

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO – PPGD

ANA PAULA OLINTO YURGEL

**ARBITRAGEM COMERCIAL COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS ENTRE INVESTIDOR ESTRANGEIRO E O ESTADO
BRASILEIRO:**

Um Comparativo com a Arbitragem de Investimento ICSID

Porto Alegre

2015

ANA PAULA OLINTO YURGEL

**ARBITRAGEM COMERCIAL COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS ENTRE INVESTIDOR ESTRANGEIRO E O ESTADO
BRASILEIRO:
Um Comparativo com a Arbitragem de Investimento ICSID**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Costa Morosini

Porto Alegre

2015

Ana Paula Olinto Yurgel

**ARBITRAGEM COMERCIAL COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS ENTRE INVESTIDOR ESTRANGEIRO E O ESTADO
BRASILEIRO:
Um Comparativo com a Arbitragem de Investimento ICSID**

Aprovada em 7 de julho de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fábio Costa Morosini (PPGD / UFRGS)
Orientador – Presidente da Mesa

Prof. Dr. Guilherme Pederneiras Jaeger (PUC-RS)

Prof. Dr. Fabiano Menke (UFRGS)

Luis Renato Ferreira da Silva (PPGD / UFRGS)

“Disciplining yourself to do what you know is right and of importance, although difficult, is the highroad to pride, self-esteem, and personal satisfaction”.

Margaret Thatcher

À Maria Teresa Anselmo Olinto, minha mãe, amiga e professora.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, especialmente, aos meus pais e ao meu namorado Ricardo Schaffer, que com amor me ajudou a superar os momentos mais difíceis.

Agradeço a família e os amigos que souberam entender a minha ausência.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Fábio Costa Morosini por me apresentar a arbitragem de investimento, pelos ensinamentos e pela amizade.

Agradeço aos professores Dr. Luciano Benetti Timm e Dr. Luis Renato da Silva, Dr. Guilherme Jeager e Dr. Fabiano Menke, pelos comentários construtivos que serviram para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Agradeço aos amigos Michelle Sopper e Fabiano Kouff pelas sugestões ao texto e ao Bruno Guandaline e a Manoela Ardenghi pela bibliografia internacional repassada.

Agradeço o importante apoio dos colegas do Carvalho, Marchado, Timm e Luz Advogados, especialmente do Dr. Cristiano Carvalho.

Por fim, agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS e os professores a este vinculados pelo grande aprendizado obtido.

RESUMO

YURGEL, Ana Paula Olinto. **Arbitragem comercial como forma de resolução de controvérsias entre investidor estrangeiro e o Brasil como estado hospedeiro: um comparativo com a arbitragem de investimento ICSID.** 2015. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Porto Alegre, 2015.

O presente trabalho tem como objeto a comparação entre a arbitragem comercial brasileira envolvendo a administração pública e a arbitragem de investimento no âmbito do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID, sigla em inglês) - fórum mundialmente mais utilizado para resolver controvérsias entre investidor estrangeiro e Estado hospedeiro. Para cumprir este objetivo contextualiza-se o investimento estrangeiro no cenário global e como ele vem sendo tratado pela legislação brasileira, verifica-se a forma de operacionalização das arbitragens no âmbito do ICSID. Ainda, discute-se a arbitrabilidade, o direito aplicável e a forma de execução de sentenças pela referida Instituição, tanto de forma teórica como por meio de análise de casos. Foram selecionados casos paradigmas decididos no ICSID. Apresenta-se a legislação brasileira, no que tange a arbitragem envolvendo a administração pública e comparam-se as seguintes características com as da arbitragem ICSID: arbitrabilidade, direito aplicável; consentimento; procedimento arbitral, execução de sentença. Com a análise resultante deste estudo, revela-se que em termos de procedimento, consentimento e execução de sentença não há relevantes diferenças entre ambas as arbitragens. As características com as maiores diferenças de aplicação em ambos os sistemas são o direito aplicável e a arbitrabilidade. E, demonstrou-se que o sistema ICSID e os tratados ou acordos internacionais oferecem maior proteção ao investidor estrangeiro, enquanto a arbitragem com a administração pública brasileira, oferece mais instrumento de proteção ao Estado, como obrigatoriedade de utilização da lei local.

Palavras-chave: Arbitragem de investimento. Investimento Estrangeiro. ICSID. Arbitragem. Administração Pública – Brasil.

ABSTRACT

YURGEL, Ana Paula Olinto. **Arbitragem comercial como forma de resolução de controvérsias entre investidor estrangeiro e o Brasil como estado hospedeiro: um comparativo com a arbitragem de investimento ICSID.** 2015. 121 f. Dissertation (Master's in Law) – School of Law, Post Graduate Studies, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Porto Alegre, 2015.

The object of this study is the comparison between the Brazilian commercial arbitration involving the public administration and the investment arbitration under the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), which is the most utilized forum to resolve disputes among foreign investor and the host State. In order to fulfill this objective the foreign investment is placed in context within the global scenario and how it has been treated in Brazilian legal framework, identifying the arbitration operationalization under the ICSID. Also is discussed the arbitrability, the applicable law and the form of award enforcement by the said institution, both theoretically and through case laws. Model cases decided by the ICSID were selected. Brazilian legislation regarding arbitration involving the public administration is presented. and following features was compared with the ICSID arbitration characteristics: arbitrability, applicable law; consent; arbitral proceeding, award enforcement. The resulting analysis of this study reveal that there are no relevant differences in terms of proceeding, consent and award enforcement between both arbitrations models. The features that presented larger application differences on both systems are the applicable law and arbitrability. Moreover, ICSID system and the international treaties or agreements offer higher protection to the foreign investor, the arbitration with the Brazilian public administration, can be more protective to the state, especially because of the use os local laws.

Keywords: Investment arbitration. Foreign Investment. ICSID. Arbitration. Public Administration – Brazil.

LISTA DE SIGLAS

AGU	Advocacia Geral da União
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
APPRIS	Acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos
BIRD	Banco Interamericano de Desenvolvimento
BITs	Bilateral Investment Treaties / Tratados Bilaterais de Investimento
Cbar	Comitê Brasileiro de Arbitragem
CCI	Câmara Internacional de Comércio
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CW	Convenção de Washington
FET	Padrão Justo e Equitativo (<i>Fair and Equitable Treatment</i>)
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IDESP	Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo
IED	Investimento Estrangeiro Direto
IMS	Padrão mínimo internacional (<i>Internacional Minimum Standard</i>)
LAB	Lei de Arbitragem Brasileira
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MFN	Cláusula da Nação Mais Favorecida (<i>Most Favoured Nation</i>)
NAFTA	Tratado Norte-Americano de Livre Comércio
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
PPP	Parcerias Público-Privada
SEC	Sentença Estrangeira Constestada

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TBI	Tratados Bilaterais de Investimento
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NA SEARA INTERNACIONAL E NO BRASIL	17
1.1 O REGIME INTERNACIONAL DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIREITO (IED)	17
1.1.1 Conceito e Histórico de Investimento Estrangeiro Direto	18
1.1.2 Padrão Internacional de Proteção ao Investimento Estrangeiro Direto	25
1.1.2.1 Padrão Justo e Equitativo (Fair and Equitable Treatment - FET)	27
1.1.2.2 Tratamento Nacional	28
1.1.2.3 Cláusula da Nação Mais Favorecida – Most Favoured Nation (MFN)	28
1.1.2.4 Repatriação de Lucros	29
1.1.2.5 Cláusula de Resolução de Controvérsias.....	30
1.2 A REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL	31
1.2.1 Contratos com Organismos da Administração Pública	36
2 INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO ATRAVÉS DO ICSID	40
2.1 RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DE IED	40
2.2 ARBITRAGEM NO SISTEMA ICSID	43
2.2.1 Características e Regras de Arbitragem:	47
2.2.1.1 Estrutura e Secretaria.....	48
2.2.1.2 Procedimentos	49
2.2.1.3 Jurisdição:	50
2.2.1.4 Consentimento	52
2.2.1.5 Direito Aplicável.....	54
2.2.1.6 Execução e Anulação de Sentença.....	56
2.2.1.7 Confidencialidade	59
2.2.2 Mecanismo Adicional do ICSID	61
2.2.3 Críticas ao Sistema ICSID	62
2.2.4 Análise de Casos ICSID	64
2.2.4.1 Jurisdição	64
2.2.4.2 Direito Aplicável.....	69
2.2.4.3 Execução.....	72
3 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO – ICSID E ARBITRAGEM COMERCIAL COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	73
3.1 A ARBITRAGEM COMERCIAL COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	73
3.1.1 A Arbitragem Comercial no Brasil	74
3.1.2 A Arbitragem com a Administração Pública no Brasil	76

3.2 COMPARAÇÕES ENTRE ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO - ICSID E ARBITRAGEM COMERCIAL COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA...	86
3.2.1 Arbitrabilidade	87
3.2.2 Direito Aplicável	94
3.2.3 Consentimento	96
3.2.4 Procedimento Arbitral	98
3.2.5 Execução de Sentença Arbitral	103
CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

Esta dissertação propõe o estudo acerca da arbitragem comercial como forma de resolução de controvérsias entre o investidor estrangeiro e o Brasil como o Estado hospedeiro. Para tanto, optou-se por comparar a arbitragem de investimento no âmbito do *International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*¹ - atualmente, o foro mais utilizado² para dirimir controvérsias entre investidor estrangeiro e Estado hospedeiro do investimento - com a arbitragem comercial no Brasil regida pela Lei nº 9.307/1997, nos casos que envolvem a administração pública nacional e investidor estrangeiro.

Este estudo tem relevância, pois um dos meios pelos quais o Estado promove a proteção ao investidor de outro país que pretende nele investir se dá por meio da imparcialidade de solução de controvérsias, com regras claras e de fácil acesso, como a arbitragem - ferramenta conhecida e utilizada internacionalmente por investidores. Ademais, a arbitragem de investimento se revela como um tema pouco difundido no Brasil e que deve ser estudado com maior profundidade³, visto que, além de o país ser um dos maiores receptores de Investimento Estrangeiro Direto (IED) do mundo, citado no Relatório das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), *World Investment Report 2014*⁴, é o quinto país que mais recebe investimentos estrangeiros diretos⁵. Outrossim, a cada ano aumenta o capital

¹ Definiu-se pela nomenclatura em inglês, por ser reconhecida desta forma, internacionalmente e como o Brasil não ter aderido a Convenção de Whashington não há uma tradução oficial para *International Centre for Settlement of Investments Disputes (ICSID)*.

² Conforme o Relatório da UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) – “*Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*”, que analisa disputas de investimentos estrangeiros internacionalmente desde a década de 1980 até 2012, verifica-se que, nos últimos quarenta anos, 80% das resoluções de conflitos ocorreram no âmbito do ICSID. RECENT Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS). *International Investment Agreements: issues note*, New York, n. 1, Apr. 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

³ O Comitê Brasileiro de Arbitragem (Cbar) - associação sem fins lucrativos cuja principal finalidade é o estudo acadêmico da arbitragem e dos métodos não judiciais de solução de controvérsias desde 2010 - possui um grupo que tem por objetivo incentivar o estudo e o debate deste assunto no Brasil, no entanto, o tema permanece pouco difundido. Isso pode ser mensurado pelo número de estudos academicos sobre o tema: o Cbar conta com um banco de dissertações e de teses, que atualmente contabiliza 104 trabalhos, sendo apenas oito sobre arbitragem de investimento.

⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *World Investment Report 2014: investing in the SDGs: an action plan*. Geneva, 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁵ É válido comentar que houve uma queda de 4% no recebimento de investimentos no país, de 2012 para 2013, mesmo tendo ocorrido um aumento de 18%, em 2013, nos investimentos estrangeiros diretos para a América Latina e Caribe. GLOBAL INVESTMENT TRENDS MONITOR. Geneva:

brasileiro no exterior: em 2013, eram US\$ 391,6 bilhões de dólares de investidores brasileiros no exterior - 10% a mais do que em 2012, segundo informou o Banco Central⁶. Resta clara, portanto, a necessidade de estudos sobre a forma de resolução de controvérsias entre investidores e Estados receptores. Cumpre mencionar que, no ambiente internacional, a forma para a resolução de controvérsias de investimento mais empregada nos últimos quarenta anos foi a arbitragem de investimento via *ICSID*. Dentre os motivos para tamanha utilização, aponta-se que este Centro - pessoa jurídica de direito internacional - representa um foro permanente de arbitragem cuja competência principal é dirimir conflitos de investimentos entre empresas nacionais de país signatário da Convenção de Washington (CW)⁷ de 1965, com o Estado hospedeiro, também signatário da Convenção.

O Brasil, até o momento, tem por opção não ingressar em nenhum sistema internacional de proteção ao investimento estrangeiro, não aderindo à CW e também não ratificando os quatorze Tratados Bilaterais de Investimentos que assinou. Tal posição representa um desafio às empresas do exterior que investem no país diretamente ou por meio de parcerias, pois devem lidar e atentar para a legislação interna e, se não acordado de forma diversa, devem resolver qualquer controvérsia no judiciário nacional. Contudo é válido referir que em 2015, não tanto com o interesse de atrair investimentos para o Brasil e, sim, com o interesse de proteger o capital brasileiro no exterior, o Brasil assinou quatro Acordos de Cooperação de Facilitação de Investimentos (ACFI), com os países de Moçambique, Angola, México e Malauí⁸.

Ademais, ocorre que o setor privado percebe o judiciário brasileiro como uma instituição com alguns problemas sérios. Dentre os quais, a falta de agilidade⁹ em pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo

UNCTAD, n.15, jan. 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2014d1_en.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2014.

⁶ BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). *Capitais brasileiros no exterior*. [Brasília, DF, 2014]. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/rex/cbe/port/ResultadoCBE2013.asp?idpai=CBE>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

⁷ A CW, que entrou em vigor em 1966, conta hoje com aproximadamente 170 países signatários. Sua grande inovação foi a criação do ICSID, o que permitiu pela primeira vez que um investidor estrangeiro privado fosse parte em arbitragens de investimento contra um Estado, já que antes da Convenção, para que uma empresa ou investidor internacional tivesse seu interesse tutelado, necessitava solicitar proteção diplomática de seu Estado de origem ou recorrer ao Poder Judiciário local.

⁸ Esses acordos tem um modelo diverso dos regulares tratados bilaterais de investimento. No que tange a resolução de controvérsias, ponto focal deste trabalho, haverá um ombudsman, facilitador, que buscará promover o diálogo e uma forma de consenso. Ademais, nenhum desses acordos se refere diretamente a arbitragem de investimento.

⁹ PINHEIRO, Armando C. Magistrado, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Ed.). *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2005.

(IDESP), apresentada por Pinheiro¹⁰, constatou-se que 91% dos empresários avaliaram o judiciário do País como ruim ou péssimo, no que concerne à agilidade. No caso do Brasil e de outros países em desenvolvimento, deve-se levar em consideração a corrupção que pode existir no próprio Judiciário, assim como as pressões sociais, já que, via de regra, os casos que envolvem investimentos estrangeiros são de grande monta e repercussão na opinião pública.

Entretanto, o Brasil abarca um marco legal forte na Lei nº 9.307/1996, pela qual se regulamentou a arbitragem comercial e se autorizou as pessoas capazes de contratar a se valerem desse instrumento para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis¹¹. A utilização da arbitragem comercial no Brasil hoje está sólida, com decisões dos tribunais superiores que respeitam o Instituto. Uma questão que, por vezes, gera controvérsias, visa saber se a administração pública brasileira pode ser parte de arbitragens. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) expressa decisões favoráveis - que se contemplam ao longo deste trabalho - e o Brasil já conta com leis que validam a aplicação dessa forma de resolução de controvérsia, tendo o Estado como parte na Lei das Parcerias Públicas e Privadas (PPPs) e na Lei das Concessões.

Neste contexto, se torna importante apontar características da ferramenta existente no Brasil - a arbitragem comercial - e verificar se esta promove instrumentos e procedimentos suficientes para que o investidor resolva seus conflitos com a administração pública, de forma similar a uma arbitragem de investimento na esfera internacional. Portanto, este trabalho busca responder à seguinte pergunta de pesquisa: a arbitragem comercial regida pela legislação brasileira seria uma alternativa à arbitragem *ICSID* entre investidor-Estado, nas relações entre investidor estrangeiro e administração pública brasileira? Trabalha-se com a hipótese de que é um mecanismo alternativo devido a semelhança de diversas de suas características.

As análises propostas neste trabalho pretendem oferecer ao leitor e ao investidor estrangeiro, por meio de um comparativo direto dos sistemas de arbitragem utilizados hoje no Brasil e no âmbito internacional, demonstrando com clareza quais as características que se assemelham e quais as diferenças averiguadas entre ambos.

¹⁰ PINHEIRO, Armando C. *Direito, Economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

O método de pesquisa adotado neste trabalho fundamentalmente se concentra na pesquisa bibliográfica e de jurisprudências, tanto de tribunais nacionais, como do *ICSID*. Além disso, foram aplicados os métodos comparativo e histórico¹², analisando-se brevemente o cenário mundial e a posição em que se localiza o Brasil, por meio de pesquisa teórica com ampla revisão bibliográfica de doutrina, de revistas especializadas, de monografias, de teses, de dissertações e de consultas a sítios de internet com publicações autorizadas.

Como o estudo aqui proposto não visa demonstrar todos meios que o Brasil oferece para a proteção ao investimento estrangeiro, nem analisar a resolução de controvérsias entre investidor estrangeiro e empresa privada no Brasil, ou ainda, discutir aprofundadamente se a arbitragem pode ser utilizada pela administração pública, foram estabelecidas as seguintes premissas: (i) a arbitragem é a forma mais utilizada para a resolução de controvérsias de investimentos estrangeiros no mundo; (ii) o conceito de investidor estrangeiro para este trabalho considera propriedade da empresa ou controle e administração da empresa por estrangeiros, seja pessoa física ou jurídica, para exercer atividade empresarial continuada e duradoura; (iii) quando se fala em contrato com a administração pública, se remete a qualquer relação jurídica com o Estado, seja com a administração direta ou indireta; e, (iv) a arbitragem com a administração pública é um mecanismo aceito no Brasil para a resolução de controvérsias¹³.

Sendo assim, o que se espera é poder comparar duas ferramentas de resolução de controvérsias: o *ICSID* e a arbitragem comercial com a administração pública, para que o investidor estrangeiro tenha maior segurança acerca dos pontos análogos e divergentes entre as duas formas de dirimir litígios. Além do mais, a arbitragem comercial envolvendo o investidor estrangeiro e a administração pública brasileira simboliza uma ferramenta que o Brasil pode ofertar ao investidor estrangeiro para resolver os litígios que envolvem investimentos no Brasil.

Para a comparação especificada, selecionaram-se os seguintes quesitos: (i) arbitrabilidade; (ii) direito aplicável; (iii) consentimento; (iv) procedimento; e (v) execução de decisões. A escolha se deu pelo fato de os elementos supracitados

¹² ZAMBAM, Neuro; BOFF, Salete Oro; LIPPSTEIN, Daniela. *Metodologia da pesquisa jurídica: orientações básicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

¹³ Especialmente, após a publicação da Lei nº 13.129/2015 que alterou a LBA determinando de forma expressa que a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

abarcarem características básicas que são analisadas e discutidas nos processos arbitrais e que, via regra, constam em regulamentos de câmaras de arbitragem e na legislação. A fim de melhor esclarecer os quesitos escolhidos e os motivos que impulsionaram tal comparação, apresenta-se o panorama internacional do regime de investimento estrangeiro, identificando os conceitos e um breve histórico das formas de proteção do IED. Aborda-se também o panorama do investimento estrangeiro no Brasil, o conceito de IED, o tratamento oferecido pela legislação constitucional e infraconstitucional e as diretrizes de contratos firmados com a administração pública. No intuito de assegurar subsídios e clareza à comparação - escopo deste trabalho - se detalha o funcionamento do *ICSID* e se analisa casos especificamente selecionados, por darem ênfase aos cinco quesitos de comparação a serem tratados neste estudo.

