso a tribunais internacionais, caso sejam preenchidos os requisitos exigidos.

Mais uma vez, Schreuer (1997, p. 218) esclarece que a suspensão do direito de proteção diplomática passa a valer a partir do momento em que o consentimento à arbitragem do CIRDI é dado pelo Estado contratante, e não a partir do momento em que o procedimento arbitral é instituído. Em outras palavras, uma vez dado o consentimento por antecedência ao surgimento de uma controvérsia relativa a investimentos, o Estado renuncia ao direito de exercer a proteção diplomática de seus nacionais em relação às disputas envolvendo

investimentos feitos por eles em outros Estados, ainda que a controvérsia não seja levada à apreciação do CIRDI.

A parte final do art. 27 prevê, porém, uma exceção à renúncia ao direito de proteção diplomática, que representa uma exceção à exclusividade da arbitragem do CIRDI. O item (2) do referido dispositivo permite que o Estado de nacionalidade do investidor utilize o recurso à proteção diplomática nos casos em que o Estado hospedeiro do investimento tenha sido condenado, mas resista em cumprir a decisão arbitral do CIRDI. Nesses casos, permite-se que uma arbitragem interestatal ou um recurso à Corte Internacional de Justiça dê seguimento ao caso levado à apreciação de um tribunal arbitral do CIRDI, ainda que seja apenas para fins de cumprimento, e não de revisão da sentença arbitral proferida.

5.5 A independência da jurisdição

Um laudo arbitral internacional, para ser aplicável, deve ser aceito pelas autoridades legais do Estado, que detêm o chamado monopólio do uso da força. Entretanto, a maneira como essa aceitação é realizada nos diferentes sistemas legais não é uniforme, porque o procedimento arbitral é aceito de maneira diversa pelos diversos ordenamentos jurídicos.

Grande importância para a uniformização da aceitação do laudo arbitral e da sua exequibilidade no plano interno tem a Convenção de Nova York de 1958, que dispõe sobre o reconhecimento e a execução dos laudos arbitrais proferidas no território de um Estado diferente daquele em que o reconhecimento e a execução da decisão estão sendo buscados.

Essa convenção acaba com a exigência de duplo *exequatur* mas reserva ao Estado o poder de recusar o reconhecimento e a execução do laudo arbitral estrangeiro quando considerar que o mesmo não poderia ter sido proferido no país em que se busca a execução, em razão do objeto do pedido ser contrário à sua ordem pública. Essa reserva à apreciação do Estado flexibiliza, em muito, a uniformização da execução dos laudos arbitrais estrangeiros, além do que, há Estados receptores de investimentos que não ratificaram a referida convenção, adotando critérios particulares para a aceitação do laudo arbitral em seus ordenamentos internos.

A Convenção do CIRDI estabelece nos artigos 53 e 54 que os laudos arbitrais serão obrigatórios para todo Estado contratante, devendo ser cumprido mesmo por aqueles que não

fazem parte da disputa em questão. Ademais, a Convenção determina que todos os Estados contratantes deverão reconhecer ao laudo arbitral a mesma força de uma sentença de um tribunal nacional.

O procedimento para tal reconhecimento é simplificado, bastando que o interessado na execução de um laudo arbitral no território de um Estado contratante apresente uma cópia do mesmo, devidamente certificada pelo secretário geral, aos tribunais competentes ou às autoridades designadas pelos Estados como competentes para fazer o reconhecimento.

No caso dos Estados federados, a Convenção esclarece que os mesmos poderão fazer com que se executem os laudos pelos Tribunais Federais, podendo dispor que eles sejam reconhecidos como se fossem sentenças dos tribunais de um Estado federado.

Esses dispositivos da Convenção visam garantir a obrigatoriedade do laudo arbitral e a sua implementação, embora a execução seja realizada de acordo com as normas sobre execução de sentenças vigentes em cada país numa determinada época.

A garantia não é total, mas conta com o fato de que, por descumprir um tratado internacional, o Estado que se recusar a dar cumprimento a uma decisão arbitral proferida por tribunais do CIRDI poderá ser levado à Corte Internacional de Justiça e ser responsabilizado internacionalmente, estando sujeito a sofrer sanções de natureza econômica e moral.

5.6 A competência para determinar a jurisdição

O secretário geral do Centro tem a competência para rejeitar *a priori* uma solicitação de conciliação ou arbitragem apresentada ao CIRDI por considerar que a mesma não preenche os requisitos exigidos pela Convenção.

Uma vez iniciado o procedimento, as partes podem suscitar questionamentos acerca da incompetência do tribunal arbitral⁷⁸, caso em que será o próprio tribunal o juiz de sua competência. O artigo 41 (1) da Convenção enuncia este princípio de Direito Internacional Público, afirmando que os tribunais arbitrais possuem a chamada *competência da competência* (*Kompetenz der Kompetenz*)⁷⁹.

⁷⁸ Regra n. 41 das Regras Processuais aplicáveis aos procedimentos arbitrais.

⁷⁹ Ver item 6 *infra*.

Este princípio tem origem costumeira e deriva do caráter voluntário da solução jurisdicional, seja ela arbitral ou não. Com a estruturação da arbitragem sob o modelo de tribunal composto por mais de um árbitro, a distinção entre a solução judicial e a arbitral se tornou mera formalidade no âmbito internacional. A Corte Permanente de Justiça Internacional, em primeiro lugar, e a Corte Internacional de Justiça, nos dias atuais, já decidiram pelo reconhecimento da competência dos juízes internacionais para decidirem sobre a sua própria competência, caso esta venha a ser questionada⁸⁰.

O mesmo vale para a arbitragem internacional. As competências do órgão arbitral derivam do próprio compromisso de arbitragem e, como este órgão tem caráter jurisdicional, encontra-se habilitado para interpretar o próprio compromisso que lhe deu origem (DIHN, DAILLIER, PELLET, 1999, p. 772).

Este princípio é aplicável a qualquer tipo de arbitragem (pública, privada ou mista), existindo previsões de *competência da competência* em tratados internacionais sobre arbitragem pública, no modelo de regras arbitrais elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, nas convenções internacionais e leis-modelo sobre arbitragem comercial internacional, elaboradas sob a orientação da UNCITRAL, assim como nas regras procedimentais de arbitragem internacional das instituições arbitrais das câmaras de comércio de diversos países e da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

Em relação à arbitragem comercial internacional, com a qual o sistema arbitral do CIRDI se assemelha em muitos aspectos, convencionou-se, na maioria dos instrumentos internacionais, que a competência dos árbitros de decidir sobre a sua própria capacidade de pronunciamento estaria sujeita, *a posteriori*, por um controle dos tribunais nacionais. Isso não significa que haja uma hierarquia entre os sistemas. O que ocorre é que, se de um lado, se considera necessário conferir segurança às relações jurídicas em matéria de comércio internacional e evitar manobras dilatórias como a exceção de incompetência dos foros arbitrais, de outro, não se olvida que os tribunais nacionais podem, quando da solicitação de execução do laudo arbitral estrangeiro, examinar a validade da convenção arbitral e a sua compatibilidade com a ordem pública nacional (FOUCHARD, 1965, p. 135-145).

No caso específico dos tribunais arbitrais instituídos sob a égide do CIRDI, como não há necessidade de homologação dos laudos arbitrais pelos tribunais nacionais, a prerrogativa

⁸⁰ Ver: *The Electricity Company of Sofia and Bulgária (Preliminary Objection)*, PCIJ Serie A/B, n. 77, p. 611 (1939) e *Plateau Continental de la Mer Egée*, CIJ, 19 déc, 1978, Rec. 1978, p. 3. Disponível em: www.icj-cij.org (acesso em 25/01/2006).

dos árbitros de determinar a própria competência assume uma importância extremamente relevante, uma vez que caberá exclusivamente aos árbitros interpretar os termos do consentimento dado pelas partes e, conseqüentemente, determinarem os limites da sua própria competência e da jurisdição do Centro.

Obviamente, no exercício da *competência da competência* os árbitros deverão interpretar a convenção arbitral, ou seja, a manifestação de vontade das partes, guiados por princípios e regras predeterminados, sob pena de incorrer em abuso de poder, motivo que justifica a anulação do laudo arbitral. O grande princípio norteador da interpretação dos árbitros é o que determina a busca pela real vontade das partes, embora, em se tratando de limitação de direitos soberanos, exija-se uma interpretação restritiva.

Sob esse aspecto, Stern (2000, p. 244) salienta que os árbitros adquirem grande responsabilidade diante da arbitragem “*without privity*” instituída pelo CIRDI. A interpretação que os julgadores dão aos seus termos tem grande repercussão nas relações econômicas internacionais e no poder de decisão dos seus protagonistas.

No capítulo seguinte, será analisado como os árbitros de alguns tribunais do CIRDI interpretam a questão do consentimento dos Estados em aderir à jurisdição do Centro e como isso repercute no exercício do seu direito soberano de jurisdição territorial, renunciável apenas por manifestação de vontade realizada de maneira livre, clara e precisa .

6. As principais características do procedimento arbitral

A arbitragem mista administrada pelo CIRDI está submetida a regras procedimentais dispostas na Convenção de Washington de 1965 e nas Regras de Iniciação do Procedimento (RI) e Regras Processuais aplicáveis à arbitragem (RP), elaboradas pelo conselho administrativo da organização, a fim de complementar as disposições da Convenção.

O procedimento arbitral é deflagrado com a solicitação de arbitragem feita por uma das partes, ou em conjunto pelas partes de uma controvérsia, ao secretário geral da organização. Segundo as Regras de Iniciação, a solicitação deverá ser feita por escrito num dos idiomas oficiais do CIRDI (inglês, francês ou espanhol) e conter: a identificação completa das partes; a data da manifestação do consentimento das mesmas à jurisdição do Centro; a atribuição da nacionalidade do particular a um Estado contratante; e informações sobre o

objeto da controvérsia assinalando que se trata de uma disputa de natureza jurídica originada diretamente de um investimento (art. 36 da Convenção e RI n. 2).

Ao receber a solicitação, o secretário geral deve notificar o recebimento à parte solicitante, certificar-se do pagamento das custas e notificar a outra parte, enviando-lhe uma cópia da solicitação e dos documentos que a acompanhem (RI n. 5). Em seguida, o secretário geral apreciará a solicitação para decidir se a registra ou não. Se pelas informações contidas na solicitação, o secretário reputar que a disputa se encontra no âmbito da jurisdição do Centro, a solicitação será registrada e de imediato, as partes serão notificadas do registro. Nesta notificação, o secretário geral convidará as partes para, o quanto antes, constituírem o tribunal arbitral, enviando-lhe em anexo a lista de árbitros do Centro (RI n. 6 a 8).

O tribunal arbitral poderá ser composto por árbitro único ou por um número ímpar de árbitros escolhidos de comum acordo pelas partes. Se estas não chegarem a um acordo, o tribunal será composto por três árbitros, sendo que cada parte escolhe um árbitro e ambas, de acordo, escolhem o terceiro membro que figurará como presidente (art. 37). Se passados noventa dias da data de envio da notificação do registro da solicitação, o tribunal ainda não tiver sido composto, caberá ao presidente do conselho administrativo escolher os árbitros restantes, que não poderão ter a nacionalidade do Estado parte na disputa nem do Estado de origem do particular envolvido na controvérsia (art. 38).

O tribunal será considerado constituído quando o secretário geral notificar às partes que todos os árbitros aceitaram a nomeação. A substituição dos árbitros e os procedimentos a serem seguidos em caso de renúncia, incapacidade ou falecimento dos árbitros estão dispostos nas Regras Processuais para o procedimento arbitral (RP n. 7 a 12).

Após constituído, o tribunal terá sessenta dias para realizar a sua primeira sessão, salvo se as partes tiverem acordado outro prazo. O funcionamento do tribunal se dará por meio de audiências privadas, nas quais se exige a presença da maioria dos árbitros como quorum mínimo de deliberação. As decisões serão igualmente tomadas por maioria e as abstenções consideradas votos contrários. As sessões serão realizadas nas datas fixadas previamente pelo tribunal na sede do Centro, a menos que as partes escolham outro lugar e o mesmo seja aprovado pelo Tribunal (RP n. 13 a 18).

Segundo a seção 3, do Capítulo IV da Convenção, aos tribunais arbitrais cabe decidir sobre a sua competência (art. 41); sobre o caso em questão, aplicando as normas de direito acordadas pelas partes ou, em caso de ausência de acordo, a lei do Estado parte na

controvérsia e as normas de Direito Internacional aplicável (art. 42); sobre as provas consideradas necessárias para a comprovação das alegações (art. 43); e sobre medidas provisórias (cautelares) consideradas necessárias para a salvaguarda dos direitos das partes (art. 47).

Uma vez constituído o tribunal e realizada a audiência preliminar para a fixação de questões processuais como quorum, idioma, número e ordem dos escritos, prazos, extensão do procedimento escrito e oral e custas, é dado início ao procedimento ordinário e as atuações escritas e orais das partes, testemunhas e peritos. As atuações escritas são feitas por meio de memoriais, nos quais as partes expõem os seus argumentos, bem como pelo oferecimento de réplicas e trélicas, caso o tribunal considere necessário (RP n. 29 a 31).

Já as atuações orais serão realizadas em audiências, nas quais serão ouvidas as partes, as testemunhas e os peritos, podendo os membros do tribunal interrogá-los (art. 32).

É possível, ainda, que as partes dêem início a procedimentos especiais, através da solicitação de medidas provisórias, destinadas a salvaguardar seus direitos; ou mediante o oferecimento de demandas subordinadas (incidentais ou adicionais) e de reconvenção, desde que, obviamente, estas se encontrem nos limites do consentimento e no âmbito da jurisdição do Centro (RP n. 39 a 40).

Além dessas demandas subordinadas, é facultado às partes interpor exceções à jurisdição do Centro, caso entendam que a demanda não preencha os requisitos dispostos na Convenção. A exceção deve ser interposta o quanto antes, embora o tribunal possa, de ofício e em qualquer tempo, deliberar sobre a sua competência (RP n. 41). Em geral, o procedimento sobre o mérito é suspenso enquanto se resolve a exceção à jurisdição, mas o tribunal pode decidir apreciar a exceção como uma questão preliminar ou juntamente com o mérito da controvérsia, proferindo um único laudo ao final (RP n. 41 (4)).

Terminadas todas as apresentações escritas e orais, o tribunal encerra o procedimento, que só será reaberto para a apresentação de alguma prova considerada como um fator decisivo na apreciação do caso (RP n. 38). Neste momento, as partes devem enviar por escrito ao tribunal uma planilha dos gastos realizados com o procedimento para efeito de comprovação das custas a serem fixadas no laudo.

Dentro de cento e vinte dias após o encerramento do procedimento, o tribunal deverá emitir o laudo arbitral contendo: a identificação completa das partes, uma declaração de que o tribunal foi constituído conforme dispõe a Convenção; o nome dos membros; o nome dos

advogados e conselheiros das partes; as datas e lugares das reuniões; um resumo do procedimento; um resumo dos fatos, as pretensões das partes; a decisão fundamentada sobre as questões apresentadas; a decisão sobre as custas a serem pagas; e a assinatura dos membros que votaram a favor (RP n. 47).

Em seguida, o texto original do laudo será autenticado e cópias serão enviadas às partes. A data de envio do laudo às partes será considerada a data de sua emissão para efeito de contagem do prazo fixado para interposição de recursos de esclarecimento, revisão e anulação (RP n. 48).

O laudo emitido pelo tribunal é obrigatório e não admite apelação. Entretanto, caso a decisão seja omissa em alguns pontos, as partes podem interpor recurso de esclarecimento sobre o sentido ou alcance do laudo proferido (art. 50 e RP n. 51). Além disso, é permitido às partes solicitarem uma revisão do laudo fundamentada no descobrimento de fato novo que possa influenciar decisivamente no deslinde da questão. Este recurso poderá ser interposto dentro dos noventa dias após o descobrimento do fato e dentro dos três anos posteriores à emissão do laudo (art. 51).

Por fim, há a possibilidade de anulação total ou parcial do laudo, em caso de constituição incorreta do tribunal; extrapolação manifesta das suas funções pelo tribunal; corrupção de algum dos árbitros; descumprimento grave de norma processual; e ausência de motivação expressa da decisão (art. 52). Para a apreciação do pedido de anulação, será constituído um Comitê *ad hoc* pelo presidente do conselho administrativo, que examinará o laudo proferido inicialmente seguindo as regras dispostas para o procedimento arbitral (art. 54). Caso o laudo seja anulado, as partes poderão solicitar que a controvérsia seja submetida a um novo tribunal arbitral. Em caso de anulação parcial, o novo tribunal decidirá apenas sobre os pontos anulados pelo Comitê *ad hoc*.

Considerações Finais

A análise sobre os fundamentos teóricos do Centro Internacional de Resolução de disputas sobre Investimento revelou os interesses controvertidos que tiveram que ser considerados na elaboração da Convenção de Washington de 1965. O contexto do surgimento deste Centro e as discussões travadas no processo de elaboração do texto do tratado que o

instituiu dizem muito a respeito dos seus verdadeiros interesses, finalidades e objetivos: incentivar o fluxo de investimentos para os países em desenvolvimento e, conseqüentemente o seu crescimento econômico, fornecendo segurança jurídica ao investidor privado estrangeiro.

Para tanto, seria necessário criar uma instância internacional, supostamente neutra e imparcial aos interesses não só dos investidores e dos seus Estados de origem, como também dos Estados receptores latino-americanos, que na década de 1960 se reuniram para exigir uma maior participação na elaboração do Direito Internacional e o reconhecimento do seu direito de soberania econômica, que incluía o reconhecimento do direito de nacionalização e o direito de resolver internamente as controvérsias surgidas sobre este assunto.

Mas ao observar o teor de algumas das discussões travadas nas reuniões preparatórias e o texto final da Convenção juntamente com as notas explicativas elaboradas pelos diretores executivos do Banco Mundial, algumas dúvidas apontam sobre a neutralidade e a imparcialidade do sistema do CIRDI.

Em princípio, a Convenção possui um caráter declaratório, deixando a maioria das decisões a cargo da manifestação voluntária das partes, o que contemplaria o respeito à soberania dos Estados. Por outro, a redação das disposições é demasiado ampla, a ponto de permitir interpretações extensivas, muitas vezes ferrenhamente rejeitadas pelos países em desenvolvimento nas reuniões preparatórias.

Diante disso, revela-se necessário observar como funciona o CIRDI na prática e como os árbitros interpretam a Convenção de Washington, as suas notas explicativas e os acordos arbitrais em caso de dúvida ou lacuna. Ao decidir em prol do aumento ou continuidade do fluxo de investimento, o CIRDI não estaria tomando partido do investidor em detrimento dos interesses e necessidades dos Estados hospedeiros e dos seus povos?

Não se questiona aqui a importância dos investimentos externos diretos para os países em desenvolvimento, nem a o papel da arbitragem mista internacional na solução pacífica de controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros. Ressalta-se, apenas, que nem todos os investimentos são produtivos nem merecem ser protegidos, assim como nenhuma norma ou instituição, internacional ou nacional, flutua no ar, estando alheia às condicionantes políticas, econômicas e sociais do momento em que elas são elaboradas.

SEGUNDA PARTE

O consentimento dos Estados na prática arbitral do CIRDI

Introdução à Segunda Parte

A segunda parte da pesquisa é dedicada à análise de alguns casos julgados pelos tribunais arbitrais do CIRDI e, seguindo a metodologia da Primeira Parte, também será composta de dois capítulos. O primeiro deles tratará de dois casos submetidos ao CIRDI com o fundamento de que o Estado hospedeiro teria manifestado o seu consentimento em se submeter à arbitragem internacional através de oferta unilateral contida em legislação nacional.

Os casos escolhidos foram o ARB/84/3, entre a empresa *Southern Pacific Properties Ltd.* e o Egito, e o ARB/94/2, entre a empresa *Tradex Hellas S.A.* e a Albânia. Ao primeiro caso será dada maior ênfase, haja vista ser o mesmo considerado o precedente que deu início a uma prática reiterada dos árbitros do Centro no sentido de admitir o consentimento do Estado por meio de uma “oferta unilateral” contida em legislação nacional. O segundo caso será utilizado como demonstração da prática reiterada do CIRDI no exame da questão do consentimento dos Estados.

No último capítulo serão analisados quatro casos referentes à possibilidade de manifestação do consentimento à arbitragem do CIRDI através de referência contida em acordo bilateral de investimentos celebrados entre Estados. Estes acordos assumiram grande importância na regulação internacional dos investimentos estrangeiros, a partir da década de 1990, sendo grande a sua influência na escolha da solução arbitral de controvérsias entre os investidores e os Estados hospedeiros. Os casos escolhidos foram: o ARB/87/3, entre a *Asian Agricultural Products Ltd* e o Sri Lanka; o ARB/97/3, entre *Compañia de Águas del Aconquija S.A. e Compagnie Générale des Eaux* e a Argentina; o ARB/97/4, envolvendo a empresa *Ceskoslovenska Obchodni Banka A. S.* e a Eslováquia; e o ARB/97/7, entre o nacional argentino *Emilio Augustin Maffezini* e o Reino de Espanha. Cada um deles contém importantes demonstrações de como os acordos bilaterais de investimentos são considerados pelos árbitros do CIRDI e de como o consentimento dos Estados em aderir a este mecanismo arbitral pode estar neles contido.

O exame será realizado a partir de fontes diretas, ou seja, dos laudos arbitrais proferidos por tribunais constituídos para os casos, e de fontes indiretas, crônicas elaboradas por árbitros. Ainda serão utilizados no exame dos casos práticos selecionados, os fundamentos teóricos da Primeira Parte da pesquisa.

CAPÍTULO 3

O Consentimento por meio de oferta unilateral em legislação nacional sobre promoção e proteção de investimentos

Introdução

O objetivo deste capítulo é analisar como as menções à arbitragem internacional em legislações nacionais podem ser consideradas manifestações de vontade do Estado em renunciar à sua jurisdição pública e se submeter ao sistema arbitral da Convenção de Washington de 1965.

As análises serão realizadas a partir do estudo de alguns casos resolvidos no âmbito do CIRDI e terão como referências legais as decisões arbitrais emitidas em cada caso, os dispositivos da carta constitutiva do Centro e os princípios gerais de arbitragem e de interpretação de tratados internacionais. Em alguns casos, comentários de pesquisadores e árbitros poderão ser utilizados como respaldo para os posicionamentos adotados.

De início, será examinado o caso ARB/84/3 entre a empresa *Southern Pacific Properties Ltd.* e a República do Egito. Este caso será examinado com vagar por ser considerado o precedente que deu início a uma prática reiterada do Centro no sentido de admitir o consentimento do Estado por meio de uma oferta unilateral contida em legislação nacional.

Em seguida, será analisada a prática subsequente do Centro, através da análise do caso ARB/94/2 entre Tradex Hellas S.A. e a República da Albânia, ressaltando a utilização do caso ARB/84/3 como precedente interpretativo.

A importância da análise da prática arbitral do CIRDI em relação ao consentimento dos Estados se justifica pelo aumento do número de casos submetidos ao Centro, lastreados por referências amplas e vagas à arbitragem internacional em legislações nacionais dos Estados contratantes.

O registro dos casos submetidos ao CIRDI revela que, a partir da entrada em vigor da Convenção, em 1966, a primeira controvérsia demorou quase uma década para ser registrada e que nos dois decênios seguintes à criação do Centro poucas solicitações de arbitragem e conciliação foram apresentadas.

Foi na década de 1990 que a política liberalizante teve recepção na grande maioria dos países em desenvolvimento e as manobras voltadas para a atração do investimento externo direto provocaram uma modificação nas políticas nacionais de investimento.

A atuação dos tribunais arbitrais do CIRDI sofreu um aumento exponencial, estreitamente ligado ao aumento de políticas nacionais de atração e incentivo ao investimento estrangeiro tomadas pelos países em desenvolvimento, representado pela modificação de suas legislações internas sobre promoção do investimento estrangeiro e pela adesão ao sistema de regulação internacional do investimento estrangeiro por meio de acordos bilaterais com Estados de origem dos investidores e, mais recentemente, acordos de integração regionais.

Em todos os casos, adotam-se medidas de proteção ao investidor consideradas *standards* internacionais, dentre as quais se encontra o recurso direto à arbitragem internacional como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo investimento estrangeiro.

Essa alteração na conduta dos países em desenvolvimento explica a aceitação progressiva de instrumentos internacionais de solução de controvérsias para questões envolvendo investimento estrangeiro e, em especial, a adesão em massa de grande parte dos países da América Latina ao CIRDI a partir da década de noventa.

O informe anual da UNCTAD, referente ao ano de 2005⁸¹ (p. 22), revela que os países em geral continuam adotando medidas voltadas para melhorar as suas habilidades em atrair investimentos diretos internacionais. Segundo o referido relatório, cerca de duzentos e setenta e uma novas medidas foram adotadas por cento e duas economias. Embora tenham sido computadas medidas não muito favoráveis ao investimento estrangeiro, a maioria das modificações nacionais nos regimes de investimento foram no sentido de tornar as condições de entrada e operação de companhias estrangeiras mais favoráveis, aumentando o grau de liberalização dos regimes de investimento e a proteção ao investidor.

⁸¹ Disponível em <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=6087&intItemID=2983&lang=1> (acesso em 3/11/2005).

Table I.14. National regulatory changes, 1991-2004

Item	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Number of countries that introduced changes in their investment regimes	35	43	57	49	64	65	76	60	63	69	71	70	82	102
Number of regulatory changes	82	79	102	110	112	114	151	145	140	150	208	248	244	271
of which:														
More favourable to FDI ^a	80	79	101	108	106	98	135	136	131	147	194	236	220	235
Less favourable to FDI ^b	2	-	1	2	6	16	16	9	9	3	14	12	24	36

Source: UNCTAD database on national laws and regulations.

^a Includes liberalizing changes or changes aimed at strengthening market functioning, as well as increased incentives.

^b Includes changes aimed at increasing control, as well as reducing incentives.

Fonte: UNCTAD. World Investment Report, 2005.

Uma parte das mudanças nos regimes nacionais de investimento é feita mediante alterações em legislações e, conforme demonstra o gráfico acima, o número dessas alterações aumentou muito desde o ano de 1991.

Um estudo realizado sobre provisões em relação ao investimento estrangeiro contidas em legislações e acordos bilaterais e multilaterais revela que a maioria das disposições das leis nacionais sobre o tema versa sobre ofertas de incentivos fiscais, procedimentos simplificados para a aprovação e licenciamento do investimento, tratamento não menos favorável que o concedido aos investidores nacionais, seguro contra restrição a expatriação de capitais e proteção contra expropriação sem justa, adequada e pronta compensação (PARRA, 1997, p. 290).

Em relação à solução de controvérsias, as leis normalmente fazem referência à solução amigável, aos recursos aos tribunais nacionais do Estado hospedeiro e aos mecanismos de conciliação e arbitragem. Especial atenção é dada à arbitragem institucional do CIRDI, por ser o mesmo considerado foro especial, mas muitas referências também são feitas à arbitragem institucional da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e da Câmara de Comércio de Estocolmo (CCE), além das regras arbitrais da UNCITRAL, voltadas especialmente para a arbitragem do tipo *ad hoc*.

Parra (1997, p. 314-321), ao analisar as legislações de alguns países, a maioria da África subsaariana, constata que de maneira geral os diplomas legais sobre investimento enumeram várias formas de arbitragem dentre as quais as partes envolvidas numa disputa podem escolher utilizar através de acordo específico. As exigências e a precisão das disposições variam de país para país, havendo aqueles que determinam expressamente a necessidade de um acordo posterior entre as partes que represente o consentimento de ambas a uma forma determinada de arbitragem, existindo, porém, disposições mais amplas que

admitem ser a referência legal à arbitragem o consentimento definitivo do Estado legiferante a ser aceito pelo investidor em momento posterior. Sobre esta última modalidade, o autor salienta que as mesmas resultam da adoção da sugestão dos diretores executivos do Banco Mundial, constante das notas explicativas da Convenção do CIRDI, mas que apenas uma minoria das legislações sobre investimento contém provisões desse tipo.

1. O Caso *Southern Pacific Properties vs. República Árabe do Egito* e o precedente⁸²

1.1 Os fatos

No começo do ano de 1974, a *Southern Pacific Properties* (SPP), empresa do ramo de hotelaria e turismo, incorporada em Hong Kong, iniciou as negociações preliminares com a República Árabe do Egito para a construção de complexos turísticos nas proximidades das Pirâmides e em *Ras El Hekma*, na costa mediterrânea.

Em 23 de setembro do mesmo ano, a SPP celebrou um acordo de base (*Heads of Agreement*) com o governo do Egito e uma empresa pública egípcia (*Egyptian Tourism Organization* – EGOth), estabelecendo que a SPP e a EGOth constituiriam uma *joint venture* e que o governo egípcio se comprometeria em assegurar a titularidade do terreno necessário para a construção do projeto.

Em 12 de dezembro de 1974 foi celebrado um acordo suplementar entre a SPP e a EGOth para criar a *joint venture* (*Egyptian Tourist Development Company* – ETDC) e estabelecer as obrigações de cada uma das partes, sendo determinado que caberia à SPP 60% do capital social da empresa. Restou convencionado também uma cláusula arbitral em favor da arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) para o caso de controvérsias surgidas da relação contratual. Na última página do acordo, seguindo as assinaturas das partes, havia a rubrica do Ministro do Turismo do Egito e o selo oficial seguidos da expressão: “aprovado, consentido e ratificado pelo Ministro do Turismo”.

Em 22 de maio de 1975 o Presidente do Egito baixou o Decreto n. 475 para especificar o uso do terreno próximo às pirâmides e o de *Ras El Hekma* para fins turísticos. A construção

⁸² ARB/84/3 – *Southern Pacific Properties* (SPP) vs. República Árabe do Egito, publicado em: *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 16, p. 28, 1991; *ICSID Reports*, n. 3, 1995; e *Journal du droit international*, n. 121, p. 220, 1994. Sobre o caso “Pirâmides”, ver: CRAIG, 1993, p. 264-293; DELAUME, 1993, p. 104-115; GAILLARD, 1994, p. 217-247; RAMBAUD, 1985, p. 508-520; RAMBAUD, 1993, p. 567-576; STERN, 2003.

do complexo hoteleiro na região da planície das pirâmides começou em julho de 1977, porém logo em seguida a realização do projeto encontrou obstáculos no Egito em razão da ameaça que o mesmo causaria à preservação do patrimônio histórico e cultural da região e da humanidade. O Egito fazia parte da Convenção da UNESCO sobre preservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, que entrou em vigor em dezembro de 1975, mediante o qual estava obrigado a preservar os monumentos classificados como tal. Como o projeto tinha como finalidade a construção de um complexo turístico com campo de golfe e lago artificial às margens das pirâmides, setores da sociedade egípcia se mobilizaram para pressionar o governo a impedir a sua realização.

Em 27 de maio de 1978, o Ministro da Cultura declarou, por meio de um decreto, que a área onde se encontravam as pirâmides era de domínio público. Em 19 de junho do mesmo ano o Presidente do Egito baixou o Decreto n. 267 que revogava o Decreto n. 475, retirava a sua aprovação do projeto e cancelava o acordo.

Como consequência, a ETDC foi interdita e passou a ser administrada judicialmente. Além disso, as suas contas foram bloqueadas pelo Banco Central do Egito e os seus bens seqüestrados.

1.2 O caso “Pirâmides” na CCI

Em 7 de dezembro de 1978, a SPP e a sua subsidiária *Southern Pacific Properties Middle East* (SPP (ME)) instituíram um procedimento arbitral na CCI contra a EGOH e o Egito, requerendo indenização no valor de U\$ 42.500.000,00 por danos causados pela quebra do contrato.

O Egito fez objeções à jurisdição arbitral da CCI afirmando que não era parte do acordo suplementar que continha a cláusula arbitral e que a assinatura do Ministro do Turismo abaixo da frase em que dizia “aprovado, consentido e ratificado” não significava a criação de obrigações para o governo do Egito, mas sim a aprovação do Ministro do Turismo na condição de autoridade supervisora da EGOH, empresa pública que não agia em nome do governo e que, portanto, não poderia ser-lhe equiparada.

O tribunal da CCI entendeu que cabia à SPP provar o consentimento do Egito à arbitragem, que tinha como consequência a renúncia à imunidade de jurisdição, mas notou que, por meio do art. 8, da lei n. 43 de 1974 o Egito considerava a possibilidade de se submeter à arbitragem internacional, renunciando à jurisdição dos seus tribunais. Entretanto, o

tribunal arbitral entendeu que a lei n. 43 deveria ser levada em consideração apenas para saber se o Egito havia ou não renunciado à sua imunidade de jurisdição, não se podendo afirmar que por aquele texto legal o Egito havia consentido à arbitragem da CCI. A busca do consentimento do Egito deveria concentrar-se, portanto, nos contratos celebrados entre ele e o investidor estrangeiro e, mais especificamente, na natureza da assinatura do Ministro do Turismo no acordo suplementar que continha cláusula arbitral.

Ao final, o tribunal arbitral acolheu a posição do representante da SPP que afirmou ter sido a última página do acordo suplementar, alterada justamente para que constasse a assinatura do Ministro do Turismo e, desse modo, o Egito passasse a fazer parte daquela contratação. Logo, a vinculação da República Árabe do Egito à arbitragem da CCI adviria da assinatura do Ministro do Turismo no acordo suplementar. Além disso, o tribunal trabalhou, ainda que subsidiariamente, com a noção de grupo de contratos, que implica uma interpretação conjunta dos diferentes contratos celebrados para a realização do projeto⁸³.

Não obstante as objeções do Egito em relação a sua submissão à arbitragem, a CCI proferiu um laudo arbitral condenando-o a pagar uma indenização no valor de US\$ 12.500.000,00 mais juros de 5% ao ano a partir da data da emissão do laudo.

Em 28 de março de 1983, o Egito instituiu um procedimento na Corte de Apelação francesa, a fim de que fosse anulado o laudo arbitral da CCI. Em 12 de julho de 1984 a Corte de Apelação anulou o laudo, por entender que a cláusula arbitral em favor da CCI constante do acordo suplementar não vinculava o Estado egípcio à arbitragem internacional. A assinatura do Ministro do Turismo na última página do acordo foi considerada segundo o Direito Administrativo do Egito, como uma exigência administrativa que não representava a inclusão do Egito na avença.

A SPP, posteriormente, recorreu da decisão da Corte de Apelação para a Corte de Cassação, que também entendeu que a assinatura do Ministro do Turismo deveria ser examinada de acordo com a legislação egípcia, incluindo os conceitos de Direito Administrativo, segundo os quais a assinatura do Ministro do Turismo não tornaria o Egito parte de contratos internacionais e, portanto, de cláusula arbitral constante desses contratos. Em Direito Administrativo considera-se comum a exigência de que contratos celebrados por entes administrativos sejam submetidos à aprovação de uma autoridade de tutela. Desse

⁸³ RAMBAUD (1993, p. 514) salienta que essa idéia de esquema contratual unificado ou grupo de contratos passou a ser utilizada com frequência na prática internacional para remediar as carências de expressão da vontade das partes, sendo utilizada para justificar a extensão de um cláusula compromissória à sociedades que não a pactuaram expressamente (extensão horizontal), bem como aos contratos consecutivos celebrados para a execução de um contrato de base contendo a cláusula arbitral (extensão vertical).

modo, a assinatura do Ministro do Turismo no contrato suplementar em questão foi considerada de caráter estritamente administrativo. Além disso, ao examinarem a conduta do Egito em outros contratos com investidores estrangeiros, as cortes francesas constataram que aquele país insistia em submeter os conflitos surgidos dessas relações aos seus tribunais nacionais, embora as agências egípcias estivessem livres para se submeterem à arbitragem. Sobre a concepção de unidade contratual, as cortes entenderam que a ligação econômica entre os contratos não implicava uma ligação jurídica, o que resultaria numa fragilidade da imunidade de jurisdição dos Estados soberanos. Ademais, a cláusula arbitral não constava do acordo de base, o que impossibilita a chamada “extensão da vertical”⁸⁴.