No último capítulo, apresenta-se a atual legislação do Brasil sobre arbitragem e se estabelece a comparação, entre arbitragem de investimento e arbitragem comercial, para finalmente comparar diretamente o sistema *ICSID* e a arbitragem comercial no Brasil, envolvendo os entes da administração pública e abordando os já elencados quesitos de referência: arbitrabilidade, direito aplicável, consentimento, procedimento e execução de decisões.

1 REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NA SEARA INTERNACIONAL E NO BRASIL

Neste capítulo, discute-se o panorama internacional do regime de investimento estrangeiro, tratando do conceito e delineando um breve histórico que envolve os tratados bilaterais de investimento. A segunda etapa trata do panorama do investimento estrangeiro no Brasil, do conceito de IED no país e da relação do país com os tratados e convenções internacionais sobre o tema.

1.1 O REGIME INTERNACIONAL DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIREITO (IED)

As relações econômicas internacionais são regidas por diversos institutos distintos, dentre eles, o direito internacional do investimento e o direito internacional comercial - ambos concernentes ao direito internacional econômico e que acabam sendo estudados em separado, porém com diversas intersecções.

O direito internacional de investimento se caracteriza pela garantia de proteção ao investidor estrangeiro com regras oferecidas pelo Estado hospedeiro, como o tratamento justo e equitativo, a não discriminação e a compensação, no caso de desapropriação. Já o direito comercial internacional se baseia em tratados multilaterais e alguns que envolvem a Organização Mundial do Comércio (OMC), com cláusulas que determinam a não discriminação entre produtos e serviços nacionais e internacionais¹⁴.

Molinuevo¹⁵ entende, entretanto, que os dois institutos jurídicos se sobrepõem e acabam regulando situações similares. Um exemplo de sobreposição seria o direito de investimento, que regula os tratados para investidores estrangeiros que realizam operações comerciais, com fim duradouro e de desenvolvimento, em outros países, o que se assemelha a um IED. Isto posto, com a finalidade de elucidar tais diferenças, a pesquisa passa a aprofundar o conceito de investimento estrangeiro direto.

¹⁴ WAGNER, Markus. Regulatory space in international investment law and international trade law. *Journal of International Law*, Philadelphia, v. 36, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2403959>>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁵ MOLINUEVO, Martín. Introduction. In: MOLINUEVO, Martín. *Protecting investment in services: investor-state arbitration versus WTO dispute settlement*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011. p. 3–8.

1.1.1 Conceito e Histórico de Investimento Estrangeiro Direto

Não há um único conceito de IED consolidado pela doutrina e pelos órgãos internacionais. Cabe então discutir tal conceituação por ter reflexo nas possíveis formas de resolução de controvérsia. Primeiramente, cumpre diferenciar o investimento direto e o indireto - chamado também de investimento em carteira. Para José Augusto Costa (2010)¹⁶, o investimento direto estrangeiro ocorre com a criação de uma empresa controlada pelo investidor estrangeiro, a qual obtém ganhos mediante o exercício de atividade contínua e duradora. Já no investimento indireto ou de carteira, o investidor de outra nacionalidade adquire uma parcela pouco significativa da empresa, sem nenhuma espécie de controle e com objetivo especulativo. Por exemplo, o investimento pode ser direto quando vinculado a uma atividade produtiva ou de serviços, como na hipótese em que o investidor adquire 55% das ações de uma companhia, e indireto, quando realiza aplicações financeiras ou quando o investidor compra apenas poucas ações de uma empresa brasileira, com intuito especulativo¹⁷.

Interessa salientar que o conceito de investimento estrangeiro vem sendo alterado ao longo das décadas, em paralelo com as alterações econômicas globais¹⁸. No início do século XIX, a transação de capital no cenário internacional se dava basicamente por meio de mútuos de investidores europeus para mutuários de outros Estados daquele continente. No final daquele século, mesmo com melhorias no transporte e na comunicação, o que facilitou os investimentos estrangeiros, a maioria continuava sendo de portfólio. O cenário foi se alterando apenas no passar do século XX, com uma nova ordem de IEDs, não apenas no setor primário, como na indústria, nos serviços e na propriedade intelectual¹⁹.

A definição de investimento pode seguir três amplos modelos: o primeiro, quando há uma gama de ativos e de bens patrimoniais que podem ser protegidos por lei ou por acordo internacional; já o segundo modelo prioriza a transação protegendo o capital ao

¹⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1, p. 33.

¹⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹⁸ XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. As (In) definições de investimentos estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

¹⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *International investment agreements: key issues*. New York, 2004. v. 1, p. 115-116. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

invés do patrimônio do investidor; por fim, o terceiro modelo ampara o investimento em termos de organização empresarial, através da empresa²⁰.

Cabe trazer à baila alguns dos conceitos sobre investimento estrangeiros diretos utilizados por organismos internacionais, tais como os oferecidos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do Fundo Monetário Internacional (FMI), constantes no glossário²¹ da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD).

A OCDE definiu investimento direto com o objetivo de estabelecer uma relação duradoura por parte da entidade residente em uma economia diversa daquela do investidor, e isso será representado se, pelo menos, o investidor tiver 10% do capital votante, o que, para a OCDE, demonstra influência no investimento.

IED é uma categoria de investimento com objetivos de uma relação duradoura por parte da entidade residente em uma economia e uma entidade residente em uma economia outra que aquela do investidor. Este interesse duradouro implica na existência de uma longa relação entre o investidor direto e a empresa e um significativo grau de influência na gestão dessa empresa. Investimento direto envolve as transações iniciais entre ambos e todas as transações de capital subseqüentes entre eles e entre as empresas filiadas, incorporadas e não incorporadas. O interesse duradouro é evidenciado pelo investidor ter pelo menos 10% do capital votante na empresa em que foi realizado o investimento direto [...]. (Tradução Nossa)²².

Um conceito similar também foi adotado pelo FMI, ao entender que deve haver interesse duradouro e influência do investidor estrangeiro, incluindo-se nesse conceito não somente a transação inicial estabelecida pelo relacionamento entre o investidor e a empresa, como também todas as transações subseqüentes entre eles e entre as empresas afiliadas, tanto as incorporadas, quanto as não incorporadas. O FMI referiu uma lista de componentes do investimento direto, quais sejam: *equivalência de*

²⁰ MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 52.

²¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Key terms and concepts in IIAs: a glossary*. New York, 2004. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteiit20042_en.pdf>. Acesso em: 01. out. 2014.

²² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Glossary of foreign direct investment terms and definitions*. Paris, [2015]. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/2487495.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

*capital, reinvestimento dos ganhos e o capital associado com diversas transações de débito intercompanhias*²³.

Já nos Tratados Internacionais Bilaterais (TBIs) ou Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPRIS), a diversidade dos conceitos, de acordo com Rubins²⁴, pode ser definida em três categorias: (i) tratados com listas ilustrativas, firmados antes de 1990, e que trazem uma definição restrita de possibilidade de investimentos relacionado ao capital determinando a atuação de uma empresa local; (ii) tratados com listas exaustivas, cujo maior exemplo é o Tratado de Livre Comércio (NAFTA), que inclui investimentos diretos e indiretos, parcerias, financiamentos e outros; (iii) tratados com listas híbridas, como o firmado entre Estados Unidos e Singapura, que conceitua investimento como todos os ativos de propriedade ou controlado, direta ou indiretamente, por um investidor, com as características de um investimento oferecendo uma lista exemplificativa²⁵.

Ressalta-se que não foram apenas os tratados internacionais e os órgãos internacionais que não definiram especificamente um conceito estrito de investimento estrangeiro. A Convenção de Washington de 1965, também chamada de Convenção *ICSID*, que estabeleceu o *International Centre for Settlement of Investments Disputes*²⁶, em seu artigo 25 (1), determinou que: a jurisdição será estendida para resolver qualquer controvérsia legal que envolva investimentos de um Estado contratante, ou órgão da administração pública deste Estado, com nacional de outro Estado contratante, desde que as partes tenham dado seu consentimento por escrito sobre a submissão de litígios envolvendo investimentos específicos ao Centro²⁷.

²³ INTERNATIONAL MONETARY FUND. Classification and standard components of the balance of payments. In: INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Balance of payments manual*. 5th ed. [Washington, DC, 1993]. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/sta/bop/BOPman.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁴ RUBINS, Noah D. Investment arbitration in Brazil. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Org.). *Arbitragem interna e internacional*. São Paulo: Renovar, 2003.

²⁵ RUBINS, Noah. The notion of investment in international investment arbitration. In: HORN, Norbert (Ed.). *Arbitrating foreign investment disputes: procedural and substantive legal aspects*. The Hague: Kluwer Law International, 2004.

²⁶ O sistema e a forma de funcionamento serão abordados no próximo capítulo.

²⁷ Redação parcial do art. 25 (1) da Convenção de Washington “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State [...]”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID Convention*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Pages/ICSID-Convention.aspx>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

Com isso, a CW não caracteriza ou conceitua IED. A não inclusão de um conceito foi proposital, porque o conceito poderia ser alterado ao longo da história e assim o *ICSID* não teria problemas entre o conceito por ele estipulado e pelas leis nacionais ou pelos acordos internacionais²⁸. Todavia, os documentos preparatórios da CW indicam que diversos Estados tentaram incorporar o conceito de investimento, o que, por confrontos políticos, não foi concretizado²⁹.

Sobre o conceito de investimento estrangeiro no âmbito do *ICSID*, por diversas vezes, se suscita a hipótese de que a disputa não seria sobre investimento estrangeiro, principalmente em casos que não há presença física do investidor no Estado hospedeiro, como nos casos que envolvem instrumentos financeiros ou empréstimos³⁰. Citam-se aqui dois casos que são emblemáticos: o primeiro deles, FEDEX x Venezuela - *Caso Nº ARB/96/3* de 1998, no qual o tribunal deveria definir se a questão se tratava de IED ou de uma simples transação comercial - já que, no caso, o investidor teria apenas adquirido notas promissórias³¹ emitadas pelo Governo da Venezuela - e para tanto, foram elencados cinco critérios que deveriam ser seguidos, para a definição de investimento: (i) comprometimento substancial; (ii) duração; (iii) risco; (iv) importância para o Estado hospedeiro; (v) geração de lucro³². Esse entendimento foi sedimentado em 2001.

No segundo caso, *Salini Costruttori S.P.A* e *Itastrade S.P.A* – empresas italianas contra o Reino de Marrocos³³, o tribunal arbitral proferiu uma decisão que utilizou os mesmos critérios - com exceção da geração de lucro - para conceituar IED e verificar a jurisdição do *ICSID*. Nesse caso, primeiramente, foi definido o *Ratione Personae* no caso específico, pois a empresa marroquina que assinou o contrato fazia parte da administração pública e, dessa forma, por haver o aceite à arbitragem no *TBI*, poderia se sujeitar a essa espécie de definição. Porém, o Estado de Marrocos questionou a

²⁸ PUCCI, Adriana. Arbitragem e investimentos estrangeiros no Brasil. In: BALBINO, Inez; LEMES, Selma Ferreira (Org.). *Arbitragem: temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier, 2012.

²⁹ XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. As (In)definições de investimentos estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

³⁰ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 171.

³¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 171.

³² DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 158.

³³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *SALINI COSTRUTTORI S.p.A. v. Kingdom of Morocco*. no.ARB/00/4, Decision on Jurisdiction of 23 July 2001. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2014.

existência de investimento estrangeiro nos termos do *TBI* e da *CW* - que seria o *Ratione Materiae* - e dentre os argumentos mencionados, estava a curta duração de trinta e seis meses. O Tribunal então considerou que, mesmo com a curta duração, existia risco para as empresas italianas que fizeram um trabalho no país de interesse público e transmitiram seu *know-how*, o que seria um investimento tanto nos termos do *TBI*, assinado entre Marrocos e Itália, como nos termos das disposições da *CW*.

Caso fosse atingido apenas o primeiro critério (*Ratione Personae*), a arbitragem poderia ocorrer pelas regras da Câmara Internacional de Comércio (CCI), UNCITRAL, ou qualquer outra câmara de arbitragem³⁴. Neste contexto, pode-se definir de forma ampla o investimento estrangeiro levando em conta as seguintes características:

- a) ocorrer em país de nacionalidade diversa do investidor;
- b) ser duradouro e não envolver apenas uma venda ou negócio;
- c) haver envolvimento financeiro do investidor de relevância, o que, conseqüentemente, gera expectativa de lucro;
- d) gerar um risco atrelado à atividade;
- e) contribuir ao desenvolvimento do Estado hospedeiro.

Ademais, em se tratando do conceito de IED, importa discutir o âmbito histórico, pois, em termos de regulação, a proteção ao investimento estrangeiro é algo recente. No início do século passado, nas controvérsias entre investidor estrangeiro e Estado hospedeiro, vigia a *Hull Rule*³⁵, que determinava a imediata, adequada e efetiva compensação, em caso de prejuízos ao investidor estrangeiro ou de expropriação de sua propriedade³⁶. Essa regra foi bem aplicada até meados do século passado, quando muitos países ainda denotavam características de colônias.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, quando as antigas colônias já evidenciavam maior independência econômica, voltaram a ocorrer diversas

³⁴ RUBINS, Noah. The notion of investment in international investment arbitration. In: HORN, Norbert (Ed.). *Arbitrating foreign investment disputes: procedural and substantive legal aspects*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. p. 283–324.

³⁵ A *Hull Rule* tem origem, resumidamente, em algumas expropriações realizadas pelo México na primeira metade do século passado, inclusive de cidadãos americanos. As tratativas para as compensações foram feitas pelo Secretário de Estado Norte-Americano Cordell Hull, e uma de suas notas determinava que nenhum Estado poderá expropriar, seja por qual motivo for, sem pronta efetiva e adequada compensação. GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, VA, v. 38, p. 639-688, 1998.

³⁶ GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, VA, v. 38, p. 639-688, 1998.

desapropriações, com os países subdesenvolvidos afirmando sua soberania e deixando de realizar a pronta compensação³⁷. De mais a mais, foi nesse período que a expressão *bens estrangeiros* - usualmente utilizada - foi substituída por *investimentos estrangeiros*³⁸, em uma mutação que permitiu que o direito abarcasse o movimento de capitais³⁹, com aumento significativo no fortalecimento das companhias transnacionais. Assim, os países exportadores de capital começaram a debater sobre outras maneiras de proteger seus investimentos em jurisdições diferentes da sua própria. Para tanto, em 1957, Hermann Josef Abs atentou para a necessidade de uma *Carta Magna de Proteção da Propriedade Estrangeira*, a qual já teria um formato de tratado de investimento, com padrões de tratamento e forma específica de resolução de controvérsias. Entretanto, a carta não teve êxito, e a OCDE sugeriu uma redação para tratados bilaterais⁴⁰. Logo, nesse cenário, em 1959, entre Paquistão e Alemanha foi assinado o primeiro Tratado Bilateral de Investimento (TBI), mas só a partir da década de 1980 que outros países europeus começaram a propor TBIs com países em desenvolvimento⁴¹.

Atualmente, os tratados bilaterais de investimento são o instrumento mais crescentemente empregado nos últimos anos: até 1990, contabilizavam-se 400 TBIs e, no final de 2013, eram cerca de 3500, envolvendo mais de 170 países⁴². É válido mencionar que os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos ou os Tratados Bilaterais de Investimento visam, principalmente, à proteção e à promoção recíproca de investimentos de empresas de outra nação nos seus países. Por conseguinte, esses tratados e acordos abrangem os seguintes pontos: escopo de definição do investimento; admissão e estabelecimento; tratamento nacional; tratamento da nação menos favorecida; tratamento justo e equitativo; compensação

³⁷ GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, VA, v. 38, p. 639-688, 1998.

³⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

³⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

⁴⁰ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 95.

⁴¹ WAGNER, Markus. Regulatory space in international investment law and international trade law. *Journal of International Law*, Philadelphia, v. 36, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2403959>>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁴² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *World Investment Report 2014: investing in the SDGs: an action plan*. Geneva, 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

em caso de expropriação; repatriação dos lucros e formas de resolução de controvérsias, tanto Estado-Estado, como Investidor-Estado⁴³. Cada aspecto que compõe os *TBIs* faz parte do padrão internacional de proteção ao investimento estrangeiro, o qual será abordado a seguir.

Primeiramente, porém, cumpre inferir que como leciona Guzman⁴⁴ essas ferramentas - *TBI* e *APPRIS* - podem ser maléficas para alguns países em desenvolvimento, tendo em vista que se tornou um veículo dominante para proteger os investimentos do comportamento dos Estados hospedeiros. Além destas, outras ferramentas de proteção ao IED podem ser encontradas nos tratados de livre comércio, como o NAFTA e o MERCOSUL⁴⁵; os acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT); a CW e alguns guias de organizações internacionais, como OCDE e UNCTAD sobre investimentos estrangeiros⁴⁶.

No âmbito do MERCOSUL - bloco econômico no qual se integra o Brasil - foram negociados dois Protocolos sobre Proteção de Investimento Estrangeiro: em 1993, o Protocolo de Colônia, que trata da Proteção Recíproca de Investimentos do Bloco MERCOSUL e o Protocolo de Buenos Aires, firmado em 1994, que abrange a proteção de investimentos de países que não compõem o bloco⁴⁷. Ambos possuem cláusulas de resolução de controvérsias por meio de arbitragem de investimento, mas o Brasil não realizou a ratificação de nenhum deles. Além disso, o Protocolo de Colônia foi assinado somente pela Argentina - e o de Buenos Aires só não foi assinado pelo Brasil - o que foi suficiente para nunca ter entrado em vigor⁴⁸.

⁴³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *What are bits?* Geneva, 2004. Disponível em: <http://www.unctadxi.org/templates/Page____1006.aspx>. Acesso em: 13 set. 2009.

⁴⁴ GUZMAN, Andrew T. Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, v. 38, 1998

⁴⁵ VASCONCELOS, Rafael; SUNÉ, Natasha. O direito dos investimentos no Mercosul: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 171.

⁴⁶ ALVAREZ, José E. *The public international law regime governing international investment*. Leiden: Brill, 2011. p. 502.

⁴⁷ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil, revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITS and investor-state arbitration. *Arbitration International*, London, v. 24, n. 3, p. 423-446, 2008.

⁴⁸ VASCONCELOS, Rafael; SUNÉ, Natasha. O Direito dos investimentos no Mercosul: Realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 171.

Por fim, retornando aos BITs, os Estados Unidos são o país que mais assinou e ratificou tratados internacionais de investimentos. Um típico tratado norte-americano contém obrigações de quatro categorias: obrigações gerais com o investimento, padrões de expropriação, remessa de valores e formas de resolução de controvérsias⁴⁹, as quais se enquadram no padrão internacional de proteção ao IED, que será discutido a seguir.

1.1.2 Padrão Internacional de Proteção ao Investimento Estrangeiro Direto

Dentre as fontes de direito internacional do investimento, listam-se: direito internacional costumeiro, princípios gerais do direito, jurisprudência, padrões do direito internacional econômico e regras de proteção ao IED – quais sejam, a CW, os tratados bilaterais de investimento e os acordos regionais e setoriais (como: NAFTA e Tratado de Energia)⁵⁰. Destarte, para tratar do atual contexto de investimentos estrangeiros, cumpre abordar, ainda que brevemente, os padrões internacionais de proteção ao investidor e, também, mencionar que conforme leciona Costa⁵¹, apesar de não existir padrão para todos os APPRIs e TBIS, algumas cláusulas e princípios estão expressos na maioria dos instrumentos, a saber: (i) finalidade de promover e de proteger os investimentos estrangeiros; (ii) conceito de investimento e de investidor estrangeiro; (iii) tratamento nacional; (iv) cláusula da nação mais favorecida; (v) tratamento justo e equitativo; (vi) cláusula guarda-chuva, (vi) proteção contra expropriação; e (viii) repatriação de recursos. Neste tópico, apuram-se as cláusulas mais comuns que acabam por definir o padrão (*Standard*) de proteção ao investimento estrangeiro⁵².

Muchlinsk⁵³ assevera que o padrão mínimo internacional (*Internacional Minimum Standard - IMS*) de proteção ao investimento reflete previsões do direito

⁴⁹ BISHOP, Doak R.; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign investment disputes: cases, materials and commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005. p. 10.

⁵⁰ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 99.

⁵¹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1. p. 129.

⁵² Não se trata como padrão mínimo, pois o conceito de Padrão Mínimo de Proteção é muito controverso e não sintetiza escopo deste trabalho.

⁵³ MUCHLINSKI, Peter. Policy issues. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Ed.). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

internacional costumeiro. Em sentido similar, Diehl⁵⁴ postula que o *IMS* é uma norma do direito costumeiro internacional que oferece ao investidor estrangeiro um conjunto de princípios que os Estados devem respeitar, independentemente de suas legislações internas. Como não há definição legal ou majoritária, alguns Estados consideram que a proteção faz parte do direito internacional costumeiro; já outros afirmam que não existe tratamento mínimo predeterminado, mas sim disposições que constam em *TBIs*⁵⁵.

A UNCTAD⁵⁶ em estudo que examina a tendência das regras do investimento estrangeiro depreende que há padrões de proteção absolutos e padrões de proteção relativos. Nos padrões absolutos de proteção, não são analisados como os demais investimentos estrangeiros são tratados naquele país. Como exemplos de padrão absoluto, citam-se, dentre os mais aplicados, o tratamento justo e equitativo, a repatriação de recursos e a proteção contra expropriação. Já os padrões relativos definem o tratamento necessário para ser concedido ao investimento por referência ao tratamento dado a outros investimentos naquele país. Os mais utilizados são o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida⁵⁷, que acabam como disposições sobre não discriminação e que envolvem testes comparativos que podem ser tanto com um investidor nacional, como um investidor estrangeiro⁵⁸. Na sequência, analisam-se as cláusulas mais comuns:

⁵⁴ DIEHL, Alexandra. The framework of protection: Sources of the FET. In: DIEHL, Alexandra. *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

⁵⁵ BARBOSA, Flávio Spaccaquerche; MONEBHURRUN, Nitish. O tratamento e a proteção do investimento estrangeiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 107–144, 2011. Ed. Especial.

⁵⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Bilateral investment treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking*. New York: United Nations, 2007. Disponível em: <>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁵⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Bilateral investment treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking*. New York: United Nations, 2007. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁵⁸ GRIERSON-WEILER, Todd J.; LAIRD, Ian A. Standards of treatment. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Ed.). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

1.1.2.1 Padrão Justo e Equitativo (Fair and Equitable Treatment - FET)

O princípio ganhou considerável importância, visto que é muito invocado em tribunais arbitrais e usualmente bem-sucedido, quando argumentado pelo investidor⁵⁹. Ademais, não há definição exata sobre seu conceito e suas hipóteses de aplicação⁶⁰. A UNCTAD⁶¹ compreende que *FET* é um padrão central dos acordos internacionais de investimento, posto que protege os investidores de condutas arbitrárias, discriminatórias ou abusivas, por parte dos Estados hospedeiros. No entanto, ocorre uma discussão que envolve o *FET* e questiona se sua relação é parte do padrão mínimo internacional ou apenas do direito costumeiro internacional, ou mesmo de nenhum dos dois⁶².

Neste trabalho, segue-se a concepção do *FET* como conceito independente, sugerido por F.A. Mann, Christoph Schreuer, Rudolf Dolzer e Margarete Stevens⁶³, o que vai além do Padrão Mínimo de Proteção, apesar de, em alguns momentos, se sobreporem um ao outro. O artigo de Barbosa e Monebhurrun⁶⁴, por exemplo, orienta que, em sentenças arbitrais, para justificar a aplicação do *FET*, devem ser observados os seguintes requisitos: acessibilidade, previsibilidade, transparência, consistência, devido processo legal, proteção contra arbitrariedade e discriminação, proporcionalidade e expectativas legítimas. Por sua vez, Arenhart⁶⁵, em seu artigo que compara o princípio da boa-fé com a *FET*, afirma que a exigência de um tratamento justo e equitativo nada mais é que a confirmação da obrigação de agir de acordo com

⁵⁹ ALVAREZ, José E. *The public international law regime governing international investment*. Leiden: Brill, 2011. p. 502.

⁶⁰ BARBOSA, Flávio Spaccaquerche; MONEBHURRUN, Nitish. O tratamento e a proteção do investimento estrangeiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 107–144, 2011. Ed. especial.

⁶¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Fair and equitable treatment*. New York, 2012. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctadidaeia2011d5_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁶² DIEHL, Alexandra. The framework of protection: Sources of the FET. In: DIEHL, Alexandra. *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p. 15–179.

⁶³ DIEHL, Alexandra. The framework of protection: Sources of the FET. In: DIEHL, Alexandra. *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p. 15-179

⁶⁴ BARBOSA, Flávio Spaccaquerche; MONEBHURRUN, Nitish. O tratamento e a proteção do investimento estrangeiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 107–144, 2011. Ed. especial.

⁶⁵ ARENHART, Fernando Santos. Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 10, n. 1, p. 154-171, 2013.

a boa-fé, ou evitar o abuso e a arbitrariedade. Em suma, representa um padrão de proteção que busca proteger a consistência legal, a estabilidade e a previsibilidade⁶⁶

1.1.2.2 Tratamento Nacional

A cláusula traduz basicamente a obrigação de tratar o investidor estrangeiro de maneira não menos favorável que o investidor nacional⁶⁷, não se tratando de um tratamento favorável aos estrangeiros, e sim igual ao investidor da nacionalidade do país hospedeiro.

Segundo a *UNCTAD*⁶⁸, uma das principais questões envolvidas nessa aplicação diz respeito a como ela se dá, na prática. Em síntese, alguns Estados sustentam que devem se aplicar as disposições aos estrangeiros de forma idêntica aos nacionais, e outros, analisando-se a isonomia da situação⁶⁹. Outrossim, algumas decisões arbitrais trouxeram como requisitos de aplicação da cláusula, a efetiva discriminação e a ausência de justificativa, além da necessidade de se indicar o referencial comparativo relevante e a comparação entre o tratamento que está sendo oferecido ao investidor estrangeiro e ao nacional.

1.1.2.3 Cláusula da Nação Mais Favorecida – Most Favoured Nation (MFN)

Comumente aplicada em tratados bilaterais, sua aplicação permite que os investidores tirem proveito de benefícios, em termos de tratamento concedido a outros Estados contratantes com o Estado hospedeiro. Cabe mencionar que a cláusula apenas se emprega em categorias de assuntos que o tratado contempla, e não a qualquer regra de tratamento de outra nação⁷⁰. E, dentre os tratamentos que podem ser aproveitados com a MFN, está a provisão que abarca a forma para a resolução da

⁶⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 235.

⁶⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1.

⁶⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Bilateral investment treaties 1995–2006: trends in investment rulemaking*. New York, 2007. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁶⁹ BARBOSA, Flávio Spaccaquerche; MONEBHURRUN, Nitish. O tratamento e a proteção do investimento estrangeiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 142, 2011. Ed. especial.

⁷⁰ BARBOSA, Flávio Spaccaquerche; MONEBHURRUN, Nitish. O tratamento e a proteção do investimento estrangeiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 142, 2011. Ed. especial.

controvérsia⁷¹, como por exemplo, a arbitragem de investimento - questão que é escopo deste trabalho. Portanto, acaba por ampliar os benefícios dos tratados, sem um limite específico ao investidor. Evidentemente, sendo um padrão relativo, irá depender de acordos do Estado hospedeiro com outros investidores. Porém, se o Estado tratar todos os investidores de forma igualitária, não terá nenhum efeito prático à cláusula⁷².

1.1.2.4 Repatriação de Lucros

Contempla uma cláusula fundamental, pois o investidor estrangeiro assume riscos em outros países visando aos lucros. Sendo assim, a apropriação dos lucros pelo investidor, se torna um objetivo dos tratados bilaterais de investimento. As controvérsias em torno desta cláusula ocorrem principalmente quando o país hospedeiro entra em crise, como por exemplo, na Argentina, que fez com que o Estado não respeitasse o direito de total repatriamento de lucros⁷³.

Alguns modelos atuais de cláusula de repatriação de lucros estabelecem as seguintes restrições: (i) vetam a retirada em curto prazo, por exemplo: só permitindo a transferência para fora do Estado hospedeiro após um ano; (ii) restringem a prestação de serviços financeiros que preserva o direito do Estado anfitrião e do investidor de manter a solidez e a responsabilidade de suas instituições financeiras; (iii) colocam restrições em período de crise, como por exemplo, o modelo de tratado adotado pelo Reino Unido, que determinou que mesmo que o Estado hospedeiro esteja em dificuldade, o investidor poderá repatriar pelo menos 20% do seu lucro⁷⁴⁻⁷⁵. Sornarajah⁷⁶ defende que o modelo proposto pelo Reino Unido é uma forma mais realistas de lidar com tal situação, porque o Estado, em momento de crise aguda, de fato, não consegue se desenvolver.

⁷¹ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 205.

⁷² DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 316.

⁷³ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 207.

⁷⁴ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 299.

⁷⁵ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁷⁶ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 207.

1.1.2.5 Cláusula de Resolução de Controvérsias

Muitos tratados bilaterais de investimento permitem que as controvérsias sejam resolvidas por meio de arbitragens de investimentos em fóruns neutros. Em alguns *BITs* e *APPRIS*, existem cláusulas mais genéricas, que somente determinam a arbitragem como forma de resolução de controvérsias; em outros instrumentos, as cláusulas já são mais detalhadas e indicam o *ICSID* ou outra Câmara de Arbitragem como fórum para a resolução de litígios. A maioria dos *TBIs*, quando se refere à cláusula de resolução de controvérsias, determina como fórum competente o *ICSID*⁷⁷, mas vale lembrar que a Câmara Internacional de Comércio de Paris, a Câmara de Estocolmo e arbitragens *ad hoc* com regras da UNCITRAL também são muito usadas, já que arbitragens de investimentos podem ocorrer em variados locais, com diversas regras, dependendo do que as partes acordarem⁷⁸. Para Sornarajah, essa previsão contratual de arbitragem de investimentos nos *TBIs* é o maior passo para legitimar a proteção ao investidor estrangeiro, pois lhe permite o acesso direto a um fórum neutro para resolver sua controvérsia. Nesse sentido afirmou que trata-se de:

Grande avanço para assegurar a proteção do investidor estrangeiro, permitindo-lhe ter acesso direto a um fórum neutro para a resolução de conflitos que possam surgir entre ele e o país anfitrião. [...] Os dois estados podem continuar suas relações como se a disputa não envolvesse suas relações mútuas⁷⁹. (tradução nossa).

Por ser a Arbitragem de Investimento um dos pilares deste trabalho e um instrumento garantidor da proteção ao investidor estrangeiro, o tema ganha, no capítulo dois, mais detalhamento e especificidade. Portanto, após a construção de apontamentos sobre o panorama geral do IED na esfera internacional, cabe abordá-lo de acordo com a legislação brasileira e a posição deste país nas tratativas internacionais.

⁷⁷ DIEHL, Alexandra. The framework of protection: Sources of the FET. In: DIEHL, Alexandra. *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p. 63.

⁷⁸ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 353.

⁷⁹ “[...] major step that has been taken to ensure the protection of the foreign investor by enabling him to have direct access to a neutral forum for the settlement of disputes that could arise between him and the host state. [...]. The two states could continue their relations as if the dispute did not affect their mutual relations”. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 216.

1.2 A REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL

Em que pese o Brasil não validar, por meio de tratados, as garantias supracitadas, não é de hoje que o país incentiva os investimentos estrangeiros. Basta referir que, no Governo de Juscelino Kubitschek (1956-1960) foi incluída, no então Plano de Metas, a atração do capital estrangeiro privado, especificamente às multinacionais, para a produção de bens duráveis, em indústrias, como a naval e a automobilística⁸⁰.

O Brasil, atualmente, como já mencionado neste estudo, é o quinto país⁸¹ que mais recebe IED no mundo. Mas diferentemente de outros países receptores de investimento, não aderiu aos tratados internacionais de investimento, e também não tem legislação interna que unifique o tema. Contudo é válido referir que em 2015, não tanto com o interesse de atrair investimentos para o Brasil e, sim, com o interesse de proteger o capital brasileiro no exterior, o Brasil assinou quatro Acordos de Cooperação de Facilitação de Investimentos (ACFI), com os países de Moçambique, Angola, México e Malauí⁸². Contudo, há indícios de que o Brasil use tal modelo de tratado com países desenvolvidos, como os Estados Unidos. Como o escopo deste trabalho focaliza a recepção de investimentos pelo Brasil, nesta seção se traça o panorama legal do país em torno do recebimento de IED.

Como será demonstrato o Brasil tem uma lei de 1964 que conceitua o IED, porém não traz de forma clara uma e unificada uma regulamentação. No atual panorama, o Brasil tem uma lei que trata de investimento estrangeiro da década de 1960 - a Lei nº 4.131, de 1962 - modificada pela Lei nº 4.390, de 1964, que conceitua o investimento internacional como sendo: (i) os recursos financeiros ou monetários introduzidos no país para a aplicação em atividades econômicas; (ii) os bens, as máquinas e os equipamentos entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas,

⁸⁰ SANTOS, Elias Luna Almeida. *Investidores soberanos, política internacional e interesses brasileiros*. Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013. p. 193.

⁸¹ RECENT Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS). *International Investment Agreements: issues note*, New York, n. 1, Apr. 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁸² Esses acordos tem um modelo diverso dos regulares tratados bilaterais de investimento. No que tange a resolução de controvérsias, ponto focal deste trabalho, haverá um ombudsman, facilitador, que buscará promover o diálogo e uma forma de consenso. Ademais, nenhum desses acordo se refere diramente a arbitragem de investimento.

destinados à produção de bens ou de serviços, os quais devem pertencer a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior⁸³. A referida lei veda a discriminação ou o tratamento diferenciado entre capital estrangeiro que investe no país e o capital nacional⁸⁴, o que acaba sendo similar ao tratamento nacional que reside no padrão mínimo de proteção ao investidor. No que tange à conceituação, em 2010, o Banco Central do Brasil - BACEN, pela Circular nº 3.491/2010, que trata do registro do investimento estrangeiro, atualizou o conceito de investidor e de empresa receptora, conforme segue:

- a) investidor não residente: pessoa física, pessoa jurídica ou entidade de investimento coletivo que, tendo residência, domicílio ou sede no exterior, detém ou intenta deter participação no capital social de empresa no País;
- b) empresa receptora: pessoa jurídica empresária constituída sob as leis brasileiras e com domicílio e administração no País, em cujo capital social o investidor não residente detém ou intenta deter participação, bem como filial de pessoa jurídica empresária estrangeira autorizada a funcionar no Brasil⁸⁵.

Como se não bastasse a esparsa legislação sobre o tema, até 1995, a Constituição Federal (CF) de 1988 previa, em seu artigo 171, que a lei poderia conceder benefícios especiais temporários à empresa nacional, assim como preferência em licitações. A redação do artigo 171 da CF/88, que foi revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/95, preconizava que:

Art.171. São consideradas:

- I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;
- II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a

⁸³ BRASIL. *Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962*. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014.

⁸⁴ Art. 2º “Ao capital estrangeiro que se investir no País será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei”. BRASIL. *Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962*. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014

⁸⁵ BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). *Circular nº 3.491, de 24 de março de 2010*. Altera o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI). Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/Normativ/CIRCULAR3491.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014

titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: **I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; [...]**

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional⁸⁶. (grifo nosso).

A doutrina entende que a revogação do artigo supracitado não impede que leis infraconstitucionais façam diferenciações entre a empresa com controle nacional e aquela com controle estrangeiro. Mas, ao menos, o Brasil não sinaliza um tratamento não isonômico em sua Carta Maior. Na redação atual da CF/88, o artigo que trata de investimento estrangeiro é o 172, que se concentra no estímulo ao reinvestimento: “A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, **incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros**”⁸⁷. (grifo nosso).

Todavia, mesmo antes das alterações formuladas na atual Constituição, o Brasil, tradicionalmente, em sua legislação, já assegurava igualdade entre nacionais e estrangeiros, sejam pessoas naturais ou jurídicas⁸⁸. Ademais, a CF, através das emendas constantes no Quadro 1 subsequente, favoreceu a entrada de investimentos estrangeiros.

Quadro 1 – Emendas à CF e a liberalização setorial⁸⁹

Emenda	Artigo	Setor afetado	Alteração
6/1995	176 §6º	Prospecção de Lavras e Minério	Permissão para empresas com sede no país.
7/1995	178	Navegação e Cabotagem Interna	Possibilidade de realização por embarcações estrangeiras.

⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014

⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014

⁸⁸ WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre o capital estrangeiro ilegalidade das discriminações sem base na lei federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v.16, n. 62, p. 259-264, abr./jun. 1979. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181113>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

⁸⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1. p. 290.

8/1995	21, IX	Telecomunicações	Afastou a exclusividade de exploração por empresas com controle acionário Estatal.
9/1995	177 § 1º	Petróleo e Gás Natural	Fim da vedação de cessão, de concessão ou de participação na exploração de jazidas.
36/02	222	Empresas Jornalísticas, de Radiodifusão e de Sons e Imagens	Possibilidade de propriedade por empresa brasileira, com pelo menos 70% do capital votante nacional.

Fonte: Costa⁹⁰.

Apesar dessas iniciativas na CF, o Brasil, como dito anteriormente, continua sem ser signatário da CW. O representante brasileiro Francisco Ribeiro da Cunha, em um dos principais encontros consulares sobre o tema, em junho de 1964, utilizou como fundamentação para a não assinatura, principalmente, o argumento do monopólio do judiciário, fundamentando em suposta previsão constitucional. Com a CW, os conflitos deveriam ser submetidos ao judiciário e decididos no âmbito do *ICSID*; os investidores ficariam em posição privilegiada, se comparados com os nacionais, violando o princípio da igualdade⁹¹. Tibúrcio⁹², em seu artigo sobre Arbitragem de Investimento no Brasil, traz a opinião não publicada do consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores Augusto Rezende Rocha, em 1964, que aduz que

Entre as razões para a não ratificação da convenção, podemos relacionar a existência de outras entidades na esfera internacional, a duplicação do

⁹⁰ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1, p. 290.

⁹¹ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil, revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITs and investor–state arbitration. *Arbitration International*, London, v. 24, n. 3, p. 423–446, 2008.

⁹² TIBURCIO, Carmem. Arbitragem de Investimento no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 237.

corpo judiciário do país, a premissa errônea de que o judiciário do Estado sede é tendencioso para julgar tais controvérsias⁹³.

Além da negativa à CW, o Brasil assinou quatorze tratados bilaterais de investimento⁹⁴, os quais não foram ratificados, com exceção do Acordo de Garantia de Investimentos entre os Estados Unidos do Brasil e os Estados Unidos da América (MIGA)⁹⁵. Esses tratados assinados pelo Brasil têm características padrões como os demais Tratados Bilaterais de Investimento, como a cláusula da Nação mais Favorecida (*Most-favoured nation*), transferências de fundos, indenizações por expropriações e utilização do *ICSID* para a resolução de controvérsias⁹⁶. Contudo, além de não terem sido ratificados pelo Congresso Nacional, seis desses tratados foram colocados e posteriormente retirados da pauta de votação do Legislativo, principalmente porque poderiam restringir a capacidade para a implementação de políticas econômicas e sociais, e poderiam discriminar o capital nacional⁹⁷. Por conseguinte, havia receio quanto à disposição sobre arbitragem de investimento, com a permissão que o árbitro poderia interpretar as disposições dos tratados, mesmo se alinhando à legislação nacional⁹⁸. É válido mencionar que o Canadá, por exemplo, o

⁹³ TIBURCIO, Carmem. Arbitragem de Investimento no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 237.

⁹⁴ Dentre os motivos para a assinatura desses tratados, estava uma ideologia liberal da época, juntamente com a privatização de algumas empresas e a criação de agências reguladoras, e o Brasil estava recebendo pouco investimento estrangeiro, comparado com outros países da América Latina que já haviam assinado tratados bilaterais de investimento. SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *The Brazilian experience with bilateral investment agreements: a note*. [New York: 2007]. Disponível em: <http://unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p15_en.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2014. Trabalho apresentado no UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, jun. 2007.