Durante o curso dos procedimentos instaurados na justiça francesa, a SPP promoveu na Holanda e no Reino Unido ações de execução do laudo arbitral da CCI. Em 12 de julho de 1984, no mesmo dia em que a Corte de Apelação francesa anulou o laudo, a Corte de Amsterdã determinou a execução da decisão da CCI.

1.3 O caso “Pirâmides” no CIRDI

Em 24 de agosto de 1984, a SPP iniciou um procedimento arbitral perante o CIRDI. O Egito contestou a competência do Centro e em 27 de novembro de 1985 o tribunal arbitral composto para o caso emitiu a sua primeira decisão sobre a jurisdição, resolvendo suspender o procedimento até que a Corte de Cassação francesa decidisse se havia ou não acordo das partes em submeter a disputa à CCI, o que excluiria a jurisdição do CIRDI.

Em 14 de abril de 1988, o tribunal arbitral proferiu a segunda e última decisão a respeito da sua jurisdição e em 20 de maio de 1992, o laudo final sobre o caso foi proferido, condenando o Egito ao pagamento de uma indenização no valor de U\$ 27.661.000,00 mais juros de 5% ano a contar da data de emissão do laudo.

Em 27 de maio de 1992 o Egito requereu um procedimento de anulação do laudo, mas em dezembro do mesmo ano, após quatorze anos de disputa, as partes entraram em acordo, tendo o Egito pago U\$ 17.500.000,00 para pôr fim à controvérsia.

⁸⁴ Ver nota anterior.

1.3.1 A questão da jurisdição

Para o presente trabalho, são importantes as decisões do CIRDI sobre a jurisdição, razão pela qual somente essas serão analisadas com vagar⁸⁵.

A discussão sobre a jurisdição do CIRDI em relação ao caso conhecido com Pirâmides não se ateve aos acordos celebrados entre o Egito, a SPP e a EGOH, mas sim ao exame da legislação egípcia sobre promoção e proteção de investimento estrangeiro. A SPP ao requerer a instauração do procedimento de arbitragem perante o CIRDI, justificou a competência do Centro mencionando o art. 8º, da lei egípcia n. 43 de 1974, segundo o qual o Egito teria consentido em se submeter à arbitragem institucional do CIRDI.

As decisões sobre a competência do CIRDI no caso pirâmides (ARB/84/3) têm o seu fundamento no consentimento do Estado à arbitragem do Centro por meio de uma legislação interna relativa a investimentos.

1.3.1.1 A Decisão de 27 de novembro de 1985

O tribunal composto por Eduardo Jimenez de Arechaga; Robert F. Pietrowski Jr. e Mohamed Amin El Mahdi emitiu a primeira decisão datada de 27 de novembro de 1985. Nesta decisão, o tribunal se pronunciou sobre duas das três objeções preliminares argüidas pela República Árabe do Egito.

Em primeiro lugar, o Egito alegou que a SPP, por ter sustentado uma demanda com o mesmo objeto perante outro tribunal arbitral, não teria consentido com a arbitragem do CIRDI, uma vez que tal conduta seria contrária ao art. 26 da Convenção de Washington e ao princípio do *estoppel*. A contradição com o art. 26 adviria do fato deste dispositivo implicar numa renúncia a todos os outros meios de solução de conflitos. Já a afronta ao princípio do *estoppel* seria constatada pelo fato da SPP estar recorrendo a outro foro arbitral para obter indenização que lhe havia sido negada anteriormente em relação ao mesmo caso num foro arbitral por ela escolhido (§ 7).

O tribunal rejeitou este argumento, afirmando que o art. 26 não vedava às partes o direito de utilizar outros recursos para solucionar controvérsias sobre investimentos. A

⁸⁵ Para a referida análise serão utilizados os textos das decisões proferidas pelo tribunal arbitral do CIRDI, publicadas no *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (ed.), v. XVI, p. 16 – 39, 1991. Disponíveis em: [http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutiions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes\(ICSID\)](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutiions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes(ICSID)) (acesso em 14/11/2005); e a crônica de sentenças arbitrais de autoria de Emmanuel Gaillard (1994, p. 214-247).

exclusividade do Centro só adviria após a instauração do procedimento arbitral ou conciliatório. Uma vez escolhido o CIRDI é que as partes não poderiam utilizar de outros meios para resolver a controvérsia (§ 8). Sobre o princípio do *estoppel*, o tribunal entendeu que o mesmo não se aplicava ao caso pois não havia qualquer incoerência em o demandante perseguir vias alternativas para obter a indenização pela expropriação de seu investimento (§ 12-13).

A segunda objeção à jurisdição do CIRDI dizia respeito à inaplicabilidade da lei n. 43 de 1974 sobre investimentos. O Egito alegou que como havia retirado a sua autorização do projeto de investimento, a lei n. 43 deixava de ser aplicável ao caso (§ 14).

O tribunal refutou também este argumento, por constatar que no momento da solicitação de procedimento de arbitragem junto ao CIRDI a lei n. 43 estava em vigor, assim como ainda estava no momento da decisão preliminar sobre jurisdição.

17. [...] Se a lei n. 43 continha uma oferta do Egito de aceitação da competência do Centro, antes da anulação do projeto Oásis Pirâmides, esta oferta não foi retirada com a retirada da aprovação do projeto. A anulação do projeto não suprime o fato de que um investimento foi realizado em aplicação a lei n. 43. Consequentemente, o tribunal entende que a lei n. 43 é aplicável ao contencioso relativo ao investimento em causa⁸⁶.

A terceira objeção refere-se à inaplicabilidade do art. 8 da lei n. 43 ao caso, uma vez que este dispositivo somente previa a arbitragem para a violação de obrigações estabelecidas na lei, e não para situações envolvendo a violação de direitos contratuais, que era justamente o objeto da questão em exame (§ 18).

O Tribunal não aceitou este argumento por entender que a lei n. 43 protegia o investidor de expropriação e que, no caso em tela, os direitos contratuais da SPP teriam sido expropriados pelo cancelamento do contrato sem a devida compensação. Segundo os árbitros, a alegação de que o Egito havia violado o Acordo de Base, implicava a violação do art. 7 da Lei n. 43 que dispunha sobre a proibição da nacionalização e da expropriação sem a devida compensação (§ 19-20).

⁸⁶ No original, “If Law No. 43 contained an offer by Egypt to accept ICSID jurisdiction prior to cancellation of the Pyramids Oasis project, that offer did not terminate as a result of the withdrawal of the approval of the project. For cancellation of the project did not alter the fact that an investment had been made under Law n. 43. Accordingly, the Tribunal finds that Law No. 43 is applicable to the investment dispute in the present case.”

O Egito ainda alegou que o art. 8 da lei n. 43 não era auto-executável e não poderia conferir o direito de acesso ao CIRDI sem um acordo em separado entre o governo do Egito e o investidor estrangeiro.

O Tribunal entendeu que o art. 8 da lei n. 43 era aplicável, mas cabia examinar o valor deste artigo. A grande pergunta a ser respondida pelos árbitros era se o art. 8 da lei n. 43 consistia uma oferta auto-executória de aceitação da jurisdição do Centro (§ 24). A resposta a essa pergunta dependeria da constatação de que as partes não teriam convencionado outra forma de solução arbitral para o caso (§ 25-26).

O tribunal do CIRDI entendeu na ocasião que deveria suspender o julgamento do caso até que a Corte de Cassação francesa se pronunciasse sobre a existência ou não de convenção arbitral vinculando o Egito à arbitragem da CCI. Apesar de não estar obrigada pela decisão daquela corte, os árbitros do CIRDI resolveram por cordialidade e deferência, esperar o resultado da manifestação da justiça francesa (§ 27-30).

1.3.1.2 A Decisão de 14 de abril de 1988

Em 6 de janeiro de 1987 a Corte de Cassação decidiu pela manutenção da sentença da Corte de Apelação, que anulou o laudo arbitral da CCI e em 14 de abril de 1988, o tribunal arbitral do CIRDI pôde manifestar-se de maneira completa sobre a questão da jurisdição.

A discussão versou sobre a interpretação do art. 8 da lei n. 43 de 1974, devendo ao final o tribunal decidir sobre o seu efeito jurídico em relação à Convenção de Washington de 1965.

A primeira questão era relativa à lei aplicável à jurisdição. O Egito defendia que a apreciação da competência do CIRDI deveria ser examinada de acordo com a lei egípcia (§ 35). Já a SPP sustentava a aplicação do Direito Internacional para a interpretação da Convenção de Washington (§ 36).

O tribunal rejeitou as duas pretensões por entender que a questão da competência no caso específico implicava saber se uma legislação, resultado de uma ação unilateral de um Estado, criou obrigação internacional de aplicação a um tratado internacional. Como o art. 8 da lei n. 43 era invocado como declaração unilateral de aceitação da competência do Centro sob reserva de aceitação recíproca por nacional de um outro Estado contratante, o tribunal deveria considerar alguns aspectos do Direito Internacional sobre atos jurídicos unilaterais. Assim, tem-se que o tribunal, para decidir se a lei n. 43 constituía o consentimento exigido

pelo art.25 (1) da Convenção do CIRDI, aplicou os princípios gerais de interpretação de leis, as regras pertinentes aos tratados e os princípios de Direito Internacional aplicáveis às declarações unilaterais (§ 39).

Um dos princípios básicos de interpretação do Direito Internacional, enunciados pela jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) e da Corte Internacional de Justiça (CIJ), é o de que a interpretação de um Estado do seu próprio consentimento unilateral à competência de um tribunal internacional não obriga o tribunal e não é suficiente para determinar a questão da competência. O próprio tribunal internacional possui o poder de julgar sobre a sua própria competência e essa prerrogativa está garantida para os árbitros do CIRDI pelo art. 41 da Convenção de Washington (§ 38).

A segunda questão preliminar analisada pelo tribunal antes de examinar o art. 8 da lei egípcia dizia respeito ao modo de interpretação das cláusulas compromissórias concluídas pelos Estados. A grande questão prévia era saber se um acordo sobre a competência do Centro devia ser interpretado restritivamente. O texto da Convenção, assim como os trabalhos preparatórios deixam claro que não há presunção de consentimento por parte do Estado que ratifica o tratado, sendo necessário um consentimento expresso e por escrito das partes envolvidas numa controvérsia. O tribunal arbitral do CIRDI, novamente citando decisões da CIJ, afirmou que “os instrumentos relativos à competência não devem ser interpretados nem extensiva, nem restritivamente, mas sim de maneira objetiva e de acordo com a boa-fé. Desse modo, a competência só deve ser determinada se os argumentos em favor desta competência forem preponderantes”⁸⁷.

A terceira e última decisão preliminar versava sobre os efeitos que as decisões dos tribunais franceses sobre o caso teriam no procedimento instaurado no sistema do CIRDI. Para o Egito, as decisões da justiça francesa estabeleciam que: o art. 8 não era imperativo, oferecendo apenas modos alternativos de solução de controvérsia em investimentos; não havia hierarquia entre os três mecanismos de solução de controvérsias mencionados pelo referido dispositivo legal; não se podia depreender da lei n. 43 nenhuma presunção de renúncia à imunidade de jurisdição de um Estado soberano (GAILLARD, 1994, p. 222).

O tribunal arbitral entendeu, entretanto, que essas conclusões não poderiam ser retiradas das decisões das cortes francesas, mesmo porque a justiça francesa não examinou o art. 8 da lei n. 43 no que concerne à competência do Centro, apenas decidiu que, em razão do

⁸⁷ No original, “[...] Ainsi, les instruments relatifs à la compétence ne doivent-ils être interprétés ni restrictivement ni de manière extensive, mais au contraire objectivement et de bonne foi et la compétence doit être admise si – mais seulement si – la force des arguments militant en sa faveur est prépondérante.” (GAILLARD, 1994, p. 221).

referido texto legal, as controvérsias surgidas de um investimento estrangeiro deveriam ser regidas pelos métodos convencionados com o investidor ⁸⁸.

Decididas essas questões preliminares, o tribunal passou para o exame do art. 8 da lei n. 43 de 1974 não sem antes ressaltar que a Convenção de Washington não exigia outra forma específica para o consentimento das partes à jurisdição do CIRDI, a não ser a forma escrita. Os árbitros mencionaram, ainda, as notas explicativas da Convenção elaboradas pelos Diretores Executivos do Banco Mundial, que sobre o art. 25(1) sugerem a possibilidade de o Estado oferecer unilateralmente o consentimento à jurisdição do Centro por meio de uma legislação interna, podendo o investidor posteriormente aceitar esta oferta por escrito (§ 41-42).

Após este aparte, passou-se à análise do art. 8, que estabelecia o seguinte:

Art. 8º: Disputas de investimentos com respeito à implementação das provisões dessa lei deverão ser solucionadas na forma a ser acordada com o investidor, ou dentro da estrutura dos acordos em vigor entre a República Árabe do Egito e o país natal do investidor, ou **dentro da estrutura** da Convenção para a solução de Disputas de Investimentos entre o Estado e os nacionais de outros países à qual o Egito aderiu em virtude da lei n. 90 de 1971, **no que couber**. As disputas podem ser solucionadas por meio da arbitragem. Uma junta arbitral deverá ser constituída, compreendendo um membro em nome de cada parte da disputa e um terceiro membro agindo como presidente, a ser nomeado conjuntamente pelos dois membros mencionados. Se não houver acordo na nomeação do terceiro membro em trinta dias da indicação do segundo membro, o presidente será escolhido, a pedido de qualquer das partes, pelo Conselho Supremo de Corpos Judiciais dentre os Conselheiros do Judiciário na República Árabe do Egito. (STERN, 2003, p. 117) (sem grifo no original)

A SPP defendia a tese de que o art. 8 estabelecia uma seqüência hierárquica obrigatória de procedimentos a serem utilizados na solução de controvérsias sobre

⁸⁸ No original, “La question posée à la Cour d’appel de Paris n’était pas de savoir si l’article 8 de la loi n. 43 était obligatoire ou comportait une hiérarchie mais de savoir si la clause d’arbitrage CCI contenue dans l’accord entre EGOH et SPP liait l’Egypte. L’éventualité d’un arbitrage CIRDI n’avait pas même été soulevée à l’époque. Bien que la Cour ait fait mention en passant de la convention de Washington, elle n’a pas tenté d’interpréter la disposition de l’article 8 de la loi n. 43 en ce qui concerne la compétence du Centre. En effet, ce qu’a dit la Cour est que : « l’article 8 de cette loi prévoit en effet que les contestations sont réglées soit par le moyen convenu avec l’investisseur, soit dans le cadre des Conventions entre la R.A.E. et l’Etat de l’investisseur, soit dans le cadre du CIRDI, Centre de règlement créé par la Convention de Washington de 1965, que l’article 8, alinéa 2, aménage en outre une procédure facultative d’arbitrage interne dans laquelle la désignation du tiers arbitre est confiée aux instances judiciaires égyptiennes... ». Cette affirmation ne suggère guère que l’article 8 n’est pas obligatoire ou que l’ordre des procédures de règlement des différends qu’il pose n’est pas hiérarchique.” (GAILLARD, 1994, p. 22).

investimentos. Como a cláusula arbitral celebrada com o investidor não envolvia o Egito (primeira opção do art. 8), nem havia acordo bilateral entre o Egito e Hong Kong (segunda opção), a controvérsia deveria ser regida pelo sistema arbitral do CIRDI (GAILLARD, 1994, p. 224).

Já o Egito sustentava que o parágrafo primeiro do art. 8 estabelecia apenas uma lista exemplificativa e não limitativa de métodos possíveis de solução de controvérsias passíveis de serem negociados entre as partes caso a caso, sendo necessário um acordo em separado para fixar o método de solução de conflitos a ser utilizado (GAILLARD, 1994, p. 224).

Para examinar a principal questão levantada pela SPP em relação à competência do Centro, ou seja, que o consentimento do Egito à jurisdição do CIRDI adviria do art. 8 da lei n. 43 de 1974, o tribunal arbitral utilizou as regras de interpretação dos tratados contidas na Convenção de Viena dos Tratados de 1969. A regra básica de interpretação é a análise gramatical do texto legal, levando em consideração o sentido ordinário dos vocábulos utilizados (§ 44).

Ao examinar as versões do texto legal em inglês e em francês, o tribunal entendeu que as traduções da expressão árabe “*tatimmu*” como significando “*shall be settled*” e “*sont réglées*” denunciavam o sentido imperativo da expressão e, portanto, da utilização dos métodos arbitrais mencionados na primeira parte do art. 8. Para justificar a sua interpretação, o tribunal citou a decisão da CIJ no caso “Composição de comitê de segurança marítima”, na qual o termo “*shall be*” foi entendido como tendo significado imperativo (§ 44-46)⁸⁹.

Além disso, o tribunal comparou os textos do primeiro e do segundo parágrafos do art. 8 e concluiu que os termos utilizados em ambas as línguas na primeira parte indicam obrigatoriedade, enquanto que no parágrafo segundo, ao tratar da arbitragem interna, utilizou-se termos como “*may be settled*” e “*il pourra être convenu*”, sugerindo uma maior flexibilidade (§ 45).

O tribunal concluiu, então, que:

47. No que concerne à questão da prioridade entre os métodos de solução de controvérsias prescritos no art. 8, os diversos modos implicados e a ordem em que eles são mencionados indicam uma ordem hierárquica. Os métodos começam com o mais específico – um acordo entre as partes sobre como a disputa será resolvida – depois passa para os tratados bilaterais entre o Estado do investidor e o Egito e,

⁸⁹ Ver também, parágrafos 74 a 76 da versão francesa da decisão (GAILLARD, 1994, P. 224).

enfim, o método mais geral de solução de controvérsias – A convenção multilateral de Washington. [...] ⁹⁰.

O tribunal confirmou esse entendimento com o art. 45 do decreto egípcio n. 375 de 1977 editado para aplicação da lei n. 43. Esse dispositivo legal tratava o texto do art. 8 de maneira progressiva, tal como o tribunal havia entendido (§ 48).

O Egito argumentou que as expressões “dentro da estrutura da Convenção” e “no que couber”, contidas no final do primeiro parágrafo do art. 8, significavam que, para a aplicação do sistema do CIRDI, seria necessária a satisfação dos requisitos exigidos pela Convenção de Washington, dentre os quais estava o consentimento expresso e por escrito do art. 25(1). Diante disso, o art. 8 não significava este consentimento, simplesmente remetia para a Convenção que instituiu o Centro com todas as suas exigências, inclusive a disposta no art. 25 (§ 53) ⁹¹.

O Tribunal, porém, não aceitou este argumento, argüindo que na própria Lei n. 43, quando o governo do Egito quis exigir um consentimento *ad hoc* para a arbitragem, o fez de modo muito claro, a exemplo do art. 45 que dispunha sobre projetos realizados em “áreas de livre comércio” (§ 55). Além disso, segundo o tribunal, a exigência de acordo em separado,

⁹⁰ No original, “47. With respect to the question of priority among the methods of dispute settlement prescribed in Art. 8, the particular methods involved and the order in which they are mentioned indicate a hierarchic relationship. Those methods begin with the most specific - an agreement between the parties as to how the dispute shall be settled - and proceed to more general bilateral treaties between the investor's State and Egypt, and then finally to the most general method of dispute settlement - the multilateral Washington Convention. A specific agreement between the parties to a dispute would naturally take precedence with respect to a bilateral treaty between the investor's State and Egypt, while such a bilateral treaty would in turn prevail with respect to a multilateral treaty such as the Washington Convention. Art. 8 thus reflects the maxim *generalia specialibus non derogant* - a principle that has been endorsed by publicists since Grotius (Bk. II, Cap. XVI, sec. XXIX(I)) and appears in the jurisprudence of the Permanent Court of International Justice (*Mavrommatis Palestine Concessions (Jurisdiction)*, Ser. A, No. 2, pp. 31-32 (1924)) and various international arbitral tribunals (e.g., *Saudi Arabia vs. Arabian American Oil Company (Aramco)*, I.L.R., vol. 27, p. 117 (1963))”.

⁹¹ Nos parágrafos 63 e 64 os árbitros ainda afirmam que “ [63] Obviously, when a dispute has to be settled 'within the framework' of a treaty, all of the conditions required by the treaty for its application must be fulfilled. However, the phrase 'within the framework' does not import into a treaty additional requirements which the treaty does not contain. The Convention makes no mention of a separate *ad hoc* consent. It says only that there must be 'consent in writing'.” “[64] Equally unacceptable is the argument that the phrase 'where it [i.e., the Convention] applies' introduces a requirement of separate *ad hoc* consent into Art. 8. The Convention may be invoked in any case involving a dispute between a Contracting State and a national of another Contracting State. Of course, the Centre will not have jurisdiction with respect to all such disputes. Jurisdiction will only exist if the dispute is a legal one that arises directly from an investment and if the parties have consented in writing to the jurisdiction of the Centre. These jurisdictional requirements, however, are prescribed in the Convention itself. Thus, it is by application of the Convention that a tribunal determines whether it is competent to hear a particular case. Considered *sensu stricto*, then, the Convention - specifically, Art. 25 thereof - 'applies' to any case involving a Contracting State and a national of another Contracting State for purposes of determining whether the Centre has jurisdiction with respect to the dispute.”

destruiria toda a lógica do art. 8, não fazendo qualquer sentido mencionar acordos bilaterais e a Convenção do CIRDI (§ 56).

O Egito ainda alegou que a menção ao CIRDI no art. 8 consistia apenas num *pactum de contrahendo*, com o intuito de informar aos possíveis investidores da disponibilidade do Egito de negociar em circunstâncias específicas um consentimento à jurisdição do Centro. O tribunal recusou este argumento, por acreditar que a disponibilidade do Egito em consentir à jurisdição do CIRDI poderia ser depreendida da ratificação da Convenção de Washington pelo Egito (§ 59).

O Tribunal também não aceitou o argumento do Estado egípcio no sentido de que o art. 8 deveria ser interpretado levando em consideração o histórico de reticência do Egito em se submeter à competência de tribunais arbitrais. Os árbitros admitiram que para interpretar uma declaração unilateral apresentada por Estado como o seu consentimento em submeter-se a um tribunal internacional, seria conveniente examinar a intenção do governo deste Estado quando da declaração. Por isso mesmo, levaram em consideração o fato de que em 1971, quando o Egito aderiu à Convenção de Washington, aquele país inaugurava uma nova política econômica destinada a atrair investimentos estrangeiros. Desse modo, o Egito teria reconhecido que a lei n. 43 seria uma expressão jurídica da “política econômica de portas abertas”, sendo o seu objetivo a atração de investidores para o país, mediante o oferecimento de garantias e privilégios, dentre os quais estava a não submissão à justiça local (GAILLARD, 1994, p. 225).

O Egito ainda alegou que o Tribunal, ao considerar o consentimento à jurisdição do CIRDI como sendo dado pelo art. 8 da lei n. 43, considerava também que o país, através daquele dispositivo legal, renunciava a sua imunidade de jurisdição, e em matéria de renúncia à imunidade, apenas ao Estado soberano caberia se pronunciar. O Tribunal reconheceu que a aceitação da jurisdição do CIRDI implica uma renúncia à imunidade estatal, mas entendeu que no caso em análise, a renúncia que resultaria do art. 8 era ilusória, uma vez que para valer, o Estado egípcio teria que aprovar o investimento estrangeiro a ser feito, além do que lhe seria facultado pelo art. 8 acordar outras formas de resolução de conflitos (§ 71).

O tribunal decidiu, ao final, que o art. 8 da lei n. 43 era sim hierárquico e cogente. Portanto, como não existia acordo bilateral celebrado entre o Egito e Hong Kong e nem contrato com previsão de cláusula arbitral entre o governo do Egito e a SPP, a arbitragem multilateral prevista pela Convenção de Washington era aplicável e o tribunal arbitral formado, competente para julgar o caso (§ 69).

O fundamento da interpretação do art. 8 da Lei n. 43 pelo tribunal arbitral, portanto, encontrava-se em dois argumentos técnico-jurídicos e um argumento político. Os dois primeiros eram: o caráter imperativo da formulação do texto e a interpretação em cascata fornecida pelo próprio decreto de aplicação da lei. O argumento político estava na avaliação dos objetivos da Lei n. 43 a partir da política de abertura ao investimento adotada pelo Egito à época da elaboração da lei.

1.4 O desfecho do caso

A análise minuciosa da decisão sobre o mérito escapa aos objetivos deste trabalho, porém, algumas questões apreciadas na decisão final do caso merecem ser destacados.

A primeira questão sobre a qual se manifestou o tribunal foi a escolha da lei aplicável à solução da controvérsia. A discussão girou em torno da aplicação do art. 42 da Convenção do CIRDI, que determina que em caso de inexistência de acordo entre as partes, será aplicado o direito do Estado hospedeiro com as suas regras de Direito Internacional Privado e os princípios gerais de Direito Internacional cabíveis.

O Egito defendia que as partes tinham escolhido implicitamente o direito egípcio quando no preâmbulo do acordo de base fizeram referência às leis n. 1 e n. 2 de 1973 e à lei n. 43 de 1974. Segundo dispositivos dessa última lei, as lacunas seriam preenchidas pela aplicação do direito comum egípcio e para o Egito, portanto, o Direito Internacional só seria aplicado indiretamente, através dos princípios incorporados pelo direito egípcio, a exemplo das disposições da Convenção da UNESCO de 1972 sobre proteção do patrimônio histórico e cultural (§ 75-76, p. 05).

As demandantes, por sua vez, afirmavam que os aspectos da disputa que não fossem regulados especificamente pela lei n. 43 do Egito, por falta de provisão, deveriam ser regidos pelos princípios gerais de Direito Internacional, aplicando-se a segunda parte do art. 42 da Convenção do CIRDI (§ 77, p. 05).

O tribunal entendeu que a discussão era de somenos importância, uma vez que ambas as partes concordavam na aplicação da lei egípcia em primeiro lugar. Em relação à aplicação da segunda parte do art. 42 da Convenção, os árbitros decidiram, apoiados numa declaração de Aron Broches, que em caso de lacuna do direito interno do Estado ou em caso de violação do Direito Internacional pela simples aplicação deste direito interno, o tribunal deveria

segundo o art. 42 da Convenção, aplicar diretamente princípios e regras de Direito Internacional (§ 84, p. 05).

Em outras palavras, o tribunal entendeu que o art. 42 autorizava a aplicação do Direito Internacional, mesmo tendo as partes escolhido a lei egípcia como aplicável ao mérito da controvérsia. O critério seria a violação do Direito Internacional pela simples aplicação do direito interno escolhido. Com essa decisão, o tribunal terminou por subverter a competência egípcia, ampliando abusivamente a sua própria possibilidade de pronunciamento na determinação da lei aplicável, sendo alvo de críticas pelos mais variados expertos⁹².

A segunda questão relevante decidida pelos árbitros diz respeito à alegação do Egito de que o cancelamento do investimento foi feito em cumprimento à obrigação internacional de proteger sítios considerados como patrimônio histórico e cultural. O Egito teria se obrigado internacionalmente ao ratificar a Convenção da UNESCO de 1972 e a continuação do projeto de construção de complexo hoteleiro na planície das pirâmides configuraria uma violação a esta obrigação internacional.

As demandantes argumentaram que o Egito ratificou a convenção da UNESCO antes da aprovação do projeto, tendo condições, à época, de rejeitá-lo. Além disso, ressaltou-se que o Egito não utilizou o desrespeito à convenção da UNESCO como fundamento do cancelamento, incluindo a região das pirâmides na lista dos patrimônios históricos e culturais da humanidade apenas em 26 de fevereiro de 1979, nove meses após a decisão de pôr fim ao investimento (§ 153, p. 14).

O tribunal decidiu que a convenção da UNESCO não justificava o cancelamento do projeto pelo Egito e não excluía das demandantes o direito de compensação. Além disso, a irregularidade do projeto em relação à obrigação de proteção do patrimônio da humanidade só existiria a partir de fevereiro de 1979 quando a região onde se realizaria o investimento foi incluída na lista da UNESCO (§ 154, p. 14).

A terceira e última questão a ser abordada versa sobre a natureza das medidas tomadas pelo Egito e o direito de compensação das demandantes. O tribunal esclareceu que segundo o Direito Internacional, o Egito tinha poderes para cancelar o projeto situado no seu território para proteger antiguidades, prerrogativa derivada de sua soberania. A decisão de cancelar o projeto constituiria o exercício legal do direito de domínio, o qual não foi contestado pelas demandantes. Elas argumentavam, entretanto, que este direito do Estado egípcio ocasionou

⁹² Ver nota 1.

uma expropriação de seu investimento, o que lhes dava o direito de receber compensação, segundo o direito interno daquele país e o Direito Internacional (§ 158, p. 15).

O Egito alegou que o cancelamento do projeto não ensejava um direito de compensação para as demandantes porque não implicava uma medida expropriatória ou de nacionalização de bens estrangeiros segundo a lei n. 43. Segundo esta lei, a expropriação e a nacionalização não se aplicam aos direitos contratuais e a outros direitos incorpóreos, mas somente aos direitos de propriedade. Além disso, o Egito lembrou que o projeto a ser realizado em *Ras El Hekma* não havia sido cancelado e que o projeto a ser realizado na planície das pirâmides poderia ser realizado em outra localidade, conforme foi ofertado às demandantes (§ 160, p. 15). Diante disso, em não havendo transferência de direitos para o Estado egípcio nem total privação dos direitos da SPP sem a devida compensação, não se poderia falar nem em nacionalização nem em confisco.

As demandantes consideraram que a proposta do Egito desconsiderava a realidade econômica do contrato e que o cancelamento havia lhes causado prejuízo por alterar a sua credibilidade junto ao mercado financeiro internacional. Ademais, com o cancelamento do projeto “Pirâmides”, a *joint venture* teve os seus bens seqüestrados, as suas contas bloqueadas pelo Banco Central e a sua administração realizada judicialmente, tudo isso por requerimento da EGOTH. Essas medidas impossibilitavam a continuação da atuação da empresa e, conseqüentemente, a realização do projeto de *Ras El Hekma* (§ 169, p. 16).

O tribunal não aceitou o argumento do Egito de que a expropriação só se aplicaria a bens corpóreos. Segundo, os árbitros, o que foi expropriado não foi o terreno nem o direito de usufruto, mas os direitos contratuais da SPP, na condição de acionária da ETDC, de gozar do direito de usufruto do terreno pela EGOTH (§ 164, p. 16)⁹³. Para corroborar o seu entendimento, os árbitros citaram algumas decisões tomadas pela CPJI e pelo Tribunal Anglo-iraniano, no sentido de reconhecer a expropriação de direitos contratuais, bem como de qualquer direito passível de ser objeto de transações comerciais (§ 165-166, p. 16).

O Egito ainda lançou mão da teoria do contrato administrativo para afirmar que o contrato com a SPP fazia parte desta categoria de contratos que permite a alteração e a rescisão unilaterais pela Administração em prol do interesse público, sem que haja alteração

⁹³ No original, “[...] What was expropriated was not the land nor the right of usufruct, but the rights that SPP(ME), as a shareholder of ETDC, derives from EGOTH’s right of usufruct, which have been ‘irrevocably’ transferred to ETDC by the State. Clearly, those rights and interests were of a contractual rather than *in rem* nature. However, there is considerable authority for the proposition that contracts rights are entitled to the protection of international law and the taking of such rights involves an obligation to make compensation therefor (sic).”

no seu equilíbrio econômico e financeiro. A recusa em aceitar a modificação unilateral do contrato pelas demandantes as tornaria responsáveis pelo fracasso do projeto.

O tribunal reconheceu que outros tribunais internacionais já fizeram referência à teoria francesa do contrato administrativo adotada posteriormente por muitos sistemas legais, mas afirma que a alteração do lugar do projeto da planície das pirâmides para as cercanias da cidade de Seis de Outubro envolveria muito mais que uma variação das obrigações das demandantes, afetando profundamente o equilíbrio econômico e financeiro do contrato (§ 177, p. 17).

Ao final, o Egito foi condenado ao pagamento de uma indenização à SPP por expropriação de direitos contratuais no valor de U\$ 27.661.000,00, referentes ao empréstimo da SPP(ME) à ETDC, ao investimento de capital, aos custos com a realização do projeto, à expectativa de lucro com a venda dos lotes, juros e atualização monetária (§ 257, p. 27).

Desta decisão, houve opinião dissidente de um árbitro, que contestou não só a percepção dos fatos pela maioria dos árbitros, como também a identificação e aplicação da regra de direito apropriada. Dentre os argumentos do árbitro dissidente, Dr. Mohamed Amin El Mahdi, estavam os de que as alegações de corrupção por parte da SPP deveriam ter sido apuradas, a SPP(ME) não preenchia os requisitos da lei egípcia para figurar como investidor no caso e o cálculo do valor da compensação apresentava equívocos.

O Egito solicitou a instauração de procedimento de anulação do laudo, mas o mesmo não chegou a ser realizado, em razão de acordo celebrado entre as partes, mediante o qual o Egito pagou a título de compensação à SPP e à SPP(ME) a quantia de U\$ 17.500.000,00.

Vale lembrar que o Estado egípcio não fazia parte do contrato de investimento celebrado entre a empresa incorporada em Hong Kong e a EGOH, empresa pública egípcia que não atuava com *mínus* público. A participação do Egito no acordo de base dizia respeito justamente à garantia da titularidade do terreno onde seria feito o investimento. Em princípio, portanto, a controvérsia deveria se dar entre particulares, o que excluiria a competência do CIRDI.

Entretanto, como a inviabilidade da continuação do projeto se deu por um decreto executivo do governo egípcio, a SPP acionou aquele Estado perante o CIRDI, embora não existisse relação direta entre ele e o investidor.

Em razão da inexistência de relação direta entre o Egito e a SPP é que o consentimento à jurisdição do CIRDI assumiu grande importância no caso em análise. Como o tribunal considerou-se competente para julgar o caso, em razão de uma interpretação particular de uma

legislação interna do Estado egípcio, este Estado pôde ser acionado em foro internacional sem ter expressamente renunciado à sua imunidade de jurisdição⁹⁴.

1.5 Observações sobre a questão da jurisdição

1.5.1 Arbitragem sem contrato: o consentimento dos Estados na Convenção de Washington de 1965

Na análise da questão da jurisdição no caso SPP vs. Egito, os árbitros se concentraram na análise do art. 8 da Lei n. 43 de 1974 do Estado egípcio. Para o tribunal arbitral a grande questão era saber se a legislação do Egito representava um ato unilateral com efeito de obrigação internacional em aplicação de um tratado internacional.

Disso se depreende que os árbitros, para analisarem a sua competência para examinar a questão, partiram do pressuposto de que seria possível, com base na Convenção de Washington de 1965, que o Estado manifestasse unilateralmente o seu consentimento em levar uma categoria indeterminada de disputas ao CIRDI por meio de legislação interna geral e abstrata. Em todo o caso, o Egito também não contestou essa possibilidade, posto que a sua defesa consistiu apenas em negar a aplicação da lei ao caso.

Não se encontra na decisão sobre jurisdição uma análise pormenorizada da Convenção, baseada nos princípios interpretativos de tratados internacionais codificados pela Convenção de Viena dos Tratados de 1969, que fundamente esse posicionamento dos árbitros. Estes se utilizam da disposição das notas explicativas elaboradas pelos diretores executivos do Banco Mundial para afirmar que o tratado constitutivo do CIRDI não exige forma específica para o consentimento das partes à jurisdição do Centro, de modo que cabe aos tribunais arbitrais examinarem a existência ou não deste consentimento.