⁹⁵ O único Tratado Ratificado é o Acôrdo (sic) de Garantia de Investimentos entre os Estados Unidos do Brasil e os Estados Unidos da América, assinado em Washington, em seis de fevereiro de 1965. BRASIL. Senado Federal. *Decreto legislativo nº 69, de 1965*. Aprova o Acôrdo de Garantia de Investimentos entre os Estados Unidos do Brasil e os Estados Unidos da América, assinada em Washington, em 6 de fevereiro de 1965. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-69-15-julho-1965-346770-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

⁹⁶ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *The Brazilian experience with bilateral investment agreements: a note*. [New York: 2007]. Disponível em: <http://unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p15_en.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2014. Trabalho apresentado no UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, jun. 2007.

⁹⁷ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *The Brazilian experience with bilateral investment agreements: a note*. [New York: 2007]. Disponível em: <http://unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p15_en.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2014. Trabalho apresentado no UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, jun. 2007.

⁹⁸ MACEDO, Paulo Garcia. Investment arbitration in Brazil: the landscape of investment arbitration in Brazil and why Brazil should become a more important player in the investment arbitration Arena. In:

qual não havia ratificado a CW até novembro de 2013⁹⁹, mesmo sem ser signatário do *ICSID*, assinava tratados com a possibilidade de resolver a controvérsia via arbitragem, utilizando o Mecanismo Adicional oferecido pelo centro¹⁰⁰, a ser abordado no capítulo a seguir.

Mesmo o Brasil não firmando e ratificando os acordos e as convenções especificados, na legislação interna foram sancionadas leis que autorizam a arbitragem entre agentes privados, assim como a arbitragem envolvendo a administração pública - a serem investigadas no último capítulo deste trabalho. Na oportunidade, será tratada a Lei de Arbitragem - Lei nº 9.307/1997 - que autorizou as pessoas capazes de contratar a valerem-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Além do contexto legal do investimento estrangeiro, cabe tratar a seguir, especificamente, dos contratos com a Administração Pública visando ao comparativo entre as arbitragens *investidor e Estado*.

1.2.1 Contratos com Organismos da Administração Pública

Quando se discute a respeito de investimento estrangeiro no Brasil e a relação dos investidores com a administração pública, cabe estudar contratos internacionais em que uma das partes é a administração pública brasileira. Para tanto, primeiramente, é preciso esclarecer que os contratos podem ser firmados, tanto como a administração direta como com a indireta - nos termos do Decreto-Lei nº 200 de 1967 a Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi (Ed.). *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013.

⁹⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *The ICSID Caseload: statistics: issue 2013-2*. Washington, 2013. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2013-2.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁰⁰ LEON, Barry; MC DOUGALL, Andrew; SIWIEC, John. Canada and investment treaty arbitration: three prominent issues: ICSID ratification, constituent subdivisions, and health and environmental regulation. *South Carolina Journal of International Law and Business*, Columbia, SC, v. 8, p. 63 -86, 01 jan. 2011,

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista;
- d) fundações públicas¹⁰¹.

Para Huck¹⁰² os contratos com o Estado, em direito internacional, pressupõem uma relação jurídica entre a administração pública e pessoa jurídica estrangeira. Sendo que, para este teórico, as principais características de um contrato com o Estado independem, se a parte contratante é da administração direta ou indireta, já que o contrato vai de alguma forma estar vinculado aos interesses públicos:

A ideia subjacente é a de que, na medida em que o contrato esteja vinculado aos interesses públicos que o Estado representa, estes serão sempre sua fidelidade, anterior mesmo ao próprio ajuste contratual. Efetivamente, essa é a primeira fidelidade que nos faz considerar **de menor importância a distinção que se pretende fazer da sua atuação contratual em *jus imperi* e *jus negotii*, procurando distinguir o nível de obrigação assumida em função da natureza do objeto contratual**¹⁰³. (grifo nosso).

Cabe atentar que há diferenças entre contratos administrativos e contratos com a administração pública: em ambos deve estar presente a administração pública; porém, o primeiro deverá ser para o atendimento de uma finalidade pública com submissão ao regime jurídico administrativo, assegurando a indisponibilidade e a supremacia do interesse público, e o segundo poderá envolver qualquer atividade lícita e seguirá o direito privado¹⁰⁴.

Desta forma, na assinatura de um contrato entre investidor estrangeiro cria-se uma relação jurídica, por vezes, com um polo do direito público e outro do privado ou, ainda, ambas as partes podem ser regidas pelo direito privado - o que é o caso quando o investidor firma um contrato com sociedades de economia mista ou com empresas públicas¹⁰⁵. Sendo que o conceito de contratos internacionais no direito brasileiro é a

¹⁰¹ BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁰² HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989.

¹⁰³ HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989. p. 13.

¹⁰⁴ NOHARA, Irene Patricia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 379.

¹⁰⁵ Não no que se refere à licitação e à contratação de obras, de serviços, de compras e de alienações. Essa determinação está expressa na Constituição Federal, art. 173, parágrafo 1º, II – na redação:

presença de um elemento que une dois - ou mais - ordenamentos jurídicos, ocorrendo a internacionalização do contrato quando uma das partes reside em país diverso ou que a sua celebração e/ou execução ocorra em países distintos¹⁰⁶.

Vale referir que, via de regra, os contratos com organismos da administração pública, são regidos pela Lei nº 8.666/1993 - que regula tais contratos – oferecendo um conceito bastante amplo para contratos com a administração, que diz que

[...] considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada [...]¹⁰⁷.

Ademais, o contrato administrativo conta com algumas prerrogativas ao Estado, como a rescisão unilateral - em casos de cláusulas exorbitantes - e a possibilidade de modificá-los unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, desde que respeitados os direitos do contratado. No entanto, Huck¹⁰⁸ entende que o Estado, ao assumir a posição de contratante, juntamente com o particular, promove uma presunção de igualdade.

Neste trabalho, para fins de comparação com a arbitragem de investimento utiliza-se, como referência, quaisquer contratos cujo um dos signatários seja organismo integrante da administração pública brasileira, vinculado à administração direta ou a indireta e, a outra parte seja particular, considerado estrangeiro e, o objeto

Art. 173. “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico **próprio das empresas privadas**, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública [...]”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.

¹⁰⁶ ARAÚJO, Nádía apud MOROSINI, Fábio. A arbitragem comercial como fator de renovação do direito internacional privado brasileiro dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 851, p. 63-85, set. 2006.

¹⁰⁷ Parágrafo único do artigo 2º da Lei 8.666/1993. BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁰⁸ HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989. p. 22.

do contrato tenha repercussões econômicas de longo prazo¹⁰⁹⁻¹¹⁰. Isto, pois, essas são as características que se assemelham às necessárias para se atingir a jurisdição do *ICSID*¹¹¹, conforme versa o capítulo seguinte desta dissertação.

¹⁰⁹ As características listadas também foram utilizadas pela professora Selma Lemes, em seu trabalho: LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latim, 2007.

¹¹⁰ Não está no escopo deste trabalho adentrar em discussões doutrinárias sobre a existência - ou não - de contrato administrativo.

¹¹¹ Cabe referir que, no *ICSID*, por vezes, há discussão se, por exemplo, uma subdivisão do governo pode ser parte em uma arbitragem; para a definição, podem ser analisados dois requisitos: se o Estado determinou que a subdivisão poderia ser uma parte no *ICSID* ou se o Estado expressamente aprovou o consentimento dado pela subdivisão para a utilização da arbitragem *ICSID*.

2 INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO ATRAVÉS DO ICSID

Como um dos eixos centrais deste estudo se ampara no sistema de arbitragem *ICSID*, o presente capítulo se dedica a expor e a detalhar o funcionamento deste sistema. Assim como, discutir sua origem e analisar decisões, as quais serão aqui discutidas e posteriormente utilizadas como critério de comparação com o sistema de arbitragem comercial existente hoje no Brasil.

2.1 RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DE IED

Previamente ao estudo das características das arbitragens de investimento *ICSID*, apresentam-se outras formas tradicionais utilizadas para resolver conflitos internacionais de investimento. No passado, a Proteção Diplomática era muito usada para a solução de questões de expropriação e de compensação dos investimentos estrangeiros diretos, já que, para a sua aplicação, não havia necessidade de convenção ou de acordo prévio. Os únicos pré-requisitos eram a comprovação de que o investidor esgotou os recursos legais existentes no Estado demandado e a que a nacionalidade da esfera privada fosse contínua no Estado hospedeiro¹¹². Tal mecanismo decorre do próprio costume internacional, e tem como marco de sistematização normativa a Conferência de Paz de Haia, de 1899 e de 1907, através de documentos que geraram mecanismos diplomáticos, por meio de ações ou de procedimentos¹¹³. Através da proteção diplomática, podem ser acessadas as Cortes Internacionais de Justiça para a realização de disputas entre Estados, sendo que atualmente o fórum mais utilizado é a Corte Internacional de Justiça¹¹⁴.

No que diz respeito ao investimento estrangeiro, a proteção diplomática se aplica quando o Estado de origem do investidor estrangeiro aceita a reivindicação de seu investidor nacional e aciona, diplomaticamente ou jurisdicionalmente, o Estado receptor do investimento. Ademais, no direito internacional costumeiro, os Estados

¹¹² MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, 26 jun. 2008. p. 3-48.

¹¹³ MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116.

¹¹⁴ MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116.

têm direito à proteção de seus nacionais contra atos ilegais de outros Estados, e as pessoas jurídicas também têm direito à essa forma de proteção¹¹⁵⁻¹¹⁶. O método de resolução de controvérsia acaba por não ser muito utilizado, por ser moroso e por politizar uma demanda que deveria se manter na esfera contratual.

Outra forma para a resolução de controvérsias de investimento é pelas Cortes Nacionais do Estado hospedeiro. Porém, os investidores preferem evitar resolver suas controvérsias referentes a investimento nesses fóruns, uma vez que podem sofrer influências políticas ou reclamações e pressões populares, as quais tendem a aumentar em uma relação direta com o valor envolvido na disputa¹¹⁷. Por isso, os investidores preferem que a disputa seja dirimida em foro neutro, por meio da arbitragem¹¹⁸. Deste mecanismo, as Cortes nacionais se utilizaram, no início do século passado, principalmente, na América Latina, pela adoção da *Doutrina Calvo*¹¹⁹, que considerava que o investidor estrangeiro deveria estar sujeito apenas à legislação e à jurisdição do Estado receptor, para que obtivesse a mesma proteção de uma empresa nacional. Portanto, para que a doutrina fosse aplicada, os Estados Latino-Americanos exigiam a inclusão da *Cláusula Calvo* nos tratados, na qual os investidores renunciavam à Proteção Diplomática do Estado de Origem, devendo recorrer apenas às cortes nacionais¹²⁰. Com o passar dos anos, a doutrina enfraqueceu, tanto porque os países que a seguiam começaram a aderir à CW, como porque algumas decisões arbitrais consideraram a cláusula inválida, já que o investidor não podia renunciar a

¹¹⁵ RUBINS, Noah. The notion of investment in international investment arbitration. In: HORN, Norbert (Ed.). *Arbitrating foreign investment disputes: procedural and substantive legal aspects*. The Hague: Kluwer Law International, 2004.

¹¹⁶ O entendimento foi confirmado pela Corte Internacional de Justiça no caso Barcelona-Traction case, o qual envolveu uma empresa belga que alegou prejuízos decorrentes de ações de órgãos estatais espanhóis, julgado pela Corte Internacional, na década de 1960.

¹¹⁷ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 49-78, out./nov. 2005.

¹¹⁸ PUCCI, Adriana. Arbitragem e investimentos estrangeiros no Brasil. In: BALBINO, Inez; LEMES, Selma Ferreira (Org.). *Arbitragem: temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier, 2012.

¹¹⁹ Esta doutrina é oriunda do posicionamento do jurista argentino Carlos Calvo, que sentiu necessidade de reconhecer a soberania de países latino-americanos independentes. No século XIX, os países da América Latina sofreram diversas intervenções de investidores estrangeiros, que obtiveram privilégios devidos ao direito internacional, por isso o surgimento da doutrina. BAKER, James C.; YODER, Lois J. ICSID and the Calvo clause a hindrance to foreign direct investment in LDCs. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, OH, v. 5, n. 75, p. 93-112, 1989.

¹²⁰ FIGUEREDO, Roberto Castro. As origens do uso da arbitragem como modo de solução de controvérsias em disputas relativas a investimentos. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 7–20, 2011. Ed. Especial.

um direito que não é seu: a Proteção Diplomática é um direito do Estado¹²¹. Enfim, a *Doutrina Calvo* foi se combatendo ao longo dos anos, restando fortalecido o Instituto, foco deste trabalho – a Arbitragem de Investimentos.

O primeiro caso de Arbitragem de Investimento de que se tem conhecimento, o de 1930, envolveu uma mineradora inglesa, a Lena Goldfields e a União Soviética¹²²⁻¹²³. Assim como na arbitragem comercial, a arbitragem de investimento pode ocorrer tanto por meio de uma instituição, como pode ser ad hoc. Atualmente, a maioria das disputas são resolvidas no Âmbito do ICSID¹²⁴, que é o fórum especializado nesse tipo de controvérsia. Entretanto, o ICSID, não sintetiza o único meio para arbitragens de investimentos; também, são utilizadas as arbitragens Ad hoc, com a aplicação das Regras da UNCITRAL¹²⁵ - inclusive no último relatório da UNCTAD sobre disputas de investimento¹²⁶, que analisou os casos até 2012, as arbitragens com aplicação das regras UNCITRAL totalizavam 26% dos casos. Ademais, estruturas não governamentais¹²⁷,

¹²¹ FIGUEREDO, Roberto Castro. As origens do uso da arbitragem como modo de solução de controvérsias em disputas relativas a investimentos. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 7–20, 2011. Ed. Especial.

¹²² COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1, p. 290.

¹²³ Este é o único caso contra o Governo da União Soviética: a mineradora operou na Sibéria. O governo vetou parte dos rendimentos da empresa que estavam no contrato, e vários atos foram praticados contra os funcionários por colaborarem com uma empresa capitalista, o que ocasionou pedidos de demissão, e a empresa se desorganizou. NUSSBAUM, Arthur. Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government. *Cornell Law Quarterly*, Ithaca, v. 36, n. 1, p. 31-53, 1950. Disponível em: <>. Acesso em: 20 jan. 2015.

¹²⁴ Conforme consta no Relatório da UNCTAD de 2013, 55% das arbitragens de investimento foram resolvidas no âmbito do ICSID. RECENT Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS). *International Investment Agreements: issues note*, New York, n. 1, Apr. 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹²⁵ “A Lei Modelo UNCITRAL para arbitragem comercial aplica-se para arbitragens de investimento - inclusive na própria lei refere que a palavra ‘comercial’ deve ser interpretada de forma ampla de modo a abranger as questões decorrentes de todas as relações de natureza comercial, contratual ou extracontratual. Relações de natureza comercial incluem, mas não estão limitadas, as seguintes operações: qualquer transação comercial para o fornecimento ou a troca de bens de ou serviços; o acordo de distribuição; a representação ou de representação comercial; o factoring; o leasing; a construção de obras; a consultoria; a engenharia; o licenciamento; o investimento; o financiamento; o banking; os seguros; o acordo de exploração ou de concessão; a joint venture e outras formas de cooperação industrial ou comercial [...]” (tradução nossa). UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *UNCITRAL model law on international commercial arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*. Vienna, 2015. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹²⁶ RECENT developments in investor-state dispute settlement (ISDS). *International Investment Agreements: issues note*, New York, n. 1, May 2013. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹²⁷ Diferentemente de instituições como o Banco Mundial ou o UNCITRAL, essas câmaras não têm Estado entre os seus membros, e seus órgãos de gestão são compostos fundamentalmente por empresários e/ou por advogados. BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie; ROSERT, Diana.

como a Câmara Arbitral de Paris, a Corte Internacional de Arbitragem de Londres e a Câmara de Estocolmo, também são institutos muito utilizados para a resolução de disputas de investimentos. Contudo, como o enfoque desta dissertação visa às arbitragens ICSID, passa-se então a detalhar esse sistema.

2.2 ARBITRAGEM NO SISTEMA ICSID

A forma de resolução de controvérsias por arbitragem de investimento é uma cláusula comum em TBIs que ganhou ainda maior relevância com a criação do *ICSID*, pela CW e com a propulsão da arbitragem comercial em torno de alguns centros internacionais, como a CCI - principal fórum internacional de resoluções por arbitragem de disputas comerciais¹²⁸.

A CW, assinada em 1965, passou a vigorar em 1966, criando o *ICSID* - um centro especializado em resolução de controvérsias entre investidor e Estado receptor, dentro do âmbito do Banco Mundial. A convenção fez com que a arbitragem de investimento fosse institucionalizada. Convém destacar que, na década de 1960, o corpo de governantes que integrava o Banco de Reconstrução e Desenvolvimento determinou que a Diretoria-Executiva criasse uma convenção com procedimentos para a resolução de Disputas sobre Investimentos entre Estados contratantes e os nacionais de outros Estados Contratantes, por meio de conciliação e de arbitragem. Na formulação dessa convenção, a Diretoria-Executiva deveria levar em consideração as opiniões dos governos dos países-membros e objetivar a confecção de um texto que fosse aceito pelo maior número possível de governos¹²⁹⁻¹³⁰. O principal intento da Convenção era a promoção do desenvolvimento econômico por meio de um ambiente propício ao investimento

Investment treaty arbitration: Opportunities to reform arbitral rules and processes. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2014. Disponível em: Acesso em: 02 fev. 2015.

¹²⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1, p. 290.

¹²⁹ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the executive directors on the Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other states*. [S.l.], Mar. 1965. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹³⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Course on dispute settlement: 2.1 overview*. New York, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/edmmisc232overview_en.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

privado, o que claramente se expressa no Relatório Executivo dos Diretores, que referia que

A criação de uma instituição destinada a facilitar a resolução de litígios entre Estados e os investidores estrangeiros pode ser um passo importante no sentido de promover uma atmosfera de confiança mútua e estimulando, assim, um maior fluxo de capital internacional privado para os países que desejam atraí-lo¹³¹.

Destarte, para ser parte em uma arbitragem ICSID, deve obrigatoriamente haver um Estado contratante da CW e um investidor da nacionalidade de outro Estado contratante¹³². Também se faz necessário que haja o consentimento expresso do aceite do *ICSID* como fórum que administrará a resolução da controvérsia. Logo, os Estados já signatários da CW manifestam seu consentimento por meio de contratos de investimentos, de leis internas ou de tratados bilaterais/multilaterais de investimentos¹³³.

Salienta-se que, assim como uma arbitragem comercial, após a manifestação de que o conflito se resolva pelo *ICSID*, tanto o Estado, como o investidor não poderão utilizar outra forma para resolver o litígio, conforme dispõe o regulamento do *ICSID*, em seu artigo 25, que trata da jurisdição¹³⁴.

Importa esclarecer que o *ICSID* é uma forma de resolução diversa das arbitragens de investimento *Ad hocs*, que funcionam com base em uma convenção internacional e têm soberania apenas para elucidar uma questão específica, já que concebem uma instituição especializada em resolver controvérsias sobre investimento

¹³¹ "The creation of an institution designed to facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors can be a major step toward promoting an atmosphere of mutual confidence and thus stimulating a larger flow of private international capital into those countries which wish to attract it." INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the executive directors on the Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other states*. [S.I.], Mar. 1965. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹³² Existe a exceção do mecanismo adicional, que se estudará a seguir.

¹³³ MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimento perante o Sistema ICSID. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 55-94, jul./set. 2012.

¹³⁴ Article 25 (1) "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally". INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. [Washington, DC], 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

estrangeiro, com regulamento específico e com regras predeterminadas¹³⁵, além de ser um sistema próprio de reconhecimento e de execução de sentenças. Uma grande vantagem dessa forma de resolução de controvérsia apontada por Sornarajah¹³⁶ é que permite que o investidor assuma e resolva suas próprias disputas sem envolver o seu Estado de origem e, conseqüentemente, o país hospedeiro do investimento poderá continuar sua relação com o país de origem do investidor, sem maiores percalços. É a ideia de *despolitização* da disputa¹³⁷.

Outrossim, o *ICSID* faz parte do Banco Mundial, o que pode instigar os países a terem a percepção de que as decisões arbitrais têm maior probabilidade de serem cumpridas, para não haver ofensa ao órgão internacional¹³⁸. Portanto, uma violação de qualquer obrigação do *ICSID* é vista como desobediência ao tratado e conseqüentemente ao direito internacional, e as decisões finais devem ser executadas imediatamente pelo Estado contratante da *CW*¹³⁹. Em suma, podem-se destacar os seguintes diferenciais do *ICSID*: (i) despolitizar disputas econômicas e contratuais; (ii) preservar a soberania dos Estados, que mesmo que signatários, devem manifestar seu aceite à arbitragem por algum outro instrumento, como TBIs, leis nacionais e outros; (iii) executar diretamente as sentenças¹⁴⁰.

O sistema vem registrando aumento em sua utilização desde 1987, e até junho de 2013, contabilizaram-se 430 casos de arbitragem de investimento no âmbito *ICSID*¹⁴¹; em 2012, ocorreu o maior número de protocolos, totalizando cinquenta novos casos no ano. O número total de arbitragens de investimento, de acordo com o Relatório da

¹³⁵ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. p. 299.

¹³⁶ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. p. 216-217.

¹³⁷ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. p. 216-217.

¹³⁸ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD James; REISMAN, W. Michael. *Foreign investment disputes: cases, materials and commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005. p. 11.

¹³⁹ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD James; REISMAN, W. Michael. *Foreign investment disputes: cases, materials and commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005. p. 14.

¹⁴⁰ AUN, Daniel et al. Arbitragem como meio de solução de controvérsias em investimento: aspectos processuais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 61-144, 2011. Ed. especial.

¹⁴¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *The ICSID Caseload: statistics: issue 2013-2*. Washington, 2013. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2013-2.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

UNCTAD, atingiu 514 procedimentos até o final de 2013¹⁴². O Relatório¹⁴³ do *ICSID* estima que 65% dos casos ali discutidos são provenientes de tratados bilaterais de investimentos e quase 20% são de contratos entre o Estado hospedeiro e o investidor; os demais são vinculados ao Tratado de Energia (*Energy Charter Treaty*), ao NAFTA, às leis internas de investimentos e outros.

Por se tratar obrigatoriamente de uma disputa com partes de nacionalidade diferentes, e ainda, uma de natureza pública e outra, via de regra, de natureza privada, há sempre discussão em torno do direito aplicável. O principal ponto envolve a utilização do direito público internacional, por incluir um Estado - sujeito do direito internacional público - ou a aplicação da legislação interna do país hospedeiro em oposição a um ente privado¹⁴⁴.

Para as arbitragens *ICSID*, a CW, em seu artigo 42¹⁴⁵, estabeleceu que o tribunal decidirá com base nas regras convencionadas pelas partes e, na ausência da convenção, o Tribunal irá aplicar as leis do Estado contratante/hospedeiro, além das regras do direito internacional. O artigo também prevê a aplicação da equidade se as partes acordarem. Isto posto, os critérios para haver a arbitragem *ICSID*¹⁴⁶, os quais vão além da assinatura da CW, são : (i) as partes devem ter manifestado o consentimento para a utilização da arbitragem, que pode ser por meio de TBIs ou por

¹⁴² RECENT Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS). *International Investment Agreements: issues note*, New York, n. 1, Apr. 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁴³ Salienta-se que em mais de 50% dos casos que estão sendo - ou que foram - discutidos, o país no qual foi realizado o investimento está localizado na América do Sul, no Leste Europeu ou na Ásia Central, e apenas 2% dos casos envolvem um país do Oeste Europeu como Estado hospedeiro. No entanto, inversamente proporcional é a nacionalidade dos árbitros eleitos para dirimir os litígios, sendo quase 50% do Oeste Europeu, apenas, 2% do Leste Europeu ou Ásia central e 11% da América Latina. RECENT Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS). *International Investment Agreements: issues note*, New York, n. 1, Apr. 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁴⁴ CENTER FOR TRANSNATIONAL LITIGATION, ARBITRATION AND COMMERCIAL LAW. [S.l.], 19 Oct. 2011. Disponível em: <<http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/10/applicable-law-under-article-42-of-the-icsid-convention/>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁴⁵ Article 42 – “(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable. (2) The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law. (3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute ex aequo et bono if the parties so agree”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. [Washington, DC], 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁴⁶ REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 01-22.

contrato específico de Estado hospedeiro com o investidor e, ainda, por meio de uma lei nacional de investimento, como por exemplo, a Lei Angolana - Lei nº 20/11¹⁴⁷; (ii) as partes devem ter nacionalidades distintas; e (iii) a disputa deve ser proveniente de IED. A fim de possibilitar a comparação com a arbitragem comercial brasileira envolvendo a administração pública, faz-se a análise das características específicas do *ICSID* e de seu regulamento, na sequência.

2.2.1 Características e Regras de Arbitragem:

Neste tópico, detalham-se as características do *ICSID* como estrutura dentro do Banco Mundial, os aspectos relevantes da CW, as regras do procedimento de arbitragem e a forma para execução e anulação das sentenças.

Preliminarmente, antes de analisar cada característica da arbitragem de investimento perante o *ICSID*, também chamado de Centro - pelo seu regulamento, oferece duas formas de arbitragem pertinentes a investimentos: uma delas se restringe às partes que são contratantes da CW, e outra, àquelas que não são, chamada de Mecanismo Adicional - *Additional Facility* -, que será também abrangida neste capítulo.

A arbitragem tradicional do *ICSID* apresenta um regulamento específico com cinquenta e seis regras, e é introduzida pelo Relatório dos Diretores Executivos¹⁴⁸ que, por diversas vezes, é citado em decisões dos tribunais *ICSID* para interpretar questões, como qualificação de um investimento no âmbito da Convenção ou se uma das partes é - ou não - nacional de outro Estado Contratante¹⁴⁹.

A seguir, elencam-se as principais características e regras do *ICSID* individualizadas:

¹⁴⁷ Esta lei estabelece as bases gerais do investimento privado na República de Angola e define os princípios e o regime de acesso aos incentivos e outras facilidades concedidas pelo Estado a investimentos.

¹⁴⁸ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the executive directors on the Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other states*. [S.l.], Mar. 1965. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁴⁹ LEGUM, Barton; KIRTLEY, William. The status of the report of the executive directors on the ICSID Convention. *ICSID Review*, Washington, v. 27, n. 1, p. 1-13, 2012. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/Legum-Kirtley-ICSID-Review_Status-Of-Report-Of-Executive-Directors.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

2.2.1.1 Estrutura e Secretaria

O Centro *ICSID* tem como propósito facilitar a conciliação e a arbitragem de investimento entre Estado signatário e investidor de outro Estado signatário. Para cumprir sua missão, tem sede e secretaria instaladas junto do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento, além de um Conselho Administrativo e de listas de árbitros e de conciliadores¹⁵⁰. O Conselho Administrativo é composto por um representante de cada Estado contratante - normalmente, o Ministro de Finanças de cada país

Assim como nas arbitragens comerciais, o painel arbitral será composto por um número ímpar de participantes, sendo que se forem três membros, cada parte indicará um e, em comum acordo, designarão o terceiro, que será o presidente do Tribunal. Quanto à escolha dos árbitros, é interessante ponderar que, considerando-se as estatísticas do *ICSID*¹⁵¹, as cinco nacionalidades que tiveram mais árbitros indicados foram: Estados Unidos, França, Reino Unido, Canadá e Suíça; e, as regiões geográficas, a América do Norte e a Europa Ocidental ocupam 68% das indicações realizadas no *ICSID*.

Em que pese, os países que foram os mais requeridos em procedimentos são de regiões diversas daquelas com mais árbitros indicados, sendo estas: América do Sul e a Europa Oriental compondo 53% dos países requeridos em procedimentos *ICSID*. Porém, as duas regiões que apresentam mais árbitros indicados (América do Norte e Europa) estão em apenas 5% e 1%, respectivamente, como requeridas no painel arbitral¹⁵². Sendo que esta disparidade de regiões entre os árbitros indicados é um dos pontos que o *ICSID* sofre fortes críticas.

¹⁵⁰ Regulamento *ICSID*. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (*ICSID*). *ICSID Convention*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Convention.aspx>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

¹⁵¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (*ICSID*). *The ICSID Caseload: statistics: issue 2013-1*. Washington, DC, 2013. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2013-%201%20English.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁵² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (*ICSID*). *The ICSID Caseload: statistics: issue 2013-1*. Washington, DC, 2013. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2013-%201%20English.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

2.2.1.2 Procedimentos

O procedimento da arbitragem está estabelecido na CW e no Regulamento de Arbitragem, que trata desde o despacho de requerimento até o processamento da sentença arbitral. O referido Regulamento de Arbitragem é composto por cinquenta e seis regras, porém, o escopo deste trabalho não quer discorrer sobre todas elas, e sim, realizar um comparativo entre as arbitragens que ocorrem no âmbito do *ICSID*, com a arbitragem comercial envolvendo a administração pública brasileira, sem atentar ao regulamento de nenhuma câmara específica no Brasil. Nesse contexto, apenas importam as regras que podem ser utilizadas para fins de comparação.

Por se tratar de uma arbitragem que envolve partes de nações distintas, os árbitros devem ter nacionalidades diversas dos Estados envolvidos na disputa, a não ser que ambas as partes concordem com a indicação, e nenhum deles ter atuado em qualquer processo para a resolução do litígio em questão¹⁵³. Em adição, estes deverão assinar uma declaração referindo sua independência sobre o caso, se comprometendo com a confidencialidade do procedimento e da sentença arbitral e a fazer um julgamento justo e imparcial. O Tribunal composto determinará a sua própria competência, assim como as questões que não estejam relacionadas nas regras de arbitragem, além de se comprometer em julgar de acordo com as regras de direito estabelecidas pelas partes¹⁵⁴, aspectos muito similares a arbitragem comercial. Ainda, o Tribunal poderá adotar qualquer medida preventiva¹⁵⁵ para preservar o direito das partes, como penhorar ativos e preservar provas. Para essas medidas, é desnecessária a utilização de cortes nacionais: conforme Reed Paulsen e Blackaby, esta é uma das formas de demonstrar a autossuficiência do *ICSID*. No entanto, nada

¹⁵³ Regra nº 1 das Regras de Arbitragem do ICSID. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID Convention*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Convention.aspx>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

¹⁵⁴ Seção 3 do Capítulo IV da Convenção de Whashington. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID Convention*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Convention.aspx>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

¹⁵⁵ Artigo 47 da Convenção de Washington e Regra 39(5) das Regras de Arbitragem. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID Convention*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Convention.aspx>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

impede que as partes tenham acordado sobre poder solicitar medidas preventivas em outras cortes, para preservar seus direitos.

2.2.1.3 Jurisdição:

Antes de iniciar qualquer procedimento no *ICSID*, é necessário realizar uma análise sobre a jurisdição do Centro. O artigo 25 da CW fala especificamente sobre jurisdição, haja vista o *ICSID* não ser uma corte em *strictu sensu*, e sim, uma instituição com sistema próprio para deslindar controvérsias, com o litígio, devendo respeitar as diretrizes estabelecidas em seu regramento¹⁵⁶. O referido artigo que determina a jurisdição explicita quesitos que devem ser cumpridos para que uma controvérsia seja apta a ser dirimida por um tribunal arbitral *ICSID*. Seguindo os procedimentos da CW, no direito brasileiro, o termo jurisdição poderia ser melhor definido como competência¹⁵⁷, como mostra a redação do item (1) do artigo 25:

(1) - A competência do Centro abrangerá qualquer disputa de natureza jurídica diretamente decorrentes de um investimento, entre um **Estado Contratante (ou qualquer pessoa de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro)** e um **nacional de outro Estado Contratante**. Cujas submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas **as partes. Uma vez dado o consentimento** por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente¹⁵⁸. (tradução nossa). (grifo nosso).

Para que a disputa entre as partes seja considerada englobada na jurisdição do *ICSID*, cumpre atentar para os seguintes aspectos: (i) a natureza jurídica da disputa; (ii) se a disputa é decorrente de investimento; (iii) se envolve um Estado contratante e um nacional de outro Estado contratante; (iv) se há consentimento por escrito. Os itens (i) e (ii) se referem ao *ratione materiae* e o item (iii), ao *ratione*

¹⁵⁶ AUN, Daniel et al. Arbitragem como meio de solução de controvérsias em investimento: aspectos processuais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 61-144, 2011. Ed. especial.

¹⁵⁷ Na tradução oficial do *ICSID* para o francês, a mesma seção está nomeada como *De la Compétence du Centre* e, em espanhol, *Jurisdicción del Centro*.

¹⁵⁸ Art. 25: (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute rising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID Convention*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Pages/ICSID-Convention.aspx>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

personae. Os aspectos anteriormente mencionados serão analisados individualmente. Dolzer e Schreuer¹⁵⁹ asseveram que, nas minutas da CW, foram discutidos os conceitos de todos os itens, inclusive a limitação da natureza jurídica da disputa, que teve o intuito de excluir questões morais, políticas ou comerciais.

No que concerne à natureza jurídica da disputa - *ratione materiae* - deve sempre envolver questões legais, o que ficou definido para que não houvesse disputas políticas ou comerciais sendo decididas pelo Centro. Ademais, no Relatório dos Diretores Executivos¹⁶⁰, consta o esclarecimento de que meras disputas não são abrangidas pela jurisdição do Centro, pois o cerne do litígio deve ter como escopo um direito, uma obrigação, ou ainda, uma reparação pelo descumprimento de uma obrigação legal. Ou seja, o objeto da disputa, deve ser decorrente de um investimento. O Relatório dos Diretores Executivos referiu que não há definição de investimento, pois assim os Estados contratantes da Convenção poderiam definir o que gostariam de considerar como investimento em cada contrato ou tratado e, dessa forma, poderia ser submetido ao *ICSID*, em caso de controvérsia.

Outrossim, o artigo 25 (2) b¹⁶¹ - que trata do *ratione personae* - sublinha que estão abrangidas pela jurisdição as pessoas físicas e jurídicas de nacionalidade diversa do Estado hospedeiro. Para as pessoas jurídicas, há possibilidade maior de serem abarcadas pela jurisdição, sendo mais flexível a convenção. Por vezes, em tratados, criam-se critérios para definir a nacionalidade, principalmente, de pessoas jurídicas, sendo o mais comum considerar o local de consituição da empresa ou o local da administração da empresa, ou seja, onde está o poder decisório¹⁶². Por

¹⁵⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

¹⁶⁰ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the executive directors on the Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other states*. [S.l.], Mar. 1965. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁶¹ “Cláusula (b) do artigo 25 (2), qualquer pessoa jurídica que tem a nacionalidade de um Estado Contratante que não seja o Estado parte na controvérsia sobre a data em que as partes consentirem em apresentar a controvérsia à conciliação ou arbitragem e qualquer pessoa jurídica que teve a nacionalidade do Estado Contratante parte da disputa nessa data e que, por causa do controle externo, as partes chegaram a acordo deve ser tratado como um cidadão de outro Estado Contratante, para os fins da presente Convenção” (tradução nossa). INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. [Washington, DC], 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁶² DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 137.

outras, a pessoa jurídica que tem a nacionalidade do Estado hospedeiro, porém tem o controle de nacional estrangeiro, se for acordado pelas partes que determinada situação de nacionalidade seria considerada como um investidor estrangeiro, a disputa estará dentro da jurisdição do *ICSID*. Ainda, há casos em que os tratados bilaterais de investimento exigem, além do controle, o vínculo econômico ou a atividade efetiva da empresa no Estado em que alega ter nacionalidade¹⁶³.

Dolzer e Schreuer¹⁶⁴ ensinam que o procedimento formal para a determinação da jurisdição do Centro está presente nos artigos 28(3) e 36(3) da CW¹⁶⁵, em dispositivos que determinam que o Secretário Geral deve registrar o pedido¹⁶⁶ de arbitragem ou de conciliação, a não ser que ele verifique, com base nas informações contidas no pedido, que a disputa está manifestamente fora - ou dentro - da competência (jurisdição) do Centro.

2.2.1.4 Consentimento

Há arbitragens que são contratuais e aquelas que não são, no que se refere à forma de consentimento das partes. As primeiras são as mais tradicionais, apesar de as mais utilizadas para dirimir controvérsias de investimento serem as oriundas dos TBI - totalizando 63% dos registros de arbitragens no *ICSID*¹⁶⁷. O artigo 25 - que comporta a jurisdição do Centro - se refere ao necessário consentimento para ser instituído o litígio. Com a adesão, o Estado hospedeiro renuncia, de forma irrevogável, à imunidade judicial, não podendo buscar outra forma para solucionar a controvérsia,

¹⁶³ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 138

¹⁶⁴ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 82

¹⁶⁵ “ (3) O secretário-geral registra o pedido, salvo se considerar, com base nas informações contidas no pedido, que a disputa está manifestamente fora da competência do Centro. Ele deve notificar de imediato as partes do registro ou da recusa de registro” (tradução nossa). INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. [Washington, DC], 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁶⁶ O pedido deverá conter informações sobre as questões em disputa, a identidade das partes eo seu consentimento à arbitragem, de acordo com as regras de procedimento para a instituição de conciliação e arbitragem.

¹⁶⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *The ICSID Caseload: statistics: issue 2013-1*. Washington, DC, 2013. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2013-%201%20English.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

nem mesmo uma arbitragem por outra instituição¹⁶⁸. Destaca-se que o consentimento pode ser expresso em: a) leis de investimento, de forma mais genérica; b) tratados bilaterais de investimentos; c) tratados multilaterais, que envolvam o Estado hospedeiro e o Estado da nacionalidade do investidor; e d) contratos de investimento¹⁶⁹.

Analisando-se as diferenças e as semelhanças entre o consentimento do Estado e o do investidor, identifica-se que ambos podem expressar aceite via compromisso arbitral e cláusula compromissória, e podem utilizar a arbitragem *ICSID* por meio de lei interna do Estado hospedeiro e de tratados internacionais assinados pelos Estados de origem do investidor e do país hospedeiro. Entretanto, o investidor expressa seu consentimento, via de regra, para uma questão específica; já o Estado hospedeiro poderá expressar seu aceite por meio de lei interna que será válida para todo e qualquer caso com investidor que se enquadre no requisitos legais. Costadescreve que

Quando o Estado dá o consentimento em uma lei nacional ou em um tratado internacional, **há abertura de uma oferta, a qual pode ser aceita pelo investidor a qualquer momento**, podendo ocorrer mediante a própria submissão do caso à arbitragem¹⁷⁰. (grifo nosso).

Reforça-se que a ratificação da CW não é o consentimento à arbitragem, mas uma aceitação do sistema cuja utilização necessita de um *aceite* expresso. A análise da forma como foi realizado o consentimento é necessária para dar início a arbitragem. O artigo 25 do regulamento do *ICSID* determina que deva ser por escrito e, após a concessão, não poderá ser alterado unilateralmente, mesmo que inicialmente seja um ato unilateral, como por exemplo, uma lei nacional de investimentos sancionada pelo Estado hospedeiro. Ademais, estando a disputa abrangida pela CW, a proteção diplomática está vedada pelo artigo 27, com exceção de duas situações: (I) se o Estado hospedeiro não cumprir a sentença do *ICSID*; e, (ii)

¹⁶⁸ Artigo 26 da Convenção de Washington. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. [Washington, DC], 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁶⁹ REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 12.

¹⁷⁰ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 213.

se forem realizadas diligências diplomáticas informais, com a única finalidade de facilitar a resolução do litígio.