Apesar da ausência desta interpretação da Convenção, os árbitros mencionam na decisão a necessidade de se considerar na análise do caso aspectos de Direito Internacional

⁹⁴ Neste particular, cabe ressaltar o esclarecimento feito pelo professor José Carlos de Magalhães (1988, p. 128 e ss) no sentido de que não é tecnicamente correto falar em “renúncia à imunidade de jurisdição” quando se está referindo a arbitragem com jurisdição internacional, mas sim em exclusão da processualidade estatal e submissão voluntária à autoridade arbitral. Só cabe falar em imunidade de jurisdição se a jurisdição arbitral for nacional, isto é, advir da aplicação da lei de um terceiro Estado, escolhido pelas partes como sede da arbitragem. Este não é o caso da arbitragem do CIRDI, cujo procedimento é regido, salvo acordo entre as partes, pelas regras procedimentais elaboradas pelo Conselho Administrativo do Centro.

sobre interpretação de tratados, assim como princípios gerais de interpretação de leis e princípios gerais aplicáveis às decisões unilaterais.

Entretanto, é necessário interpretar com cautela a Convenção de Washington e avaliar com vagar o valor jurídico das notas interpretativas com base nos princípios de interpretação de tratados para saber o que se pode depreender da Convenção em relação ao consentimento dos Estados à arbitragem.

1.5.1.1 Os princípios de interpretação dos tratados

A interpretação de qualquer texto legal, assim como dos tratados, deve obedecer a uma lógica, isto é, a um mínimo de regras e métodos fixados previamente. Em Direito Internacional, a questão da interpretação de tratados mostra-se delicada por envolver Estados soberanos que se recusam a reconhecer o seu comprometimento para além daquilo que aceitaram. Diante disso, as interpretações de tratados têm como escopo averiguar a verdadeira vontade dos Estados-partes, respeitando as suas soberanias e o princípio do *pacta sunt servanda* (ACCIOLY, 1996, p. 30-31; DINH, DAILLIER, PELLET, 1999, p. 237; MELLO, 2004, p. 254-257).

A Convenção de Viena dos Tratados de 1969, nos arts. 31 a 33 sintetizou as principais tendências gerais de interpretação de tratados⁹⁵. Segundo esses dispositivos, o princípio geral norteador do processo interpretativo é o da boa-fé. Em relação aos meios interpretativos, a Convenção de Viena conjuga a utilização de meios subjetivos e objetivos ao determinar que o tratado deve ser interpretado de boa-fé, de acordo com o sentido comum atribuído ao seu texto, levando em consideração o seu contexto e os objetivos e fins pretendidos com a sua celebração.

⁹⁵ Art. 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé, de conformidade com o sentido comum que deve ser atribuído aos termos do tratado em seu contexto e à luz do seu objeto e finalidade. 2. Para fins de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, inclusive o seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo concernente ao tratado e que foi ajustado entre todas as partes a respeito da conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes por ocasião da conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Será levado em conta, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior à aplicação do tratado ajustado entre as partes concernente à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática posterior na aplicação do tratado pela qual fique estabelecido o acordo das partes relativo à interpretação; c) qualquer regra pertinente de Direito Internacional aplicável nas relações entre as partes. 4. Será atribuído um sentido especial a um termo se ficar estabelecido que essa era a intenção das partes.

Art. 32. Meios suplementares de interpretação. Pode-se recorrer aos meios complementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido quando da interpretação de conformidade com o art. 31: a) deixa o sentido ambíguo e obscuro; ou b) leva a uma consequência que é manifestamente absurda ou desarrazoada.

A convenção de 1969, neste sentido, positiva a ordem de meios interpretativos seguida pela jurisprudência dominante, qual seja: 1 - a interpretação do sentido comum do texto; 2 - a consideração do contexto, isto é, dos acordos celebrados pelas partes relacionados com a aplicação e conclusão do tratado, os anexos, bem como os acordos entre as partes concernentes à interpretação do texto do tratado e as práticas desenvolvidas pelas partes posteriormente que indiquem uma determinada linha interpretativa da convenção; 3 – as circunstâncias da celebração e os trabalhos preparatórios, na condição de meios auxiliares de interpretação.

A Comissão de Direito Internacional, apesar de ter registrado no seu comentário sobre a Convenção de Viena que a interpretação dos tratados deveria ser feita por uma operação conjunta dos arts. 31 e 32, não se podendo traçar uma linha rígida entre meios principais e subsidiários de interpretação, justifica a distinção em favor dos elementos textuais e contextuais por eles expressarem autenticamente o acordo realizado entre as partes. Os trabalhos preparatórios auxiliam por vezes na compreensão da expressão do acordo, mas não trazem consigo o caráter de autenticidade do próprio texto (BROWNLIE, 1997, p. 652).

Vale registrar, ainda, que a Corte Internacional de Justiça adota uma postura reticente em relação à utilização dos trabalhos preparatórios como meio interpretativo de tratados, a não ser em casos em que o texto não seja suficientemente claro. Segundo a CIJ, os trabalhos preparatórios principalmente de acordos multilaterais, são em geral caóticos, confusos e pouco elucidativos, servindo muitas vezes para confundir e desvirtuar a abordagem textual e não para elucidá-la (DINH, DAILLIER, PELLET, 1999, p. 238).

Hildebrando Accioly (1996, p. 31) salienta, entretanto, que em algumas situações os trabalhos preparatórios podem ser equiparados a acordos prévios celebrados pelos Estados contratantes quanto ao sentido a ser dado ao texto ou vocábulo específico, sendo, portanto, de grande importância para a interpretação do texto convencional.

Em relação às regras metodológicas de interpretação, a Convenção de Viena reconhece em primeiro lugar a regra da abordagem textual, que determina a atenção ao sentido comum das palavras e o menor grau de interpretação possível para os textos suficientemente claros. Em outras palavras, seria o que Vattel chamou de primeira regra de interpretação, segundo a qual “não é permitido interpretar o que não necessita ser interpretado” (MELLO, 2004, p. 256).

Uma segunda regra metodológica seria a que interpreta o texto considerando o *efeito útil* dos tratados; ou seja, na escolha do sentido a ser dado a um dispositivo de tratado, opta-se por aquele que conferir maior utilidade e eficácia. Essa regra não foi reconhecida

expressamente pela Convenção de Viena, mas considera-se que ela está embutida no princípio da interpretação de boa-fé (DINH, DAILLIER, PELLET, 1999, p. 240).

Charles Rousseau (1970, p. 272) ressalta a existência de limites à aplicação do princípio do efeito útil do tratado, haja vista que um juiz ou árbitro internacional não está autorizado a revisar, retificar ou completar um texto por via interpretativa, sob o pretexto de dar aos instrumentos jurídicos em causa o seu efeito máximo. Além disso, tem-se que a interpretação de acordo com o efeito útil do tratado não pode levar a uma aplicação do texto que seja incompatível com o seu espírito, isto é, a sua finalidade e objetivo (DINH, DAILLIER, PELLET, 1999, p. 240).

Há ainda que se falar da regra da interpretação extensiva e restritiva, apesar da doutrina contemporânea ter abandonado esta distinção, em razão do seu caráter demasiado subjetivo, e a jurisprudência internacional também não a utilizar, senão como critério subsidiário.

Em geral diz-se que em caso de dúvida, os tratados que restrinjam a soberania estatal ou imponham ônus devem ser interpretados restritivamente, optando-se pela interpretação que restringir menos a liberdade (MELLO, 2004, p. 256).

A jurisprudência internacional demonstra muito mais riqueza em casos de interpretação restritiva que extensiva. Em geral, as cláusulas excepcionais tanto em relação a regras de competência como a regras materiais, são interpretadas restritivamente. No tocante às regras de competência, tem-se que as cláusulas que conferem competência a um árbitro ou juiz internacional, por seu caráter excepcional, estão sujeitas a interpretações restritivas. Já no que se refere às regras de direito material, estão sujeitas à interpretação restritiva as cláusulas que constituem derrogação a um princípio geral, cláusulas que representam uma limitação à soberania dos Estados, cláusulas que representam uma restrição aos direitos dos Estados contratantes, cláusulas que representam uma renúncia unilateral por um reclamante ao exercício de seus direitos em matéria de responsabilidade internacional e as declarações unilaterais (ROUSSEAU, 1970, p. 273).

Brownlie (1997, p. 654) salienta que os tribunais internacionais nos últimos anos têm concedido amplitude menor ao princípio da interpretação restritiva, principalmente para as cláusulas que impliquem numa limitação da soberania dos Estados. Por outro lado, reconhece-se que este princípio pode ser aplicado em casos que dão origem a questões envolvendo regulamentações de direitos e privilégios territoriais.

Além das normas interpretativas supracitadas, podem-se destacar outras igualmente derivadas da interpretação dos contratos, como a prevalência das regras especiais sobre as

gerais e a regra “*contra proferentem*”, válida para os chamados tratados-contratos, segundo a qual em caso de dúvida, deve-se interpretar de modo menos favorável ao redator da cláusula, posto que ele tinha a obrigação de fazê-lo de modo claro (ROUSSEAU, 1970, p. 296; MELLO, 2004, p. 256).

Em verdade, a escolha das regras metodológicas de interpretação é que vai determinar o grau de importância dos meios interpretativos utilizados e como os mesmos serão utilizados. Esta escolha vai ser determinada não tanto por correntes doutrinárias voluntaristas ou objetivistas, extensivas ou restritivas, mas principalmente pelas circunstâncias fáticas (DINH, DAILLIER, PELLET, 1999, p. 241)

Em todo o caso, isso demonstra que a interpretação não é determinada por regras rígidas, considerando-se livres os árbitros e juízes internacionais para recorrer aos métodos de interpretação que lhes pareçam mais adequados para solucionar um caso determinado.

1.5.1.2 A interpretação da Convenção do CIRDI segundo os princípios interpretativos de tratados internacionais

a) O texto e a interpretação segundo o sentido comum dos vocábulos

Os árbitros, ao decidirem sobre a jurisdição do Centro no caso “Pirâmides”, mencionaram apenas que a Convenção não exigia uma forma específica para o consentimento das partes em submeter uma disputa ou categoria de disputas ao CIRDI.

Em verdade, conforme analisado no capítulo II, o parágrafo sétimo do preâmbulo da Convenção deixa claro que a ratificação do tratado não obriga os Estados a utilizarem o sistema arbitral ou conciliatório instituído, sendo exigido um duplo consentimento por parte do Estado contratante para que controvérsias sejam submetidas ao Centro.

O Art. 25 (1) determina que as partes envolvidas numa disputa, ou seja, o investidor e o Estado hospedeiro, devem consentir de modo expresso e por escrito em submeter uma disputa ou categoria de disputas ao CIRDI, sem que maiores exigências sejam feitas em relação à forma.

De acordo com a abordagem textual de interpretação, cabe averiguar qual o sentido usual da expressão “por escrito” no que se refere ao consentimento à arbitragem internacional. Segundo a teoria clássica da arbitragem, a arbitragem é produto de um contrato, estando fundamentada ou numa cláusula arbitral para disputas futuras ou num compromisso arbitral

para disputas já existentes (STERN, 2003, p. 114). Segundo a prática da arbitragem comercial internacional, com a qual a arbitragem entre investidor e Estado se aproxima em razão da matéria sobre a qual versa, o consentimento à arbitragem provém de um acordo entre as partes.

Dentre os marcos regulatórios da arbitragem comercial internacional, no tocante à validade da convenção arbitral e às suas condições de forma, tem-se que o Protocolo de Genebra de 1923 deixa aos Estados a faculdade de determinar os requisitos formais para a validade da convenção arbitral. Essa postura foi confirmada pela Convenção de Genebra de 1927, no seu art. 1º.

Já a Convenção de Nova York de 1958 determina, em seu art. 2º, que se entende por convenção escrita uma cláusula compromissória, inserida num contrato, ou um compromisso, assinado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas⁹⁶. A convenção, porém, não menciona claramente as expressões cláusula ou compromisso arbitral (STRENGER, 1996, p.124).

Em razão de alterações técnicas ocorridas a partir da Convenção de Nova York, a lei modelo sobre arbitragem comercial internacional elaborada pela UNCITRAL em 1985, no seu art. 7 (2), estabelece que o acordo arbitral deve ser feito por escrito, considerando-se como forma escrita o acordo realizado por meio de um documento assinado pelas partes ou por meio de troca de cartas, telex, telegramas ou outras formas de telecomunicação que permitam a gravação do acordo. Considera-se, ainda, como forma escrita a troca de alegações referentes à petição e à contestação, nas quais a existência de acordo é alegada por uma parte e não é contestada pela outra. O referido dispositivo esclarece também que a referência num contrato a um documento que contenha cláusula compromissória equivale à convenção de arbitragem, desde que o referido contrato possua forma escrita e a referência ao documento seja feita de forma a incluir a cláusula compromissória no contrato⁹⁷.

⁹⁶ No original, Article II. 1. Each contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration. 2. The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams." Disponível em http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf (acesso em 5/11/2005).

⁹⁷ No original, "Article 7. Definition and form of arbitration agreement. (1) "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement. (2) The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document

Todos esses documentos internacionais contêm, portanto, explicações sobre o que se entende por forma escrita do consentimento à arbitragem e, embora sejam feitas concessões às inovações tecnológicas e às novas formas de celebração de contrato, nenhuma delas dispensa a existência de um acordo entre as partes a serem submetidas à arbitragem. Mesmo que a relação entre elas não esteja prevista num contrato, a arbitragem para acontecer precisa de um encontro de vontades das partes envolvidas.

Muitas dúvidas e controvérsias sobre a validade da forma do acordo arbitral surgem na prática e tanto a jurisprudência arbitral como a doutrina internacional sobre arbitragem comercial internacional tendem a valorizar o critério do consensualismo em detrimento do formalismo. Isso significa que os árbitros têm decidido pela busca da real vontade das partes no exame do acordo arbitral, sem se ater tanto à forma que possui o acordo. A razão para o desapego à forma está nas exigências de celeridade e eficácia do atual comércio internacional. Entretanto, vale ressaltar que a exigência de um acordo de vontade, em seu formato escrito, não é abandonada. Em geral, a discussão do consensualismo *versus* formalismo gira em torno de questões como a “cláusula arbitral por referência”, ou seja, aquela constante de outro documento que não o contrato celebrado entre as partes, mas ao qual se faz referência de forma clara e inequívoca em algum momento da relação contratual. A inexistência de uma manifestação conjunta de vontade das partes em relação à arbitragem à qual visam se submeter não foi alvo de discussão.

Assim sendo, do sentido comum da expressão “forma escrita” não se poderia depreender que a Convenção de Washington previa a possibilidade de oferta unilateral de arbitragem por parte do Estado contratante, através de referência à solução arbitral numa legislação nacional. Ao contrário, a interpretação do texto da Convenção, segundo o sentido comum do termo utilizado, seria no sentido de considerar que o consentimento das partes fosse dado por meio de cláusula ou consentimento arbitral.

Tanto é assim, que Brigitte Stern (2000, p. 226), árbitro do CIRDI e estudiosa das soluções de controvérsias internacionais sobre investimento, afirma que a grande maioria da doutrina e da jurisprudência, até o final dos anos 80, considerava que a formulação do art. 25 da Convenção significava o reconhecimento da necessidade de um acordo bilateral, no qual o consentimento estaria explicitamente dado, seja através de uma cláusula integrada ao contrato, seja através de um compromisso arbitral.

containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.” Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-e.pdf> (acesso em 5/11/2005).

Somente com a resolução do caso “Pirâmides” é que uma nova forma de construção do acordo arbitral foi proposta. Kleinheisterkamp (2004, p. 164) afirma que essa nova modalidade de consentir à arbitragem do CIRDI não dispensa a necessidade de um acordo arbitral limitado a relações jurídicas determinadas ou determináveis. Segundo ele a única alteração está na forma de construção deste acordo, que se torna mais ampla, na medida em que permite que as manifestações de vontade sejam dadas em documentos diferentes e não necessariamente relacionados.

Além disso, ao interpretar o tratado levando em consideração os seus objetivos e finalidades, incluindo-se a consideração pelo efeito útil de suas disposições, conclui-se que especial atenção foi dada à necessidade do acordo de vontade das partes para a submissão à arbitragem, em razão da natureza declaratória da grande maioria dos dispositivos da Convenção, que deixam a cargo do acordo entre as partes a maior parte da regulação do procedimento arbitral. Em razão disso, interpretação que amplie ao máximo o modo dessa manifestação de vontade não se encontra, *a priori*, de acordo com o espírito do texto da Convenção, mesmo que este seja estimular o livre fluxo de capital privado internacional para países que dele necessitam.

b) Os trabalhos preparatórios e as circunstâncias da elaboração da Convenção: batalha das vantagens implícitas

Como já foi mencionado⁹⁸, o próprio Aron Broches admite que o método de preparação, negociação, formulação e submissão da Convenção foi heterodoxo, inovador e improvisado. Os representantes dos Estados chamados a participar dos trabalhos preparatórios não desempenharam papel determinante na elaboração final do texto, embora fosse desejo dos diretores executivos do Banco Mundial que o teor da Convenção fosse aprazível para o maior número de Estados possível.

No que se refere à jurisdição, o ambiente tenso das discussões tornou clara a diferença de interesses entre os países em desenvolvimento e aqueles considerados exportadores de capital. Os primeiros, por receio de uma ação praticamente compulsória do CIRDI, insistiam numa definição precisa da jurisdição deste Centro constante do texto convencional. Já os últimos preferiam deixar a cargo do acordo entre as partes, a real medida da atuação do Centro, defendendo que seriam os termos do consentimento que delimitariam a atuação do

⁹⁸ Ver item 2 do Capítulo II, p. 13.

CIRDI em cada caso⁹⁹. A redação final do texto privilegiou o posicionamento do segundo grupo, deixando que o consentimento das partes fosse a real medida da jurisdição do Centro.

Em relação à forma do consentimento, os trabalhos preparatórios denunciam uma tentativa de inclusão no texto da Convenção da possibilidade de consentir à jurisdição do Centro através de uma manifestação unilateral do Estado e posterior aceitação do investidor, e mediante um consentimento tácito e indireto realizado por meio da aceitação de demanda proposta pela outra parte (*fórum prorrogatum*). Ambas as formas não foram muito bem aceitas pelos representantes dos Estados, motivo pelo qual as versões posteriores da minuta não contemplaram tais modalidades de manifestação de vontade.

Entretanto, nos comentários do projeto preliminar foi precisado que o texto não exigia forma específica para o consentimento, podendo o mesmo ser oferecido unilateral, bilateral ou multilateralmente. A única exigência foi que a manifestação de vontade fosse prévia à solicitação de procedimento arbitral. Esse comentário pode ser considerado a semente para as notas explicativas elaboradas pelo Banco Mundial e a evolução recente da matéria (STERN, 2000, p. 230).

O texto final da Convenção acabou por não fornecer indicações precisas sobre a forma do consentimento, exigindo-se apenas a forma escrita, embora já tenha se esclarecido o uso comum dessa expressão à época da celebração do tratado.

Importante discussão sobre a possibilidade de submissão, ao Centro, de controvérsias derivadas de investimentos não previstos em contratos, foi travada durante os trabalhos preparatórios. Estes revelam que mais uma vez os países em desenvolvimento adotaram postura cautelosa ao defenderem que fossem submetidos ao CIRDI apenas as controvérsias derivadas de contratos de investimento celebrados entre o Estado e o investidor. Já outro grupo de países apoiava a idéia de que deveriam ser submetidos ao Centro litígios derivados de todo e qualquer investimento estrangeiro mesmo que este não estivesse previsto em contrato específico com o Estado hospedeiro (STERN, 2000, p. 237).

A arbitragem entre pessoas sem qualquer relação contratual foi vista por países como a Índia como uma forma de discriminar o investidor nacional. Já Israel e o Brasil alegaram que com a submissão à arbitragem de controvérsias originadas de investimentos não previstos em contrato, as legislações nacionais passariam a ser interpretadas pelos tribunais arbitrais internacionais do Centro e este não poderia se tornar uma instância revisora de atos legislativos de diferentes países.

⁹⁹ Ver item 5.3 do Capítulo II, p. 29.

Os diretores executivos acentuaram que eram justamente os investimentos objetos de contratos específicos entre Estado e investidores o alvo de preocupação da Convenção, tornando ocultas as vantagens trazidas pela falta de precisão do texto convencional. Em outras palavras, a competência dos tribunais do CIRDI para investimentos não derivados de contratos passou a ser o limite máximo da jurisdição do Centro, deixando-se a cargo dos árbitros, em cada caso concreto, o exame do preenchimento dos requisitos necessários para a utilização do sistema inaugurado pela Convenção de Washington.

c) O contexto: qual o valor das notas explicativas?

O tribunal arbitral escolhido para a solução do caso ARB/84/3 na análise sobre a sua competência partiu do disposto nas notas explicativas da Convenção do CIRDI sobre o consentimento das partes.

Primeiramente, importa saber qual o valor jurídico dessas notas explicativas. Podem elas ser consideradas o contexto da Convenção, definido como qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes por ocasião da conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo à Convenção? Ainda que não sejam enquadradas no contexto, as notas explicativas poderão ser classificadas como acordo ajustado entre as partes posteriormente à aplicação do tratado, concernente à sua interpretação ou à aplicação de suas disposições, a ser considerado juntamente com o contexto na análise da Convenção?

Da resposta a essas perguntas depende o caráter obrigatório das disposições das notas explicativas, cujo objetivo é fornecer a interpretação oficial ou autêntica do texto convencional.

As notas explicativas são elementos textuais elaborados pelos diretores executivos do Banco Mundial e integrados ao tratado por terem sido apresentadas aos Estados contratantes juntamente com o texto convencional para aprovação, assinatura e ratificação. Logo, pode-se dizer que os Estados ao assinarem a Convenção de Washington, aprovaram igualmente o informe interpretativo anexo, sendo o mesmo considerado parte integrante do tratado.

Em geral, os textos interpretativos acordados entre todos os Estados-partes no tratado e adotados concomitantemente ao texto convencional são considerados parte integrante do tratado e a sua interpretação é classificada como autêntica. Entretanto, para determinar a natureza de um texto interpretativo é preferível analisar os termos em que o mesmo foi elaborado e as circunstâncias de sua adoção.

As notas explicativas da Convenção de Washington têm o condão de fornecer a interpretação dos dispositivos do convênio, possuindo linguagem bastante taxativa. Além disso, apesar de não terem sido elaboradas pelos Estados contratantes, foram redigidas pelos reais elaboradores do texto convencional, ou seja, os diretores executivos do Banco Mundial, que em seu ofício, teriam levado em consideração as manifestações dos representantes dos Estados chamados a participar de reuniões consultivas de caráter regional e do comitê legal.

Diante disso, tem-se que as notas explicativas são mencionadas pelos árbitros do Centro como sendo um guia interpretativo dos dispositivos da Convenção, a ser levado em consideração quando da solução de controvérsias.

No que se refere à explicação do art. 25(1) sobre a forma do consentimento, a nota 24 das diretrizes dos diretores executivos afirma ser possível interpretar a expressão “por escrito” para além das formas convencionais da cláusula e do compromisso arbitral, estabelecendo expressamente que o Estado pode ofertar o consentimento em legislação nacional. A nota esclarece que o texto da Convenção não exige forma específica para o consentimento, assim como não exige que o consentimento das partes seja dado num mesmo documento. A falta dessas exigências permitiria que o consentimento das partes fosse fornecido por outros meios que não aqueles considerados convencionais. O Estado hospedeiro, então, em sua legislação nacional, poderia oferecer a sua submissão prévia à jurisdição do Centro em relação a uma categoria determinada de investimentos. Diante desta oferta do Estado, caberia ao investidor, apenas, *a posteriori*, manifestar por escrito o seu aceite, formalizando assim o acordo de vontades.

Como foi visto linhas acima, esse entendimento não poderia ser extraído do sentido comum da expressão à época da elaboração da Convenção. Logo, imagina-se que tal possibilidade tenha sido discutida nos trabalhos preparatórios e nas reuniões consultivas que antecederam a elaboração do tratado. Nessas reuniões não se chegou a um consenso sobre a possibilidade de oferta unilateral do consentimento em legislações nacionais tamanha foi a discussão a respeito. Entretanto, as notas explicativas dos diretores do Banco Mundial consideraram esta hipótese como possível, pondo um ponto final à questão. Mesmo contrariando as evidências, uma vez constando nas notas explicativas, a possibilidade de manifestação unilateral do consentimento passa a ser considerada como potencialmente existente no texto da Convenção.

Em todo o caso, os próprios árbitros do CIRDI afirmam que essa modalidade de consentimento é apenas uma sugestão, afinal cabe em última instância às partes escolherem como manifestar a sua anuência à jurisdição do Centro¹⁰⁰.

Entretanto, importa saber se o comentário do art. 25(1) nas notas explicativas autorizava que referências gerais ao Centro, feitas em legislações nacionais, fossem classificadas como um consentimento escrito suficiente. Brigitte Stern entende que nem mesmo as notas explicativas admitem a possibilidade de consentimento que não seja claro e manifesto. Segundo esta autora, as notas explicativas não consideravam que uma “referência geral o CIRDI, como a mencionada pela lei egípcia n. 43, pudesse constituir um consentimento escrito suficiente” (2003, p. 117).

Ressalte-se, ainda, que o tribunal entendeu que o Egito consentiu em se submeter ao CIRDI mediante o art. 8 da Lei n. 43 e a SPP, ao solicitar a instauração de procedimento arbitral, teria aceito a oferta do Egito e manifestado o seu consentimento em submeter a disputa ao Centro. O consentimento do investidor, portanto, seria manifestado mediante a apresentação da solicitação à Secretaria da organização.

Acontece que este entendimento não parece estar referendado nem mesmo pelas notas explicativas da Convenção, haja vista que a mesma determina que o consentimento de ambas as partes já deve existir no momento da solicitação do procedimento arbitral¹⁰¹.

1.5.1.3 Síntese

Diante de um exame pormenorizado do texto, o que se pode concluir é que a arbitragem em relação a disputas derivadas de investimentos não previstos em contratos e o surgimento de novas formas de manifestação do consentimento das partes, nomeadamente a oferta unilateral pelo Estado em sua legislação nacional, não estão previstas no texto de maneira inequívoca. A interpretação do sentido comum da expressão “forma escrita” não autorizaria a admissão de consentimento que não fosse específico e recíproco.

O recurso ao contexto, às circunstâncias e aos trabalhos preparatórios torna-se, então, necessário para interpretar a real vontade das partes ao assinar o tratado constitutivo do CIRDI. Foi visto que as notas explicativas mencionam expressamente a possibilidade de manifestação unilateral do consentimento em aderir ao Centro por parte de um Estado, sendo necessária a aceitação posterior do investidor. Entretanto, as mesmas notas determinam que os

¹⁰⁰ Neste sentido ver: PARRA, Antonio R. Op. Cit., p. 321.

¹⁰¹ Ver item 5.3.3 do Capítulo II, p. 36 sobre o tempo do consentimento.

consentimentos de ambas as partes já devem existir quando da solicitação do procedimento arbitral. Esta exigência impede, portanto, que a própria solicitação de arbitragem seja considerada o meio mediante o qual o investidor manifesta o seu consentimento em se submeter ao Centro.

Segundo a decisão do tribunal arbitral para o caso ARB/84/3, o Estado egípcio teria ofertado em sua legislação interna o consentimento ao Centro, sendo esta oferta aceita pela SPP no momento em que ela solicitou a instauração de procedimento arbitral no CIRDI. Só então, o consentimento de ambas as partes, como requisito necessário para a atuação do sistema da Convenção de Washington, teria sido preenchido. Esta decisão, portanto, não estaria de acordo com o texto nem com as notas explicativas da Convenção.

1.5.2 Oferta unilateral de consentimento à arbitragem: *invitatio ad offerendum* ou ato jurídico unilateral: a busca pela obrigatoriedade

Como mencionado acima, os árbitros escolhidos para analisar a controvérsia entre a SPP e o Egito partiram do pressuposto de que a Convenção autorizava a arbitragem sem relação contratual e a manifestação do consentimento por meio de declaração unilateral de vontade através de uma legislação nacional.

Diante desse ponto de partida, os julgadores se dedicaram à análise da definição da lei n. 43 de 1974, mais precisamente do seu art. 8, como ato jurídico unilateral do Estado, produzido no âmbito interno, mas gerador de efeitos internacionais. Para tanto, a oferta à submissão ao Centro deveria ser auto-executória, ou seja, sem qualquer manifestação de vontade posterior por parte do declarante.

Os árbitros se dedicaram apenas à análise da legislação egípcia, a fim de verificar se nela havia uma manifestação autêntica de vontade da República Árabe do Egito no sentido de aceitar a jurisdição do CIRDI.

A grande questão é que uma oferta unilateral ao público sem qualquer vinculação a uma relação jurídica determinada, de acordo com a teoria geral dos contratos, não seria classificada senão como mero *invitatio ad offerendum*, ou seja, uma oferta à negociação, sem qualquer valor vinculativo (KLEINHEISTERKAMP, 2004, p. 164).

A definição desta oferta como ato unilateral do Estado parece, de fato, mais conveniente do ponto de vista dogmático, afinal garante o efeito obrigatório da oferta. Todavia, existem critérios dispostos pela própria teoria geral do ato jurídico unilateral do

Direito Internacional que devem ser observados para a classificação de um ato como ato jurídico unilateral, e não parece estabelecido que a legislação egípcia tenha preenchido tais requisitos.

1.5.2.1 A lei egípcia e a teoria geral dos atos jurídicos unilaterais

A teoria geral dos atos jurídicos unilaterais do Estado não é demasiado formalista, mesmo porque a manifestação unilateral de um Estado pode assumir diversas formas (oral ou escrita, tácita ou expressa) e derivar de autoridade legislativa ou executiva.

Os doutrinadores são unânimes, entretanto, em conceituar o ato jurídico unilateral como uma manifestação de vontade de um sujeito do Direito Internacional que é por si só geradora de efeitos jurídicos no plano internacional (DINH, DAILLER E PELLET, 1999, p. 329; ROUSSEAU, 1970, p. 416; SOARES, 2004, p. 111). Vale salientar, porém, que para um ato ser classificado como ato jurídico unilateral é preciso preencher alguns requisitos mínimos de validade, tais como ser imputável a um sujeito de Direito Internacional (Estado ou Organizações Internacionais), ter conteúdo admissível por este Direito, resultar da manifestação real de vontade sem vícios e ser público e notório (MELLO, 2004, p. 303-304).

Guido Soares (2004, p. 112) afirma, ainda, que não é todo e qualquer ato isolado de um Estado que produz efeitos jurídicos no Direito Internacional, mas somente aquele que o Estado especifica poder produzir tais efeitos dentro de hipóteses antecipadamente previstas. Em outras palavras, diz-se que para a manifestação unilateral de um Estado produzir efeitos na esfera internacional é necessário que esta seja a intenção do manifestante.

No que se refere à classificação dos atos jurídicos unilaterais, não há critérios uniformes, havendo quem os classifique em tácitos e expressos (ROUSSEAU, 1970, p. 420), autonormativos e heteronormativos, com efeito direto e indireto (SOARES, 2004, p. 112), atos autônomos e atos vinculados a uma prescrição convencional ou consuetudinária (DINH, DAILLER, PELLET, 1999, p. 329-330). Dentre essas categorias de atos unilaterais são geralmente identificados o reconhecimento, a renúncia, o protesto, a notificação, a denúncia e a promessa, embora existam outros como a oferta de bons ofícios, a ruptura diplomática e a anexação.

A oferta unilateral do consentimento ao CIRDI parece ter sido considerada pelos árbitros como um ato unilateral ligado a um tratado, solução considerada corrente para completar compromisso convencional. Exemplo dessa combinação encontra-se na declaração

unilateral baseada no art. 36 do Estatuto da CIJ, mediante a qual os Estados-partes do Estatuto podem aceitar a jurisdição obrigatória desta Corte.

O consentimento à jurisdição do CIRDI fornecido unilateralmente pelo Estado, numa legislação nacional ou em qualquer outro documento, teria o mesmo efeito obrigatório no plano internacional, em virtude do tratado constitutivo da organização.

Independentemente dessa constatação, a manifestação de vontade do Estado em aderir voluntariamente a uma instância arbitral ou jurisdicional internacional deve ser precisa, clara e inequívoca.

1.5.2.2 O critério de interpretação da decisão unilateral do Estado de submeter-se a uma arbitragem internacional: a regra da interpretação restritiva vs. a busca da vontade real das partes

Consoante esclarece José Carlos de Magalhães (198, p. 135), a criação da jurisdição internacional do árbitro deriva de um ato jurídico unilateral do Estado que exprime a sua intenção de a ela se subordinar. Nesse sentido a submissão de um Estado à arbitragem internacional tem as mesmas características da aceitação da jurisdição da Corte Internacional de Justiça.

Diante disso, exige-se o exame acurado da manifestação de vontade do Estado, a fim de se perquirir a sua intenção real e clara em se obrigar. No exame dessa vontade real, portanto, todo o cuidado é necessário para levar em consideração as reservas que o sujeito de Direito Internacional fizer para a criação de ato jurídico internacional.

Sobre a força obrigatória dos atos unilaterais e a forma de sua interpretação, de grande valia é a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso dos testes nucleares envolvendo a França e a Austrália. Na decisão de 20 de dezembro de 1974, os juízes determinaram que:

43. É bem conhecido que declarações sobre situações fáticas ou legais, feitas mediante ato unilateral podem criar efeitos obrigatórios. Declarações desse tipo devem ser, e normalmente são, bem específicas. [...]

44. Claro que nem todo ato unilateral gera efeitos obrigatórios, mas um Estado pode em relação a uma situação específica tomar uma posição com intenção de se obrigar – a intenção será depreendida da interpretação do ato. Quando um Estado faz declarações que implicam uma limitação de suas liberdades, é exigida uma interpretação restritiva.

45. Quanto à forma, o Direito Internacional neste domínio não faz grandes exigências [...] Como a Corte decidiu no caso *Temple of Preah Vihear*, a ênfase é

dada mais na intenção das partes que na forma da declaração. A questão principal é saber se a linguagem empregada numa dada declaração revela uma intenção clara¹⁰².

Com a menção à arbitragem internacional do CIRDI pela lei n. 43, o Egito teria se comprometido em submeter-se ao Centro para resolver controvérsias derivadas diretamente de investimento estrangeiro, gerando para os investidores, em geral, uma legítima expectativa, que deveria ser considerada. Este ato unilateral seria o complemento de uma prescrição convencional que completaria o compromisso necessário para dar início à atuação do sistema de solução de controvérsias previsto no tratado.

Seguindo as orientações da CIJ, o tribunal arbitral, de fato, buscou interpretar o art. 8 da Lei n. 43, de maneira a saber se a linguagem utilizada na redação do dispositivo revelava a real intenção do Egito de se submeter ao CIRDI.

Entretanto, o tribunal arbitral deu ênfase a interpretação dos termos da declaração em detrimento do fato da oferta não estar vinculada a uma situação determinada, exigência requerida quando se trata de limitação à liberdade de atuação de um Estado.

A submissão de um Estado a uma instância arbitral internacional, por respeito ao princípio da independência e autonomia dos Estados e pelas características próprias do Direito Internacional, deve ser voluntária e o consentimento manifestado de maneira autônoma e expressa. Essa submissão implica, nos casos de controvérsia entre Estados e particulares, a renúncia ao exercício da sua jurisdição territorial, motivo pelo qual deve ser analisado com prudência.

Salienta-se que da submissão a uma arbitragem com jurisdição internacional não se pode depreender uma renúncia de imunidade de jurisdição no sentido formal da expressão, haja vista que a imunidade de jurisdição e execução de um Estado está relacionada com a sujeição de um Estado à autoridade política de outro Estado, através da aplicação de suas leis e submissão aos seus tribunais. O princípio “*par in parem non habet jurisdictionem*” não se aplica às jurisdições submetidas ao Direito Internacional, que por natureza possuem jurisdição voluntária. Apenas em caso de arbitragens, em que está estipulada a aplicação da lei de terceiro Estado escolhido pelas partes como local da arbitragem, é que se poderia falar em renúncia à imunidade de jurisdição do Estado de jurisdição nacional (MAGALHÃES, 1988, p. 124-125).