2.2.1.5 Direito Aplicável

Além das regras constantes na CW, o Tribunal Arbitral deverá avaliar quais devem ser as regras de direito aplicáveis ao caso. Para Dolzer e Scheurer¹⁷¹, este é um item seguidamente considerado como o mais sensível nos contratos e nos acordos sobre a resolução das disputas de investimentos. Isso porque investimentos são complexos e envolvem diversas transações em variados ramos do direito, e

[...] são tipicamente operações complexas, que envolvem diferentes transações e de diferentes tipos. Muitas destas transações são realizadas nos termos da lei local e terão conexão com a legislação do Estado hospedeiro. A legislação relevante envolve direito comercial, direito das sociedades, direito administrativo, direito do trabalho, direito tributário, regulamentação cambial, direito imobiliário, e muitas outras áreas do sistema jurídico do país hospedeiro. Ao mesmo tempo, a aplicação do direito internacional dá a garantia ao investidor que o padrão mínimo internacional será observado¹⁷². (tradução nossa).

Segundo Reed, Paulsson e colaboradores¹⁷³, quando se trata de direito aplicável nas arbitragens de investimento, quatro pontos devem ser observados: (i) qual o direito que rege a validade da convenção arbitral; (ii) quais as regras que orientam o procedimento de arbitragem em si; (iii) qual o direito que determina o direito material da disputa; e (iv) qual o direito que dever ser aplicado se houver conflito de leis sobre a legislação referente ao direito material.

Todavia, como convencionou o regulamento do *ICSID*, caso a escolha do direito aplicável nos quatro aspectos supra não esteja antecipadamente acordada pelas partes, ou elas não entrem em um consenso, caberá ao Tribunal aplicar a CW. Isto é, preferencialmente são as partes que indicam qual legislação que deve ser aplicada,

¹⁷¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 408.

¹⁷² DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 408

¹⁷³ REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 23-51.

mas se não o fizerem, caberá ao Tribunal. Então, não havendo consenso, de acordo com o artigo 42 da CW¹⁷⁴, o Tribunal deverá aplicar as regras do país contratante, incluindo as normas sobre conflitos de legislação. Porém, como anteriormente detectado, a maioria dos casos do *ICSID* são oriundos de TBIS ou de APPRIS que já tratam das regras de direito que devem ser aplicadas para a resolução de uma controvérsia¹⁷⁵.

Isto posto, as regras do direito internacional deverão ser aplicadas pelo Tribunal, se forem coerentes com o caso. Salienta-se que o Tribunal não poderá alegar *non liquet*, ou seja, impossibilidade de julgar com base em alguma obscuridade do direito aplicável. Sobre as regras aplicadas ao procedimento, estas devem estar de acordo com o regulamento do *ICSID* - exceto se convencionado de forma diversa pelas partes. Mas, as partes não devem tentar alterar o procedimento do *ICSID*, ao menos que tenham certeza de que as regras não são conflitantes e serão aceitas¹⁷⁶.

As regras de direito aplicável do *ICSID*, para Bishop¹⁷⁷, são similares às da arbitragem comercial internacional. No entanto, constata-se algumas diferenças, como por exemplo que, nas arbitragens de investimento, o direito internacional acaba sendo parte da legislação aplicável. Quando se discute Direito Internacional de Investimentos, verificam-se três principais fontes diretas de direito internacional, a saber: (i) tratados e convenções; (ii) costumes internacionais; (iii) “*general principals of law*” - princípios gerais do direito internacional - embora as convenções e os tratados só se apliquem aos Estados que assinaram, a não ser que já tenham se tornado costume de direito internacional, por sua grande utilização¹⁷⁸.

¹⁷⁴ “(1) O Tribunal julgará em conformidade com as regras de direito que possam ser acordadas pelas partes. Na ausência de tal acordo, o Tribunal aplicará a lei do Estado Contratante na disputa (incluindo as regras sobre o conflito de leis) e as regras de direito internacional, se aplicável caso. (2) O Tribunal não decidirá *non liquet* em razão do silêncio ou obscuridade da lei. (3) As disposições dos parágrafos (1) e (2) não prejudicam o poder do Tribunal para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se as partes assim acordarem”. (tradução nossa). INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. [Washington, DC], 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁷⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1, p. 224.

¹⁷⁶ REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 23-51.

¹⁷⁷ BISHOP, Doak R.; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign investment disputes: cases, materials and commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005. p. 624.

¹⁷⁸ KLYKOVA, Kristina. Features of international investment arbitration. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 181-215.

2.2.1.6 Execução e Anulação de Sentença

As sentenças são terminativas, não sendo possível apresentar apelação ou qualquer outro recurso, a não ser os especificados na CW, que são: suplementação e retificação, interpretação, revisão e anulação. Além do mais, a execução das sentenças se concretiza através das autoridades dos Estados contratantes. Sendo assim, o procedimento para a execução é da legislação interna do país hospedeiro no qual é requerida a execução, e a sentença deve ser tratada como final da jurisdição nacional¹⁷⁹. Não é possível também recorrer nem à Corte Internacional de Justiça ou a qualquer outra corte internacional ou nacional. O artigo 54 da CW menciona a obrigação de execução, como prevê em sua redação:

(1) Cada Estado Contratante reconhece a sentença proferida nos termos da presente Convenção, como uma obrigação e as obrigações pecuniárias impostas por essa sentença dentro de seus territórios, **como se fosse uma decisão final de um tribunal deste Estado**. Um Estado Contratante, com uma constituição federal, poderá determinar a execução da sentença por intermédio dos seus tribunais federais e pode prever que tais tribunais devam tratar o sentença como se fosse uma decisão final dos tribunais de um dos Estados federados¹⁸⁰. (tradução nossa). (grifo nosso).

A única possibilidade de suspensão da execução se dá quando são requeridos os procedimentos de interpretação, de revisão e de anulação pendentes de julgamento. O procedimento de interpretação visa esclarecer pontos que já foram decididos na sentença. Em decisão do *ICSID*, foi firmada a necessidade de relevância prática para propor esse pedido, em que pese não haver prazo para solicitar. Já o procedimento de revisão de sentença pode ser solicitado em até noventa dias, se novos fatos capazes de alterar a decisão proferida surgirem após a decisão

¹⁷⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Course on dispute settlement*. 2.1 overview. New York, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/edmmisc232overview_en.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁸⁰ "(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state". INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. [Washington, DC], 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

definitiva¹⁸¹. Finalmente, a anulação da sentença é bem diferente dos demais recursos, a começar pelo procedimento, pois o requerimento deve ser submetido a um *ad hoc committee*, que será constituído especificamente para tal fim. Além disso, um pedido de anulação exitoso fará com que a sentença original seja anulada e se sobreponha uma inteiramente nova, proferida por uma diferente composição de tribunal arbitral¹⁸².

O artigo 52 da CW designa que o pedido para a anulação poderá ser realizado em, no máximo, 120 dias após a publicação da sentença, desde que haja pelo menos os seguintes motivos: (i) o Tribunal não tenha sido devidamente constituído; (ii) o Tribunal extrapolou as suas competências; (iii) algum membro do Tribunal se envolveu com corrupção; (iv) houve grave falha no cumprimento de alguma regra fundamental do procedimento; e (v) a sentença não estava fundamentada.

Quanto ao aspecto formal da sentença, não se detectam grandes variações das demais decisões arbitrais, ou seja, deve conter designação das partes, decisões sobre todas as questões apresentadas, assim como a sua fundamentação, se houver divergência, entre os árbitros, que deve ser incluída na sentença¹⁸³. Sobre a execução da sentença do *ICSID*, como abordado, deve ser tratada como sentença final de Corte nacional do país hospedeiro. No sistema *ICSID*, pode-se dizer que a execução efetiva é composta por três etapas: reconhecimento, *enforcement* e execução.

A primeira delas - o reconhecimento - é realizada pelo Estado contratante que analisa as condições formais da sentença, com base na lei nacional ou na convenção internacional aplicável. A segunda etapa - o *enforcement* - pode variar a forma, mas, a finalidade é uma declaração do país executado que a sentença arbitral é executável, reconhecendo que é autêntica. Por fim, a terceira etapa se refere ao recebimento monetário pela parte vencedora, que requer suporte dos tribunais locais para forçar a

¹⁸¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 429.

¹⁸² REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 159-177.

¹⁸³ REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 123-157.

execução, por meio de penhora de valores e de bens¹⁸⁴⁻¹⁸⁵. Ademais, as Cortes nacionais não podem examinar, alterar ou expressar qualquer juízo de valor sobre as sentenças arbitrais *ICSID*, nem mesmo no que tange à violação da ordem pública ou de questões análogas¹⁸⁶. Na medida que a execução não for cumprida, a parte prejudicada pode invocar a proteção diplomática, como prevê o artigo 27 da CW¹⁸⁷, assim como a Corte Internacional de Justiça, em conformidade com o artigo 64 da CW¹⁸⁸, porém a referida forma de pressão ainda não ocorreu em nenhum caso¹⁸⁹.

Quando se analisa a execução de sentenças provenientes de arbitragens de investimento, é relevante discutir sobre a Imunidade do Estado, que é regulada pelo direito internacional consuetudinário, cuja origem está em decisões de cortes nacionais¹⁹⁰ que seguidamente fazem distinção entre propriedade comercial e não comercial. Logo, a execução é permitida sobre a primeira e não sobre bens que

¹⁸⁴ Artigo 54 da Convenção de Washington. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. [Washington, DC], 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁸⁵ REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 179-190.

¹⁸⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 431.

¹⁸⁷ Art 27 da CW: “(1) Nenhum dos Estados Contratantes poderá dar proteção diplomática, ou trazer uma reivindicação internacional, no que diz respeito um dos seus nacionais e outro Estado Contratante, que tenham consentido submeter ou hajam submetido à arbitragem nos termos da presente Convenção, a menos que tal outro Estado Contratante falhe em agir de acordo com a sentença proferida em tal disputa. (2) A proteção diplomática, para os fins do parágrafo (1), não incluem intercâmbios diplomáticos informais com a única finalidade de facilitar a resolução do litígio”. (tradução nossa). (grifo nosso). INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. [Washington, DC], 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁸⁸ Art 64 da CW: “Qualquer litígio entre Estados Contratantes sobre a interpretação ou aplicação da presente Convenção que não seja resolvido por negociação deverá ser levado ao Tribunal Internacional de Justiça, a aplicação de qualquer das partes em litígio, a menos que os Estados interessados concordem com outra forma de resolução”. (tradução nossa). INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. [Washington, DC], 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁸⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Dispute settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes: 2.9 binding force and enforcement*. New York: United Nations, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add8_en.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

¹⁹⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Dispute settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes: 2.9 binding force and enforcement*. New York: United Nations, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add8_en.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

realizem atividades governamentais¹⁹¹. Mas há controvérsias: se a finalidade da propriedade é o único critério utilizado para fins de execução, podem também ser analisados os vínculos do bem com o caso específico ou a sua origem. Ademais, há debate sobre a natureza dos ativos que podem ser executados, se são comerciais ou se servem para propósitos governamentais. Como exemplo, estão as contas bancárias do Estado: seria difícil determinar sua finalidade¹⁹², inclusive é bastante comum os Estados terem contas em outros países para missões diplomáticas¹⁹³ e outros fins, possibilitando ao investidor buscar a execução de um bem fora do território do Estado hospedeiro. O respeito à imunidade aparece no artigo 55 da CW e, com isso, os investidores tentam incluir cláusulas nos contratos de investimentos nas quais o Estado hospedeiro renuncie tal prerrogativa, apesar da convenção de arbitragem, por vezes, ser considerada como renúncia tácita dessa imunidade¹⁹⁴.

2.2.1.7 Confidencialidade

Uma das características do processo arbitral que é vista como vantagem pelas partes. Ocorre que, em arbitragens de investimento, há questões que envolvem o interesse público, o que demanda a necessidade maior de transparência¹⁹⁵. Acerca disso, o artigo 22 das Regras Administrativas e Financeiras determina que, nas arbitragens *ICSID*, o Secretário Geral publique informações sobre todos os registros de arbitragem e de conciliação, bem como o método e o término de cada processo. E, se ambas as partes concordarem, podem ser divulgadas as sentenças e outros documentos do processo.

¹⁹¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 432.

¹⁹² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Dispute settlement*. International Centre for Settlement of Investment Disputes: 2.9 binding force and enforcement. New York: United Nations, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add8_en.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

¹⁹³ A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 protege bens vinculados a atividades diplomáticas, por não incluírem expressamente contas bancárias.

¹⁹⁴ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign Investment disputes: cases, materials, and commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005. p. 17.

¹⁹⁵ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 406.

O objetivo de publicizar as informações é o desenvolvimento do direito internacional dos investimentos e, por isso, Lucy, Paulson e colaboradores¹⁹⁶ assegura que o Secretário Geral, de fato, busque e incentive o consentimento das partes para a publicação, sendo hoje a maioria das sentenças do ICSID disponíveis. A partir das emendas de 2006 ao Regulamento de Arbitragem do *ICSID*, se a Secretaria não conseguir o consentimento das partes para publicar a sentença, deve publicar ao menos trechos da motivação jurídica das decisões arbitrais do *ICSID*, conforme dispõe a redação de regra 48(4), chamada de Apresentação da Sentença.

Newcomb¹⁹⁷, em seu artigo sobre a confidencialidade na arbitragem de investimento, aborda dois casos emblemáticos. O primeiro deles, de 2008, o *Biwater Gauff (Tanzania) Limited versus United Republic of Tanzania - Case No. ARB/05/22*¹⁹⁸, em que o Tribunal entendeu que a CW não institui um direito geral de confidencialidade nas arbitragens *ICSID*. No mesmo sentido, o caso *Giovanna Beccara and others v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/07/5* discorre sobre confidencialidade e transparência do procedimento, restando definido de forma mais completa que a transparência na arbitragem de investimento deverá ser encorajada para promover a governança dos Estados e o desenvolvimento através de *case law*¹⁹⁹. Porém, essa transparência não deverá se sobrepôr à proteção da informação privilegiada. O Tribunal decidirá sobre o assunto em uma base de caso a caso, buscando o equilíbrio do interesse geral de transparência com os interesses específicos de confidencialidade de certas informações e documentos²⁰⁰.

¹⁹⁶ REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 01-22.

¹⁹⁷ NEWCOMBE, A *Confidentiality in investment treaty arbitration*. [S.l.], 03 mar. 2010 disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/03/03/confidentiality-in-investment-treaty-arbitration/>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

¹⁹⁸ Os documentos disponíveis sobre este caso podem ser encontrados no sítio <http://www.italaw.com/cases/157>, incluído a Ordem Processual nº 3 que trata da confidencialidade.

¹⁹⁹ Precedentes judiciais

²⁰⁰ NEWCOMBE, A *Confidentiality in investment treaty arbitration*. [S.l.], 03 mar. 2010 disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/03/03/confidentiality-in-investment-treaty-arbitration/>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

2.2.2 Mecanismo Adicional do *ICSID*

Em 1978²⁰¹, se abriu a possibilidade para que fossem permitidas arbitragens e/ou conciliações de Estados não signatários da CW e de investidores estrangeiros, oriundos de países não signatários pelo chamado *Additional Facility* - conforme doutrina majoritária em português, nomeado como Mecanismo Complementar²⁰². O mecanismo, sem regulamento próprio, foi criado para ter duração de cinco anos, com a principal finalidade de divulgar o *ICSID* para os países que ainda não eram signatários, como por exemplo, os da América Latina, dentre eles, a Argentina, a Bolívia, o Chile e o Paraguai. No entanto, com a grande utilização, em 1984, se tornou permanente²⁰³. Sua adoção permitiu que o *ICSID* e sua estrutura fossem utilizados para casos fora do escopo ou da jurisdição da CW, quais sejam: (i) procedimentos de produção de provas; (ii) arbitragem e conciliação entre Estado hospedeiro e investidor, em que um deles é oriundo de país não signatário da CW; (iii) arbitragem e conciliação sobre a matéria que não seja relacionada ao investimento, desde que não se trate de uma transação comercial ordinária²⁰⁴. Para tanto, além do regulamento do mecanismo adicional, existem as regras específicas para a arbitragem, para a conciliação e para o procedimento de produção de provas, que são anexos do referido regulamento²⁰⁵.

No sistema de produção de provas, há possibilidade adicional que não é abarcada pela CW - a formação de um comitê para executar o trabalho e a parte não obrigada a participar. Após o procedimento, com a análise de documento, a oitiva de

²⁰¹ Desde então as regras deste mecanismo sofreram alterações em 2002 e em 2006, estas continuam vigente até o momento. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID arbitration (Additional facility) rules*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Arbitration-\(Additional-Facility\)-Rules.aspx](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Arbitration-(Additional-Facility)-Rules.aspx)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

²⁰² Como o mecanismo complementar não é base para a comparação escopo deste trabalho, será abordado superficialmente, sendo discutidos apenas pontos de maior relevância.

²⁰³ COSTA, José A. F.; CARREGARO, Ana Carolina. C.; ANDRADE, Thiago P. de. Mecanismo complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 59-76, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rd-06_5_pp.059-076_mecanismo_complementar_do_icsid_jose_augusto_costa_ana_carolina_carregaro_thiago_p_edroso_de_andrade.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2014.

²⁰⁴ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign investment disputes: cases, materials, and commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005. p. 415.

²⁰⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID arbitration (Additional facility) rules*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Arbitration-\(Additional-Facility\)-Rules.aspx](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Arbitration-(Additional-Facility)-Rules.aspx)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

testemunhas e outros processos, o Comitê emite um relatório que se limita à produção de provas, sem nenhuma recomendação, em que as partes são inteiramente livres quanto ao cumprimento dos efeitos²⁰⁶⁻²⁰⁷.

Quanto à arbitragem pelo Mecanismo Adicional, além da maior abrangência por incluir países não signatários da CW e matérias que não somente o IED, outra diferença crucial está no reconhecimento e nas execuções das sentenças, visto que não há vinculação direta como nas arbitragens tradicionais *ICSID*. Dessa feita, o artigo 19²⁰⁸ determina que o processo de arbitragem pelo Mecanismo Adicional deve ser realizado somente em Estados que são parte na Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento de 1958 (Convenção de Nova Iorque) e na de Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, assim tornando a execução vulnerável e comprometida²⁰⁹. E, por fim, insta mencionar que na utilização do mecanismo adicional não há limitação da aplicação da Proteção Diplomática, por este não ser regido pelas regras da CW.

2.2.3 Críticas ao Sistema *ICSID*

Apesar do crescente uso da arbitragem *ICSID*, o sistema recebe várias críticas de alguns juristas conceituados da comunidade do direito internacional, como Gus Van Harten, o qual depreende que

O regime de investimento baseado em tratados incorpora um dos sistemas mais poderosos de julgamento internacional na história moderna. Este sistema **de realoca poderes dos estados para os**

²⁰⁶ COSTA, José A. F.; CARREGARO, Ana Carolina. C.; ANDRADE, Thiago P. de. Mecanismo complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 59-76, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rd-06_5_pp.059-076_mecanismo_complementar_do_icsid_jose_augusto_costa_ana_carolina_carregaro_thiago_p_edroso_de_andrade.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2014.

²⁰⁷ Capítulo III do Anexo sobre a Produção de Provas do Mecanismo Complementar. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID additional facility rules*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Additional-Facility-Rules.aspx>>. Acesso em: 05 out. 2014.

²⁰⁸ Artigo 19 – “Limitação de Escolha do Fórum - O processo de arbitragem deve ser realizado somente em Estados que são partes na Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento 1958 e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”. (tradução nossa). INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID additional facility rules*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: . Acesso em: 05 out. 2014.

²⁰⁹ REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 16.

empresas multinacionais e de tribunais nacionais para a indústria de arbitragem privada²¹⁰. (tradução nossa; grifo nosso).

Dentre os principais pontos criticados, constam: (i) questões de direito público decididas por árbitros que, muitas vezes, são especialistas em direito privado, alguns com formação privatista que protege a economia privada e os contratos, visto que têm o poder de disciplinar os conceitos de padrões como justo e equitativo, expropriação e outros; e (ii) os estímulos dos árbitros são diferentes de juízes de carreira, o que pode levar ao benefício dos investidores²¹¹.