Não se poderia afirmar, portanto, que a adesão de um Estado à arbitragem do CIRDI implica uma renúncia a sua imunidade de jurisdição. Afinal, os tribunais arbitrais do Centro

¹⁰²Tradução livre do original, disponível em <http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iaf/iafframe.htm> (acesso em 08/11/2005).

aplicam, nas controvérsias que lhe são submetidas em relação à matéria, a legislação do Estado hospedeiro e os princípios de Direito Internacionais aplicáveis e, em relação ao procedimento, as regras procedimentais criadas pela própria organização ou as regras também internacionais elaboradas pela UNCITRAL. A arbitragem do CIRDI tem, portanto, jurisdição internacional, não cabendo falar em renúncia à imunidade de jurisdição por parte do Estado que a ela se submete.

Entretanto, é recorrente a utilização da expressão “renúncia às imunidades estatais” para expressar a idéia de que um Estado, ao submeter-se a um tribunal internacional, abdica do exercício de sua jurisdição e do direito de não ser julgado por seus pares, a não ser mediante manifestação expressa de vontade. No próprio caso “Pirâmides”, tanto o Egito como o tribunal arbitral utilizaram essa expressão para referir-se aos efeitos do consentimento do Estado.

Conforme decidido pela CPJI no caso *Lótus* (1927, série A, n. 10, p. 18)¹⁰³, os limites à independência de um Estado não se presumem, devendo as renúncias ser feitas de maneira clara, precisa e determinada, e não de forma generalizada. Além disso, uma declaração contendo renúncia a uma competência ou a uma prerrogativa requer interpretação restritiva, isto é, no sentido que menos prejudicar o seu autor (DINH, DAILLER, PELLET, 1999, p. 330; MELLO, 2004, p. 307; ROUSSEAU, 1970, p.428-429; SOARES, 2004, p. 117).

O recurso à interpretação restritiva para questões envolvendo compromisso arbitral do Estado foi invocado pelo Egito, mas o tribunal respondeu a esta questão preliminar analisando o compromisso arbitral não como uma renúncia a prerrogativas jurisdicionais do Estado, mas como o fundamento da competência dos tribunais arbitrais. Concentrando-se no poder dos tribunais judiciais e arbitrais de determinar a sua própria competência, os árbitros invocaram decisões anteriores da CPJI e da CIJ proferidas nos casos *Usine de Chorzow* e *Temple de Preah Vihear*, e decidiram que “os instrumentos relativos à competência não devem ser interpretados nem extensiva nem restritivamente, mas ao contrário, objetivamente e de boa-fé e a competência deve ser admitida se, e somente se, a força dos argumentos que militam em seu favor for preponderante.” (GAILLARD, p. 221-222).

No que se refere à renúncia à “imunidade de jurisdição” do Estado mediante o consentimento em submeter-se a uma arbitragem internacional, o tribunal entendeu que apesar do art. 8 da lei egípcia consistir de fato num consentimento do Egito em relação ao CIRDI, deste dispositivo não adviria uma renúncia a suas prerrogativas jurisdicionais.

¹⁰³ Disponível em <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/icpij/> (acesso em 08/11/2005).

Segundo os árbitros, a renúncia contida no art. 8 seria “ilusória”, posto que em razão da estrutura hierárquica do dispositivo, restaria ainda ao governo egípcio a possibilidade de evitar a competência do Centro mediante acordo celebrado diretamente com o investidor ou com o seu Estado de origem, por meio de um acordo bilateral. Além disso, o art. 8 não se tornaria operacional sem que o Estado egípcio aprovasse o investimento em questão.

Essa resposta é, no mínimo confusa, afinal no caso “Pirâmides” o contrato de investimento foi celebrado entre duas empresas, a SPP e a EGOTH, sem que o Egito fizesse parte da avença, a não ser para garantir o uso do terreno pertencente ao Estado. Se do art. 8 da lei n. 43 não se pode depreender uma renúncia às prerrogativas jurisdicionais do Egito, como entender que este dispositivo legal constitui uma manifestação auto-executória do referido Estado em submeter-se a uma instância arbitral internacional?

Nesse sentido, mais coerente parece ser a interpretação do art. 8 da lei egípcia fornecida pelos tribunais franceses, que entenderam que do referido dispositivo legal somente poderia se depreender que o Egito havia acenado com a possibilidade de renúncia à sua processualidade estatal para casos envolvendo investimentos estrangeiros, e não que aquele Estado havia manifestado consentimento em submeter-se a uma arbitragem internacional.

Em razão do exposto, percebe-se que na sua análise, o tribunal arbitral deu preferência a alguns princípios de Direito Internacional relativos aos atos unilaterais dos Estados em detrimento de outros igualmente importantes, referentes ao caráter preciso e inequívoco da manifestação de vontade do Estado que cria efeitos obrigatórios no plano internacional e à cautela necessária na sua interpretação.

1.5.2.3 Os perigos do consentimento arbitral por meio de lei: a manifestação de vontade por atos de terceiros

É considerado um princípio de interpretação dos atos unilaterais do Estado, enunciado pela CPJI e, posteriormente, pela CIJ¹⁰⁴, que a interpretação que o Estado faz da sua própria declaração de vontade em aderir a uma jurisdição internacional não é vinculante para o tribunal, juiz da sua própria competência. O exercício dessa competência para determinar a própria competência, conforme mencionado acima, deve basear-se na busca da vontade real das partes, segundo critérios objetivos e de acordo com a boa-fé.

¹⁰⁴ Ver nota 73, item 5.6, Capítulo II.

Reconhecer, portanto, que o consentimento expresso e por escrito de um Estado à jurisdição do CIRDI seja dado por meio de uma declaração unilateral numa legislação nacional implica admitir que o ato legislativo que contém tal declaração seja interpretado por árbitros ou juízes estrangeiros. Em outras palavras, permite-se que seja retirado da esfera de competência soberana do Estado o seu poder de dizer o sentido das normas por ele adotadas.

O risco de tal permissão foi previsto por alguns países quando das discussões dos comitês consultivos preparatórios para a elaboração da Convenção de Washington. A possibilidade de consentir por meio de declarações unilaterais legislativas nacionais foi recusada por um grupo de países justamente sob o argumento de que os tribunais arbitrais do CIRDI não poderiam se tornar instâncias revisoras de legislações nacionais.

Além disso, o perigo de tal forma de consentimento e da sua interpretação estritamente gramatical é permitir que tribunais arbitrais, no afã de justificarem a sua competência, considerem referências gerais à arbitragem internacional, em suas diversas modalidades, como manifestações de vontade suficientes para compelir um Estado à sua submissão, retirando-lhe toda a autonomia concedida pelo próprio Direito Internacional. Importa lembrar que cláusulas arbitrais com referências genéricas à arbitragem são consideradas normalmente como cláusulas indeterminadas (ou brancas), fazendo-se necessária uma manifestação de vontade posterior mais precisa e consistente. O mesmo deve ser considerado para as declarações unilaterais constantes de legislações ou qualquer outro documento.

A decisão sobre a jurisdição no caso “Pirâmides” foi criticada inclusive por especialistas que compõem a lista de árbitros do CIRDI pelas mais variadas razões. Gaillard (1994, p. 226-227) entende que a maneira como o Tribunal decidiu a questão foi bastante convincente, embora não o tenham sido os princípios e métodos utilizados. Para ele, o tribunal deveria ter se dedicado a confirmar a existência ou não de uma vontade de recorrer ao CIRDI por parte do Egito, e não tanto a interpretar o art. 8 da lei n. 43 juntamente com o art. 25 da Convenção de Washington. De qualquer modo, Gaillard considera acertada a decisão do tribunal em interpretar a Convenção em função da vontade real das partes, rechaçando a idéia de interpretar restritivamente um acordo que implica uma renúncia à “imunidade de jurisdição” estatal.

Já Brigitte Stern (2003, p. 121) discorda do caráter hierárquico e cogente do art. 8 da lei egípcia, entendendo que o CIRDI impôs ao Egito um consentimento que aquele país, muito provavelmente, não tinha dado de forma consciente. Numa análise mais profunda sobre o tema, Stern questiona a previsão pela Convenção de Washington da possibilidade do consentimento escrito do Estado vir por meio de uma referência genérica constante de

legislação interna. Segundo exame minucioso dos trabalhos preparatórios do referido tratado, a autora constata que essa modalidade foi questionada por grande parte das delegações presentes nas discussões, motivo pelo qual não se encontra expressa no texto convencional¹⁰⁵.

A manifestação de consentimento por meio de lei nacional é mencionada nas notas explicativas da Convenção, elaborada pelos diretores executivos do Banco Mundial, como uma possibilidade. Portanto, os tribunais do CIRDI devem tomar muito cuidado ao examinar as legislações nacionais que contenham previsão de caráter geral, mesmo porque nem todo Estado parte da Convenção de Washington aceita submeter-se à arbitragem por outras formas de convenção arbitral que não seja a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Além disso, mister se faz ressaltar que o Tribunal arbitral não interpretou a legislação egípcia segundo o direito daquele país, mas segundo princípios gerais de interpretação de tratados internacionais. Os árbitros do CIRDI desconsideraram o direito egípcio além de demonstrarem pouco cuidado com um princípio basilar do Direito Internacional, qual seja o da adesão voluntária à jurisdição internacional.

Um forte indício de que a vontade real do Egito não era consentir à jurisdição do CIRDI por meio da referência geral do art. 8 da pela lei n. 43 pode ser encontrado na alteração da redação do referido dispositivo na nova legislação sobre investimento promulgada em 1989. O art. 55 da lei n. 230 que revogou a lei n. 43 de 1974, dispunha com clareza que o recurso a qualquer forma de arbitragem, incluindo a do CIRDI, em relação a controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros supunha um consentimento específico do Estado egípcio¹⁰⁶. Com isso, portanto, o Egito especificou que a disposição da lei não era o consentimento por escrito exigido pelo art. 25(1) da Convenção de Washington (GAILLARD, p. 229; STERN, 2003, p. 121).

Stern (2003, p. 112) ressalta, ainda, que “a estrutura de aplicação do ICSID foi imensamente ampliada por essa decisão, a primeira a aplicar tal análise”. A partir dela, uma série de outras decisões foram tomadas nesse sentido, contribuindo para a formação de uma

¹⁰⁵ Ver capítulo II *supra*.

¹⁰⁶ A lei egípcia n. 230 de 1989 sobre investimentos estrangeiros foi revogada pela Lei n. 280 de 1997. Sobre o particular da solução de controvérsias, o art. 7º da referida lei segue a mesma linha da legislação de 1989, dispondo que: “Disputes concerning the implementation of this law shall be settled in manner agreed upon with the concerned investors. The concerned parties may agreed to settle such disputes according to the terms and conditions of the treaties between the Arabic Republic of Egypt an the country of the concerned investor, or according to the provisions of the Agreement of Settlement of Litigation in respect of investments concerning one country and citizens of another country, to which the Arabic Republic of Egypt adhered by virtue of Law n. 90 of 1971, as applicable, or according to the provisions of the Law n. 27 of the year of 1994 concerning arbitration in civil and commercial matters [sic], also agreement concerning [sic] settling such disputes and litigations may be reached by means of arbitration before the Cairo Regional Center of International Commercial Arbitration.”. Disponível em <http://www.egypt.govs.eg/english/laws/> (acesso em 11/11/2005).

arbitragem compulsória em matéria de investimentos, que pode ser colocada em movimento por partes privadas sem que seja necessária qualquer relação contratual entre elas e o Estado contra o qual litigam.

2. A prática arbitral subsequente

A prática arbitral dos tribunais do CIRDI revela que a decisão sobre a jurisdição do Centro no caso “Pirâmides” tornou-se um marco interpretativo em relação ao consentimento do Estado através de dispositivos em legislações nacionais.

Entretanto, mister se faz salientar que o princípio do *stare decisis* ou precedente vinculativo, próprio do direito anglo-saxão não é aplicável ao sistema CIRDI nem à arbitragem internacional de maneira geral, de modo que as decisões arbitrais sobre jurisdição possuem caráter independente e pontual sem exercer força obrigatória e limitativa sobre os casos decididos posteriormente. Diante disso, não seria adequado utilizar o termo jurisprudência para tratar da coerência e continuidade de opiniões expressas pelos árbitros do Centro nos sucessivos casos que lhe são submetidos, principalmente no que concerne à questão da jurisdição (BLIENSENER, 1991, p. 96).

Por outro lado, é forçoso reconhecer que, diante das peculiaridades da carta constitutiva do Centro e do desenvolvimento igualmente peculiar da sua atuação nos últimos anos, o CIRDI se assemelha cada vez mais a uma verdadeira jurisdição internacional de caráter permanente (BLIENSENER, 1991, p. 95; STERN, 2000, p. 242; STRENGER, 1996, p. 155-156).

O exame dos diversos casos submetidos ao Centro demonstra que, apesar do princípio do precedente vinculativo não ser aplicável à arbitragem, os árbitros do CIRDI atribuem às decisões tomadas num mesmo contexto jurídico uma autoridade especial. Em geral, quando identificada uma semelhança de contextos jurídicos, decisões anteriores de tribunais arbitrais do CIRDI são citadas no bojo de laudos arbitrais ulteriores como demonstração do entendimento dado a uma determinada situação.

Exemplo disso é que no caso “Pirâmides” os árbitros fizeram referência à decisão proferida no caso *Amco vs. Indonésia*¹⁰⁷ no que se refere aos critérios de interpretação do consentimento das partes à jurisdição do Centro. Esta decisão é sempre citada para corroborar

¹⁰⁷ ARB/81/1 – Amco Asia Corporation e outros vs. República da Indonésia. Disponível em [http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes\(ICSID\)/](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes(ICSID)/) (acesso em 14/11/2005).

o entendimento de que: o consentimento não deve ser interpretado nem extensivamente nem restritivamente, mas de maneira objetiva e de acordo com a boa-fé¹⁰⁸; a submissão ao Centro deve ser considerada positiva tanto para o investidor como para o Estado hospedeiro, tendo em vista os objetivos e o espírito da Convenção¹⁰⁹; e o consentimento por escrito exigido pelo art. 25(1) da Convenção não necessita ser fornecido num mesmo instrumento¹¹⁰.

Além do caso *Amco vs. Indonésia*, os casos *Holiday Inns vs. Marrocos*¹¹¹ e *Klöckner vs. Camarões*¹¹² são considerados paradigmáticos em relação à linha interpretativa seguida pelos árbitros para a determinação da jurisdição do CIRDI. Esses casos revelam a tendência à ampliação da jurisdição do Centro, a partir de uma interpretação flexível dos dispositivos da Convenção, principalmente no que se refere ao requisito subjetivo, isto é, o consentimento das partes. Em tais decisões os árbitros do CIRDI adotaram a teoria do grupo de contratos, segundo a qual os vários contratos celebrados em razão de um mesmo empreendimento são interpretados conjuntamente e considerados como uma unidade. Essa teoria permite suprir a falta de manifestação expressa da vontade das partes através da extensão vertical e horizontal

¹⁰⁸ No original, “The Tribunal cannot share the Respondent's views as to the 'doubts' on its jurisdiction or as to its lack of jurisdiction over P.T. Amco. i) In the first place, like any other convention [read: agreement], a convention to arbitrate is not to be construed *restrictively*, nor, as a matter of fact, *broadly* or *liberally*. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle *pacta sunt servanda*, a principle common, indeed, to all systems of internal law and to international law."62". Moreover - and this is again a general principle of law - any convention, including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say by taking into account the consequences of the commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged.” (§ 14).

¹⁰⁹ No original, “23.The Tribunal comes now to this interpretation. The same is obviously to be conducted in the framework of the Washington Convention, and in a way which respects its spirit and allows to reach its objectives. Suffices to point out, in this respect, the very first sentence of the Convention's Preamble: 'Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein.'. This sentence shows that ICSID arbitration is a method of settlement which corresponds to the interests, not only of investors, but of the Contracting States as well, provided that by their adhesion to the Convention they have shown that they considered this method as being effectively in their interest, it being also understood that they keep full freedom to implement it or not, in respect of each particular investment agreement. As to the investors, it goes without saying that they have practically in all cases interest to submit to this international arbitration any and all disputes with the host-state relating to the investment. Thus, the Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host-state, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of development and of developing Countries.” (§ 23).

¹¹⁰ No original, “Accordingly, while a consent in writing to ICSID arbitration is indispensable, since it is required by article 25(1) of the Convention, such consent in writing is not to be expressed in a solemn, ritual and unique formulation. The investment agreement being in writing, it suffices to establish that its interpretation in good faith shows that the parties agreed to ICSID arbitration, in order for the ICSID tribunal to have jurisdiction over them.” (§ 23).

¹¹¹ ARB/72/1 – *Holiday Inns S.A. e outros vs. Marrocos* (primeiro caso levado ao CIRDI).

¹¹² ARB/81/2 - *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others vs. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*. Disponível em [http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes\(ICSID\)/](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes(ICSID)/) (acesso em 14/11/2005).

de cláusulas arbitrais contidas em apenas um dos acordos celebrados¹¹³ e revela uma tendência à interpretação extensiva dos acordos arbitrais pelos tribunais do CIRDI, que traz consigo uma propensão à ampliação da jurisdição deste Centro arbitral (FRIEDLAND, 1986, p. 54-57; GARCÍA-BOLÍVAR, 2004, p 187-214)

Em relação à submissão de arbitragem à controvérsias envolvendo investidores e Estados em dispositivos de leis nacionais de Estado contratante, o caso *SPP vs. Egito*, por ter sido o primeiro a trazer à baila a questão da oferta unilateral do consentimento, parece exercer influência nas decisões de casos posteriormente submetidos ao Centro.

2.1 O Caso Tradex vs. Albânia¹¹⁴

2.1.1 Circunstâncias do caso

O caso *Tradex vs. Albânia* revela tal influência¹¹⁵. Em linhas gerais, a controvérsia girava em torno de um investimento nas áreas de industrialização e engenharia de produtos agrícolas, realizado na Albânia pela Tradex Heller S.A., empresa incorporada na Grécia. O contrato foi firmado entre a Tradex e uma empresa pública albanesa (a T.B. Torovitsa) e o investimento, realizado por uma *joint venture* formada por ambas. O objeto do acordo era a utilização agrícola e comercial do terreno de 1170 hectares de propriedade da Torovitsa, situado em Lezha, na Albânia, por um período de dez anos renovável. O aporte inicial totalizava a soma de US\$ 786.343,00, utilizados para financiar a produção de gado, o cultivo dos campos e o pagamento do pessoal (p. 06 do texto da decisão).

Logo após o início da realização do projeto alguns acontecimentos internos a Albânia inviabilizaram a continuação do investimento: cerca de 140 hectares de terra (15% do terreno), na sua parte mais fértil, foram ocupados por camponeses da região. A produção de grãos, o gado e as sementes foram roubados pelos camponeses no período de março a outubro de 1992 e o trabalho para a manutenção da *joint venture* foi impossibilitado em razão de ameaças e atos de violência. No início de dezembro de 1992 a entrada do pessoal da Tradex foi impossibilitada pela ocupação da fazenda pelos camponeses (p. 07).

¹¹³ Ver nota n. 9, *supra*.

¹¹⁴ ARB 94/2 - Tradex Hellas S.A. (Greece) vs. República da Albânia.

¹¹⁵ A análise do caso utiliza como fonte a própria Decisão sobre Jurisdição, proferida em 14 de dezembro de 1996 pelo tribunal arbitral composto por Dr. Karl-Heinz Böckstiegel; Mr. Fred Fielding e Prof. Andréa Giardina. Disponível no site www.worldbank.org/icsid/cases (acesso em 25/09/2005).

Em razão desses e de outros fatores, a Tradex e a Torovitsa resolveram dissolver a *joint venture*, tendo sido a liquidação completada em dezembro de 1993. Após a divisão de bens, a Tradex estimou as suas perdas em US\$ 2.023.907,00, com base no valor de mercado do seu investimento, alcançado por meio de reconhecidos métodos de avaliação (p. 07).

2.1.2 As alegações das partes

Em 2 de novembro de 1994, a Tradex solicitou a instauração de um procedimento arbitral no CIRDI contra a Albânia, pleiteando a condenação deste país ao pagamento de US\$ 2.203.907,00 mais taxa de juros e despesas com o procedimento. A Tradex atribuiu à República da Albânia os acontecimentos que culminaram com a dissolução do contrato de investimento realizado entre ela e a Torovitsa, classificando os atos como expropriação de direitos contratuais (p. 08).

A Tradex fundamentou a sua solicitação de procedimento arbitral perante o CIRDI, afirmando que se tratava de uma controvérsia de natureza jurídica entre investidor de origem de Estado parte da Convenção de Washington (Tradex Heller S.A. – Grécia) e Estado contratante (A Albânia ratificou a referida convenção em 15 de outubro de 1991, em vigor a partir de 14 de novembro deste mesmo ano) – requisito *ratione personae* – derivada diretamente de um investimento – requisito *ratione materiae* –, tendo as partes consentido expressamente com a jurisdição do CIRDI para a solução da questão em tela – requisito *ratione voluntatis*. A Albânia teria consentido com a jurisdição do Centro mediante a lei n. 7764 de 1993 sobre promoção de investimentos e através do Acordo Bilateral de Investimento (ABI), celebrado com a Grécia em agosto de 1991. Já a Tradex teria dado o seu consentimento mediante a solicitação de procedimento arbitral.

Para a Albânia o consentimento em relação àquele caso concreto não havia sido dado por nenhum dos dois instrumentos citados pela Tradex. Em primeiro lugar a Albânia salienta que a Torovitsa, sob os auspícios da legislação albanesa, é uma entidade separada do governo, com plena capacidade para processar e ser processada. O contrato foi celebrado entre a Tradex e a Torovitsa, restando claro, na avença, que o terreno pertencia a esta última empresa. Diante disso, o primeiro argumento lançado pela Albânia contra a jurisdição do CIRDI foi o de que os fatos apresentados pela Tradex revelavam que a disputa, em verdade, era entre aquela empresa e a Torovitsa, sem qualquer envolvimento do Estado da Albânia (p. 08).

Além disso, a Albânia ressaltou que no contrato celebrado entre as duas empresas, havia cláusula arbitral em favor da CCI, tendo sido escolhida a lei suíça para resolver possíveis controvérsias surgidas do contrato. Segundo o Estado albanês, diante da insatisfação, a Tradex não deveria ter aprovado os termos da liquidação e ter procurado resolver o problema com a Torovitsa no foro previamente acordado (p. 09).

Para fundamentar as suas objeções à jurisdição do CIRDI, a Albânia argumentou, ainda, que a lei de promoção de investimento de 1993, que em seu art. 8 previa recurso ao CIRDI para resolver controvérsias sobre expropriação e compensação decorrente de expropriação de investimento estrangeiro, não poderia ser aplicável retroativamente e, por isso, não se aplicava ao caso. Ainda que fosse aplicável a referida lei, a Albânia insistia que a Tradex não se enquadraria na definição de investidor estrangeiro constante daquele documento. Além disso, o Estado albanês afirmava que, mesmo que a disputa o envolvesse, a mesma não estaria relacionada com medidas de expropriação no sentido dado a esta expressão pela lei de 1993, especificação necessária para a utilização do mecanismo arbitral do CIRDI (p. 09).

2.1.3 Ponderações do tribunal arbitral do CIRDI

Diante dos argumentos de ambas as partes, o tribunal passou a examinar os fatos e documentos referidos para decidir sobre a sua competência para solucionar o caso. Começou constatando que a Convenção de Washington entrou em vigor na Albânia em 14 de novembro de 1991, podendo, em princípio, ser utilizada para resolver a controvérsia (p. 10).

Em seguida, o tribunal passa a analisar o Acordo Bilateral de Investimento celebrado entre Grécia e Albânia em agosto de 1991, mas em vigor a partir de janeiro de 1995. O art. 10 deste acordo, ao tratar de solução de controvérsias envolvendo investidor e Estado hospedeiro, previa a utilização do sistema do CIRDI, caso ambas as partes tivessem assinado a Convenção de Washington. O tribunal entendeu, entretanto, que este acordo não poderia ser utilizado para justificar o consentimento prévio da Albânia à jurisdição do CIRDI naquele caso específico porque a solicitação de procedimento arbitral foi feita pela Tradex em outubro de 1994, antes, portanto, da entrada em vigor do referido ABI (p. 18-20).

Ao fixar as bases legais para a análise do caso, o Tribunal constatou que na década de 1990, a Albânia promulgou sucessivas leis de promoção e proteção de investimentos estrangeiros, todas elas contendo dispositivo específico sobre proibição de expropriação,

exceto em circunstâncias especiais e mediante justa e imediata compensação. No que se refere à solução de controvérsias, especificamente, a lei n. 7496 de 1992 mencionava a utilização das regras arbitrais da UNCITRAL (p. 10-18).

Levando isso em consideração, o tribunal se deteve à análise da lei n. 7764 de novembro de 1993, em vigor a partir de 1 de janeiro de 1994, mencionada pela Tradex como fundamento do consentimento da Albânia à jurisdição do CIRDI. O art. 8 (2) desta lei, de modo muito claro, dispunha que as disputas eventualmente surgidas entre o investidor estrangeiro e a Albânia, relacionadas com medidas de expropriação, compensação por expropriação, discriminação ou transferências de acordo com o art. 7, poderiam ser levadas para apreciação do CIRDI, manifestando a Albânia, naquele dispositivo, o seu consentimento¹¹⁶ (p. 13).

Entretanto, a Albânia argüiu a inaplicabilidade deste dispositivo ao caso, uma vez que a disputa surgiu na vigência da lei n. 7694 de 1992, que não fazia referência ao mecanismo do CIRDI, embora a solicitação de arbitragem da Tradex tivesse ocorrido em novembro de 1994, após a entrada em vigor da lei de 1993 (p. 26).

O tribunal entendeu que a questão da aplicação retroativa de leis nacionais tinha limitada relevância para o caso em análise, mesmo porque as disposições materiais e processuais de legislações nacionais e de normas internacionais impossibilitavam a aferição de um denominador comum sobre o tema. Independentemente do critério temporal de validade da lei de 1993, a questão que se punha era se o art.8 (2) da referida lei constituía o consentimento por escrito exigido pelo art. 25 (1) da Convenção de Washington para fundamentar a jurisdição do CIRDI (p. 26).

Sobre a possibilidade de o consentimento ser dado por meio de uma legislação nacional, os árbitros afirmaram que, “apesar do método usual de submissão à jurisdição do CIRDI ser através de consentimento por acordo escrito, é possível agora considerar-se estabelecido sem maiores exigências, que o consentimento pode também ser ofertado unilateralmente por um Estado contratante nas suas legislações nacionais, tornando-se efetivo apenas se e quando o investidor apresentar uma reclamação ao CIRDI, fazendo uso da

¹¹⁶ No original, “Art. 8 (2) – If a foreign investment dispute arises between a foreign investor and the Republic of albânia and it cannot be settled amicably, then the foreign investor may choose to submit the dispute for resolution to a competent court or administrative tribunal of the Republic of Albania in accordance with its laws. In addition, if the disputes arises out of or relates to expropriation, compensation for expropriation, or discrimination and also for the transfers in accordance with article 7, then the foreign investor may submit the dispute for resolution and the Republic of Albania hereby consents to the submission thereof, to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“Centre”) established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States, done at Washington, March 18, 1965 (“ICSID Convention”).” (p. 13).

legislação respectiva.”¹¹⁷. Logo, a lei de 1993 deveria ser considerada como um consentimento suficiente, caso fosse considerada aplicável ao caso concreto (p. 27).

Para corroborar essa afirmação, o tribunal cita a decisão proferida no caso conhecido como “Oásis Pirâmides”, em que ficou determinado que o consentimento do Egito havia sido dado por uma legislação nacional de promoção de investimento, com fundamento na sugestão fornecida pelos diretores executivos do Banco Mundial na notas explicativas sobre o art. 25 da Convenção de Washington, no sentido do consentimento ser ofertado unilateralmente pelo Estado contratante por meio de sua legislação (p. 27).

Os árbitros ressaltaram que, em comparação com o caso considerado como parâmetro ou paradigma, o art. 8 da lei albanesa de 1993 era muito mais claro e preciso quanto ao consentimento do que a legislação egípcia. Além disso, o tribunal constata que em momento algum a Albânia se insurgiu contra o fato do art. 8 ser utilizado como fundamento para a aceitação da jurisdição do CIRDI, o seu argumento era o de que este dispositivo não era aplicável ao caso concreto, mas tão somente às disputas surgidas após a entrada em vigor da lei de 1993 (p. 27).

E qual o critério a ser utilizado para essa aferição se não for o critério temporal de validade da norma? O tribunal, mediante uma análise gramatical de alguns dispositivos do texto legal, terminou por aplicar o critério da “norma mais favorável à proteção do investidor”.

Os árbitros entenderam que a controvérsia entre Tradex e Albânia surgiu no período identificado como sendo o final do ano de 1992 e início de 1993, quando a Tradex enviou cinco missivas ao Ministro da Agricultura da Albânia informando-o dos acontecimentos e solicitando ajuda no controle dos camponeses, sem que tivesse obtido resposta do governo albanês (p. 28).

Dito isto, o tribunal passou a examinar se essa disputa surgida antes da entrada em vigor da lei de 1993 estava coberta pela submissão ao CIRDI constante do art. 8 da referida legislação. Ao interpretar o sentido literal do art. 8, os árbitros entenderam que o mesmo não continha qualquer elemento temporal, fato que justificava a conclusão preliminar de que

¹¹⁷ No original, “Starting with Art. 25 of the ICSID Convention, the Tribunal notes that, although consent by written agreement is the usual method of submission to ICSID jurisdiction, it can now be considered as established and not requiring further reasoning that such consent can also be effected unilaterally by a contracting State in its national laws the consent becoming effective at the latest if and when the foreign investor files its claim with ICSID making use of the respective national law. Therefore, the 1993 Law together with Tradex’s Request for Arbitration must be considered as sufficient consent – if the submission in the 1993 Law is applicable as is examined hereafter.” (p. 27).

disputas surgidas antes da entrada em vigor da n. 7764 poderiam ser submetidas à jurisdição do CIRDI¹¹⁸ (p. 29).

Em seguida, os árbitros procuraram em outros artigos da lei n. 7764 de 1993 referências a atos ocorridos antes da entrada em vigor deste diploma legal para fundamentar o seu entendimento do art. 8. Primeiramente, o tribunal identificou o art. 1 (2), alínea c), que define investidor estrangeiro como qualquer pessoa jurídica, incorporada em outro país, que faça ou que tenha feito um investimento sob a égide das leis albanesas a partir de 31 de julho de 1990¹¹⁹. Esta data coincide com a entrada em vigor da primeira lei de proteção ao investimento albanesa, logo, a intenção do legislador de 1993 ao classificar como investidor estrangeiro aqueles que desde 1990 investiam na Albânia, segundo o tribunal arbitral, era aplicar as medidas de proteção advindas desta nova lei aos investimentos ocorridos anteriormente. Deste dispositivo o tribunal não inferiu que a interpretação do art. 8 seria no sentido de permitir que todas as disputas surgidas antes da entrada em vigor da lei de 1993 fossem submetidas à jurisdição do CIRDI, mas considerou que o art. 1 (2), alínea c) constituía um forte argumento em favor da aplicação do art. 8 e do seu novo mecanismo procedimental de proteção do investidor em caso de disputas surgidas anteriormente à vigência da nova lei (p. 30).

Para completar o raciocínio, os árbitros citam o art. 9 da lei de 1993 que determina a ab-rogação da lei n. 7594 de 1992, bem como outras disposições incluindo leis e decisões do governo da Albânia que conflitem com os dispositivos da nova lei. Segundo o tribunal, uma vez que tanto a lei de 1992 como a lei de 1993 seriam aplicáveis aos investimentos ocorridos

¹¹⁸ No original, “The time element which is subject of the arguments of the Parties on ‘retroactivity’ is first of all related to the wording in Art. 8 (2) 2nd sentence: ‘In addition, *if* the dispute *arises* out of ... , then the foreign investor may submit ...’ (emphasis added). The term ‘arises’ would seem to indicate a time in the present or in the future after the coming into force of the 1993 Law, as the legislator has not chosen wording such as ‘has arisen’. On the other hand, the term ‘if’, by which is introduced could be understood either as a conditional or a time element, while, had the legislator chosen the term ‘when’ instead, clearly only a time element would have been introduced. In particular, the combination of the terms ‘arises out of or relates to’ speaks in favour of a ‘conditional’ element. Particularly, as the two criteria are connected by the term ‘or’, this combination indicates that the words ‘arises out of’ – similar and supplemental to ‘relates to’ – are meant to describe a substantive relationship between the dispute on one hand and the alleged ‘expropriation’ etc. on the other hand. It is a combination of terms found frequently in arbitration clauses describing the required relationship between the contract and the disputes to establish jurisdiction of the arbitral tribunal. [...] Considering these various arguments together, the Tribunal concludes that the wording speaks in favour of an interpretation as a conditional element and that, based on the mere wording of Art. 8, the dispute must not have arisen after the entry into force of the 1993 Law. Thus, the evaluation of the wording of Art. 8 leads the Tribunal to the preliminary conclusion that a dispute which started before the coming into force of the 1993 Law can be covered by the submission to ICSID jurisdiction. [...]” (p. 29)

¹¹⁹ No original, “Art. 1 (2), c) any legal person that is incorporated or constituted under the law of a foreign country that directly or indirectly seeks to make or is making an investment in the territory of the Republic of Albania under its laws or has made an investment under the laws regarding the period of the time from July 31, 1990 and further on.” (p. 30)

antes de 1 de janeiro de 1994, haveria um conflito sobre o significado do art. 9 da última lei caso uma disputa sobre expropriação pudesse ser submetida tanto às regras da UNCITRAL quanto ao CIRDI. Caso fosse admitido que o sistema do CIRDI seria aplicável apenas às disputas surgidas após a entrada em vigor da última lei, não haveria conflito, pois as partes teriam duas opções para solução de controvérsias derivadas de medidas de expropriação de investimento estrangeiro. Entretanto, o tribunal entendeu ser mais plausível interpretar a intenção do legislador no art. 9 no sentido de permitir a aplicação do CIRDI inclusive para disputas surgidas antes da entrada em vigor da lei de 1993 (p. 31).

Por fim, o tribunal justifica essa interpretação dos arts. 8 e 9 da lei n. 7764 de 1993 pela contínua evolução das legislações albanesas sobre promoção do investimento no sentido de fornecer maior proteção aos investimentos. Nesse sentido, afirma que:

[...] A sucessão no tempo dos mecanismos de solução de disputas sobre investimentos deve ser avaliada neste contexto de progressiva evolução. É consistente com essa evolução que o novo mecanismo de solução de disputas, que é mais avançado e eficiente, como o recurso ao CIRDI previsto no Art. 8 da lei de 1993, pode ser usado também em relação a investimentos feitos e a disputas surgidas antes da entrada em vigor da referida lei, desde que o procedimento previsto na lei anterior ainda não tenha sido acionado¹²⁰ (p. 32).

Ao final, o tribunal aceita o argumento da Tradex de que a aplicação imediata de modificações nas legislações processuais aos litígios, ainda que estes tenham surgido anteriormente às mudanças, é considerada regra interpretativa aceita pelo Direito Internacional e pelos ordenamentos jurídicos nacionais, mas recusa o argumento da Albânia de que o direito albanês não aceita a aplicação retroativa de lei, a não ser em caso de previsão expressa e de exceções previstas para o direito penal, posição que é referendada por princípios gerais de Direito Internacional e pela jurisprudência das cortes internacionais (p. 32-33).

Os árbitros terminam por afirmar que por diversas vezes a Albânia confirmou ao tribunal o seu comprometimento com a proteção completa aos investimentos estrangeiros ocorridos em seu território, com o sistema do CIRDI e com as suas obrigações internacionais.

¹²⁰ No original, “[...] The succession in time of the dispute settlement mechanisms is to be evaluated in such a context of progressive evolution. It is consistent with this evolution that the new dispute settlement mechanisms, which are more advanced and efficient, as the recourse to ICSID provided by Art. 8 of the 1993 Law, can be used also in relation to investments made and for disputes arisen before the entry into force of such law, the only negative condition being that previous procedures to settle the dispute have not yet been operated. This solution is moreover confirmed by Art. 9 of the 1993 Law abrogating all incompatible rules existing in previous legislation.” (p. 32).