No que tange aos árbitros e seus estímulos, outro ponto levantado por Harten²¹² averigua as decisões sobre pleitos de investidores, as quais se concentram em árbitros dos principais Estados exportadores de capital, o que pode tendenciar as decisões. Além disso, se as partes requerem a anulação da sentença, quem delibera quanto ao árbitro e ao comitê *ad hoc* é a secretaria institucional do *ICSID*, que pode ter interesse em beneficiar os investidores que, em geral, são os requerentes.

Outra crítica bastante recorrente ao sistema se deve ao alto custo e à complexidade, o que acaba por prejudicar aqueles Estados receptores de investimentos, que têm menos recursos financeiros, tendo em vista que ocorre exatamente o inverso com os investidores, nos quais 20% são empresas que já apareceram na *Fortune 500*²¹³ e alguns têm receita bruta operacional superior ao país contra o qual estão litigando²¹⁴. Nesse contexto, resta claro que a arbitragem por meio do *ICSID*, apesar de ser o sistema mais utilizado para a resolução de controvérsias de investimento, ainda necessita de aprimoramento, principalmente no que toca às garantias de imparcialidade entre Estados em desenvolvimento e investidores.

²¹⁰ HARTEN, Gus Van. Five justifications for investment treaties: a critical discussion. *Trade, Law and Development*, Jodhpur, v. 2, n. 1, 2010. Disponível em: <[http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/2\(1\)%20TL%26D%2019%20\(2010\)/38](http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/2(1)%20TL%26D%2019%20(2010)/38)>. Acesso em: 12 jan. 2015.

²¹¹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1, p. 242.

²¹² HARTEN, Gus Van. Five justifications for investment treaties: a critical discussion. *Trade, Law and Development*, Jodhpur, v. 2, n. 1, 2010. Disponível em: <[http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/2\(1\)%20TL%26D%2019%20\(2010\)/38](http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/2(1)%20TL%26D%2019%20(2010)/38)>. Acesso em: 12 jan. 2015.

²¹³ Publicação com ranking internacional de classificação das 500 maiores corporações em todo o mundo, com base na receita de cada uma delas.

²¹⁴ TRAKMAN, Leon E. The *ICSID* under siege. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 45, p. 603-665, 2012. Disponível em: <<http://www.lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Trakman-final.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

2.2.4 Análise de Casos *ICSID*

Para tratar das características da arbitragem *ICSID*, além da análise do regulamento, recorre-se às decisões, de casos concretos, proferidas pelo Tribunal da instituição, com o intuito para dar maior subsídio e clareza na comparação que será realizada no último capítulo deste trabalho. A seleção de casos ocorreu em decorrência da leitura de diversos artigos que apontaram esses casos como paradigmáticos e nas decisões davam ênfase aos quesitos de comparação que são tratados neste estudo.

A partir disso, buscaram-se os documentos oficiais publicados, como sentenças, petições e ordens processuais, possibilitando a discussão sobre cada um dos casos de forma detalhada²¹⁵.

2.2.4.1 Jurisdição

Apresentam-se três casos que discorrem sobre a jurisdição do *ICSID*. O primeiro confere o consentimento das partes e os outros dois versam sobre a arbitrabilidade:

(i) *Consentimento – Caso: SPP - Southern Pacific Properties Ltd. versus República Árabe do Egito, ICSID no. ARB/84/3*²¹⁶- Em 1976, a *SPP* - empresa oriunda de Hong Kong - firmou um contrato com o Governo do Egito com a criação de uma *joint venture* para desenvolver um complexo turístico internacional nas Pirâmides do Egito. O desenvolvimento do projeto já havia iniciado quando, em 1978, como resultado da oposição parlamentar, o Governo cancelou a execução do projeto, mesmo o investidor tendo dispendido altos montantes e vendido lotes de construção a terceiros²¹⁷. A *SPP*, investidor estrangeiro, então buscou a resolução do litígio por uma arbitragem CCI embasada na cláusula inserida em contrato subsidiário ao

²¹⁵ Alguns foram mais aprofundados neste trabalho devido ao nível de complexidade e à incidência de informações significativas ao estudo

²¹⁶ Informações no site do *ICSID* publicadas sobre este caso. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (*ICSID*). *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3)*. Washington, DC, 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/84/3>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²¹⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (*ICSID*). *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*. [S.l.], 1992. Disponível em: <http://www.biicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

contrato de investimento - que determinava essa câmara de arbitragem como sede para a resolução de controvérsias. No mesmo ano, foi publicada a sentença da CCI condenando o Egito ao pagamento de indenização por danos, a qual foi anulada pela Corte de Paris. A anulação teve como fundamentação a ausência de jurisdição, já que não havia prova de consentimento do Egito para submeter o litígio a uma arbitragem no âmbito da CCI.

Assim, em 1984, o investidor apresentou a mesma controvérsia para uma arbitragem *ICSID*, já que este era o Tribunal que constava como competente na lei nacional do Egito. No pedido de compensação, alegou que Egito havia descumprido acordos, gerando a expropriação de investimentos. Contudo, mesmo a arbitragem ocorrendo via *ICSID*, o Egito contestou a jurisdição novamente, sendo a manifestação contraditada pelo requerente, que afirmou que o Estado havia dado seu consentimento expresso quando promulgou a legislação interna (pela Lei nº 43/1974), que se iguala a uma autorização por escrito. Por outro lado, o Egito argumentou que o direito da SPP de ingressar com a ação havia precluído, pois havia ingressado em outra Instituição.

Em suma, a discussão sobre a jurisdição se concentrou principalmente na interpretação sobre se o consentimento deveria ser restritivo, já que havia uma cláusula compromissória na legislação nacional determinando a arbitragem via *ICSID* e um compromisso arbitral em contrato subsidiário. Na sentença, o Tribunal entendeu que os instrumentos jurisdicionais não devem ser interpretados nem expansivamente, nem restritivamente, mas de forma objetiva e com base na boa-fé, concordando com a administração do conflito pelo Centro *ICSID*. Quanto ao mérito, o *ICSID*, com base na lei do Estado hospedeiro e no direito internacional, considerou que as ações do Egito constituíram desapropriação do investimento do requerente, condenando aquele a pagar uma *compensação equitativa* para o valor do expropriado investimento²¹⁸.

Este caso tem relevância, pois demonstra a aplicação do princípio da boa-fé pelo Tribunal em questões envolvendo o consentimento à arbitragem *ICSID* e, que uma vez o consentimento expresso em legislação interna, o Estado não pode alterar a disposição unilateralmente, para evitar uma resolução de litígio por arbitragem.

²¹⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*. [S.l.], 1992. Disponível em: <http://www.biicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

(ii) Arbitrabilidade - *Ratione Personae* - Caso: *Amco Asia Corporation e outros v. República da Indonésia*, *ICSID Case No. ARB/81/1*²¹⁹- Este caso atenta para a discussão de jurisdição *ratione personae*, destacando-se, também, pelo excesso de poder do Tribunal. O caso envolveu a *Amco Asia Corporation* - empresa com sede no Estado de Delaware, Estados Unidos - juntamente com duas empresas coligadas, a *Pan American Development Ltd.* - empresa incorporada em Hong Kong - e a *P.T. Amco Indonésia*, sociedade regida sob as leis da Indonésia e em oposição ao Governo da República da Indonésia. O grupo de investidores instaurou um processo de arbitragem no *ICSID* contra a República da Indonésia, em janeiro de 1981, em razão de uma disputa decorrente do acordo para a construção e a gestão de um hotel em Jacarta. Na primeira sentença, o Tribunal decidiu em favor dos requerentes, determinando a compensação financeira²²⁰. Ocorre que o Estado da Indonésia conseguiu a anular a sentença, com base no artigo 52 da CW, com as fundamentações de má aplicação da lei nacional da Indonésia, de ausência de motivação em pontos da sentença²²¹ e de excesso de poder do Tribunal²²². Em 1987, a disputa foi novamente submetida ao *ICSID* sob a composição de um novo Tribunal, que tinha como objetivo inicial definir os limites de jurisdição.

Quanto ao aspecto da jurisdição - *ratione personae* foram tratados dois pontos neste caso: (i) a *P.T. Amco*, subsidiária regida pelas leis da Indonésia, vinha sendo tratada como empresa estrangeira, mesmo não havendo disposição expressa no acordo das partes; (ii). A Indonésia soube que a *Amco Asia Corporations* foi dissolvida

²¹⁹ Informações no site do ICSID publicadas sobre este caso tem um fator interessante, pois é dos poucos casos ICSID que teve a sentença arbitral anulada duas vezes. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1)*. Washington, DC, 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/81/1&tab=D OC>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²²⁰ Notas oficiais do *ICSID* introdutórias do caso. CASES: introductory note. *ICSID Review: foreign investment law journal*, Washington, DC, v. 3, p. 159-165, 1988. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC662&caseId=C126>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²²¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia v Republic of Indonesia ('AMCO v Indonésia')*. [S.l.], 1992. Disponível em: <http://biicl.org/files/3936_1990_amco_v_indonesia.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²²² SCHATZ, Sylvia. The effect of the annulment decisions in *amco v. Indonesia* and *klockiver v. Cameroon* on the future of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes. *American University International Law Review*, Washington, v. 3, n. 2, p. 481-515, 1988. Disponível em: <<http://www.auilr.org/pdf/3/3-2-6.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

um mês após a sentença e, por esse motivo, alegou que a empresa havia sido criada para dar aparência e status de reclamante²²³.

No entanto, o Tribunal, em ambas as situações afirmou a sua competência. Como o Estado tinha conhecimento de que a subsidiária da *Amco* de nacionalidade indonésia estaria no abrigo da jurisdição *ICSID*, fortaleceu seu argumento, decretando que o Estado hospedeiro estava consciente e considerava a *PT Amco* como empresa estrangeira²²⁴, aplicando novamente na decisão o princípio da boa-fé. Em trecho da decisão, estipulou-se que

(A) convenção de arbitragem não é para ser interpretada de forma restritiva, nem em termos gerais ou liberal. É para ser construída de uma forma que leva a descobrir e respeitar a vontade comum das partes: tal método de interpretação é aplicação fundamental do princípio *pacta sunt servanda*, um princípio comum, de fato, a todos os sistemas de direito interno e ao direito internacional. Por outro lado - **qualquer convenção, incluindo - um princípio geral de direito para arbitrar, deve ser interpretada de boa fé, isto é, tomando em conta as consequências dos compromissos das partes [...]**²²⁵. (tradução nossa). (grifo nosso).

Quanto à desconstituição da *Amco Ásia*, o Tribunal reiterou a sua jurisdição, ao entender, com base nas leis do Estado de Delaware, que a *Amco Asia* continuava existindo para fins da disputa em questão, mesmo havendo encerrado suas atividades dentro das leis daquele local²²⁶.

O caso *Amco Asia Corporation versus República da Indonésia*, que esteve sob o âmbito do *ICSID* por mais de dez anos²²⁷, é citado, por diversas vezes, pela doutrina. E, é importante para este estudo, pois, demonstra na prática uma discussão sobre

²²³ Notas oficiais do *ICSID* introdutórias do caso Notas oficiais do *ICSID* introdutórias do caso. CASES: introductory note. *ICSID Review: foreign investment law journal*, Washington, DC, v. 3, p. 159-165, 1988. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC662&caselId=C126>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²²⁴ SCHATZ, Sylvia. The effect of the annulment decisions in *amco v. Indonesia* and *klockiver v. Cameroon* on the future of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes. *American University International Law Review*, Washington, v. 3, n. 2, p. 481-515, 1988. Disponível em: <<http://www.auilr.org/pdf/3/3-2-6.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²²⁵ Decision on Jurisdiction of May 10, 1988, 3 *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal* (*ICSID Rev.—FILJ*) 166 (1988); 27 *ILM* 1281 (1988); 3 *Int'l Arb. Rep.*, No. 6, at Sec. A (June 1988); 14 *Y.B. Com. Arb.* 92 (1989) (excerpts); 89 *I.L.R.* 552 (1992); 1 *ICSID Rep.* 543 (1993); French translation of English original in 116 *Journal du droit international* 143 (1989) (excerpts)

²²⁶ *AMCO v. Republic of Indonesia*. [S.I.], 27 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.dipublico.org/1780/amco-v-republic-of-indonesia/>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

²²⁷ Iniciou em fevereiro de 1981 e encerrou em dezembro de 1992.

nacionalidade de investidores e como o Tribunal se posicionou para decidir sobre a arbitralidade subjetiva.

(iii) Arbitralidade Caso: *Ratione Materiae* – CSOB *versus* República da Eslováquia (ICSID Case No. ARB/97/4)²²⁸- o Ceskoslovenska Obchodni Banka (CSOB), banco comercial da República Checa, ingressou com um requerimento de arbitragem perante o ICSID contra a República da Eslováquia, fundamentado em um acordo bilateral entre os dois países. A controvérsia se referia à violação do Acordo sobre os Princípios Básicos de uma Consolidação Financeira do CSOB - ou Acordo de Consolidação - projetado para facilitar a privatização do CSOB e sua operação nas Repúblicas Checa e Eslovaca, após a sua separação²²⁹⁻²³⁰.

A República da Eslováquia alegou que o ICSID não teria jurisdição para decidir sobre a disputa em questão, primeiramente pela divergência ser decorrente de um empréstimo com finalidade de reestruturação intergovernamental - e não de um investimento. Em adição, argumentou-se que seria uma questão política.

Quanto à questão política o Tribunal avaliou que mesmo quando há questões dessa natureza em ações governamentais, as disputas sobre o tema não perdem o caráter legal, pois dizem respeito aos direitos, às obrigações legais ou às consequências de suas violações²³¹. Sobre o conceito de investimento, o Tribunal percebeu que, no Acordo de Consolidação, as partes aceitaram a jurisdição do ICSID e isso pressupunha que as partes entendiam que se tratava de um investimento.

²²⁸Informações obtidas no site do ICSID publicadas sobre este caso: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic (ICSID Case No. ARB/97/4)*. Washington, DC, 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/4&tab=DOC>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²²⁹ Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Case no. ARB/97/4 Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (Claimant) versus The Slovak Republic (Respondent). *ICSID Review: foreign investment law journal*, Washington, DC, v. 14, n. 1, p. 251-283, 1999. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC556_En&caseId=C160>. Acesso em: 10 fev. 2015.

²³⁰Notas oficiais do ICSID introdutórias do caso. STEVENS, Margrete. Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic (ICSID Case No. ARB/97/4): introductory note. [S.l., 1999]. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=C555&caseId=C160>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

²³¹ Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Case no. ARB/97/4 Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (Claimant) versus The Slovak Republic (Respondent). *ICSID Review: foreign investment law journal*, Washington, DC, v. 14, n. 1, p. 251-283, 1999. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC556_En&caseId=C160>. Acesso em: 10 fev. 2015.

Este argumento é arrematado pela própria CW, pois nesta são duas as formas para ter jurisdição pertinente à definição de investimento: (i) se a disputa é vinculada diretamente a um investimento, como determina a CW; e (ii) se as partes definiram o litígio como investimento²³². Em que pese, o Estado ter alegado que, além de o empréstimo não ser um investimento, a disputa não surgiu diretamente do investimento - e sim, da suposta obrigação de o Estado cobrir as perdas de uma Empresa²³³.

No caso em tela, o Tribunal afirmou que, frequentemente, os investimentos são compostos de várias operações que, talvez, individualmente não fossem consideradas como investimentos, mas que dentro de um contexto formam partes de investimentos. No mesmo sentido está o precedente *FEDEX v Venezuela - Caso Nº ARB/96/3*, em que se declarou que se a disputa se refere a uma parte integrante de uma operação global de investimento, estará sob o abrigo da jurisdição do *ICSID*²³⁴. Enfim, além destes casos, várias decisões arbitrais valorizaram o caráter unitário dos investimentos, mesmo quando formados por várias operações²³⁵⁻²³⁶.

O estudo deste caso demonstra a abrangência do significado de investimento, questão que será abordada especificamente no último capítulo, na comparação com a arbitrabilidade objetiva estabelecida pela LAB.

2.2.4.2 Direito Aplicável

*Companhia de Desenvolvimento de Santa Elena S.A. versus República da Costa Rica (ICSID Case Nº. ARB/96/1)*²³⁷: A Companhia de Desenvolvimento de

²³² Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Case no. ARB/97/4 Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (Claimant) versus The Slovak Republic (Respondent). *ICSID Review: foreign investment law journal*, Washington, DC, v. 14, n. 1, p. 251-283, 1999. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC556_En&caseId=C160>. Acesso em: 10 fev. 2015.

²³³ Empresa que consta no acordo e tem obrigações para com o CSOB

²³⁴ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 152.

²³⁵ Entre eles *Holiday Inn versus Marrocos (ARB72/1)*; *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11; *.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3

²³⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1, p. 207.

²³⁷ Informações coletadas no site do ICSID publicadas sobre este caso. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v.*

Santa Elena S.A, empresa Americana, em 1995, ingressou no *ICSID* com um requerimento de arbitragem em oposição à República da Costa Rica²³⁸, alegando a desapropriação de uma propriedade conhecida como Santa Elena e, especificamente, em relação à remuneração devida como resultado da referida desapropriação²³⁹, após diversos anos de litígio nas Cortes Nacionais daquele país.

O ponto principal da disputa era o valor da compensação, já que o investidor concordou com o direito de o Estado hospedeiro realizar a expropriação, desde que o valor da compensação fosse razoável. A referida desapropriação se deu por se tratar de um terreno de mais de trinta quilômetros na Costa do Pacífico, com farta fauna e flora, e a intenção do investidor era a construção de um *resort* turístico e de condomínios residenciais. No tocante ao direito aplicável, o Grupo Santa Elena concordou que, como não houve acordo prévio quanto à lei aplicável, o Tribunal deveria ter como base o artigo 42 da CW, que é interpretado da seguinte forma:

- i) O Tribunal deve aplicar a lei da Costa Rica para a resolver as questões em controvérsia;
- ii) As regras de direito internacional somente devem ser aplicadas na eventualidade de uma lacuna na legislação da Costa Rica ou se tal lei for incompatível com os princípios do direito internacional da boa-fé e do *pacta sunt servanda*.
- iii) No caso em apreço, não há tal inconsistência, ou seja, o Tribunal deve aplicar a lei da Costa Rica, embora [...] o resultado seria o mesmo se os princípios do direito internacional fossem os aplicados²⁴⁰. (tradução nossa).

Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/96/1). Washington, DC, 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/96/1&tab=D>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²³⁸ Cabe mencionar que este foi o primeiro caso do ICSID em oposição a um país da América Latina.

²³⁹ Sentença Final 10/02/2000. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). In the Matter of the Arbitration between Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. and The Republic of Costa Rica: case no. ARB/96/1: final award. *ICSID Review: foreign investment law journal*, Washington, DC, v. 15, n. 1, p. 169-204, 2000. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC539_En&caseId=C152>. Acesso em: 16 jan. 2015.

²⁴⁰ “i) the Tribunal must apply the law of Costa Rica to the issues in dispute; ii) rules of international law are to be applied only in the event of a lacuna in Costa Rican law or if such law is inconsistent with the international law principles of good faith and *pacta sunt servanda*. iii) In the present case, there is no such inconsistency, with the result that the Tribunal should apply Costa Rican law, though ‘... the result would be the same if principles of international law were applied’ ”. Sentença Final 10/02/2000. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). In the Matter of the Arbitration between Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. and The Republic of Costa Rica: case no. ARB/96/1: final award. *ICSID Review: foreign investment law journal*, Washington, DC, v. 15, n. 1, p. 169-204, 2000. Disponível em:

Por sua vez, a Costa Rica, requerida no caso, ponderou que, para resolver a controvérsia, deveria ser aplicado o direito internacional, posto que as partes teriam acordado isso, embora não estivesse escrito ou mesmo expressamente declarado. A alegação daquele país se fomentava na invocação da *Emenda Helms*²⁴¹ à Constituição dos Estados Unidos da América, pelo investidor americano. Ao passo que, com a aplicação da referida emenda o investidor conseguiu que o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD) atrasasse um empréstimo de 175 milhões de dólares para a Costa Rica, tal pressão motivou a Costa Rica a ratificar, em 1993, a CW²⁴². Após a análise de ambos os argumentos, o Tribunal concluiu que a CW não determina que o acordo das partes sobre o direito aplicável ao caso deva ser por escrito, porém deve ser de forma clara e inequívoca. Finalmente, tendo avaliado os documentos - inclusive a *Emenda Helms* - o Tribunal não identificou acordo entre as partes que estabelecesse a utilização exclusiva do direito internacional para superar a controvérsia. Sendo assim, decidiu por aplicar a lei da Costa Rica e as regras de direito internacional, quando for o caso. Ademais, o Tribunal estava convencido de que as regras e os princípios do direito da Costa Rica - referentes à avaliação e à valorização dos bens expropriados - eram, na maioria, consistentes com os princípios aceitos de direito internacional público sobre o mesmo assunto²⁴³.