Essa confirmação, portanto, ainda que não fosse considerado um fator decisivo, deveria ser levada em consideração, para a interpretação da lei de 1993 em favor da proteção do investidor e, conseqüentemente, em favor da jurisdição do CIRDI¹²¹ (p. 34).

Decidindo pela aplicação da lei n. 7764 de 1993 e pela validade do consentimento à jurisdição do Centro constante no art. 8 desta lei, o Tribunal considerou-se competente para examinar o mérito da disputa (p. 35).

O único argumento da Albânia que não foi apreciado foi o de que a ação ou a omissão do governo albanês no caso em tela não configurava uma medida de expropriação do investimento da Tradex, de modo que não seria aplicável a lei de 1993 e conseqüentemente a jurisdição do CIRDI não seria competente. O tribunal entendeu que o exame deste argumento estava estreitamente ligado ao mérito, pelo que reservava a sua apreciação para a decisão final (p. 36).

Quando do exame do mérito¹²², o tribunal frisou que caberia à Tradex provar que investiu na Albânia, que o governo daquele país expropriou direitos contratuais advindos do contrato firmado para realização do investimento, e a inexistência ou inadequação da compensação devida.

Diante das provas apresentadas, o tribunal entendeu que a Tradex não logrou êxito em comprovar que os acontecimentos e as decisões governamentais referidos tolheram os seus direitos contratuais, nem mesmo que as invasões da fazenda pelos camponeses impediram o uso da terra pela *joint venture* ou que ditas invasões tinham sido referendadas pelo governo da Albânia (§ 198, p. 50). Ao final, o tribunal decidiu que não houve expropriação e que a Tradex não possuía direito de compensação de acordo com a lei n. 7764 de 1993 da Albânia. Conseqüentemente, a própria jurisdição do CIRDI ficava prejudicada, uma vez que o art. 8 da referida lei restringia o acesso àquele foro arbitral aos casos de expropriação e compensação por expropriação (§ 204 e § 205, p. 52).

¹²¹ No original, “[...] In several instances Albania has expressly pointed out to the Tribunal that it confirms its commitment to the full protection of foreign investment in Albania, to the ICSID system, and to its international obligations. [...] It would, therefore, seem appropriate to at least take into account, though not as a decisive factor by itself but rather as a confirming factor, that in case of doubt the 1993 Law should rather be interpreted in favour of investor protection and in favour of ICSID jurisdiction in particular.” (p. 34).

¹²² O Laudo final do caso foi proferido pelo mesmo tribunal arbitral em 29 de abril de 1999. Disponível no site www.worldbank.org/icsid/cases (acesso em 25/09/2005).

2.1.4 Observações sobre o consentimento

O importante neste caso é observar a linha interpretativa do CIRDI em relação à questão do consentimento estatal à jurisdição do Centro. Citando o ARB/84/3, o tribunal arbitral toma como parâmetro a decisão proferida naquele caso e o entendimento de que o consentimento estatal à jurisdição do Centro pode ser fornecido por meio de legislação interna sobre promoção de investimento e que a interpretação desta legislação deve ser feita apenas de acordo com princípios gerais de interpretação de leis e tratados e com os requisitos do art. 25(1) da Convenção de Washington, sem incidência de “lei aplicável”, tal como disposto pelo art. 42 da Convenção para questões de mérito.

A análise do laudo revela que a interpretação da lei albanesa no caso em comento privilegiou o critério da maior proteção ao investidor em detrimento das regras de vigência intertemporal de normas. Diante desta evidência, vale perguntar se a tendência dos tribunais arbitrais do CIRDI não é no sentido de afirmar a competência deste Centro arbitral internacional para resolução das controvérsias que lhe são apresentadas, independentemente da existência de consentimento real e consciente dos Estados em cada caso concreto. Além disso, questiona-se ainda se o exercício do princípio da *competência da competência* não está sendo exercido sem limites, a ponto de retirar da esfera do Estado a faculdade, garantida pelo Direito Internacional, de renunciar à sua própria jurisdição e submeter-se a jurisdições internacionais.

Considerações Finais

As decisões arbitrais proferidas pelos tribunais constituídos pelo sistema CIRDI só são publicadas se as partes envolvidas na controvérsia permitirem. Em razão disso, muitos criticam este foro arbitral pelo seu caráter confidencial que, na verdade, caracteriza todo e qualquer procedimento arbitral. Porém, em se tratando de uma instituição arbitral, ligada ao Banco Mundial, uma das instituições financeiras internacionais responsáveis pelo incentivo ao processo de privatizações nos países em desenvolvimento, esta característica assume um sentido negativo pois impossibilita à comunidade internacional de saber como se processa a arbitragem internacional que, normalmente, condena os países em desenvolvimento ao pagamento de indenizações altíssimas a empresas multinacionais.

As decisões que são publicadas, portanto, servem de exemplo e funcionam como objeto de estudos de casos para se chegar a uma conclusão a respeito do funcionamento do CIRDI na solução de controvérsias envolvendo investidores estrangeiros e Estados.

Segundo as análises dos casos *SPP vs. Egito* e *Tradex vs. Albânia*, realizadas neste capítulo, constatou-se que a atuação do Centro é no sentido de ampliar a sua própria capacidade de atuação, reconhecendo a manifestação de consentimento dos Estados e dos investidores em referências amplas e genéricas ao mecanismo arbitral da Convenção de Washington de 1965.

Os laudos arbitrais proferidos são fundamentados, mas a argumentação é, quase sempre, no sentido de interpretar os institutos tradicionais de Direito Internacional Público e os conceitos gerais da arbitragem internacional a fim de justificar a própria competência dos tribunais arbitrais e de realizar a proteção jurídica ao investidor estrangeiro.

Além disso, o texto da carta constitutiva da organização, em geral vago e impreciso, é interpretado de maneira extensiva e muitas vezes conflitante em relação ao seu propagado objetivo de contemplação simultânea dos interesses dos Estados hospedeiros e dos investidores. Essas decisões revelam que as imprecisões do texto convencional servem de fundamento para interpretações elásticas e favoráveis à proteção do investidor, o que põem em cheque a imparcialidade e a neutralidade do sistema.

Os casos analisados neste capítulo revelam uma tendência do Centro de interpretar o consentimento dos Estados à arbitragem privada internacional com particulares que, de certo modo, diminui, muitas vezes inconscientemente, as suas prerrogativas jurisdicionais de entidade soberana, indo de encontro aos preceitos basilares do Direito Internacional. O agravante é que esta diminuição se aplica aos países em desenvolvimento que têm na soberania ainda um escudo contra as intervenções estrangeiras e outras espécies de dominação.

Conforme será analisado no capítulo seguinte, esta tendência interpretativa foi expandida para os casos fundamentados em acordos de promoção e proteção de investimento, a nova onda em termos de regulação internacional do investimento estrangeiro.

CAPÍTULO 4

O consentimento por meio de cláusula arbitral constante de Acordo Bilateral de Investimento celebrado com o Estado de origem do investidor

Introdução

Neste capítulo serão analisados alguns casos emblemáticos para o desenvolvimento da tendência em considerar a referência à arbitragem nos acordos bilaterais de investimento como o consentimento do Estado à jurisdição do CIRDI, exigido pelo art. 25(1) da Convenção de Washington.

Foram escolhidos quatro casos em que o consentimento dos Estados à arbitragem do Centro foi considerado oferecido pela previsão de arbitragem contida em acordos bilaterais. O primeiro deles é o caso ARB/87/3 entre a *Asian Agricultural Products Ltd* e a República do Sri Lanka. O segundo é o caso ARB/97/3 entre *Compañia de Águas del Aconquija S.A. e Compagnie Général des Eaux* e a República argentina. O terceiro, será o caso ARB/97/4, envolvendo a empresa *Ceskoslovenska Obchodni Banka A. S.* e a República da Eslováquia. O último caso escolhido é o ARB/97/7 entre o nacional argentino *Emílio Augustin Maffezini* e o Reino de Espanha.

Seguindo a linha adotada no capítulo anterior, serão utilizadas como fonte de análise as decisões arbitrais proferidas pelos tribunais nos respectivos casos, sendo enfatizada a questão do consentimento à jurisdição do CIRDI.

A importância dessas análises está no fato de que o raciocínio desenvolvido para a aceitação da oferta unilateral do consentimento pelo Estado por meio de legislações nacionais foi transposto para a referência à arbitragem contida em acordos bilaterais de investimentos, celebrado entre Estados, que apesar de já existirem na década de 1980, tornaram-se a forma padrão de regulação internacional do investimento estrangeiro a partir da década de 1990.

Até o ano de 1993, menos de 30 casos haviam sido registrados no CIRDI, dos quais apenas 26 foram concluídos. Na década de noventa, porém, a atuação do Centro teve um crescimento exponencial, atrelado à explosão dos Acordos Bilaterais sobre Promoção e

Proteção de Investimentos¹²³ (KLEINHEISTERKAMP, 2004, p. 171). Em dez anos o número de casos submetidos ao CIRDI aumentou mais de quatro vezes, chegando, no ano de 2003, à cifra de 129 casos registrados, com 63 procedimentos arbitrais em andamento. Dessas 63 arbitragens, o consentimento do Estado à jurisdição do Centro foi fundamentado em 47 casos por previsão constante em acordos bilaterais, em 6 casos por dispositivo do Acordo Constitutivo do NAFTA e em 3 situações por dispositivos de legislações nacionais (Informe Anual do CIRDI 2003, p. 4)¹²⁴.

No ano de 2004 houve um aumento de 15% na propositura de novos casos, tendo sido apresentadas 30 novas solicitações, das quais 29 para procedimento arbitral e uma para conciliação. O consentimento do Estado à jurisdição do Centro na maioria desses novos casos foi fundamentado em previsões constantes de acordos bilaterais. Em 2 casos, utilizaram-se previsões da Carta de Energia; em 6 casos, legislações nacionais e acordos entre as partes e em apenas um caso, o tratado do NAFTA. Dos 83 casos em tramitação, 44 envolviam países latino americanos e 29 deles envolviam a República argentina (Informe Anual do CIRDI 2004, p. 4)¹²⁵.

Segundo o último Informe Anual¹²⁶ (p. 5-6), até meados de 2005 o número de casos registrados tinha atingido a cifra de 184, dos quais 103 estão em tramitação. Em apenas 2 dos 25 novos casos apresentados, o consentimento dos Estados não foi baseado em disposição de ABI. O informe também registra que dos 15 casos concluídos no ano fiscal de 2005, houve quatro declinações de jurisdição pelos tribunais arbitrais do CIRDI.

Em relação ao tipo de investimento, tem-se que um terço das reclamações estão relacionadas com o setor energético e com a prestação de serviço público de água conferida a empresas estrangeiras por contrato de concessão. De todos os casos em tramitação, a grande maioria envolve países em desenvolvimento, sendo que 58 deles têm como reclamados Estados da América Latina, dos quais 38 envolvem o Estado argentino.

Diante dos dados encontrados nos informes do Centro correspondentes aos últimos três anos, não resta dúvida que o aumento da procura pela arbitragem administrada pelo CIRDI está relacionado com a adoção de acordos internacionais de investimentos nos níveis bilateral e regional, que juntamente com as novas legislações nacionais, altera as políticas nacionais de investimento dos diversos países em desenvolvimento.

¹²³ Sobre a evolução numérica dos Acordos Bilaterais de Investimentos no período de 1959 a 1996, ver <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/i-1.htm> (acesso em 03/11/2005).

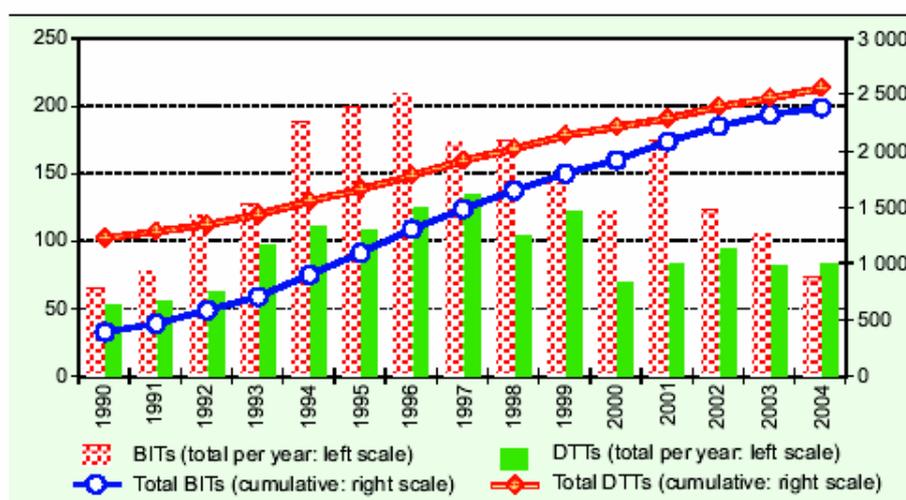
¹²⁴ Disponível em http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/2003_ICSID_ar_sp.pdf (acesso em 2/11/2005).

¹²⁵ Disponível em http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/2004_icsid_ar_sp.pdf (acesso em 2/11/2005).

¹²⁶ Disponível em http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/ICSID_AR05_SP.pdf (acesso em 2/11/2005).

O estudo da UNCTAD revela que o universo dos ABIs continua a crescer, embora em proporções menores que nos anos anteriores. No ano de 2004 foram concluídos setenta e três novos ABI, dos quais dez representaram uma renegociação de acordos já existentes.

Figure I.11. Number of BITs and DTTs concluded, cumulative and annual, 1990-2004

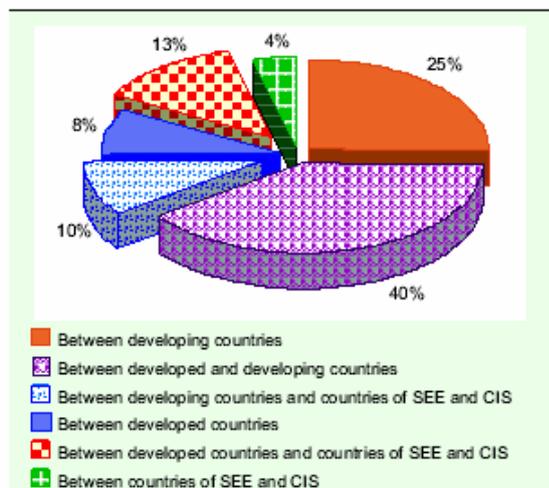


Source: UNCTAD, BIT/DTT database (www.unctad.org/iia).

Fonte: UNCTAD. World Investment Report, 2005.

O estudo revela um aumento dos acordos bilaterais celebrados entre países em desenvolvimento, que representaram 38% do total de ABIs celebrados, embora os acordos bilaterais celebrados entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento ainda representem 40% do total dos 2392 celebrados até o momento. Vale ressaltar que apenas 70% dos ABIs celebrados estão em vigor, haja visto que muitos países ainda não ratificaram os acordos celebrados.

Figure I.12. Total BITs concluded, by country group,^a end 2004



Source: UNCTAD, BIT/DTT database (www.unctad.org/ftia).

^a Due to the accession of ten countries to the EU on 1 May 2004, the BITs previously signed by those countries have been added to the BITs involving developed countries.

Note: SEE: South-East Europe.

Fonte: UNCTAD. World Investment Report, 2005.

Ao final, o relatório revela um aumento de acordos inter-regionais de investimento, celebrados não só entre países com similar nível de desenvolvimento, mas também entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Até abril de 2005 foram assinados mais de cem acordos desse tipo, segundo a pesquisa da UNCTAD (p. 29).

Em todos esses acordos são feitas previsões sobre mecanismos para solução de controvérsias que venham a surgir das relações envolvendo o investimento estrangeiro abrangido pelo convênio. Na maioria dos ABIs, assim como nas leis nacionais, são previstos dois ou mais métodos de solução de conflitos, começando pelas negociações diretas, passando pelo acesso aos tribunais dos Estados, até chegar aos mecanismos de conciliação e arbitragem internacionais. Muitos acordos bilaterais prevêm, ainda, mecanismos especiais entre os Estados-partes para solução de controvérsias sobre interpretação e aplicação do acordo, embora as disputas entre Estado e investidor estejam restritas à arbitragem internacional, em especial a realizada pelo CIRDI (MAURO, 2003, p. 323).

Como os acordos bilaterais de investimento em geral são bastante amplos e visam assegurar o investimento estrangeiro em todos os seus aspectos, as previsões sobre solução de controvérsias são, em geral, compostas. Em quase todas são feitas menções ao sistema CIRDI aliado a outras formas de arbitragem internacional. Uma das razões para a previsão de outros mecanismos de arbitragem está no fato do sistema CIRDI só poder ser acionado para disputas

derivadas diretamente de um investimento estrangeiro já realizado, deixando as controvérsias resultantes do procedimento de admissão do investimento fora da sua jurisdição. Além disso, ainda existe um grupo de países que não se tornaram partes contratantes da Convenção de Washington, o que impossibilita a utilização das regras estabelecidas pelo Centro, com exceção do mecanismo adicional (PARRA, 1997, p. 325).

A forma como a referência à arbitragem internacional para solução de controvérsias entre investidores e Estados é feita assume formas variadas nos diversos ABIs, havendo algumas disposições que exigem a tentativa de solução amigável e de submissão aos tribunais nacionais do Estado hospedeiro como requisito essencial para o acesso à arbitragem internacional, assim como existem dispositivos que prevêm o acesso direto à arbitragem internacional. Alguns ABIs contêm disposições exclusivas à arbitragem do CIRDI, embora em sua maioria os acordos prevejam outros mecanismos arbitrais em especial a arbitragem *ad hoc* segundo as regras da UNCITRAL. Há, ainda, disposições que deixam a cargo exclusivo do investidor a escolha do mecanismo a ser utilizado, em contraposição a estipulações que remetem à necessidade de uma manifestação específica do Estado envolvido na controvérsia¹²⁷.

Uma análise dos ABIs celebrados a partir de 1985 revela que, em sua maioria, as previsões sobre a arbitragem internacional do CIRDI implicavam num consentimento definitivo dos Estados-partes do acordo. Somente em acordos bilaterais mais recentes é que o dispositivo sobre solução arbitral é apresentado como uma possibilidade passível de ser realizada mediante um acordo específico entre as partes envolvidas numa controvérsia em cada caso particular (PARRA, 1997, p. 322).

Diante disso, o número de casos submetidos ao CIRDI com fundamento em previsão contida em acordo bilateral ou multilateral sobre investimento tem crescido muito nos últimos anos. Exemplo disso é o caso da Argentina que, por ter celebrado na década de noventa cerca de trinta acordos bilaterais de investimento¹²⁸ que continham previsão de arbitragem internacional, com a crise econômica ocorrida no ano 2000 tornou-se o país mais reclamado no CIRDI, existindo atualmente trinta e seis reclamações em tramitação no Centro contra este país¹²⁹.

¹²⁷ Ver nota n. 15, capítulo I.

¹²⁸ Os dados sobre acordos bilaterais de investimentos celebrados pelos Estados contratantes da Convenção de Washington de 1965 estão disponíveis em <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/argentina.htm> (acesso em 03/11/2005).

¹²⁹ 1. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal vs. Argentine Republic (Case No. ARB/97/3); 2. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/01/3); 3. CMS Gas Transmission Company vs. Argentine Republic (Case No. ARB/01/8); 4. Azurix Corp. vs. Argentine

1. O Caso *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) vs. República do Sri Lanka*¹³⁰ e o surgimento do paradigma

1.1 As circunstâncias do caso¹³¹

A propositura de uma arbitragem no sistema CIRDI com fundamento num acordo bilateral de investimento, inclusive em relação ao consentimento do Estado, ocorreu pela primeira vez no caso *Asian Agricultural Products Ltd. vs. República do Sri Lanka*. Por este motivo, o caso tornou-se um referencial para a resolução de casos futuros e, conforme mencionado no início desta secção, atualmente, a grande maioria dos casos submetidos ao Centro são fundamentados em ABI celebrados entre o Estado receptor e o Estado de origem do investidor, parte na demanda.

Os acordos bilaterais de promoção e proteção de investimento estrangeiro se transformaram numa forma eficaz de regulação do investimento no âmbito internacional,

Republic (Case No. ARB/01/12); 5. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/02/1); 6. Siemens A.G. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/02/8); 7. Sempra Energy International vs. Argentine Republic (Case No. ARB/02/16); 8. AES Corporation vs. Argentine Republic (Case No. ARB/02/17); 9. Camuzzi International S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/2); 10. Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/5); 11. Camuzzi International S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/7); 12. Continental Casualty Company vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/9); 13. Gas Natural SDG, S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/10); 14. Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/13); 15. El Paso Energy International Company vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/15); 16. Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/17); 17. Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/18); 18. Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/19); 19. Telefónica S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/20); 20. Enersis, S.A. and others vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/21); 21. Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/22); 22. EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/23); 23. Unisys Corporation vs. Argentine Republic (Case No. ARB/03/27); 24. Azurix Corp. vs. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/30); 25. Total S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/04/1); 26. SAUR International vs. Argentine Republic (Case No. ARB/04/4); 27. BP America Production Company and others vs. Argentine Republic (Case No. ARB/04/8); 28. CIT Group Inc. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/04/9); 29. Wintershall Aktiengesellschaft vs. Argentine Republic (Case No. ARB/04/14); 30. Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/04/16); 31. France Telecom S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/04/18); 32. RGA Reinsurance Company vs. Argentine Republic (Case No. ARB/04/20); 33. DaimlerChrysler Services AG vs. Argentine Republic (Case No. ARB/05/1); 34. Compañía General de Electricidad S.A. and CGE Argentina S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/05/2); 35. TSA Spectrum de Argentina, S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/05/5); 36. Asset Recovery Trust S.A. vs. Argentine Republic (Case No. ARB/05/11).

¹³⁰ ARB/87/3 – *Asian Agricultural Products Limited vs. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*.

¹³¹ Utiliza-se como fonte de análise a decisão proferida no caso pelo tribunal composto por Ahmed S. El-Kosheri, Berthold Goldman e Samuel K.B. Asante (árbitro que manifestou opinião dissidente). Disponível em [http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes\(ICSID\)](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes(ICSID)) (acesso em 14/11/2005).

afastando o investidor da aplicação exclusiva do direito do Estado hospedeiro e de suas considerações de ordem pública, ao tempo em que servem como alternativa ao Direito Internacional costumeiro fortemente contestado pelas reivindicações do movimento em prol de uma nova ordem econômica internacional (RAMBAUD, 1992, p. 501).

A AAPL, empresa incorporada em Hong Kong, era acionista majoritária de uma empresa do Sri Lanka (*Serendib Seafood Ltd*), cujo objetivo era a criação de camarões. A empresa de camarões se situava numa região repleta de problemas e em 27 de janeiro de 1987 teve a sua sede incendiada no curso de uma operação militar montada pelas forças do Sri Lanka contra rebeldes ali refugiados. A AAPL alegou ter sofrido perda total do seu investimento em decorrência da ação militar e requereu do governo do Sri Lanka uma indenização de cerca de U\$ 8.000.000,00.

1.2 O fundamento da jurisdição

Em 8 de julho de 1987 a AAPL solicitou no CIRDI a instauração de um procedimento arbitral contra o Sri Lanka, com fundamento no acordo bilateral de investimento celebrado entre o Sri Lanka e o Reino Unido em 13 de fevereiro de 1980, extensivo a Hong Kong por troca de notas efetuada em 14 de janeiro de 1981. A demandante também apoiou a sua solicitação nas regras de Direito Internacional que, segundo ela, estabeleciam a obrigação de um Estado de reparar os danos sofridos por um investidor em razão de uma ação ou omissão sua.

Considerou-se que o consentimento do Sri Lanka à arbitragem do CIRDI foi dado pelo art. 8 (1) do referido acordo bilateral, segundo o qual “Cada Estado contratante por este instrumento consente em submeter ao Centro de Resolução de Disputas sobre Investimento (Centro), para solução por meio de conciliação ou arbitragem sob a Convenção de Washington sobre solução de controvérsias entre Estados e investidores de outros Estados aberta para assinatura em 18 de março de 1965, quaisquer disputas surgidas entre Estados contratantes e nacionais de outro Estado contratante, relativas a investimento do segundo em território do primeiro.”¹³².

¹³² No original, “Art. 8(1) of the Bilateral Investment Treaty which was invoked as expressing Sri Lanka's consent to ICSID arbitration provides: 1. Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as 'the Centre') for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington 18 March 1965 any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former.” (p. 01)

O Sri Lanka não questionou a jurisdição do Centro, em razão da falta de consentimento, motivo pelo qual a decisão do caso se refere apenas ao mérito da demanda. De fato, o dispositivo do ABI estava redigido de modo bastante claro e já se havia assinalado a possibilidade do consentimento ser manifestado unilateralmente pelo Estado receptor por meio de qualquer documento.

Entretanto, como o sistema CIRDI caracteriza-se por disposições declaratórias porque ajustáveis ao acordo direto entre as partes, a falta de manifestação conjunta das mesmas, na propositura de uma arbitragem ou conciliação, permite o surgimento de discussões sobre uma série de regras procedimentais.

A fundamentação da disputa por meio de um tratado bilateral entre Estados com disposições de caráter genérico, no caso em tela, ensejou dissenso entre os árbitros, principalmente no que se refere à lei aplicável à solução da controvérsia. O tribunal decidiu desconsiderar a regra do art. 42 da Convenção de Washington que determina que na ausência de acordo entre as partes sobre a lei aplicável, aplica-se a lei do Estado receptor do investimento e os princípios gerais de Direito Internacional cabíveis, determinando que as obrigações do Sri Lanka, na situação em causa, seriam examinadas à luz do ABI, do Direito Internacional costumeiro, de outros tratados bilaterais (porque o ABI entre Reino Unido e Sri Lanka continha cláusula da nação mais favorecida, o que estende o melhor tratamento concedido aos investidores de outros Estados pelo Sri Lanka aos investidores do Reino Unido e de Hong Kong) e do direito do Sri Lanka. Um árbitro discordou dessa interpretação do tribunal, mas também defendeu a aplicação do ABI, não como fonte autônoma, mas como parte do direito do Sri Lanka¹³³.

¹³³ No original, “[1] The present case is the first instance in which the Centre has been seized by an arbitration request exclusively based on a treaty provision and not in implementation of a freely negotiated arbitration agreement directly concluded between the Parties among whom the dispute has arisen. Consequently, the Parties in dispute have had no opportunity to exercise their right to choose in advance the applicable law determining the rules governing the various aspects of their eventual disputes. In more concrete terms, the prior choice-of-law referred to in the first part of Art. 42 of the ICSID Convention could hardly be envisaged in the context of an arbitration case directly instituted in implementation of an international obligation undertaken between two States in favour of their respective nationals investing within the territory of the other Contracting State. [2] Under these special circumstances, the choice-of-law process would normally materialize after the emergence of the dispute, by observing and construing the conduct of the Parties throughout the arbitration proceedings. Effectively, in the present case, both Parties acted in a manner that demonstrates their mutual agreement to consider the provisions of the Sri Lanka/UK Bilateral Investment Treaty as being the primary source of the applicable legal rules. This basic premise relied upon heavily by the claimant acquired full acceptance from the respondent, who, not only based his main arguments on the provisions of the Treaty in question, but also invoked Art. 157 of the Constitution of Sri Lanka emphasizing that the Treaty became applicable as part of the Sri Lankan Law. [3] Furthermore, it should be noted that the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature. Such extension of the applicable legal system resorts clearly from Art. 3(1),

O exame pormenorizado da interpretação que o tribunal arbitral fez dos dispositivos do ABI e as bases da responsabilidade do Sri Lanka pela destruição do criatório de camarões da *Serendib* fogem ao objetivo destas indagações. Em resumo, o caso envolve a responsabilidade do Estado por danos causados a bens de estrangeiros em caso de conflito armado. A discussão girou em torno da obrigação de diligência do Estado em proteger os interesses do estrangeiro que investe em seu território e da obrigação de reparar os danos sofridos. O tribunal interpretou de maneira combinada dois dispositivos genéricos do ABI, que dispunham sobre a proteção e segurança completas ao investidor e a obrigação de tratamento não menos favorável que o fornecido a outros investidores, encontrando nele um reenvio para o Direito Internacional geral e a previsão dos remédios apropriados para reparação de danos (restituição, compensação, indenização ou outro meio)¹³⁴.

Ao final, o tribunal condenou o Sri Lanka ao pagamento de U\$ 460.000,00 à AAPL referente ao valor das ações que a mesma possuía na *Serendib*. O tribunal entendeu que as outras perdas seriam computadas na determinação do valor das ações, não havendo razão para indenização pelos lucros cessantes.

Houve opinião dissidente de um árbitro que considerou equivocada a interpretação combinada dos dispositivos do ABI e o sentido de reenvio que o tribunal atribuiu à estipulação de tratamento não menos favorável. Segundo este árbitro, o Sri Lanka estaria exonerado da responsabilidade pelos danos causados ao investimento da AAPL pelo fato da ação causadora do dano ter sido realizada numa circunstância de força maior, reconhecidamente uma causa de exclusão de responsabilidade.

A importância deste caso é justamente o seu caráter inédito. Foi a partir dele que a fundamentação da jurisdição do CIRDI, mediante consentimento do Estado fornecido por acordo bilateral de investimento, tornou-se corriqueira. Vale ressaltar que, apesar do ABI utilizado no caso não ter sido inicialmente celebrado entre o Estado receptor do investimento e o Estado de origem do investidor, o acordo foi posteriormente estendido de modo a incluir a participação de Hong Kong. Além disso, o dispositivo referente ao consentimento dos Estados contratantes para a solução de controvérsias pelo sistema CIRDI era bastante claro. Entretanto, o consentimento do investidor foi considerado manifestado pela solicitação de

Art. 3(2), and Art. 4 of the Sri Lanka/UK Bilateral Investment Treaty. [4]In fact, the submissions of both Parties ... clearly demonstrate that they are in agreement about admitting the supplementary role of the recourse - regarding certain issues - to general customary international law, other specific international rules rendered applicable in implementation of the most-favored-nation clause, as well as to Sri Lankan domestic legal rules. [...]" (p. 01).

¹³⁴ Para mais, ver: RAMBAUD, 1992, p. 501-510.

arbitragem, o que, conforme mencionado anteriormente, contraria o texto e até mesmo as notas explicativas dos diretores do Banco Mundial.

A banalização dessa forma de fundamentação das disputas perante o Centro terminará por cristalizar práticas que não correspondem necessariamente ao disposto no texto da Convenção de Washington nem ao seu espírito e objetivos. As discussões acerca da lei aplicável à disputa e de outras regras procedimentais revelam que a Convenção e o sistema arbitral que ela instituiu não foram pensados para atuar na falta de manifestação expressa e direta das partes envolvidas numa controvérsia, isto é, investidor e Estado. O consentimento indireto do Estado e a banalização da capacidade postulatória do investidor trazem muitos problemas para a aplicação da Convenção e terminam por fortalecer o poder decisório dos árbitros em determinar a própria competência e em definir as regras aplicáveis à solução da controvérsia, incluindo a base legal a ser utilizada.

2. O Caso *Compañia de Aguas del Aconquija vs. República argentina*¹³⁵ e a desconsideração de cláusula contratual de exclusão de foro

2.1 As circunstâncias do caso¹³⁶

A Argentina, após ter firmado uma série de acordos bilaterais de investimentos com diversos países na década de 1990, prevendo o mecanismo de solução de controvérsia investidor-Estado do CIRDI, tem sido alvo de uma enxurrada de reclamações no âmbito deste Centro por descumprimento contratual ou expropriação de direitos e propriedades de estrangeiros sem o pagamento de compensação.

A grande maioria das controvérsias gira em torno de investimentos no setor energético e na privatização ou concessão do serviço público, incluindo o tratamento e o fornecimento de água e a construção de infra-estrutura para tratamento de esgoto. Em geral, o investimento é feito por meio da aquisição dos sistemas de tratamento e o fornecimento de água pública, o que caracteriza a privatização do serviço público, mas em alguns casos os governos optam por ceder concessões ao investidor estrangeiro para que ele forneça o serviço, arque com os custos de operação e manutenção do sistema e, obviamente, colete as receitas dos serviços prestados.

¹³⁵ ARB/97/3 – Companhia de Aguas del Aconquija S.A. e Compagnie Général des Eaux vs. República argentina.

¹³⁶ Utiliza-se como fonte para a análise o laudo arbitral proferido no caso ARB/97/3 em 20 de novembro de 2000 pelo tribunal composto por Francisco Rezek, Thomas Buergenthal e Peter D. Trooboff. Disponível em www.worldbank.org/icsid/cases (Acesso em 11/10/2005).

Nesses casos de parceria público-privado, o investidor cria uma empresa-conjunta ou *joint-venture* com empresas regionais onde os serviços são prestados ou compra ações de empresas que já operam no setor, adquirindo a maioria acionária (BORLOW, CLARCKE, 2003, p. 106-107).

Do lado dos investidores, principalmente nos investimentos no setor de fornecimento de água, normalmente se encontram as grandes multinacionais da água e suas subsidiárias: *Suez* e a *Águas de Limeira*, *Vivendi Universal* (atual *Veolia*) e a *Compagnie Générale des Eaux*, *Bouygues* e a *SAUR*, o consórcio *Bechtel-United Utilities* e a *Enron* com sua subsidiária *Azurix*, hoje pertencente à *American Water Works Company*¹³⁷.

O caso conhecido como *Compañia de Aguas del Aconquija vs. República Argentina* insere-se nesse rol de reclamações contra a Argentina em relação a investimentos no setor público de águas. Ele envolve o Estado argentino e a subsidiária da *Vivendi*, a *Compagnie Générale des Eaux* (CGE) e a sua empresa filiada argentina, a *Compañia de Aguas del Aconquija* (CAA).

Em 18 de maio de 1995 a CGE e a CAA celebraram um contrato de concessão para administração de estações de água e esgoto com a Província de Tucumã, na Argentina, sem qualquer participação direta ou indireta do governo deste país (§ 24, p. 10).

Apesar de existir um Acordo Bilateral de Investimento (ABI) entre França e Argentina em vigor desde julho de 1992, o contrato de concessão não fazia referência a este documento, nem ao CIRDI, estabelecido pela Convenção de Washington de 1965, também em vigor para ambos os Estados.

A cláusula 16.4 do contrato de concessão estabelecia que as controvérsias surgidas sobre a interpretação e a aplicação do contrato deveriam ser submetidas à jurisdição exclusiva dos Tribunais Administrativos de Tucumã (§ 27, p. 11).

Em 22 de julho de 1995, a CGE, através de sua filial, assumiu oficialmente a responsabilidade pela prestação de serviço de água de Tucumã e desde então uma série de problemas surgiram na estrutura e na operação do sistema de água. Dentre os problemas é possível identificar dificuldades operacionais decorrentes de infra-estrutura defeituosa e tarifas que não refletiam os custos e as provisões de gastos de capital (§ 28-29, p. 11).

Esses problemas geraram insatisfação e atritos entre a CGE e as autoridades de Tucumã, tendo os governos da França e da Argentina sido acionados para tentar compor a situação.

¹³⁷ Para mais sobre a privatização do serviço público de água, ver: BORLOW, CLARCKE, 2003.

A CGE alegava que desde o início alguns ramos do governo da província não apoiaram a concessão e agiam de modo a difamar a CAA, forçando-a a renegociar o contrato. Além disso, a CGE alegou ter sido atacada e vilipendiada por funcionários em todos os ramos do governo de Tucumã. A CGE alegou ainda que logo após ter sido o contrato concluído, teria havido um bombardeio de decretos, resoluções, leis e ditames que tinham como único propósito debilitar a operação da concessão para forçar a filial argentina a renegociar o acordo (§ 30-31, p. 11-12).

A província de Tucumã, por sua vez, afirmou que os funcionários do seu governo agiram diante de uma prestação de serviço deficiente por parte da empresa concessionária, que afetou o serviço de abastecimento de água da província. Problemas como o método a ser utilizado para medir o consumo de água, a porcentagem de qualquer aumento nas tarifas a serem cobradas de usuários, a existência ou não de direitos por parte da concessionária de repassar aos seus clientes certos impostos e a qualidade da água subministrada eram o foco da discussão (§ 32, p. 12).

Uma proposta de renegociação discutida pelas partes foi rechaçada pela Legislatura de Tucumã no início de 1997 e, posteriormente, a CGE se recusou a assinar um outro acordo renegociado por entender que o Governador de Tucumã havia feito unilateralmente cerca de setenta alterações no texto do contrato antes de submetê-lo à Legislatura da província (§ 35-36, p. 13).

Em 27 de agosto de 1997, a CGE notificou ao Governador de Tucumã que estava rescindindo o contrato de concessão conforme a cláusula 15.9.5, em razão de um suposto inadimplemento de Tucumã (§ 37, p. 14).

Um mês depois, Tucumã rechaçou a notificação da CGE e pôs término ao contrato, invocando um suposto inadimplemento da CGE. Com apoio na cláusula 15.11, Tucumã ainda requereu que a CGE continuasse por um período de 18 meses a prestar o serviço de água até que fosse encontrado um novo operador (§ 38, p. 14).

Antes mesmo da conclusão sem êxito do processo de renegociação do contrato de concessão, em 26 de dezembro de 1996, a CGE solicitou à secretaria do CIRDI a instauração de procedimento arbitral contra a Argentina, pleiteando a indenização de U\$ 300.000.000,00 a título de perdas e danos, causados pelo descumprimento dos artigos 3 e 5 do ABI por parte do Estado argentino. Esses dispositivos versavam sobre o princípio do tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros em relação aos nacionais; a regra da proteção e segurança plenas do investimento; a proibição de expropriação, salvo por utilidade pública, e o pagamento de prévia e justa compensação.

A Argentina ofereceu exceção à jurisdição do Centro em 08 de janeiro de 1998, voltando-se o procedimento, a partir de então, para resolver essa questão preliminar.

Em 02 de julho de 1998, o tribunal emitiu uma resolução reunindo a questão preliminar ao exame do mérito, elaborando novo calendário para o procedimento a ser seguido.

2.2 A questão da jurisdição

A CGE justificou a competência do CIRDI para a solução da controvérsia envolvendo o investimento realizado na Argentina no art. 8 do ABI e no art. 25 da Convenção de Washington de 1965 (§ 40, p. 14).

O consentimento expresso e escrito do Estado argentino à arbitragem do CIRDI encontrava-se disposto no art. 8 do ABI, referente à solução de controvérsias relativas a investimentos, que determinava que as controvérsias referentes aos investimentos, no sentido disposto no ABI, entre uma parte contratante e um investidor de outra parte contratante, seriam, na medida do possível, solucionadas amigavelmente. Ao final de seis meses, caso uma solução não fosse alcançada, a requerimento do investidor, a controvérsia seria submetida ou à jurisdição nacional do Estado parte na controvérsia ou à arbitragem internacional, sendo definitiva a eleição de um desses procedimentos. O parágrafo terceiro do dispositivo dispunha que a arbitragem internacional poderia ser aquela realizada pelo CIRDI, caso os Estados fossem signatários da Convenção que o instituiu, ou à arbitragem do tipo *ad hoc*, realizada segundo as regras da UNCITRAL¹³⁸.

Em relação aos outros requisitos exigidos pelo art. 25, o Centro seria competente porque a disputa envolvia uma questão jurídica derivada diretamente de uma relação de

¹³⁸ No original, “art. 8 – 1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia. 2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor; - o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia; - o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3. Un vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva. 3. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversor; - al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones ente Estados y nacionales de otros estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente acuerdo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del mecanismo complementario del C.I.A.D.I.; - a un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).”

investimento e porque envolvia investidor de origem de Estado contratante e Estado receptor do investimento também parte na Convenção de Washington de 1965. A CGE alegava que as ações da província de Tucumã eram juridicamente atribuíveis à Argentina e serviam de base para concluir que o governo argentino expropriou os direitos das reclamantes no contrato de concessão e lhes negou um tratamento justo e equitativo, conforme lhes era garantido pelos arts. 3 e 5 do ABI. Além disso, as reclamantes argüiram que a omissão da Argentina em impedir que a província de Tucumã tomasse determinadas decisões, implicava na violação de um dever jurídico que este país teria com os investidores perante o ABI e o Direito Internacional.

A Argentina alegou que o CIRDI não seria competente porque não existiria controvérsia envolvendo a República argentina, já que o problema apresentado pelas reclamantes surgiu e se relacionava exclusivamente com o contrato de concessão do qual a Argentina não fazia parte. Segundo os argumentos argentinos, as reclamações da CGE e da CAA só poderiam ser apreciadas pelo Centro se a província de Tucumã figurasse no pólo passivo da demanda, e como a Argentina não autorizou que subdivisões políticas fossem demandadas diretamente no CIRDI, este Centro carecia de jurisdição no caso em análise (§ 41, p. 15).

Além disso, a Argentina alegava que as reclamações apresentadas se relacionavam com o contrato de concessão e que, mediante a cláusula 16.4 do referido contrato, as partes haviam determinado que as controvérsias dele derivadas seriam resolvidas pelos tribunais administrativos de Tucumã, excluindo, portanto, qualquer outro foro, jurisdicional ou arbitral (§ 41, p. 15).

A Argentina negou, ainda, ter responsabilidade pelo Direito Internacional pelos atos praticados pela província de Tucumã, mas reconheceu que o ABI impõe deveres ao Estado argentino no que concerne ao contrato de concessão. Entretanto, como a Argentina não era parte neste contrato, essas obrigações, em seu entender, seriam apenas de realização, com boa-fé, de bons ofícios e de garantia de um entorno aberto aos investimentos estrangeiros, oferecendo métodos seguros de solução de controvérsias. Neste particular, a Argentina argumentava que seus funcionários tinham correspondido às expectativas, agindo na medida do possível para compor o litígio amigavelmente e pondo à disposição do investidor os tribunais nacionais para solução judicial do problema. Na visão dos argentinos, para determinar a sua competência o tribunal do CIRDI deveria examinar a existência ou não de violação dos direitos do investidor por denegação de justiça e como não havia indícios de denegação de justiça, o Centro não poderia ser considerado competente (§ 44, p. 16).

A CGE contra-argumentou dizendo que a demanda não se relacionava com o contrato de concessão, mas sim com o ABI e que este acordo não obrigava o investidor a ajuizar ações na justiça argentina para acionar a arbitragem internacional contra violação de tratado. Além disso, as demandantes argumentaram que se tivessem lançado mão de recurso jurídico interno, teriam eleito o foro e renunciado à arbitragem internacional, conforme determina o art. 8 do ABI (§ 43, p. 15-16).

Após examinar as posições de ambas as partes, o tribunal entendeu que a petição da CGE e da CAA, de fato, não se encontrava baseada no contrato de concessão, mas numa responsabilidade indireta da Argentina pelos atos da província de Tucumã supostamente violadores do ABI (§ 50, p. 19).

Os árbitros afirmaram que sob o Direito Internacional e para os efeitos da jurisdição do tribunal arbitral as ações de uma subdivisão política de um Estado federal são atribuíveis ao governo central (§ 49, p. 19).

O tribunal concluiu ter jurisdição sobre o caso com base no art. 8 do ABI, examinando não só a responsabilidade por atribuição da República argentina, mas também a responsabilidade direta deste país por ações e omissões em violação ao ABI (§ 50, p. 19).

Os árbitros não aceitaram a posição da Argentina de que o art. 25(3) limita a jurisdição do CIRDI e nem que a cláusula 16.4 do contrato de concessão representava uma restrição à jurisdição do Centro, uma vez que esta cláusula contratual não poderia representar uma renúncia por parte da CGE a seus direitos sob o art. 8 do ABI de propor reclamações contra a Argentina por violação do acordo (§§ 51 e 52, p. 20).

O tribunal cita a decisão proferida contra a Argentina no caso *Lanco International Inc.* (ARB/97/6) para confirmar o seu entendimento de que uma cláusula contratual de exclusão de foro não interfere na jurisdição do CIRDI quando a reclamação estiver fundamentada no contrato de concessão, mas sim no acordo bilateral de investimento que, em via de regra, contém previsão de acesso à arbitragem internacional (§ 53, p. 21).

Com base nisso, o tribunal entendeu ser competente para apreciar o caso e essa competência persistiria mesmo que a CGE e/ou a CAA tivessem recorrido aos tribunais administrativos de Tucumã para reclamar violação do contrato de concessão, uma vez que a fundamentação da reclamação perante o CIRDI estava baseada em acordo internacional (§ 55, p. 22).

2.3 A decisão sobre o mérito e a competência do tribunal

Reputa-se importante para a análise da jurisdição mencionar, ainda que em linhas gerais, as decisões sobre o mérito da controvérsia, em razão da sua importância para a análise da decisão de anulação do laudo proferida posteriormente.

As demandantes alegaram que os atos da província de Tucumã, efetuados não como parte no contrato, mas no exercício do poder soberano, deveriam ser diretamente atribuídos à Argentina. Além disso, argüiram a falta de ação da Argentina e o descumprimento da sua obrigação de impedir que Tucumã exercesse poderes governamentais que revogassem os direitos dos investidores ou descumprissem com o contrato. Para a CGE e a CAA a Argentina se encontrava sob um regime de responsabilidade absoluta perante o ABI e qualquer ação de Tucumã que violasse esse acordo daria lugar à responsabilidade internacional daquele país (§ 57-59, p. 23).

A Argentina, por sua vez, sustentou que a norma que regia a sua responsabilidade, uma vez que não era parte do contrato de concessão, era a da diligência devida ou a dos bons ofícios, que implicaria apenas num dever de assumir de boa-fé esforços por meio de ações de seus funcionários federais para resolver controvérsias entre a província e a CGE. A Argentina considerou ter cumprido com o seu dever de bons ofícios, não havendo, assim, motivo para responsabilidade internacional (§ 60, p. 23-24).

Ao analisar a relação entre as supostas violações do ABI e os supostos descumprimentos do contrato de concessão celebrado entre a província de Tucumã e a CGE, através da empresa argentina CAA, os árbitros constataram que as demandantes identificaram quatro atos de Tucumã, atribuíveis à Argentina, que teriam violado os direitos do investidor constantes do ABI: 1 – atos que proporcionaram uma queda da taxa de recuperação; 2 – atos que unilateralmente reduziram as tarifas; 3 – abusos da autoridade reguladora; 4 – tratos de má-fé (§ 63, p. 24).

Exemplos dos dois primeiros atos são as resoluções n. 170 e 212 do Ente Regulador dos Serviços de Águas de Tucumã (ERSACT) que forçaram uma redução das tarifas e geraram uma incerteza sobre quais faturas deveriam ser pagas. As supostas ações das autoridades de Tucumã que incitaram a população a não pagar as contas foram consideradas abusos de autoridade. Além disso, as demandantes alegaram que a intervenção da ERSACT por meio das duas resoluções foi politicamente motivada no sentido de forçar a CAA a rever os termos do contrato de concessão, sendo também considerada um abuso de autoridade. No

que concerne à má-fé das autoridades de Tucumã, as demandantes citaram a modificação unilateral do contrato renegociado antes da submissão à Legislatura de Tucumã; a cobrança de multas à CGE pela província em razão da falta de realização de exames na água, mesmo sabendo que os laboratórios estavam desprovidos de materiais; a proibição de cobrança de impostos municipais e provinciais nas faturas e o uso do problema da água negra magnésica para difamação da empresa prestadora do serviço, mesmo sabendo que este problema não era de sua responsabilidade (§ 65-70, p. 25-26).

O tribunal entendeu que todas as questões versavam sobre os direitos das demandantes em relação ao contrato de concessão e sobre o cumprimento pela província de Tucumã dos seus deveres contratuais. O Tribunal assinalou que em momento algum as demandantes argüíram qualquer irregularidade no cumprimento do contrato no foro competente para resolução de controvérsias sobre o contrato de concessão, isto é, os Tribunais Administrativos de Tucumã. Sobre a questão do insucesso da renegociação do contrato, o tribunal também entendeu que a discussão versava sobre as negociações entre Tucumã e a CGE sem envolver o processo de intermediação feito pelos funcionários federais da República argentina, por isso o tribunal não viu como responsabilizar este país nesse aspecto (§ 71-73, p. 27).

Sobre a questão da punição pela falha na prestação de serviço envolvendo a questão da falta de exames necessários na água e o problema da água negra, assim como a questão da proibição da cobrança de impostos nas faturas, o tribunal entendeu que estavam em jogo divergências sobre o significado e aplicação de dispositivos do contrato de concessão que versavam sobre essas questões (§ 74-76, p. 28-29).

Dito isto, o tribunal concluiu que todas as ações mencionadas pela CGE para responsabilizar a Argentina estavam vinculadas ao cumprimento ou descumprimento do contrato de concessão pelas partes; que todas as questões que eram relevantes para o fundamento jurídico dessas reclamações surgiram do contrato entre CGE/CAA e Tucumã e do cumprimento deste contrato. Diante da conexão crucial no caso entre os termos do contrato e as supostas violações do ABI e considerando a existência de uma cláusula de eleição de foro no referido contrato de concessão, atribuindo competência para interpretar e aplicar o tratado para o contencioso administrativo de Tucumã, o tribunal entendeu que não poderia responsabilizar a Argentina a menos que as demandantes tivessem acionado os tribunais argentinos e tivessem os seus direitos denegados processual ou materialmente. Alternativamente, o tribunal também considerou a possibilidade de responsabilizar a Argentina caso ficasse demonstrado que este país teria deixado de honrar com suas obrigações

de buscar de boa-fé e com esforços razoáveis a solução de controvérsias entre Tucumã e a CGE (§ 77-78, p. 29).

O tribunal concluiu ser difícil no caso em exame identificar quais atos a província de Tucumã praticou no exercício do poder soberano e não na qualidade de parte contratante, sem examinar detalhadamente o contrato de concessão, tarefa de competência dos tribunais argentinos por determinação da cláusula 16.4 do contrato de concessão. Diante dessa obrigação contratual de recorrer ao contencioso administrativo de Tucumã e da falta de recurso da CGE/CAA a este foro, os árbitros entenderam que não havia base para determinar a responsabilização da Argentina por descumprimento do ABI (§ 79-80, p. 30-31).

O tribunal ressaltou que esse entendimento não significava uma exigência de esgotamento de recursos internos para recorrer à arbitragem internacional, mesmo porque o art. 8 do ABI não continha essa exigência e o art. 26 da convenção do CIRDI, inverteu a regra da proteção diplomática, considerando o esgotamento dos recursos internos como uma opção do Estado contratante e não um requisito necessário para a arguição da responsabilidade internacional de um Estado. A obrigatoriedade neste caso, adviria da cláusula 16.4 e da impossibilidade de separar as reclamações de eventuais descumprimentos do contrato de supostas violações do ABI, sendo sempre necessária a interpretação do contrato de concessão (§ 81, p. 31).

Sobre a responsabilização da Argentina por omissão em responder às ações dos funcionários de Tucumã, o tribunal constatou que apenas numa missiva endereçada ao governo federal argentino, datada de 05/03/1996, a CGE informou a existência de um processo de negociação com Tucumã e alertou que caso este não lograsse êxito, seria acionado o mecanismo de solução de controvérsia disposto no ABI. Em momento algum foi requisitada uma determinada atitude do governo federal argentino que tivesse sido desconsiderada. Os autos não continham, na visão dos árbitros, qualquer indício de que os funcionários federais deixaram de tomar alguma medida específica que lhes teria sido exigida, não restando demonstrado que ações ou omissões da Argentina teriam provocado uma violação do ABI (§ 83-84, p. 32).

As reclamantes alegaram que a Argentina não esgotou os meios jurídicos e políticos existentes para proteger os seus direitos e impedir que Tucumã tomasse medidas que violassem o ABI e descumprissem o contrato. A Argentina teria se omitido em propor ações legais contra Tucumã na Corte Suprema, a fim de que esta declarasse a contrariedade dos atos da província às leis federais, aos tratados ou à Constituição Federal. Além disso, as

demandantes exigiam que a Argentina tivesse exercido pressão financeira sobre Tucumã para persuadi-la a cumprir o ABI.

Sobre a primeira hipótese, o tribunal entendeu que de acordo com os fatos comprovados nos autos, não houve ação ou omissão de Tucumã que, à falta de um processo judicial local, constituísse uma violação de tal modo flagrante do ABI a ponto de ser exigido da Argentina uma ação contra Tucumã na Corte Suprema daquele país. Quanto à pressão financeira, o tribunal entendeu que a situação implicaria numa intervenção estatal num setor que passava por um processo de privatização, conduta que não poderia ser considerada exigível do governo Argentino. Sobre uma suposta necessidade de a Argentina convencer a província de Tucumã a renegociar o contrato de concessão, o tribunal não encontrou bases para determinar que o ABI impunha à Argentina um dever jurídico internacional de obrigar a província de Tucumã a renovar o contrato (§ 87-90, p. 37-35).

Por fim, o tribunal analisou a alegação das demandantes de que os funcionários de Tucumã agiram arditosamente contra a CAA, a fim de afugentá-la da província, sendo a Argentina responsável, perante o Direito Internacional, por tais atos. A Argentina contestou veementemente essa versão dos fatos e o tribunal solicitou provas de que as ações referidas tinham sido organizadas pelo governador da província. Ao final, os árbitros entenderam que os autos não estabeleciam uma base fática para atribuir responsabilidade à Argentina pelas supostas ações dos funcionários de Tucumã (§ 91, p. 35).

Num laudo de 21 de novembro de 2000, o tribunal negou o pedido das reclamantes por entender que os autos não ofereciam base fática para determinar que a República argentina faltou com o seu dever de responder à situação em Tucumã e às solicitações das reclamantes em conformidade com as obrigações do governo argentino sob o ABI (§ 92, p. 35).

2.4 A anulação parcial do laudo¹³⁹

Em 20 de março de 2001 a *Vivendi Universal* e a CAA apresentaram à Secretaria do CIRDI uma solicitação de anulação parcial do laudo arbitral proferido pelo tribunal no caso ARB/97/3. O procedimento de anulação está previsto no art. 52 da Convenção de Washington de 1965 estritamente para casos de excesso manifesto de poder, falha grave na aplicação de norma procedimental e omissão fundamental da decisão.

¹³⁹ Utiliza-se como fonte de análise a própria decisão de anulação proferida em 03 de julho de 2002 pelo Comitê *ad hoc* composto por Yves Fortier, James R. Crawford e José Carlos Fernández Rozas. Disponível em www.worldbank.org/icsid/cases (Acesso em 11/10/2005).

A *Vivendi* e a CAA alegaram que o tribunal arbitral não considerou realmente o mérito das reclamações em virtude do tratado e, ao rechaçar as pretensões sem efetivamente considerá-las dentro da questão de fundo, o tribunal excedeu manifestamente as suas faculdades. Além disso, as reclamantes alegam que o tribunal não expressou as razões da referida negação.

A Argentina discordou desta interpretação do laudo arbitral e considerou que o tribunal proferiu análise cuidadosa da questão. A Argentina afirmou que se houvesse anulação deveria ser do laudo na sua integridade, posto que o mesmo encerrava uma contradição na medida em que o tribunal declarou-se competente e ao final, não decidiu sobre o mérito em razão da cláusula contratual de eleição de foro em prol dos tribunais argentinos. Para a Argentina, se houvesse reforma da decisão, deveria ser no sentido de declarar o tribunal incompetente para examinar a controvérsia.

O comitê começou a análise da questão, após os pronunciamentos das partes por escrito e em audiência, esclarecendo a função da anulação do laudo segundo a Convenção de Washington de 1965. Ressaltou-se que o comitê *ad hoc* não exerce funções de tribunal de apelação, atendo-se apenas às causas expressamente mencionadas no art. 52 da Convenção. (p. 26-29)

Em matéria de jurisdição, o comitê não viu contradição nas razões do tribunal não tendo reparos a fazer. O Comitê entendeu, assim como foi decidido no caso ARB/97/6, que uma cláusula contratual de exclusão de foro não pretendia excluir a jurisdição do CIRDI ou de qualquer outro tribunal internacional previsto em artigo de acordo bilateral de investimento. (p. 30 a 32)

Em relação ao mérito, o comitê começou por analisar a alegação de violação grave de norma procedimental, chegando à conclusão de que a mesma não existiu.

Em seguida, examinou a alegação de que o tribunal teria se excedido no exercício de suas faculdades, esclarecendo, primeiramente, que o tribunal extrapola as suas faculdades não só quando exerce jurisdição fora dos limites do tratado constitutivo da organização, como também quando se omite em exercer jurisdição conforme previsão do tratado.

As demandantes alegaram que o tribunal declinou em decidir as suas alegações ao considerar que para fazê-lo seria necessário abordar questões que se encontravam dentro da jurisdição exclusiva dos tribunais de Tucumã, segundo o contrato de concessão. O Tribunal teria, então, se omitido em exercer a sua jurisdição conforme o ABI, contrariamente à decisão proferida em relação à competência.

Quanto às reclamações federais, isto é, as reclamações contra ações ou omissões diretas dos funcionários do governo federal da Argentina que teriam violado o ABI, o comitê entendeu que o tribunal examinou cuidadosamente, decidindo, de maneira fundamentada, rechaçá-las ao final por falta de comprovação nos autos (p. 35-37).

Já no que se refere às reclamações por atos de Tucumã atribuíveis à Argentina, o comitê entendeu que houve sim uma omissão do tribunal em analisá-las, uma vez que as reclamações baseadas no cumprimento ou não dos arts. 3 e 5 do ABI não se relacionavam diretamente com o contrato de direito interno. O comitê citou decisões da Corte Internacional de Justiça e análises da Comissão de Direito Internacional para corroborar o seu entendimento de que a violação de um tratado é diferente da violação do direito interno, podendo ser lícito em direito interno o que constitui violação de tratado e vice-versa. Com base nisso, o comitê afirmou que uma cláusula de jurisdição exclusiva constante de contrato celebrado entre as demandantes e o Estado demandado ou uma de suas subdivisões políticas não poderia operar como impedimento de aplicação de um tratado. Como as reclamações da CGE e da CAA estavam baseadas no ABI, o tribunal não poderia alegar a existência de uma cláusula contratual de exclusão de foro no plano interno para se omitir de decidir a questão. Para o comitê, o tribunal estava obrigado pela Convenção do CIRDI, pelo ABI e pelo Direito Internacional a efetuar um exame da situação (p. 37-41).

A Argentina alegou que o tribunal não se omitiu, ao contrário, examinou cuidadosamente a questão e concluiu que as demandantes não tinham argumentos fundamentados para invocar o descumprimento dos arts. 3 e 5 do ABI e quanto mais claro ficava que a sua demanda era sobre o descumprimento do contrato de concessão, a questão de violação do tratado só poderia surgir no caso de denegação de justiça às demandantes pelos tribunais argentinos, fato que não ocorreu. Segundo a Argentina, portanto, o tribunal decidiu rechaçar o pedido das reclamantes por não considerar haver base fática nos autos que determinasse a responsabilização da República argentina.

O comitê decidiu, entretanto, que o tribunal declinou em considerar aspectos chaves das reclamações das demandantes, principalmente no que se refere às alegações de atos de má-fé. Para o comitê, no parágrafo 79, o Tribunal referiu-se a uma impossibilidade de decidir derivada da necessidade de interpretar e aplicar o contrato de concessão, tarefa para a qual não tinha competência, em decorrência da cláusula 16.4. O comitê, porém, entendeu que o art. 8 (2) do ABI permitiria ao tribunal exercer jurisdição para examinar o contrato de concessão, ao menos na medida necessária para determinar a existência ou não de violação do ABI (p. 43-44).

O comitê entendeu que o tribunal interpretou de maneira demasiado restritiva o art. 8 (2) do ABI, considerando que este dispositivo só seria aplicável para reclamações por violação do ABI, ficando de fora reclamações sobre situações de investimento estrangeiro com outra base de fundamentação. Para o comitê o referido artigo trata de diferenças relativas a investimentos no sentido do ABI e não está restrito às controvérsias surgidas de descumprimento de acordo bilateral de investimento. Logo, o art. 8 (2) poderia ser utilizado como fundamentação para resolução de controvérsias baseadas em contrato de concessão. Conseqüentemente, o comitê, ao contrário do tribunal, entendeu que caso a CAA tivesse acionado a justiça argentina contra Tucumã por descumprimento contratual, estaria elegendo definitivamente o foro competente para resolver controvérsias conforme dispõe o art. 8 do ABI (p. 23-24).

Além disso, o comitê entendeu que o tribunal se omitiu em analisar as reclamações por atos de Tucumã na medida em que não forneceu sequer uma definição dos arts. 3 e 5 do ABI, o que deveria ter feito caso as reclamações fossem, de fato, examinadas. Ademais, tomou como pressuposto o fato de que uma manifestação de Tucumã no intuito de fazer valer os seus direitos contratuais não poderia ensejar um ilícito internacional, o que não seria razoável, uma vez que ilícito internacional e violação de direito interno são questões diferentes (p. 44).

Assim, o comitê concluiu que o tribunal confrontado com a reclamação e tendo decidido que tinha jurisdição sobre o caso, estava obrigado a considerá-la e decidi-la e ao não fazê-lo em seu conjunto, incorreu em excesso manifesto de suas faculdades, havendo motivo para anulação parcial do laudo conforme o art. 52, 1 (b) da Convenção do CIRDI.

Sobre a omissão expressa dos motivos (art. 52, 1 (e)), o comitê não viu necessidade de se manifestar, uma vez que já havia decidido pela anulação parcial por omissão (p. 46-47).

Ao final, então, o tribunal decidiu acatar em parte o pedido de anulação parcial do laudo das demandantes, anulando a decisão do tribunal arbitral no que concerne às reclamações por atos de Tucumã, atribuíveis à Argentina, que teriam violado o ABI (p. 48).

Como resultado, novo julgamento será proferido em relação à responsabilidade indireta da Argentina, por atos de Tucumã, supostamente em violação dos arts. 3 e 5 do ABI.

2.5 Observações sobre o consentimento

Este caso envolvendo a Argentina e a *Vivendi* demonstra como prática de admitir o consentimento à arbitragem do CIRDI por meio de manifestação em acordo bilateral de investimentos amplia a competência do Centro. Segundo se depreende da análise desta controvérsia, mesmo que os acordos de investimentos, celebrados entre as partes envolvidas na controvérsia, contenham cláusulas de eleição de foro em favor dos tribunais nacionais do Estado contratante, prevalece a referência à solução arbitral, contida em acordo bilateral de investimentos celebrados entre Estados.

Essa ampliação é reflexo direto da “sugestão” dos diretores executivos do Banco Mundial em relação à manifestação unilateral do consentimento do Estado receptor do investimento em submeter controvérsias ao sistema investidor-Estado da Convenção de Washington de 1965. A proliferação dos ABIs contribuiu, portanto, para uma banalização do consentimento do Estado a uma arbitragem internacional de caráter especial, cujas disposições implicam um afastamento total das questões de ordem pública na apreciação das controvérsias.

Ao celebrar um acordo *chapeau* com Estados de origens dos investidores estrangeiros, contendo dispositivos de proteção genéricos e cláusula arbitral branca, mas mencionando o sistema CIRDI, o Estado receptor do investimento é arrastado para este mecanismo arbitral por escolha exclusiva do investidor. Ressalte-se que em razão do ABI, o Estado receptor pode ser acionado no Centro sem sequer fazer parte do contrato de investimento ou ter interferido diretamente para a dissolução do contrato.

A arbitragem sem relação contratual e sem consentimento específico é levada às últimas conseqüências e vem a cada dia se tornando mais comum. O CIRDI, que passou muitos anos no ostracismo, atualmente é um foro extremamente requisitado pelos investidores, principalmente pelos grandes conglomerados internacionais que possuem *holdings*, subsidiárias e filiais em diversos Estados, podendo lançar mão do ABI que lhe for mais favorável. Tudo isso para enquadrar a disputa na jurisdição do Centro criado pelo Banco Mundial.

Entretanto, uma vez que as cláusulas arbitrais contidas nos ABI normalmente não determinam um mecanismo arbitral específico, as mesmas não deveriam ser suficientes para submeter um Estado à arbitragem, nem mesmo o Estado receptor do investimento que também é parte contratante da Convenção do CIRDI. Essa afirmação ganha força

principalmente quando as partes elegem em contrato específico de investimento um determinado foro para solução de controvérsias e a resolução do contrato não tem relação direta com ações ou omissões do Estado.

Além disso, o consentimento do Estado ao CIRDI mediante cláusula branca em ABI implica que a manifestação do investidor virá após o surgimento da demanda e, em geral, considera-se a propositura da reclamação perante o Centro o próprio consentimento. Conforme mencionado anteriormente, tal possibilidade não está permitida pelo texto da Convenção e Washington e sequer pelas suas notas explicativas, que determinam que o consentimento das partes já deve existir quando da propositura de conciliação ou arbitragem.

Logo, essa forma de assunção de competência pelos árbitros do CIRDI não só desconsidera a própria carta constitutiva do Centro, como também a teoria geral da arbitragem no que se refere à sua base contratual, à necessidade de consentimento específico das partes e à igual capacidade postulatória das mesmas.

Deve-se notar que caso a Argentina quisesse instaurar, perante o CIRDI, um procedimento contra a *Vivendi*, a CGE e a CAA por falha no cumprimento do contrato de concessão de serviço público de água, a mesma se veria impossibilitada de início pela falta de consentimento escrito das investidoras. Não é sem razão, portanto, que se afirma que o sistema formado pelos acordos bilaterais de investimento e o mecanismo de solução de controvérsias do CIRDI parecem mais favoráveis aos interesses de uma das partes da relação de investimento.

3. O Caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. vs. República da Eslováquia*¹⁴⁰ e o consentimento por acordo bilateral de investimento sem validade jurídica

3.1 As circunstâncias do caso¹⁴¹

Recentemente os árbitros do CIRDI decidiram que a referência, num contrato de investimento, a um Acordo Bilateral ainda sem validade jurídica implicava a incorporação do

¹⁴⁰ ARB/97/4 – *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. vs. The Slovak Republic*.

¹⁴¹ Serão utilizadas na análise do caso, as decisões proferidas pelo Tribunal arbitral composto por: Thomas Burgenthal, Piero Bernardini e Andréa Bucher. Disponível no site <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm> (acesso em 17/11/2005)

seu conteúdo ao contrato, inclusive as disposições sobre solução de controvérsias por meio da arbitragem internacional do CIRDI.

A decisão refere-se ao caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) vs. República da Eslováquia*, no qual o Banco requereu a condenação da Eslováquia ao pagamento de indenização por descumprimento de contrato celebrado em dezembro de 1993 sobre os princípios básicos da consolidação financeira do Banco (*Agreement on the Basic principles of a financial consolidation of a Ceskoslovenska Obchodni Banka A. S* ou acordo de consolidação).

Este contrato foi celebrado para facilitar o processo de privatização da instituição bancária e a sua operação na República Tcheca e na Eslováquia após a secessão. Nele estava estipulada a concessão de empréstimos pelo CSOB a duas empresas (*Collection Companies*) a serem criadas nos dois países. Os empréstimos seriam realizados nos termos de contratos específicos e cada empresa deveria pagar ao CSOB pelas transferências recebidas.

Seguindo essas determinações, em 31 de dezembro de 1993 o CSOB e a *Slovak Collection Company (SCC)* celebraram um contrato de empréstimo, cuja cláusula sétima estabelecia que o pagamento do mesmo estaria garantido pelo Ministro das Finanças da Eslováquia.

Como a SCC não cumpriu o contrato, o CSOB requereu no CIRDI o cumprimento das obrigações contratuais da Eslováquia, o pagamento de perdas e danos e das custas procedimentais.

3.2 A submissão do caso ao CIRDI e a questão da jurisdição

Em 18 de abril de 1997 o CSOB solicitou a instauração de procedimento arbitral no CIRDI contra a Eslováquia, fundamentando a jurisdição do CIRDI no caso concreto em três níveis: 1 – no Acordo Bilateral de Investimento celebrado entre a República Tcheca e a Eslováquia em 19 de dezembro de 1992 e, supostamente, em vigor desde 1 de janeiro de 1993; 2 – numa nota do Ministro das Relações Exteriores da Eslováquia no diário oficial de outubro de 1993, afirmando que o ABI teria entrado em vigor em janeiro de 1993¹⁴²; 3 – e no acordo de conciliação celebrado entre a República da Eslováquia e o CSOB, no qual se fazia

¹⁴² No original, “This Notice reads as follows: The Ministry of Foreign Affairs of the Slovak Republic announces that the Treaty on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Government of the Slovak Republic and the Government of the Czech Republic was signed in Bratislava on November 23, 1992. Pursuant to Article 12, the Treaty became effective on January 1, 1993.” (p. 04).

referência à aplicação da legislação tcheca e do referido acordo bilateral. O demandante entendeu que essa referência seria válida mesmo que o ABI ainda não estivesse em vigor (§ 4, p. 03).

A Eslováquia apresentou objeções à jurisdição do CIRDI, alegando que: 1 – a disputa não poderia ser resolvida pelo CIRDI porque não envolvia um Estado e um nacional de outro Estado, uma vez que o CSOB era um mero agente da República Tcheca, devendo a esta ser equiparada; 2 – o requisito do art. 25(1) da Convenção de Washington não havia sido satisfeito porque o Acordo Bilateral de Investimento, celebrado entre a República Tcheca e a Eslováquia não estava em vigor; 3 – A nota publicada no Diário Oficial pelo Ministro das Relações Exteriores da Eslováquia não tinha o condão de dar vigência ao ABI; 4 – a referência ao ABI no acordo de consolidação não podia surtir efeito até que o ABI entrasse em vigor; 5 – mesmo que o ABI estivesse em vigor, as partes não invocaram juntas o art. 8¹⁴³ sobre solução de controvérsias e; 6 - além disso, a disputa em questão não derivava diretamente de uma relação de investimento, uma vez que o empréstimo feito ao CSOB era fruto de um processo intergovernamental de reestruturação e reorganização da referida empresa, considerado necessário em razão da separação da Tchecoslováquia e sem qualquer finalidade lucrativa (§ 10-11, p. 05-06).

O tribunal arbitral constituído para solucionar o caso entendeu em primeiro lugar que uma empresa de economia mista ou uma empresa pública poderia figurar no pólo ativo das disputas perante o CIRDI, desde que não atuasse com prerrogativa de poder público, não tendo sido este o caso verificado com o CSOB. O tribunal decidiu, portanto, que o Banco tinha capacidade para demandar perante o CIRDI porque a atividade que exercia era de natureza comercial, independentemente de o propósito estar ligado a ações governamentais. Reconheceu-se que o CSOB durante muito tempo atuou como representante ou agente do Estado perante a comunidade bancária e comercial internacional, mas constatou-se que, a partir da abertura econômica, levada a cabo na década de 1990, o CSOB vinha trabalhando

¹⁴³ No original, “Article 8 of the BIT reads as follows: 1. Any dispute which may arise between the investor of one party and the other Party in relation to any investments made in the territory of such other Party, shall be subject to negotiations between the parties to the dispute. 2. If the dispute between the investor of one Party and the other Party continues after a period of three months, the investor and the Party shall have the right to submit the dispute to either: 1) the International Center for the Resolution of Investment-Related Disputes with special regard to the applicable provisions of the Treaty on the Resolution of Investment-Related Disputes arising between States and nationals of other States, open for signature in Washington D.C. on 18 March 1965, provided, however, that both Parties are parties to such Treaty; or 2) an arbitrator or an ad hoc international arbitration tribunal established in accordance with the arbitration rules of the United Nations Organization Committee for International Trade Law. Parties to the dispute may agree in writing upon modifications of such rules. The arbitration award shall be final and binding on both parties to the dispute. 3. The dispute shall be resolved by such agency referred to in Section 2 above as was the first one to which a proposal for the resolution of the dispute was submitted.” (p. 03).

para se firmar como um banco comercial independente, sendo a habilidade para contratar acordos de consolidação e empréstimos uma prova disso (§ 17-23, p. 07-10).

Em relação ao consentimento com a jurisdição do CIRDI, o tribunal analisou um por um os argumentos lançados pelo demandante, não sem antes afirmar que o consentimento exigido pelo art. 25(1) deve ser escrito e deve ser concedido por ambas as partes envolvidas na controvérsia. Os árbitros citaram a primeira decisão proferida pelo Sistema CIRDI no caso *Amco vs. Indonésia*, no qual se decidiu que o consentimento das partes não deveria ser interpretado nem extensivamente nem restritivamente, mas sim de acordo com a real vontade das partes¹⁴⁴ (§ 33-34, p. 13).

Sobre o ABI, os árbitros não questionaram o fato de o consentimento ser dado por meio de um acordo bilateral de investimentos, o que no caso em tela, era feito por meio do art. 8, que tratava do mecanismo de solução de controvérsias e fazia menção expressa ao CIRDI. Esse tipo de consentimento foi aceito no caso *ARB/87/3* entre a *Asia Agricultural Products vs. a República do Sri Lanka*¹⁴⁵ e foi posteriormente cristalizado na prática arbitral do Centro¹⁴⁶ (§ 38, p. 14) .

O tribunal entendeu que a grande questão era saber se o acordo estava em vigor quando da solicitação de procedimento arbitral, de modo que fosse possível utilizá-lo como fundamento da jurisdição do CIRDI. Entretanto, os árbitros concluíram pela inexistência de provas conclusivas sobre a vigência do ABI, uma vez que o art. 12 do referido acordo mencionava a necessidade de troca de notificações entre os Estados contratantes sobre a satisfação de requisitos constitucionais, o que não havia sido feito até o momento (§ 39-43, p. 14-16).

Em seguida, o tribunal passou a analisar a notícia publicada no diário oficial, mencionando a entrada em vigor do ABI, a fim de examinar em que medida a manifestação do Ministro das Relações Exteriores constituía o consentimento exigido pelo CIRDI. O tribunal ponderou que mesmo que a manifestação do Ministro fosse considerada como uma declaração unilateral com efeito vinculante, a mesma deveria ser examinada levando em

¹⁴⁴ Ver item 2 do Capítulo III.

¹⁴⁵ Ver item 1 *supra*.

¹⁴⁶ No original, “38. Since Claimant by its Request for Arbitration, dated April 18, 1997, submitted the instant dispute to ICSID, Claimant would be deemed to have accepted ICSID jurisdiction on that date, Respondent having already unequivocally consented to it. The exchange of consents in this form would satisfy the requirement of a “written consent” under Article 25(1) of the ICSID Convention. This type of consent has been accepted as a valid submission to the Centre’s jurisdiction in the first case brought by an investor under a bilateral investment treaty (*Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) vs. Republic of Sri Lanka*, 4 ICSID Rep. 245, 30 I.L.M. 577 (1991), and has found acceptance in subsequent practice.” (p. 14)

consideração a intenção do Estado de tornar esta declaração obrigatória nos seus termos, como requerem os princípios gerais de direito aplicáveis às declarações unilaterais. O exame, portanto, deveria ser bem cuidadoso e, diante disso, o tribunal entendeu que a referida nota do Ministro das Relações Exteriores não foi publicada com a intenção de tornar vigente o ABI entre a Eslováquia e a República Tcheca (§ 44-48, p. 16-18).

Por fim, o tribunal resolveu analisar o acordo de consolidação e a referência contida no mesmo sobre o ABI. A questão era saber até que ponto o consentimento exigido pelo CIRDI estaria satisfeito pela referência a um tratado que ainda não teria entrado em vigor. O demandante sustentou que a menção ao ABI constituía uma incorporação por referência ao mecanismo de solução de controvérsias disposto naquele tratado, qual seja o sistema do CIRDI. O demandado insistia em dizer que a referência carecia de qualquer valor uma vez que o ABI não estava em vigor (§ 50, p. 19).

O tribunal analisou o histórico da negociação do acordo de consolidação e identificou que as partes discutiram a cláusula referente ao mecanismo de solução de controvérsias, embora não tivessem chegado a um acordo sobre a arbitragem nacional. Entretanto, o tribunal acentuou que o rascunho final continha a seguinte previsão: “Este acordo será regido pelas leis da República Tcheca e pelo Acordo Bilateral de Investimento sobre promoção e proteção de investimento celebrado com a Eslováquia, depois de ratificado.” (p. 270). O tribunal reconheceu que o rascunho final não continha dispositivo sobre a solução de controvérsias, mas ressalta que antes da assinatura do acordo, em dezembro de 1993, foram retiradas as palavras “depois de ratificado” da expressão mencionada acima. Essa modificação final implicava, segundo o tribunal, uma aceitação pelas partes contratantes da referência ao ABI no acordo de consolidação, independentemente da entrada em vigor do referido tratado no plano internacional. Esta referência valeria para todo o tratado, incluindo o dispositivo referente ao mecanismo de solução de controvérsias¹⁴⁷ (§ 54, p. 270-271).

¹⁴⁷ “54. The negotiating history of the clause under consideration thus indicates that the issue of dispute settlement method had been discussed by the parties and that the proposal to resort to domestic arbitration in the Czech Republic had been rejected by Slovak party. These considerations support Claimant’s contention that the parties eventually agreed to international arbitration. In the absence of a separate dispute resolution provision, the reference to the BIT satisfies the requirement that international arbitration, as specified in its art. 8, is the agreed dispute resolution mechanism. This reference cannot be understood to mean that the contested provision was intended to deal exclusively with the governing law question, as Respondent contends, if only because by eliminating the phrase relating to the BIT’s ratification, the parties made the reference to the BIT and to the consent to arbitration expressed by it effective and unconditional. As a matter of fact, the elimination of the phrase may be deemed to indicate either that the parties were convinced that the BIT was already in force (The notice announcing the BIT’s Status had appeared less than two months before) or what is more likely, that they intended the reference to the BIT to be a valid expression of consent for purposes of their contract, including the provision for the settlement of disputes, independently of the BIT’s entry into force on the international plane.” (p. 270-271)

Diante disso, o tribunal entendeu que houve uma incorporação por referência do ABI pelo acordo de consolidação, de modo que a menção ao sistema CIRDI no art. 8 do ABI tinha validade mesmo que este tratado não estivesse em vigor. Como resultado deste entendimento, o tribunal declarou-se competente para examinar o caso, uma vez que o consentimento por escrito das partes envolvidas numa controvérsia como requisito do art. 25(1) da Convenção de Washington de 1965 havia sido fornecido (§ 59, p. 22).

A Eslováquia ainda argumentou que mesmo que o art. 8 do ABI fosse considerado aplicável, para que isso, de fato, acontecesse, as partes teriam que escolher conjuntamente uma das formas de arbitragem ali dispostas e, como a Eslováquia não havia pensado em submeter a presente controvérsia ao CIRDI juntamente com o Demandante, o art. 8 não poderia ser invocado (§ 56, p. 22).

O tribunal acentuou que o teor do dispositivo era realmente ambíguo, mas que a interpretação proposta pelo Demandado limitaria a sua aplicação apenas para disputas que já tivessem surgido, deixando o investidor sem a proteção garantida pela arbitragem internacional e objetivada pelos acordos bilaterais de investimento. Portanto, tal interpretação seria contrária aos princípios gerais de interpretação de tratados estabelecidos pela Convenção de Viena dos Tratados e não poderia ser aceita (§ 57-58, p. 12).

Por fim, para confirmar a sua competência para apreciar a questão, o tribunal examinou a natureza da disputa para saber se a mesma derivava diretamente de um investimento. A Eslováquia acentuou o caráter político da disputa e a sua forte ligação com o processo de secessão da antiga Tchecoslováquia, mas não questionou os aspectos legais da controvérsia e era justamente sobre eles que o tribunal iria se ater.

Após examinar os objetivos do acordo de consolidação, a definição de investimento nele contida, assim como a definição de investimento constante do ABI, os árbitros concluíram que as facilidades no empréstimo concedidas pelo CSOB à *Slovak Collection Company* faziam parte da atividade bancária daquela instituição e, portanto, encontravam-se inseridas num contrato de investimento mais amplo. Para tanto, levou-se em consideração que o objetivo maior do acordo era, em primeiro lugar, assegurar a continuidade da atuação do Banco nos dois países recém separados e, posteriormente, a privatização da referida instituição. O tribunal entendeu que a atividade em questão, derivava diretamente de um investimento, satisfazendo, portanto, o requisito material da jurisdição do Centro (§ 61-91, p. 22-33).

3.3 Objeções adicionais em relação à jurisdição

Em 23 de dezembro de 1999, após o CSOB ter apresentado o seu memorial sobre a questão de mérito, a Eslováquia apresentou uma objeção adicional à jurisdição do CIRDI, com base no art. 41 da Convenção.

A Eslováquia afirmava que as demandas relacionadas ao mérito da disputa se referiam a fatos derivados do acordo de empréstimo celebrado entre o CSOB e a SCC, e não do acordo de consolidação, estando, portanto, fora da jurisdição do Centro e da competência do tribunal. Segundo este país, a competência do tribunal teria sido determinada com base apenas no acordo de consolidação porque a cláusula arbitral em favor do CIRDI foi considerada no primeiro laudo incorporada por referência a esse acordo. O reclamante, então, não poderia estender o âmbito de aplicação da arbitragem para além da competência do tribunal, invocando a aplicação de outros acordos, dos quais a Eslováquia não fazia parte (§ 6-8, p. 03).

O CSOB contra argumentou que o seu pedido estava fundamentado na violação do acordo de consolidação e, ademais, a competência do tribunal não se limitava a questões de responsabilização pelos danos em razão do acordo de consolidação, incluindo também a determinação do montante dos danos a serem compensados (§ 14, p. 06).

O Banco invocou ainda o princípio da boa-fé para a interpretação da extensão do consentimento exigido pelo art. 25 (1) da Convenção do CIRDI, clamando pela consideração da realidade econômica da transação e pela análise conjunta do grupo de contratos que envolviam um mesmo investimento. Para tanto, a reclamante citou outras decisões proferidas por tribunais arbitrais constituídos no sistema CIRDI, nomeadamente os casos *Holiday Inns vs. Marrocos*, *Amco Asia et al. vs. Indonésia*, *SOABI vs. Senegal* e *Klöckner vs. Camarões* (§ 16, p. 06).

O tribunal ressaltou, após analisar os argumentos das partes que, de fato, tinha competência apenas para decidir questões derivadas do acordo de consolidação, posto que a cláusula arbitral em favor do CIRDI foi incluída por referência apenas a este acordo (§ 32-33, p. 12).

Entretanto, os árbitros consideraram ser de sua competência a determinação não só da responsabilidade da Eslováquia por violação do acordo de consolidação, mas também a fixação do valor dos danos causados e da conseqüente compensação a ser paga pelo Estado.

Ao final, portanto, o tribunal negou a solicitação da Eslováquia e confirmou a sua primeira decisão sobre a jurisdição, considerando-se competente para determinar a validade

material e a extensão da obrigação da Eslováquia de cobrir as perdas da SCC, segundo o acordo de consolidação, e estabelecer a responsabilidade deste Estado por violação desta obrigação assim como o valor dos danos a serem compensados (§ 33, p. 12-13).

3.4 Observações sobre o consentimento

No caso envolvendo o banco da República Tcheca e o Estado da Eslováquia os tribunais do CIRDI entenderam que a referência num contrato celebrado internamente a um acordo bilateral de investimento implica a incorporação automática deste àquele. As disposições do ABI, portanto, são aplicadas diretamente ao contrato celebrado, mesmo que o acordo bilateral não tenha qualquer validade jurídica, por não ter entrado em vigor.

Mediante esta interpretação elástica, os árbitros do CIRDI entenderam que um Estado pode estar vinculado a um acordo bilateral de investimento antes da sua entrada em vigor, desde que celebre um contrato que faça remissão a este ABI. Esta remissão sequer necessita ser específica ao sistema de solução de controvérsias aplicável ao contrato. Basta que se mencione em seu bojo o ABI, para que os seus dispositivos sejam incorporados automaticamente ao contrato.

Pelo exame deste caso, percebe-se quão longe podem ir os árbitros do CIRDI para buscar justificativas para o exercício de suas atribuições e quão criativas podem ser as adaptações feitas às regras de direito para fundamentar a aplicação dos acordos bilaterais de investimentos.

Neste diapasão, as regras, exigidas pela Convenção de Washington de 1965 sobre a exigência de uma manifestação inequívoca dos Estados no sentido de submeter-se à arbitragem do Centro, tornam-se cada vez mais tênues e os princípios gerais de responsabilidade internacional dos Estados cada vez mais subvertidos.

4. O Caso *Emilio Augustin Maffezini vs. Reino da Espanha*¹⁴⁸ e a aplicação da cláusula da nação mais favorecida em relação à solução de controvérsias

4.1 As circunstâncias do caso¹⁴⁹

Nos idos de 1989, o argentino Emílio Agustín Maffezini decidiu investir na fabricação de diversos produtos químicos na Galícia e, para tanto, criou uma sociedade incorporada sob as leis espanholas, denominada Emilio A. Maffezini S.A. (EAMSA). Juntamente com o Sr. Maffezini, participou do empreendimento subscrevendo 30% do capital, a Sociedade para o Desenvolvimento Industrial da Galícia S.A. (SODIGA), embora a recompra das ações da SODIGA pelo Sr. Maffezini estivesse prevista em contrato. A SODIGA outorgou um empréstimo de 40 milhões de pesetas espanholas para o empreendimento a uma taxa de juros preferencial e o Ministério da Fazenda da Espanha e a *Xunta de Galícia* aprovaram várias solicitações de subvenções ao empreendimento.

A EAMSA contratou uma empresa privada para prestar consultoria sobre os custos de construção e outras necessidades da empresa para iniciar a operação. Com base neste estudo, foi adquirido o terreno e fechado contratos com fornecedores. A SODIGA também realizou uma avaliação econômica com o propósito de decidir a conveniência ou não da sua participação no projeto.

Antes mesmo da aprovação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) exigido para a instalação e operação da empresa de produtos químicos, as obras de construção da planta foram iniciadas e durante o processo de preparação para a execução do empreendimento, a EAMSA experimentou dificuldades financeiras, que implicaram um aumento do capital da empresa, novos empréstimos e solicitações de subvenções ao governo espanhol. O Sr. Maffezini também contribuiu com uma retirada de trinta milhões de pesetas espanholas da sua conta pessoal.

Uma vez que as dificuldades financeiras continuaram, a construção da obra foi suspensa e funcionários, despedidos. Diante dessa situação, o advogado da EAMSA propôs à SODIGA que todas as dívidas da empresa e do Sr. Maffezini fossem compensadas pelo ativo. A SODIGA inicialmente condicionou a aceitação da proposta ao pagamento de dois milhões

¹⁴⁸ ARB/97/7 – Emílio Augustín Maffezini vs. Reino de España

¹⁴⁹ Utiliza-se como base de análise a decisão sobre jurisdição e o laudo arbitral proferidos no caso pelo tribunal composto por: Thomas Buergenthal, Maurice Wolf e Francisco Orrego Vicuña. Disponível em www.worldbank.org/icsid/cases (acesso em 24/04/2004).

de pesetas, o que foi recusado pelo Sr. Maffezini. Posteriormente, a SODIGA aceitou a proposta inicial do argentino, mas este não respondeu e em seguida solicitou a instauração de procedimento arbitral perante o CIRDI.

4.2. O processamento do caso no CIRDI

Em 18 de julho de 1997, o Sr. Maffezini propôs uma solicitação de arbitragem, no sistema do CIRDI, contra o Reino da Espanha, alegando que o seu investimento fracassou em razão de uma assessoria equivocada da SODIGA em relação aos custos do projeto, sendo esta sociedade responsável pelos gastos adicionais realizados, inclusive aqueles derivados do EIA, pois a EAMSA teria sido pressionada a efetuar o investimento antes da aprovação do referido estudo. Além disso, a retirada da quantia de trinta milhões de pesetas da conta pessoal do Sr. Maffezini a título de empréstimo à EAMSA teria sido efetuada por um funcionário da SODIGA sem a autorização do titular da conta, sendo, portanto irregular. Em razão da natureza pública da SODIGA, todos os seus atos e omissões deveriam ser imputáveis ao Reino de Espanha, sendo este o fundamento da jurisdição do Centro em razão das partes envolvidas na controvérsia.

A base legal da solicitação de arbitragem era o acordo bilateral de investimento celebrado entre Argentina e Espanha, que entrou em vigor em 28 de novembro de 1992. Em razão da aplicação da cláusula da nação mais favorecida contida neste acordo, o Sr. Maffezini invocou também a aplicação do acordo bilateral de investimento, celebrado entre Chile e Espanha, em vigor a partir de 29 de março de 1994, posto que este acordo apresentava condições mais favoráveis ao investidor, particularmente no que se refere às condições impostas ao recurso direto à arbitragem internacional como meio de solução de controvérsias envolvendo um Estado contratante e nacional de outro Estado parte no ABI.

4.3 A questão da jurisdição

Segundo o demandante, a Espanha teria consentido em submeter controvérsias com investidores ao CIRDI quando da celebração do acordo bilateral de investimento com a Argentina, deixando a cargo do investidor a iniciativa de acionar o sistema, mediante a solicitação de arbitragem.

O dispositivo do ABI entre Argentina e Espanha referente à solução de controvérsias entre investidores e Estados determinava em primeiro lugar a obrigatoriedade da tentativa de composição amigável da disputa. Somente se esta falhasse dentro do prazo de seis meses é que uma das partes poderia submeter o caso aos tribunais nacionais do Estado receptor do investimento. O acesso à arbitragem internacional estava limitado a duas condições: 1 – a falta de decisão sobre o mérito dentro do prazo de dezoito meses contado a partir da data de início do processo judicial nos tribunais espanhóis ou, em havendo uma decisão neste período, a insuficiência da mesma para dirimir a controvérsia; 2 – a existência de acordo entre as partes¹⁵⁰.

Nenhuma menção específica ou exclusiva ao CIRDI ou a outra forma de arbitragem foi feita até a parte final do artigo, que dispunha que, caso as partes envolvidas na controvérsia não acordassem o tipo de arbitragem a ser realizado, os casos previstos no item anterior sobre recurso à arbitragem seriam submetidos de comum acordo ao CIRDI ou a uma arbitragem *ad hoc*, instituída sob as regras da UNCITRAL. O acesso ao CIRDI, portanto, ficava limitado ao acordo entre as partes envolvidas diretamente na controvérsia, embora possa se depreender desta afirmação uma predisposição da Espanha em submeter ao Centro controvérsias derivadas de relações de investimento realizadas no âmbito do ABI.

Entretanto, o último parágrafo do item 4 do art. X, dispôs de modo mais coercitivo sobre o recurso à arbitragem do CIRDI, ao determinar que nos casos em que as partes tivessem escolhido outro tipo de procedimento e após três meses da sua solicitação não se tivesse chegado a um acordo, a controvérsia deveria ser submetida ao Centro, a menos que os

¹⁵⁰ No original, “Art. X - 1. Las controversias que surgieren entre una de las partes e un inversor de la otra parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia. 2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión. 3. La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes. b) cuando ambas las partes en la controversia así lo hayan convenido. 4. En los casos previstos en párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de diferencia relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Si después de un período de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando ambas Partes sean partes de dicho Convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal ad hoc antes citado.” (p. 08-09).

Estados-partes do ABI não fossem contratantes da Convenção de Washington. Neste caso, a controvérsia deveria ser submetida a um tribunal *ad hoc* seguindo as regras da UNCITRAL¹⁵¹.

O consentimento da Espanha e da Argentina à submissão de controvérsias derivadas de relações enquadradas no âmbito de aplicação do ABI ao sistema do CIRDI, portanto, é feito sob determinadas condições: a solução amigável, o recurso frustrado aos tribunais nacionais e o acordo das partes.

Todavia, após a tentativa frustrada de composição da controvérsia pelos advogados da EAMSA com a SODIGA, o Sr. Maffezini não acionou a justiça espanhola nem acordou com a Espanha o recurso à arbitragem internacional. Em lugar disso, o demandante requereu, por meio da utilização da cláusula da nação mais favorecida, contida no ABI entre Espanha e Argentina, a aplicação ao seu caso, do ABI celebrado entre Espanha e Chile, o qual previa o acesso direto à arbitragem internacional para a solução de controvérsias entre investidores e Estados, sem a imposição de qualquer condição prévia. Segundo o Sr. Maffezini, os investidores chilenos recebiam tratamento privilegiado e este padrão deveria ser estendido aos investidores argentinos.

A Espanha apresentou objeções à jurisdição do Centro, afirmando em primeiro lugar que o ABI celebrado com a Argentina e aplicável ao caso exigia o esgotamento dos recursos internos da Espanha, não tendo o demandante cumprido este requisito. Em segundo lugar, ressaltou-se que o art. X (2) do ABI exigia a submissão da controvérsia aos tribunais espanhóis e o Sr. Maffezini não cumpriu com essa etapa necessária antes de recorrer ao CIRDI (§ 20-21, p. 09).

Em relação à cláusula da nação mais favorecida e à aplicação do ABI celebrado com o Chile, a Espanha alegou que os tratados celebrados com outros países eram *res inter alios pacta* e não poderiam ser invocados pelo Demandante. Além disso, a Espanha ainda afirmou que a cláusula da nação mais favorecida tem por objeto evitar a discriminação e, portanto, só poderia ser aplicada em relação à mesma matéria do tratado base, ou seja, matérias de fundo ou aspectos substantivos do tratamento econômico outorgado aos investidores, e não a questões procedimentais e de jurisdição. Isso significa que somente se fosse demonstrado que o recurso aos tribunais nacionais espanhóis implicava desvantagens objetivas para o investidor, caberia a aplicação de cláusula da nação mais favorecida (§ 41-42, p. 16).

¹⁵¹ Ver nota anterior.

O tribunal considerou o argumento da exigência de esgotamento dos recursos internos à luz do art. 26 da Convenção do CIRDI que inverteu a regra jurídica internacional tradicional de exigência de o esgotamento dos recursos internos para acionar internacionalmente um Estado, salvo renúncia expressa ou tácita (§ 22, p. 09). O art. X não contém de forma clara uma exigência de esgotamento de recursos internos, mas apenas o recurso aos tribunais nacionais. Por isso, para determinar se a Espanha condicionou a sua aceitação à jurisdição do Centro ao esgotamento dos seus recursos internos, coube ao tribunal interpretar o art. X do ABI para determinar o seu alcance. Aplicando os princípios enunciados pela Convenção de Viena dos Tratados de 1969, os árbitros entenderam que o art. X (3) (a) somente se referia a uma sentença de mérito, mas não exigia o esgotamento dos recursos internos, tal como se entende no Direito Internacional (§ 28, p. 12).

O tribunal ressaltou que mesmo que o referido dispositivo determinasse o esgotamento dos recursos internos, tal exigência não teria o efeito de impedir o acesso aos tribunais internacionais porque são estes, e não os tribunais nacionais que devem decidir de forma definitiva sobre o significado e o alcance das obrigações internacionais outorgadas pelo ABI que são objetivos da controvérsia. Diferentemente do caso de recurso a um tribunal internacional por denegação de justiça, a manifestação de um tribunal internacional sobre o alcance de direitos outorgados por tratado não fica prejudicada pelo esgotamento dos recursos internos de um determinado país e pela decisão em nível nacional sobre a matéria (§ 29-30, p. 12-13).

Sobre o segundo argumento da demandada, isto é, o descumprimento da exigência de submissão prévia aos tribunais nacionais, o tribunal entendeu que, de fato, o art. X fazia essa exigência, mas antes da decisão final sobre a jurisdição, deveria se examinar a viabilidade da aplicação do ABI entre a Espanha e o Chile através da cláusula da nação mais favorecida.

O tribunal começou a análise sobre a pertinência da aplicação da cláusula da nação mais favorecida para a disposição sobre solução de controvérsias, frisando que o parágrafo 2, do art. IV do ABI entre Argentina e Espanha estabelecida que “em todas as matérias regidas pelo presente acordo, este tratamento não será menos favorável que o outorgado por cada Parte aos investimentos realizados em seu território por investidores de um terceiro país.”¹⁵².

Em seguida, os árbitros lançaram mão de decisões da CIJ sobre o alcance da cláusula da nação mais favorecida em casos como o da Companhia Petrolera Anglo-Iraní, o caso

¹⁵² No original, “En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversiones de un tercer país.” (p. 15).

referente aos direitos dos nacionais norte-americanos em Marrocos e o caso *Ambatielos*. Esses casos confirmam o argumento da demandada de que os tratados celebrados com terceiro independentes do tratado básico são *res inter alios pacta*, o que significa que a aplicação da cláusula da nação mais favorecida está condicionada à semelhança das matérias tratadas nos acordos celebrados (§ 43-45, p. 17-18).

No que se refere à possibilidade de considerar que disposições sobre solução de controvérsias contidas em um tratado com terceiros estejam relacionadas com o tratamento justo e equitativo a que se aplica a cláusula da nação mais favorecida, o tribunal usou como referência a decisão da Comissão de Arbitragem no caso *Ambatielos*, que definiu o alcance da regra em termos muito amplos. Esta comissão entendeu que a proteção dos direitos das pessoas dedicadas ao comércio e à navegação mediante disposições sobre solução de controvérsias estava compreendida no tratamento geral dos comerciantes cobertos pela cláusula da nação mais favorecida, pelo que considerava aceitável a extensão da mesma para matérias relacionadas à administração da justiça. Em todo o caso, quando a cláusula da nação mais favorecida incluísse “todas as matérias relacionadas com o comércio e a navegação”, o problema deveria ser resolvido mediante o exame da intenção das partes, segundo uma interpretação razoável do tratado (§ 49, p. 19).

Diante desses precedentes, o tribunal considerou haver razões suficientes para concluir que atualmente os acordos sobre solução de controvérsias são estreitamente vinculados à proteção do investidor estrangeiro, como do comerciante, nos tratados de comércio. Prova disso é que os investidores e os seus Estados de origem consideram que os seus direitos são melhor protegidos recorrendo à arbitragem ao invés dos tribunais nacionais. Por este motivo, segundo o tribunal, se um tratado celebrado com um terceiro sobre a mesma matéria contiver disposições de solução de controvérsias que sejam mais vantajosas para a proteção do investidor que aquelas contidas no tratado básico, essas disposições podem ser estendidas ao beneficiário pela cláusula da nação mais favorecida. A aplicação da cláusula só encontra limites nas disposições consideradas de política pública do tratado, ou seja, naquelas determinações consideradas cruciais para a celebração do acordo por uma ou ambas as partes. Por conseguinte, a aplicação da cláusula da nação mais favorecida não pode deixar sem efeito essas disposições (§ 54-55, p. 21-22).

Como a cláusula da nação mais favorecida contida no ABI entre Espanha e Argentina se referia a “todas as matérias do acordo”, o tribunal resolveu adotar o critério sugerido pelo caso *Ambatielos* e examinar se a extensão da cláusula da nação mais favorecida era fruto da

intenção das partes quando da celebração do tratado ou poderia ser deduzido da prática posterior das partes.

Ao examinar as negociações que levaram à celebração do ABI, os árbitros constataram que os papéis se inverteram e enquanto a Argentina exigia o esgotamento dos recursos diretos, a Espanha defendia o acesso direto à arbitragem internacional. Além disso, o tribunal examinou alguns acordos de investimento que a Espanha celebrou com outros países, em sua maioria países em desenvolvimento, e constatou que a prática preferida da Espanha era permitir o acesso à arbitragem passados seis meses da tentativa de solução amigável (§ 57-58, p. 22-23).

Por tudo isso, o tribunal concluiu que a exigência de submissão aos tribunais nacionais não poderia ser considerada disposição de política pública do tratado e que a política jurídica adotada pela Espanha em relação aos seus investidores no estrangeiro e as disposições mais favoráveis contidas no acordo com o Chile permitiam ao Sr. Maffezini usufruir do benefício de acessar diretamente a arbitragem internacional sem estar obrigado a submeter a disputa previamente aos tribunais nacionais (§ 64, p. 26).

Após essas considerações o tribunal considerou-se competente para examinar a disputa, rejeitando as objeções da demandada.

A jurisdição do CIRDI também foi contestada em razão das partes envolvidas na controvérsia. A demandada questionou o direito do Sr. Maffezini recorrer ao tribunal em nome de uma empresa incorporada na Espanha e o caráter público da SODIGA, mas o exame pormenorizado dessas questões foge aos objetivos deste trabalho. Basta mencionar, que o tribunal enquadrou o Sr. Maffezini na categoria de investidores estabelecida pelo ABI, considerando que o mesmo recorria em nome próprio, e não na qualidade de representante da EAMSA (§ 65-70, p. 27-29). Quanto à natureza da SODIGA, os árbitros a examinaram não apenas em função da propriedade e do controle acionário, mas principalmente sob a perspectiva funcional, concluindo, ao final, ser esta sociedade uma entidade estatal que exercia funções governamentais. A classificação da SODIGA como entidade estatal tinha como consequência direta a possibilidade de atribuição dos seus atos à Espanha pelo Direito Internacional¹⁵³, o que fez com que a disputa pudesse ser configurada entre investidor e Estado e conseqüentemente se enquadrasse no âmbito de atuação do CIRDI.

¹⁵³ O projeto de artigos sobre Responsabilidade dos Estados, elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU em seu art. 7 dispõe que “The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions”.

4.4 Abordagens sobre o mérito

Na decisão sobre o mérito, o tribunal considerou o fato de a SODIGA, pouco antes do início do investimento do Sr. Maffezini, estar sofrendo um processo de transformação de uma entidade tipicamente estatal para uma sociedade mais voltada para o mercado. Nesse período de reestruturação a SODIGA exercia funções tipicamente estatais ao tempo em que praticava atividades de índole comercial. Por isso, os árbitros resolveram analisar todos os atos e omissões que deram origem à controvérsia, a fim de identificar a sua natureza e verificar a possibilidade da sua imputação ao Estado espanhol (§ 53-57, p. 19-21).

Ao final, o tribunal considerou que a SODIGA só seria responsável pela realização irregular da transferência do montante de trinta milhões de pesetas da conta pessoal do Sr. Maffezini para a EAMSA, restando comprovado que a transferência havia sido feita sem que o compromisso financeiro fosse formalizado num contrato e sem que o Conselho da EAMSA houvesse aprovado o empréstimo. O tribunal entendeu que o representante da SODIGA, ao autorizar o empréstimo, agiu em nome desta sociedade e que o ato praticado, apesar de se referir a um empréstimo, representava um aumento do investimento e decorria das funções públicas da SODIGA, nomeadamente a de promoção da industrialização da Galícia. Ao ser realizado sem o consentimento do titular dos recursos, a transferência financeira implicava uma violação das obrigações do Estado espanhol de proteção do investimento estrangeiro e garantia de tratamento justo e equitativo aos investidores alienígenas, ambas constantes do ABI entre Espanha e Argentina (§ 72-83, p. 26-29).

A condenação do Estado espanhol foi no valor ESP 57.641.265,28 (pesetas espanholas), em razão dos juros aplicados sobre o valor dos trinta milhões (§ 97, p. 33).

4.5 Observações sobre o consentimento

A importância deste caso para a questão da base consensual da jurisdição do CIRDI está na decisão dos tribunais de, através da aplicação da cláusula da nação mais favorecida em relação a aspectos processuais, combinar disposições contidas em dois tratados bilaterais de investimentos diferentes, a fim de determinar a sua competência.

Ao combinar a aplicação de dois tratados bilaterais de investimento dando preferência para aquele que estabelece o acesso direto à arbitragem internacional por considerar esta

disposição mais vantajosa ao investidor, o tribunal do CIRDI não estaria desconsiderando ainda mais a manifestação de vontade dos Estados receptores do investimento, na medida em que consideram inaplicáveis as condições impostas por eles ao acesso à arbitragem internacional?

O tribunal baseou-se na prática do Estado espanhol com outros países, mas nos acordos bilaterais analisados a Espanha figurava como Estado de origem dos investidores, cujos interesses são reconhecidamente opostos aos dos Estados receptores. O fundamento foi a obrigação de tratamento mais favorável que os Estados-partes dos acordos bilaterais de investimento têm para com os investidores estrangeiros.

Tendo em vista a prática jurídica do Estado espanhol de exigir condições mais favoráveis aos seus nacionais que investem no estrangeiro, a imposição de condições ao acesso à arbitragem internacional não foi considerada como sendo disposição de política pública do tratado, podendo ser derogada pela cláusula da nação mais favorecida.

Mas se a imposição dessas condições fosse considerada como parte integrante do consentimento expreso e por escrito de um Estado à submissão da arbitragem do CIRDI, exigida pelo art. 25 (1) da Convenção de Washington, poderia o tribunal deixar de considerá-la como disposição de política pública?

A fundamentação do tribunal é coerente com os princípios de interpretação dos tratados e com os entendimentos sobre a aplicação da cláusula da nação mais favorecida proferidos pela CIJ. O que chama a atenção são as conseqüências da sugestão de oferta unilateral do consentimento do Estado receptor feita pelos diretores do Banco Mundial nas notas explicativas da Convenção de Washington. Quando esta oferta é feita por meio de acordo bilateral de investimento, o consentimento do Estado encontra-se vinculado às demais disposições do tratado, cujo objetivo maior é a proteção dos interesses do investidor. Esta vinculação, portanto, pode desfigurar por completo o consentimento do Estado fornecido num determinado acordo bilateral, haja vista que basta que um Estado tenha firmado apenas um único tratado prevendo acesso direto à arbitragem internacional para que esse consentimento se aplique aos demais tratados de investimento assinados por tal Estado que contenham a cláusula da nação mais favorecida ou o dever de tratamento não menos favorável que o concedido a qualquer outro investidor.

A situação se agrava quando se constata que, na maioria das vezes, os países que precisam de capital externo para movimentar a sua economia e tentar promover alguma espécie de desenvolvimento não têm poder de barganha suficiente para determinar o teor das

disposições do acordo bilateral de investimento celebrado com os Estados de origem dos investidores.

Mais uma vez, está claro que os princípios utilizados pelos tribunais do CIRDI são voltados para a proteção do investidor, sem que isso necessariamente corresponda a uma proteção do Estado hospedeiro do investimento ou aos princípios gerais de Direito Internacional que estabelecem prerrogativas estatais decorrentes da soberania. Nesse sentido, diz-se que o sistema do CIRDI e a atuação dos seus tribunais têm contribuído para a criação e implementação de um verdadeiro regime jurídico internacional de proteção dos investimentos, embora não se tenha logrado êxito em despolitizar as disputas entre investidores e Estados.

Considerações finais

O objetivo deste capítulo era ressaltar a manifestação do consentimento do Estado à arbitragem internacional mista do CIRDI por meio de disposição sobre solução de controvérsias em acordos bilaterais de investimento, assim como a importância desses instrumentos para a regulação internacional do investimento estrangeiro e o aumento da atuação do CIRDI nas últimas décadas.

O incentivo dos ABIs à utilização do CIRDI está diretamente ligado à questão do consentimento dos Estados em se submeter ao sistema arbitral da Convenção de Washington de 1965 e a análise dos quatro casos serviu para demonstrar a tendência dos árbitros em justificar o exercício de suas atribuições pelas disposições constantes dos acordos bilaterais de investimentos.

A análise do primeiro caso revelou como o consentimento de um Estado à arbitragem do Centro pode ser manifestado através de uma previsão de solução arbitral em acordo bilateral de investimento mesmo que este não envolva, originariamente, o Estado de origem do investidor parte na controvérsia. Conforme salientado, o acordo bilateral foi celebrado entre Reino Unido e o Sri Lanka, sendo extensivo a Hong Kong, posteriormente, por troca de notas.

No segundo caso, percebeu-se que o consentimento dos Estados à arbitragem do CIRDI pode ser fundamentado em dispositivo de ABI mesmo que entre o Estado e o investidor, partes na controvérsia, haja um contrato com previsão de competência exclusiva dos tribunais nacionais do Estado hospedeiro para solução de controvérsias derivadas da relação contratual. Nesses casos, basta que o investidor fundamente a sua solicitação de

arbitragem em violação de dispositivo do ABI, e não do contrato, para que os tribunais do CIRDI se considerem competentes e reconheçam a manifestação do consentimento dos Estados pela previsão de solução arbitral constante no acordo bilateral.

No caso envolvendo o Banco tcheco e a Eslováquia, verificou-se que os árbitros do CIRDI reconhecem a manifestação do consentimento dos Estados em se submeter à arbitragem contida em acordo bilateral de investimento, mesmo que este acordo não tenha validade jurídica. Basta que alguma referência ao ABI seja feita em contrato celebrado entre o investidor e o Estado hospedeiro para que os seus dispositivos sejam considerados incorporados ao contrato e, portanto, aplicáveis às relações por ele regidas. Pouco importa se o ABI não está em vigor, a simples referência é considerada indício de acordo de vontade das partes em relação à aplicação dos dispositivos do acordo internacional à sua relação contratual.

Por fim, o caso envolvendo o investidor argentino e a Espanha demonstrou que o acesso direto à arbitragem do CIRDI é considerado uma vantagem ao investidor estrangeiro e, portanto, as disposições sobre solução arbitral dos acordos bilaterais de investimento podem estar sujeitas à aplicação da cláusula da nação mais favorecida. A consequência disso é que a referência à arbitragem do CIRDI num determinado acordo bilateral, entendida como consentimento de um Estado a este sistema arbitral, pode ser estendida a controvérsias envolvendo investidores que não estão acobertados por este acordo. Em outras palavras, o investidor privado pode, através da aplicação da cláusula da nação mais favorecida, fundamentar a sua solicitação de arbitragem perante o CIRDI, no consentimento que o Estado contra o qual litiga concedeu em relação a outros investidores. Nesses casos, fica claro a intenção de uniformizar o modo de consentimento dos Estados à jurisdição do CIRDI, tornando sem efeito o direito dos Estados de exigir o esgotamento dos seus recursos internos como condição do acesso à arbitragem internacional.

Diante disso, não há que se contestar a importância dos acordos bilaterais de investimento para a consolidação do CIRDI como foro internacional de resolução de controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros. A regulação desses investimentos por meio de acordos bilaterais supriu, de certo modo, a ausência de princípios gerais reconhecidos internacionalmente e de tratados multilaterais gerais sobre o tema. A incidência de cláusulas arbitrais contemplando o sistema do CIRDI nesses acordos é enorme, o que contribui para a constatação que os dois sistemas de proteção do investimento estrangeiro são interdependentes. Se de um lado, é importante que os acordos bilaterais contenham previsão de solução arbitral das controvérsias envolvendo os investimentos estrangeiros que se quer

promover e proteger, de outro, para o CIRDI é extremamente benéfico que existam instrumentos internacionais vinculativos que contenha manifestações unilaterais dos Estados em submeter-se ao seu sistema.

A manifestação unilateral do Estado no sentido de consentir em submeter-se ao CIRDI, contida em ABIs, apresenta uma maior segurança para o investidor do que as ofertas unilaterais contidas em legislações nacionais. Ao contrário destas, que podem ser alteradas a qualquer tempo e ao bel prazer do Estado legiferante, os acordos bilaterais de investimento são tratados internacionais com previsão temporal de vigência e que exigem para a alteração das suas disposições, um novo acordo entre as partes. Neste sentido, o sistema de oferta unilateral do consentimento reconhecido pelo CIRDI no caso “Pirâmides” é aperfeiçoado e ganha mais destaque na cena internacional. Não é por outra razão que a maioria esmagadora dos casos apresentados atualmente ao Centro tem, na previsão de solução arbitral em ABIs, o fundamento *rationae voluntatis* da sua jurisdição.

Conclusão

A arbitragem internacional mista realizada pelo Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI) ocupa papel preponderante na solução de controvérsias envolvendo investidores privados e Estados, nos dias atuais.

O presente trabalho foi dedicado à análise deste tipo especial de arbitragem internacional privada envolvendo o Estado, procurando enfatizar as condicionantes históricas, políticas e econômicas da sua criação e do seu funcionamento. Em outras palavras, a análise do CIRDI e das arbitragens realizadas sob o seu patrocínio não se limitou exclusivamente ao exame das peculiaridades referentes à técnica da arbitragem. Ao contrário, procurou-se identificar as determinantes políticas da técnica, uma vez que os dois sistemas estão interligados, carecendo de qualquer sentido uma análise que não leve em consideração esta interação e desconsidere a função política e ideológica da técnica apresentada sob a aparência de regras jurídicas técnicas, objetivas e neutras.

Assim que, na primeira parte da pesquisa, procurou-se traçar um panorama da situação da solução de controvérsias entre investidores privados e Estados até o surgimento do CIRDI, em 1965.

No primeiro capítulo pôde-se constatar que o paradigma reinante, no século XIX, em relação à competência jurisdicional para solução de controvérsias envolvendo investidores e Estados, era o da soberania plena e exclusiva dos Estados sobre as pessoas (físicas e jurídicas) residentes e coisas situadas em seu território.

O Direito Internacional formado nesta época, condicionado pelos interesses dos Estados exportadores de capital, criou ficções jurídicas como o instituto da proteção diplomática, que consistia num mecanismo de proteção indireta dos interesses dos indivíduos por meio do endosso de sua reclamação pelos seus Estados de origem. Além disso, princípios e regras de proteção aos bens e à pessoa dos estrangeiros foram criados e considerados costume internacional, a fim de proporcionar segurança aos particulares que investiam no exterior.

Constatou-se, também, que as intervenções econômicas protagonizadas pelos Estados de origem dos investidores ocasionaram uma tentativa, por parte de um grupo de Estados receptores, de impor regras precisas à regulação do investimento e à solução de controvérsias pelos tribunais nacionais, limitando a possibilidade de proteção diplomática e de utilização da força para resolver conflitos sobre investimentos. A doutrina Calvo, a cláusula Calvo e a

doutrina Porter revelaram que a regulação jurídica do investimento estrangeiro consistia numa luta de interesses pelo monopólio de dizer o direito em cada momento histórico.

A solução para o impasse entre a solução nacional ou estrangeira de controvérsias sobre os investimentos surgiu ainda no século XIX, com as arbitragens interestatais que, em verdade, tinham como objeto interesses de particulares. A arbitragem foi incentivada como um método alternativo eficaz para a solução de controvérsias porque parecia neutro e independente dos interesses de ambas as partes envolvidas na controvérsia. Entretanto, decisões conservadoras e parciais fizeram com que este mecanismo não fosse tão estimado por parte dos Estados hospedeiros.

Na última parte do primeiro capítulo, foram enfatizadas as modificações na situação do investimento estrangeiro na segunda metade do século XX. Ressaltou-se, também, as alterações realizadas na regulação internacional dos investimentos e o papel de organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas, na elaboração de resoluções que enunciavam novos princípios do Direito Internacional diretamente ligados à questão dos investimentos. O contexto e o conteúdo dessas resoluções revelaram mais uma vez as relações de poder subjacentes à toda regulação jurídica e a influência dos conflitos de interesses na elaboração de novos modelos de regras de conduta.

Na década de 1960 surgiu a idéia de criação de um centro arbitral internacional que representasse a garantia de solução neutra e imparcial das controvérsias envolvendo interesses tão díspares, como o dos Estados receptores do investimento e os investidores privados estrangeiros.

A análise pormenorizada da Convenção de Washington de 1965, que criou o CIRDI, foi realizada no segundo capítulo, salientando-se que a idéia surgiu no âmbito do Banco Mundial, instituição financeira internacional voltada, a partir da reconstrução da Europa destruída pela Segunda Guerra, para a ajuda financeira e promoção do desenvolvimento dos países pobres, ávidos por capital internacional produtivo.

O exame pormenorizado das principais características da Convenção levou em consideração o contexto do surgimento deste Centro e as discussões travadas no processo de elaboração do texto do tratado que o instituiu. Como consequência, constatou-se que os seus verdadeiros interesses, finalidades e objetivos eram fornecer um mecanismo neutro e imparcial de solução de controvérsias para, assim, incentivar o fluxo de investimentos para os países em desenvolvimento e fornecer segurança jurídica ao investidor privado estrangeiro.

Entretanto, o teor de algumas discussões travadas nas reuniões preparatórias e o texto final da Convenção juntamente com as notas explicativas elaboradas pelos diretores executivos do Banco Mundial ensejaram algumas dúvidas sobre a neutralidade e a imparcialidade do sistema do CIRDI. De um lado, a Convenção possui um caráter declaratório, deixando a maioria das decisões a cargo da manifestação voluntária das partes, o que contemplaria o respeito à soberania dos Estados. Do outro, verificou-se que a redação das disposições é demasiado ampla, a ponto de permitir interpretações extensivas, muitas vezes explicitamente rejeitadas pelos países em desenvolvimento nas reuniões preparatórias.

Além disso, restou claro que a base axiológica de todo o sistema estava na idéia de incentivo aos investimentos e na sua importância para o desenvolvimento dos países mais pobres. Implicitamente, isso significa o reconhecimento de que os mecanismos de tutela nacionais não são adequados para a solução de controvérsias envolvendo investimentos externos diretos, já que preceitos tradicionais do Direito Internacional, relacionados com a noção de denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos são flexibilizados em favor da escolha da solução arbitral.

O exame das características principais do Centro enfatizou os critérios limitativos da jurisdição, ou seja, do âmbito de aplicação da Convenção. Para além dos requisitos relacionados às pessoas e à matéria da controvérsia, para o mecanismo do CIRDI ser acionado é necessário que tanto o investidor quanto o Estado diretamente ligados ao caso manifestem o seu consentimento e acordem voluntariamente os termos da tramitação da arbitragem. À falta de acordo, algumas regras procedimentais são previstas, mas o grande fundamento da jurisdição do Centro está no consentimento das partes envolvidas.

Ao final do exame dos fundamentos teóricos da Convenção, constatou-se que o sistema por ela instituído apresenta como neutro e imparcial um mecanismo arbitral fundamentado em regras e procedimentos voltados para a proteção do investimento e para o incentivo da sua livre circulação. Estrategicamente, é concedido ao tratado um caráter declaratório e condizente com o princípio da soberania dos Estados, muito embora, implicitamente, o texto se encontre repleto de renúncias veladas e subversões de preceitos e regras de Direito Internacional, fundamentados no princípio da igualdade soberana dos Estados, tão caro aos países em desenvolvimento.

Como não poderia deixar de ser, a Convenção de Washington não apresenta uma exceção à regra e, portanto, não se encontra alheia às relações de poder e aos conflitos de interesses inerentes a todo processo de formação de regras jurídicas. O formato de tribunal da

arbitragem internacional mista contribui para corroborar a noção de espaço neutro, no qual o conflito direto de interesse das partes se converte em espaço de diálogo de árbitros e peritos desinteressados. A atuação dos julgadores, entretanto, está condicionada não só pelo simples teor das regras a serem aplicadas, mas principalmente pelas condicionantes pessoais que determinam a interpretação que cada um deles faz das regras jurídicas.

A segunda parte do trabalho foi dedicada à análise de alguns casos resolvidos pelos tribunais arbitrais constituídos no âmbito do sistema do CIRDI e ao posicionamento adotado pelos árbitros em relação à exigência do duplo consentimento dos Estados como condição necessária para a submissão de uma disputa à jurisdição deste Centro arbitral. Conforme dispõe a Convenção, além de ratificar o tratado, o Estado, para ser acionado no CIRDI, necessita consentir na utilização da arbitragem mista em cada caso concreto ou, antecipadamente, num rol de casos predeterminados.

No terceiro capítulo foram analisados dois casos apresentados ao Centro que estavam fundamentados numa suposta “oferta unilateral” de consentimento do Estado requerido em submeter as controvérsias derivadas diretamente de investimentos à arbitragem internacional do CIRDI. Esta oferta teria sido feita através de uma manifestação unilateral contida em legislação nacional sobre investimentos.

O primeiro caso envolveu o Egito e uma empresa incorporada em Hong Kong e, na sua análise, o tribunal arbitral considerou possível que referências ao CIRDI em legislações nacionais fossem consideradas como manifestação de vontade dos Estados em se submeter à jurisdição do Centro. Este entendimento foi fundamentado pela sugestão feita pelos diretores executivos do Banco Mundial, nas notas explicativas da Convenção, assim como na análise da legislação egípcia segundo os critérios de interpretação de tratados e as disposições de Direito Internacional sobre os atos unilaterais.

O exame pormenorizado do texto da Convenção e sua interpretação segundo as normas de interpretação de tratados da Convenção de Viena de 1969, não permitiram chegar às mesmas conclusões do tribunal. Nem as suas notas explicativas autorizariam a interpretação elástica do consentimento dos Estados, a ponto de permitir que referências genéricas ensejassem a submissão de um Estado a um tribunal arbitral internacional com todas as conseqüências que isso implica.

Ademais, a classificação da referência legal de caráter genérico como ato jurídico unilateral causador de conseqüências jurídicas no plano internacional foi de encontro não só à teoria geral das obrigações como a um princípio basilar dos atos jurídicos unilaterais: as

renúncias e restrições a direitos devem ser feitas de maneira inequívoca e interpretadas de maneira restritiva e cautelosa.

Por fim, ao examinar a legislação egípcia segundo o direito egípcio e a prática daquele Estado em suas relações com investidores estrangeiros, a conclusão a que se chegou foi forçosamente oposta à do tribunal.

Este caso assumiu extrema importância porque revelou uma tendência dos tribunais arbitrais do CIRDI de estender a sua competência, interpretando extensivamente o consentimento dos Estados. A partir dele, outros foram decididos no mesmo sentido, tomando-o como precedente e referência.

Assim aconteceu com o segundo caso analisado, envolvendo a Albânia e a empresa Tradex. Ao ser argüido sobre a sua competência em razão da falta de consentimento do Estado, o tribunal decidiu nos mesmos moldes do caso “Pirâmides”, fazendo referência a este julgado como exemplo de posição adotada pelos tribunais arbitrais do CIRDI.

Os casos analisados no terceiro capítulo revelaram, portanto, a tendência do Centro de interpretar o consentimento dos Estados à arbitragem privada internacional com particulares no sentido de reduzir ou negar as prerrogativas jurisdicionais dessas entidades soberanas, indo de encontro aos preceitos basilares do Direito Internacional. O agravante é que esta diminuição só se aplica aos países em desenvolvimento que ainda têm na soberania um escudo contra as intervenções econômicas estrangeiras e outras espécies de dominação.

Essas decisões revelam que, apesar da capa de neutralidade, a existência e as regras de funcionamento do CIRDI representam a consolidação, no plano regulatório internacional, do conjunto de interesses vencedor das disputas travadas no interior do campo jurídico, que representam as diferentes relações de força existente no próprio sistema social. A atuação dos árbitros do Centro é no sentido de ratificar esse conjunto de interesses normalizados, motivo pelo qual, mesmo aplicando os princípios de Direito Internacional aos casos julgados, não se faz referência ao princípio que garante a soberania dos Estados sobre as riquezas e recursos naturais nem a qualquer outro pleito dos países em desenvolvimento.

No quarto e último capítulo, foram analisados quatro casos, envolvendo a manifestação do consentimento do Estado à arbitragem internacional mista do CIRDI por meio de disposição sobre solução de controvérsias em acordos bilaterais de investimento. Após abordar de maneira inicial a importância desses instrumentos para a regulação internacional do investimento estrangeiro, foi dada ênfase à influência dos ABIs no aumento da atuação do CIRDI nas últimas décadas.

Constatou-se que os ABIs funcionam como acordo geral que abriga todos os investimentos realizados entre os Estados contratantes, servindo como um instrumento de proteção generalizada de todo e qualquer investidor oriundo de um desses Estados.

É considerado cláusula padrão desses acordos, dispositivo referente à solução arbitral de controvérsias surgidas de investimentos realizados sob a sua égide. Em alguns casos, a referência ao sistema do CIRDI é clara e taxativa no sentido de compelir o Estado contratante à utilização deste mecanismo caso o investidor opte pela sua utilização. Em outros, a redação da cláusula é mais vaga, deixando a cargo da interpretação dos tribunais arbitrais o alcance da manifestação.

A análise dos quatro casos serviu para demonstrar que, na linha dos casos anteriormente analisados, a tendência dos árbitros do Centro é no sentido de justificar o exercício de suas atribuições pelas disposições constantes dos acordos bilaterais de investimentos.

O primeiro caso serviu de exemplo para demonstrar que o consentimento de um Estado à arbitragem do Centro pode ser fundamentado em previsão contida em acordo bilateral não celebrado por ele, mas que o vincula indiretamente por meio de troca de notas.

No segundo caso, os tribunais do CIRDI entenderam que um contrato específico entre o investidor e o Estado hospedeiro contendo eleição de foro competente para solucionar controvérsias não impede que este Estado seja acionado pelo investidor no Centro, caso a pretensão esteja fundamentada na violação de acordo bilateral de investimento existente, e não do contrato específico. O contrato celebrado diretamente entre as partes envolvidas na controvérsia, portanto, não derroga as disposições do acordo bilateral celebrado entre Estados e permanece sempre como uma alternativa ao investidor estrangeiro, à submissão aos tribunais nacionais do Estado no qual investe.

De outro lado, o terceiro caso analisado revelou que as disposições de ABI sem validade jurídica também podem fundamentar a submissão de um Estado à jurisdição do Centro, desde que qualquer referência ao acordo, por mais genérica que seja, seja feita em contrato celebrado entre as partes envolvidas numa controvérsia, ou seja, o investidor e o Estado hospedeiro.

Por fim, no caso entre a Espanha e o argentino Maffezini, o tribunal arbitral considerou o acesso direto à arbitragem do CIRDI como uma vantagem ao investidor estrangeiro e, portanto, sujeita à aplicação da cláusula da nação mais favorecida, caso a mesma seja prevista nos acordos bilaterais de investimento. Com isso, o investidor privado pode, através da aplicação da cláusula da nação mais favorecida, fundamentar a sua

solicitação de arbitragem perante o CIRDI no consentimento que o Estado contra o qual litiga concedeu em relação a investidores de terceiros Estados.

Diante desses casos, constatou-se que os ABIs são de extrema importância para a atuação e a consolidação do sistema arbitral do CIRDI e a sua utilização como fundamento de submissão de um Estado ao Centro só vem a corroborar com o entendimento de que a arbitragem mista da Convenção de Washington funciona, assim como os acordos bilaterais de investimento, como um mecanismo de promoção e proteção dos interesses dos investidores estrangeiros, carecendo de características de neutralidade e imparcialidade.

A arbitragem internacional de modo geral, interessa às necessidades do “livre” comércio e do “livre” capital, que, ao contrário de serem uma consequência “natural” do desenvolvimento do capitalismo, representam a imposição de um conjunto de interesses e de ideologias e, portanto, não têm nada de neutro e imparcial. Prova disso é que a atuação do CIRDI passou a ser relevante no momento em que os Estados receptores deixaram de resistir e aderiram aos ditames da globalização liberalizante e aos seus sistemas de regulação.

Conclui-se, então, que o sistema inaugurado pelo CIRDI serve aos interesses do capital internacional e implica a alteração de alguns preceitos de Direito Internacional clássicos assim como a rejeição de alguns princípios do Direito Internacional do desenvolvimento, que lhe são desfavoráveis. No cerne de todos esses preceitos e regras está o direito de jurisdição plena dos Estados sobre o seu território, corolário do princípio da soberania.

Segundo o sistema do CIRDI, os Estados perdem, de certo modo, o controle sobre a manifestação da sua própria vontade de renunciar às suas prerrogativas funcionais, correndo o risco de serem submetidos a instâncias jurisdicionais internacionais para resolver conflitos que, em princípio, estariam submetidos à sua esfera de competência jurisdicional.

Isto revela a tendência internacional atual de minimização do papel do Estado nas relações internacionais e majoração da atuação de empresas transnacionais que detêm o poder econômico e político. Entretanto, não são todos os Estados que têm o seu papel minimizado na cena internacional, mas sim os Estados menos desenvolvidos ou do “terceiro mundo”. Por esta razão, o reconhecimento e o respeito da soberania estatal continua sendo uma grande bandeira de luta desses países. Não se pode esquecer, portanto, que a diminuição do papel de alguns Estados não significa necessariamente o avanço almejado com o reconhecimento da personalidade jurídica internacional dos particulares (pessoas físicas e jurídicas), mas sim a consolidação de determinados interesses econômicos em detrimento de outros tantos interesses mais humanos, situados na condição de vencidos.

Referências

Livros

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, C.E. do Nascimento E. *Manual de Direito Internacional Público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Globalização e Estado contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

ATTAC. *Que faire du FMI et de la Banque Mondiale?* Les petits libres. Paris: Éditions Mille et Une Nuits, n. 42, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Cláusula compromissória e compromisso*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1999.

BARTELSON, Jeans. *A genealogy of sovereignty*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BASSO, Maristela. *Joint Venture: manual prático das associações empresariais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BOFF, Leonardo. *Fundamentalismo, globalização e o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

BORLOW, Maude; CLARKE, Tony. *Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta*. São Paulo: M. Books do Brasil Ltd., 2003.

BRIERLY, James L. *Direito Internacional*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.

CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem global*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

DEL VECCHIO, Angela. *Giurisdizione internazionale tra globalizzazione e frammentazione*. Milano: A. Giuffrè, 2003.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick. PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: [Calouste Gulbenkian](#), 2003.

DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios*. Petrópolis: Vozes, 1996.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno, nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Librairie Dalloz, 1965.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

HELLER, Hermann. *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México: Fundación Escuela Nacional de Jurisprudencia, A.C., 1995.

HIRST, Paul; GRAHAME, Thompson. *Globalização em questão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martins Claret, 2004.

HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de Direito Internacional*. 1. ed. São Paulo: Aquarela, 1989.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JO, Hee Moon. *O investimento estrangeiro e o novo papel do Direito Internacional*. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991.

KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito Internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KRASNER, Stephen D. *Sovereignty*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2000.

LUPI, André Lipp Pinto Bastos. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Do Estado na arbitragem privada*. [S.l.]: Max Limonad, 1988.

MAURO, Maria Rosaria. *Gli Accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MERCADANTE, Araminta. *Contribuição ao estudo da arbitragem comercial internacional: convenção arbitral*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOISÉS, Claudia Perrone. *O código de conduta da ONU para as empresas multinacionais: instrumento jurídico de regulamentação das relações econômicas internacionais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991.

MOSHE, Hirsch. *The arbitration mechanism of the international center of the settlement of investment disputes*. Netherlands: Kluwer Academics Publishers, 1993.

OHMAE, Kenichi. *O fim do Estado nação*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

OLIVEIRA, Flávia Arlanch Martins (Org). *Globalização, Regionalismo e Nacionalismo*. São Paulo: Unesp, 1999.

PIMENTEL, Luis Otávio; REIS, Murilo Gouvêa (Org.). *Direito Comercial Internacional: arbitragem*. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

PUCCI, Adriana Noemi. *A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

RAMONET, Ignácio. *Geopolítica do caos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1991.

ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Paris: Editions Sirey, 1970, v. I.

_____. *Droit International Public*. Paris: Editions Sirey, 1974, v. II.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos, 1969.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SASSEN, Saskia. *Losing control? sovereignty in a age of globalization*. New York: Columbia University Press, 1995.

SCHREUER, Christoph H. *State immunity: some recent developments*. Cambridge: Grotius Publication Ltd., 1988.

SCHREUER, Christoph H. *The ICSID convention: a commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SCHWEBEL, Stephen M. *International arbitration: three salient problems*. Cambridge: Grotius Publication Ltd., 1987.

SENARCLENS, Pierre de. *Mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales*. Paris: Armand Colin, 1998.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

SMITH, David A.; SOLINGER, Dorothy J.; TOPIK, Steven C. *States and sovereignty in the global economy*. London: Rontledge, 1999.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984

_____. *Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 2 v.

STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2003.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Las Organizaciones Internacionales*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. 5. ed. Madrid: Aguilar, 1973.

Artigos em Revistas e Periódicos

ABBOTT, Alden F. Latin America and international arbitration convention: the quandary of non-ratification. *Harvard International Law Journal*, v. 17, p. 131-140, 1976.

BIGGS, Gonzalo. The Latin American treatment of international arbitration and foreign investments and the Chile-U.S. free trade agreement. *ICSID Review – FILJ*, v. 19, n. 1, p. 61-86, 2004.

BOIVIN, Richard. International arbitration with States: an overview of the risks. *Journal of International Arbitration*, v. 19, n. 4, p. 285-299, 2002.

BLIESENER, D. H. La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale. *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, v. LXVIII, p. 95-134, 1991.

BROCHES, Aron. The Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. *Recueil des Cours*, p. 331-410, 1973.

_____. Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of others States of 1965. Explanatory notes and survey of its application. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 18, p. 627-651, 1993.

_____. Denying ICSID's jurisdiction: the ICSID award in Vacuum Salt Products Limited. *Journal of International Arbitration*, v. 13, n. 3, p. 21-30, 1996.

BROWER, C. N.; GOODMAN, R. E. M. Provisional measures and the protection of ICSID jurisdictional exclusivity against municipal proceedings. *ICSID Review – FILJ*, v. 6, n. 2, p. 431-461, 1991.

BURDEAU, Genéviève. Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États. *Revue de l'arbitrage*, n.1, p. 3-37, 1995.

MANNING-CABROL, Denise. The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors. *Law & Policy in International Business*, v. 26, n. 4, p. 1169-1200, 1995.

CARREAU, Dominique. Le nouvel ordre économique international. *Journal du Droit International*. 104 Année, n. 7, p. 595-605, 1977

CAUBET, Christian Guy. Multinacionais, Ideologia e Poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n 45, p. 93-112, 1977.

_____. Liaisons dangereuses avec le monde des affaires. *Le Monde Diplomatique*, Paris, setembro, 2005. Disponível em: www.monde-diplomatique.fr (acesso em 30/01/2006).

CRAIG, W. L. The final chapter in the pyramids case: discounting an ICSID award for annulment risk. *ICSID Review - FILJ*, v. 8, n. 2, p. 264-293, 1993.

DELAUME, Georges R. The ICSID and the banker. *International Financial Law Review*, p. 9-13, 1983.

_____. Judicial decisions related to sovereign immunity and transnational arbitration. *ICSID Review - FILJ*, v.2, p. 403-423, 1987.

_____. Consent to ICSID arbitration. In: *The changing world of international law in the twenty-first century: a tribute to the late Kenneth R. Simmonds*. The Hague: ed. Joseph J. Norton, Mads Andenas, Mary Footer, 155-178, 1998.

_____. How to Draft an ICSID Arbitration Clause. *ICSID Review - FILJ*, v. 8, n. 1, p. 104-115, 1993.

_____. The pyramids stand: the pharaohs can rest in peace. *ICSID Review - FILJ*, v. 8, n. 2, p. 231-263, 1993.

EL-KOSHERI, A. S. ICSID arbitration and developing countries. *ICSID Review - FILJ*, v.11, n. 1, p. 104-115, 1993.

ELOMBI, G. ICSID awards and denial of host State law. *Journal of International Arbitration*, v. 11, n. 3, p. 61-68, 1994.

FATOUROS, A.A. Le role de la Banque Mondiale dans le Droit International. *Journal du Droit International*. 104 Année, n. 7, p. 559-594, 1977.

GAILLARD, Emmanuel. Centre International pour le reglement des differends relatifs aux investissements (CIRDI): chronique des sentences arbitrales. *Journal du Droit International*, n. 1, p. 217-247, 1994.

GARCÍA-BOLIVAR, Omar E. Foreign investment disputes under ICSID: a review of its decisions on jurisdiction. *The Journal of World Investment & Trade*, v. 5, n. 1, p. 187-214, 2004.

JUILLARD, Patrick. L'évolution des sources du Droit des Investissements. *Recueil des Cours*, vol. 250, p. 13-222, 1994.

_____. Freedom of establishment, Freedom of capital movements, and Freedom of investment. *ICSID Review – FILJ*, v. 15, n. 2, p. 322-416, 2000.

KARL, Joachim. On the way to multilateral investment rules – Some recent policy issues. *ICSID Review – FILJ*, v. 17, n. 12, p. 293-319, 2002.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros. In: CHEREM, Mônica Teresa ; SENA JÚNIOR, Roberto (Org.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento: uma perspectiva brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156-191.

LALIVE, Pierre. Some objection to jurisdiction in investor-State arbitration. *International Commercial Arbitration*, p. 376-391, 2003.

LAMM, Carolyn B. Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICSID Review – FILJ*, v. 6, n. 2, p. 462-483, 1991.

LAYTON, Robert. Changing attitudes toward dispute resolution in Latin America. *Journal of International Arbitration*, v. 10, n. 2, p. 123-141, 1993.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Fatores de limitação da jurisdição do Estado*. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos (Org.). *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. São Paulo: Mania de Livro Ltd., v. II, 1999, p. 65-82.

MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Mondialisation et souveraineté de l'Etat. *Journal du Droit International*, n. 3, p. 611-662, 1996.

MANN, F. A. The doctrine of jurisdiction in International Law. *Recueil des Cours*, v. 111, n. 1, p. 9-51, 1964.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. XXII, n. 1, p. 9-41, 1969.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. Centro de Solução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID). In: BARRAL, Welber (Org.). *Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, p.113-132, 2004.

NEHRING NETTO, Carlos; MARA FERREIRA, Tania; ZIVY, Isabel. Panorama de l'évolution des lois brésiliennes concernant les investissements étrangers. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1992, n. 7, p. 867-876, 2004.

PARRA, Antonio R. Provisions on the settlement of investment disputes in modern investment laws, bilateral investment treaties and multilateral instruments on investments. *ICSID Review – FILJ*, v. 12, n. 2, p. 322-343, 1997.

PAULSSON, Jan. Arbitration without privity. *ICSID Review – FILJ*, v. 10, n. 2, p. 232–257, 1995.

PERRY, Amanda. Effective legal systems and foreign direct investment: in search of the evidence. *International and Cooperative Law Quarterly*, v. 49, p. 779-799, 2000.

PETERS, Paul; SCHRIJVER, Nico. Latin America and international regulation of foreign investment: changing perceptions. *Working Paper Series n. 113*. The Hague, 1991, p. 1-25.

RAMBAUD, Patrick. L'Affaire «des Pyramides». *Annuaire Français de Droit International*, p. 508-520, 1985.

_____. Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger (sentence AAPL vs. Sri Lanka). *Annuaire Français de Droit International*, v. XXXVIII, p. 501-510, 1992.

_____. L'Affaire «des Pyramides»: suite et fin. *Annuaire Français de Droit International*, p. 567-576, 1993.

RAND, William; HORNICK, Robert N.; FRIEDLAND, Paul. ICSID's emerging jurisprudence: The scope of ICSID's jurisdiction. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 19, n. 1, p. 33-61, 1986.

RODLEY, Nigel S. Some aspects of the World Bank convention on the settlement of investment disputes. *The Canadian Yearbook of International Law*, v. IV, p. 43–56, 1966.

RUBINS, Noah D. Investment arbitration in Brazil. *The Journal of the World Investment*, v. 4, n. 6, p. 1071-1091, 2003.

SACERDOTI, Giorgio. Bilateral treaties and multilateral instruments on investments Protection. *Recueil des Cours*, p. 216-455, 1987.

SHIHATA, Ibrahim F. I. Towards a great depoliticization of investment disputes: the role of ICSID and MIGA. *ICSID Review - FILJ*, v. 1, n. 1, p. 1-25, 1986.

SOREL, Jean-Marc. Les Etats face aux marchés financiers. *Souveraineté Etatique et Marchés Internationaux à la fin du Vingtième Siècle*. Dijon, France: Université de Bourgogne – CNRS, Année 2000, v. 20, p. 507-543, 2000.

STERN, Brigitte. Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: que disent le travaux préparatoires? *Souveraineté Etatique et Marchés Internationaux à la fin du Vintième Siècle*. Dijon, France: Université de Bourgogne – CNRS, Année 2000, v. 20, p. 223-364, 2000.

TANAKA, Aurea Christine. A arbitragem do Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias relativa a Investimentos – CIRCI. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos (Org.). *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. São Paulo: Mania de Livro Ltd., 1998, p. 71-91.

TUPMAN, W. Michael. Cases studies in the jurisdiction of the International Centre of Investment Disputes. *The International and Corporative Law Quartely*, v. 35, p. 813-838, 1986.

WETTER, J. Gillis. Pleas of sovereign immunity and act of sovereignty before international arbitral tribunals. *Journal of International Arbitration*, v. 2, p. 7-20, 1985.

Documentos

CIRDI. *Convenção de Washington de 1965*. Disponível em: <http://www.worldbank.org/CIRDI/index.html> (acesso em 05/03/2005)

_____. *Regras de Iniciação e de Processamento da Arbitragem*. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/> (acesso em 05/03/2005)

_____. *Laudo arbitral. ARB/84/3*. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes\(ICSID\)](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes(ICSID)) (acesso em 14/11/2005).

_____. *Laudo arbitral ARB87/3*. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes\(ICSID\)](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/caselaw/awards/InstitutionalAwards/InternationalInstitutions/InternationalCentreforSettlementofInvestmentDisputes(ICSID)) (acesso em 14/11/2005).

_____. *Laudo arbitral ARB/94/2*. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases> (acesso em 14/10/2005).

_____. *Laudo arbitral ARB/97/3*. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases> (acesso em 14/10/2005).

_____. *Laudo arbitral ARB/97/4*. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases> (acesso em 14/10/2005).

_____. *Laudo arbitral ARB/97/7*. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases> (acesso em 14/10/2005).

_____. *Informe Anual 2003*. Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/2003_ICSID_ar_sp.pdf (acesso em 2/11/2005).

_____. *Informe Anual 2004*. Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/2004_icsid_ar_sp.pdf (acesso em 2/11/2005).

_____. *Informe Anual 2005*. Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/ICSID_AR05_SP.pdf (acesso em 2/11/2005).

CPA. *Estatuto da Corte Permanente de Arbitragem*. Disponível em: www.pca-cpa.org/PORTUGUESE/POBD-1907.pdf (14/03/2005)

EGITO. *Lei n. 280 de 1997*. Regula investimentos estrangeiros realizados no Egito. Disponível em: <http://www.egypt.govs.eg/english/laws/> (acesso em 11/11/2005)

FMI. *Manual de balança de pagamentos*. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf> (acesso em 05/01/2006)

MERCOSUL. *Protocolo de Colônia*. Disponível em: <http://200.40.51.219/msweb/principal/contenido.asp> (acesso em 05/01/2006)

MIGA. *Convenção de Seul de 1985*. Disponível em: <http://www.miga.org/sitelevel2/level2.cfm?id=1120#3> (acesso em 05/01/2006)

NAFTA. *Tratado Constitutivo da Área de Livre Comércio da América do Norte*. Disponível em: http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=161#A1139 (acesso em 05/01/2006)

OCDE. *Código de Liberalização de Movimento de Capitais*. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/10/62/4844455.pdf> (acesso em 05/01/2006)

ONU. *Projeto de Consolidação sobre Responsabilidade Internacional por Atos Ilícitos*. Comissão de Direito Internacional. Disponível em: <http://untreaty.un.org/> (acesso em 22/11/2005)

_____. *Resoluções da Assembleia Geral da ONU*: n. 626; n. 1803; n. 3201; n. 3202-A; n. 3281. Disponível em: <http://untreaty.un.org/> (acesso em 14/03/2005)

UNCITRAL. *Convenção de Nova York de 1958*. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf (acesso em 5/11/2005).

_____. *Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional de 1985*. Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-e.pdf> (acesso em 5/11/2005)

UNCTAD. *Trends in International Investment Agreements: an overview*. UNCTAD/ITE/IIT/13. New York and Geneva, 1999.

_____. *World Investment Report 2005*. Disponível em: <http://www.unctad.org/> (acesso em 30/09/2005)