Um controvérsia recorrente no *ICSID* se dá quando a aplicação da legislação interna do Estado hospedeiro – regra geral disposta na CW – conflita com direito internacional. Sendo está uma situação atípica se comparada com a arbitragem comercial no Brasil envolvendo a administração pública.

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC539_En&caselId=C152>. Acesso em: 16 jan. 2015.

²⁴¹ Esta emenda autoriza as empresas americanas que tiveram suas propriedades confiscadas por outro Estado a pedirem a reparação aos que usam a propriedade confiscada e aos que obtêm lucros da mesma ou com ela transacionam.

²⁴² BOEGLIN, Nicolas. *ICSID and Latinamerica: criticisms, withdrawals and regional alternatives*. [S.l.], 2013. Disponível em: <http://www.bilaterals.org/spip.php?page=print&id_article=23378&lang=en>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁴³ Sentença Final 10/02/2000. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). In the Matter of the Arbitration between Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. and The Republic of Costa Rica: case no. ARB/96/1: final award. *ICSID Review: foreign investment law journal*, Washington, DC, v. 15, n. 1, p. 169-204, 2000. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC539_En&caselId=C152>. Acesso em: 16 jan. 2015.

2.2.4.3 Execução

*Benvenuti & Bonfant versus República do Congo (Caso No. ARB/77/2)*²⁴⁴: A empresa italiana Benvenuti e Bonfant SRL, por meio de uma *joint venture* com o Governo do Congo, instalou naquele país uma fábrica de garrafas plásticas, com divisão de 40% para o investidor e 60% para o Estado. Porém, em 1977, o Governo do Congo expropriou a parte que pertencia ao investidor italiano. E, este por meio de arbitragem obteve decisão a seu favor em agosto de 1980, mas, o Congo se recusou a cumprir a decisão.

Neste contexto de recusa, o investidor identificou bens de propriedade do Estado do Congo na França e solicitou o reconhecimento e a execução da sentença nas Cortes Francesas. O Tribunal de 1ª Instância da França, em dezembro de 1980, reconheceu a sentença, mas determinou que para viabilizar as medidas de execução ou as medidas cautelares fosse requerida uma autorização prévia, garantindo assim a imunidade do Estado soberano. Por sua vez, o investidor recorreu dessa limitação à execução, aduzindo, com base na CW, que o judiciário francês poderia apenas verificar a autenticidade da sentença e fazer o enforcement e não deveria se envolver em questões de imunidade do Estado²⁴⁵. O Tribunal acatou os argumentos da empresa, suprimindo a obrigação da autorização prévia à execução.

Este caso demonstra a possibilidade de execução internacional de sentenças proferidas no âmbito do *ICSID*, desde que o terceiro país onde ocorrerá a execução seja signatário da CW, aumentando as chances de efetivação de uma sentença arbitral.

Com a análise dos casos específicos passa-se a discutir diferenças e semelhanças entre arbitragem de investimento – *ICSID* e arbitragem comercial com a administração pública no Brasil.

²⁴⁴ Informações no site do ICSID publicadas sobre este caso. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/77/2)*. Washington, DC, 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/77/2>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁴⁵ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign investment disputes: cases, materials, and commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005.

3 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO – ICSID E ARBITRAGEM COMERCIAL COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

O Brasil é um dos poucos países que não ratificou a CW, como mencionado, embora apresente legislação de arbitragem comercial e venha sendo reconhecido internacionalmente como lugar apropriado à realização de arbitragens²⁴⁶. Ademais, em recente artigo publicado por Wald e Borja²⁴⁷, estão listadas algumas informações sobre a crescente utilização da arbitragem comercial no Brasil, como o protocolo de 310 novos casos em 2014²⁴⁸ e o aumento de arbitragens na CCI que impulsionou o Brasil, em 2012 e em 2013, para o quarto lugar no ranking dos países mais frequentes em tal aplicação.

Nesta dissertação, o capítulo anterior se dedicou a redigir as principais características da arbitragem via *ICSID*. Nesta etapa, será relatado o panorama da arbitragem comercial no Brasil com a Administração Pública, construindo-se um comparativo entre arbitragem de investimento - *ICSID* e arbitragem comercial com a administração pública brasileira, com o intuito de, na conclusão deste trabalho, oportunizar o conhecimento sobre as diferenças e as semelhanças do modelo internacional com o qual estão habituados e o mecanismo arbitral existente no Brasil, em casos contra os Entes do Estado brasileiro.

3.1 A ARBITRAGEM COMERCIAL COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Neste tópico da pesquisa, objetiva-se discutir sobre o panorama legislativo e jurisprudencial da arbitragem comercial no Brasil, quando a administração pública é uma das partes envolvidas.

²⁴⁶ NUNES, Thiago Marinho; SILVA, Eduardo Silva da; GUERRERO, Luís Fernando. O Brasil como sede de arbitragens internacionais a capacitação técnica das câmaras arbitrais brasileiras. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 34, n. 9, p. 119-158, jul. 2012.

²⁴⁷ WALD, Arnoldo; BORJA, Ana Gerda de. Ano foi marcado pela democratização da arbitragem e 2015 promete boa safra. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 01 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-01/retrospectiva-2014-ano-foi-marcado-democratizacao-arbitragem?imprimir=1>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁴⁸ Se comparada com 2008, são 80% a mais de novos casos.

3.1.1 A Arbitragem Comercial no Brasil

Por muitos anos os juristas tentaram aprovar no Congresso Nacional uma lei sobre arbitragem. Foi após apresentação de três projetos de Lei para instituir a arbitragem no Brasil, em 1991, que surgiu a *Operação Arbiter* por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, com o apoio de diversas entidades de classe e juristas. Neste contexto, a Lei de Arbitragem Brasileira teve como subsídio a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial da UNCITRAL e a legislação espanhola da época. Com o projeto de Lei pronto em 1992 o Senador Marco Maciel apresentou o ao Congresso que em 1996 aprovou a Lei de Arbitragem Brasileira²⁴⁹.

Atualmente, a arbitragem é um instituto consolidado no Brasil. Sendo assim, para este estudo cabe referir, apenas, alguns pontos cruciais da legislação que guiam a arbitragem comercial no Brasil, como a autonomia da vontade que permite que as partes escolham o direito processual e material aplicável. Nas palavras de Baptista²⁵⁰:

A Lei de Arbitragem brasileira não apenas reafirma o princípio da autonomia da vontade, mas expressamente autoriza às partes a escolha da lei aplicável ao contrato, sem impor restrição alguma a essa possibilidade.

Ainda, vale mencionar que a referida Lei não faz diferenciação de cláusula compromissória e do compromisso arbitral, denominando ambas de convenção de arbitragem. Esta opção do legislador fez com que a cláusula compromissória passasse a ser apta para afastar a competência do juízo estatal,²⁵¹ fazendo com que sua menção em contrato obrigue as partes a dirimir sua controvérsia em foro arbitral.

Ademais, a Lei de Arbitragem Brasileira determina que o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que este proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Ainda, cabe ao árbitro decidir sobre a sua própria competência para atuar na controvérsia em questão, assim como para determinar se uma cláusula arbitral é nula ou é válida.

²⁴⁹ CARMONA, Carlos. Arbitragem e processo: um comentário à lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9 -14.

²⁵⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo, MIRANDA Silvia. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 27, p. 11-34, out./dez. 2010

²⁵¹ CARMONA, Carlos. Arbitragem e processo: um comentário à lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 16.

Quanto ao processo arbitral, segundo CARMONA²⁵² a LAB respeitou os princípios básicos do devido processo legal e, também, a autonomia da vontade. Sendo possível que as partes determinem livremente quais regras querem a aplicar no procedimento arbitral. E quando houver necessidade de medidas coercitivas o árbitro poderá determiná-las e requisitar ao judiciário a sua execução.

Por fim, é irrecorrível a sentença arbitral, não sendo possível a reversão de sentença arbitral proferida se requisitada ao Tribunal. Há possibilidade das partes questionarem a sentença ao tribunal arbitral por omissão, contradição ou obscuridade, em até cinco dias da notificação de recebimento da sentença.

Pela LAB a forma de anular uma sentença arbitral é pleitar no judiciário a declaração de nulidade pelos casos previstos em lei, são eles: (i) for nula a convenção de arbitragem; (ii) emanou de quem não podia ser árbitro; (iii) não respeitar princípios ou as regras estabelecidas pelas partes (iv) for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (v) comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva.

Neste contexto, as partes tem 90 dias para ingressar com a ação de declaração de nulidade no judiciário ou a anulação da sentença pode ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial. Se a sentença for declarada nula, o juiz poderá requerer que o árbitro ou tribunal profiram uma nova sentença.

Em suma, a arbitragem no Brasil vem se desenvolvendo rapidamente de forma sustentável e gradativa, a LAB publicada em 1996, posteriormente com sua constitucionalidade validada pelo STF, foi um grande marco para dar maior segurança jurídica para a utilização do Instituto. Assim como, é a recente alteração da lei de arbitragem, que expressamente autoriza a administração pública a resolver conflitos patrimoniais pela via arbitral, como será tratado no tópico a seguir.

²⁵² CARMONA, Carlos. Arbitragem e processo: um comentário à lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25.

3.1.2 A Arbitragem com a Administração Pública no Brasil

Como mencionado na introdução, tem-se como umas das premissas deste trabalho que a arbitragem com a administração pública é um mecanismo aceito no Brasil para a resolução de controvérsias, principalmente, após a alteração da LBA.

Dentre as leis brasileiras que autorizam expressamente a utilização da arbitragem pela administração pública, algumas trazem limitações. Através do Quadro 2 que segue, se visualizam as leis que envolvem as relações com a administração pública e que possibilitam ou se referem à utilização da arbitragem para a resolução de controvérsias, quais os seus propósitos e as suas limitações.

Quadro 2 – Legislação brasileira sobre arbitragem envolvendo a administração pública:

(continuação)

Legislação	Propósito	Resolução de Controvérsias	Limitação à arbitragem
Lei nº 5.662/1971	Enquadra o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) ²⁵³ na categoria de empresa pública e dá outras providências.	Abrange operações que se formalizarem no exterior e a lei autoriza ao Banco aderir a cláusulas típicas de contratos internacionais, entre elas, o arbitramento.	Apenas para operações formalizadas no Exterior.
Decreto-Lei nº 1312/1974	Autoriza o Poder Executivo a dar a garantia do Tesouro Nacional a operações de créditos obtidos no exterior e a contratar créditos em moeda estrangeira.	Autoriza a administração pública a fimar compromisso geral e antecipado para dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos.	Apenas em operações com organismos financiadores internacionais.

²⁵³ A partir de 82 o nome do banco mudou para Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES com o acréscimo de "Social". Como a lei é anterior, usa-se o nome antigo. BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). *História*. Rio de Janeiro, [2015]. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/O_BNDES/A_Empresa/historia.html>. Acesso em: 23 mar. 2015.

Lei das Concessões nº 8.987/1995	Dispõe sobre o regime de concessão e a permissão da prestação de serviços públicos.	Estabelece que o contrato de concessão poderá prever arbitragem.	Deve ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.
Lei nº 9.472/1997	Define organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.	Autoriza o uso da arbitragem para a solução de conflitos envolvendo contratos vinculados a esta lei, porém não restringe a solução alternativa de controvérsia à arbitragem	
Lei do Petróleo e Gás nº 9.478/1997	Estabelece política energética nacional, atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP).	Dispõe que o regulamento da ANP irá dispor sobre arbitragem e o contrato de concessão poderá prever arbitragem internacional.	Devem ser autorizados pela Diretoria Colegiada ²⁵⁴ .
Lei de Arbitragem nº 9703/96 (alterada pela Lei nº 13.129/2015)	Tratar de Arbitragem no Brasil	Dispõe expressamente que a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos	Limita aos conflitos relativos a direito patrimoniais disponíveis. E determina que deverá sempre seguir o princípio da publicidade.
Lei nº 10.438/2002	Estabelece a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária.	Determina a utilização da arbitragem nas hipóteses de recomposições tarifárias extraordinárias.	
Lei nº 10.848/2004	Trata de comercialização de energia elétrica.	Admite o uso da arbitragem para resolução de conflitos.	Autoriza, apenas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

²⁵⁴ Regimento Interno da: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS (ANP). Portaria ANP nº 69, de 6 de abril de 2011. Disponível em: <http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg/folder_portarias_anp/portarias_anp_admin/2011/abril/panp%2069%20-%202011.xml>. Acesso em: 01 fev. 2015.

Lei das PPPs nº 11.079/2004	Normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da administração pública.	Define que poderá prever arbitragem, tanto com a administração direta, como indireta.	Deve ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.
Lei nº 11.668/2008	Trata de Franquias Postais.	Autoriza o uso da arbitragem para a solução de conflitos envolvendo contratos vinculados a esta lei, porém não restringe a solução alternativa de controvérsia à arbitragem	
Lei de Transportes Aquários e Terrestres nº 10.233/2011	Trata de reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre.	Os contratos de concessão poderão ter cláusula arbitral.	Como o contrato deve refletir o edital, a arbitragem deve nele estar prevista.
Lei Mineira de Arbitragem nº 19.477/11	Autoriza os órgãos da administração pública de Minas Gerais direta e indireta participem de arbitragens.	Adoção do juízo arbitral para a solução dos conflitos relativos a direito patrimonial disponível.	Devem seguir as normas que regulam os contratos administrativos e respeitar os princípios que orientam a administração pública, dando preferência às câmaras localizadas no Estado de Minas Gerais.
Lei nº 12.815/ 2013	Trata da exploração direta e indireta pela União de portos e de instalações portuárias.	Autoriza a arbitragem sobre conflitos referentes a trabalhos portuários.	

Fonte: Elaborado pela autora.

O marco legal de maior relevância dentre os destacados foi a publicação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1997), baseada no modelo UNCITRAL, que autorizou as pessoas capazes de contratar a se valerem da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Destarte, logo após a sanção da lei supracitada, sua constitucionalidade foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal (STF), o qual, em 2001, declarou a constitucionalidade da lei em sua integralidade no julgamento da sentença estrangeira contestada (SEC) nº 5206. Com a decisão, o STF autorizou a utilização da arbitragem para o julgamento de litígios derivados de contratos que envolvem bens patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles direitos com os quais as partes podem transacionar, como ocorre na maioria das relações comerciais.

Previamente a alteração da Lei de Arbitragem, um dos pontos que ainda gerava maior controvérsia residia em saber se a administração pública poderia utilizar a arbitragem para resolver suas controvérsias, principalmente em casos que abarcam a administração direta. Cabe destacar a inovadora Lei de Minas Gerais nº 19.477/11, a qual expressamente permite que os órgãos da administração pública Estadual direta e indireta participem de arbitragens, determinando ainda que a inclusão de cláusula compromissória em contrato celebrado pelo Estado e a estipulação de compromisso arbitral obedecerão ao disposto na Lei Federal nº 9.307, de 1996 - acerca das normas que regulam os contratos administrativos. Estipula ainda que deve haver preferência pelas câmaras localizadas no Estado de Minas Gerais, mas autoriza que a arbitragem relativa aos contratos internacionais em que o Estado for parte poderá atender às normas e aos tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico nacional.

Como evidenciou o quadro supra, constata-se leis que autorizam a administração pública a utilizar a arbitragem, todavia, com algumas condições, a saber: (i) que no contrato conste cláusula que declare competente o foro da arbitragem para dirimir qualquer questão contratual; (ii) que as arbitragens tenham sede no Brasil; e (iii) que as arbitragens se desenvolvam em língua portuguesa.

Contudo, desde 2013, o Congresso Nacional se debateu sobre a alteração na Lei de Arbitragem, que por fim se consolidou com a publicação da Lei nº 13.129/2015. Essa discussão teve seu início em uma comissão de juristas, com a posterior apresentação do projeto no Senado (Projeto de Lei do Senado PLS nº 406/2013), pelo Senador Renan Calheiros. Após, tramitação no Senado, o projeto foi para a análise pela Câmara dos Deputados (Projeto de Lei - PL nº 7108/14)²⁵⁵. Após debates e alterações a proposta foi remetida, para redação final e reapreciação pelo Senado Federal, no dia dezoito de março de 2015 e enviada para sanção, com publicação em 26 de maio do mesmo ano.

No que tange às questões abrangentes da administração pública segue a redação publicada:

²⁵⁵ CALHEIROS, RENAN. *Projeto de lei da Câmara nº 7108, de 2014*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606030>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

Art. 1º [...]

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”.

Art. 2º [...]

§ 3º As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.

As alterações propostas se mostram salutares, visto que terminarão com as discussões sobre a possibilidade da administração pública direta e indireta aplicar a arbitragem para a resolução de controvérsias. Um ponto que foi muito discutido na tramitação no Congresso e que felizmente não foi aprovado se refere a expressão que constava no projeto de lei no parágrafo 1º art.1º - “nos termos do regulamento”. As críticas tinham como fundamento, que este tipo de previsão em legislações atrasa e dificulta qualquer operação, e muito provavelmente, se tivesse sido mantida, surgiriam discussões quanto à validade da arbitragem com a administração pública, em casos prévios à elaboração do regulamento. Além do mais, redação com essa expressão seria mais restritiva que a atual jurisprudência do STJ²⁵⁶ e, conforme Luis Felipe Salomão, causava preocupações, pois:

- a) não há necessidade de regulamentação estipulada em lei; cada órgão federativo tem o poder de estabelecer as diretrizes e critérios que julgar convenientes;
- b) a exigência legal de um ‘regulamento’ (atualmente inexistente) poderá trazer insegurança jurídica e incerteza para arbitragens em curso e contratos já firmados;
- c) a exigência legal de um ‘regulamento’ fere o pacto federativo, pois a criação de um único ‘regulamento’ pelo Executivo federal usurparia dos demais entes sua prerrogativa de definir os próprios critérios de contratação da arbitragem²⁵⁷.

Como já mencionado, o STJ tem se posicionado favoravelmente à arbitragem com órgãos da administração pública. Nesse sentido, pode-se citar o recente julgado

²⁵⁶ WALD, Arnoldo; BORJA, Ana Gerda de. Ano foi marcado pela democratização da arbitragem e 2015 promete boa safra. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 01 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-01/retrospectiva-2014-ano-foi-marcado-democratizacao-arbitragem?imprimir=1>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁵⁷ SALOMÃO, Luis Felipe. A atualização da lei de arbitragem. *Migalhas*, [S.l.], 19 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211461,51045-A+atualizacao+da+lei+de+arbitragem>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

RE 904813/PR²⁵⁸, que envolve Compagás *versus* Consórcio Passareli, no qual a eleição da arbitragem foi aceita, mesmo sem estar prevista no edital de licitação; e o *leading case* CEEE *versus* AES Uruguaiana²⁵⁹⁻²⁶⁰, no qual o STJ afirmou que a empresa pública está sob o regime de direito privado ao celebrar contratos situados nessa seara jurídica, sendo válida a cláusula compromissória por ela convencionada.

Entretanto, o STJ já se manifestou no sentido de que se a atividade envolver o poder de império e se estiver relacionada aos interesses primários da administração pública, não poderá haver o uso da arbitragem, segue trecho de voto que clarifica a questão:

Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem.²⁶¹

Cabe referir que, com relação à administração direta, notam-se poucos precedentes recentes que tratam da aplicação do Instituto. Na doutrina, é muito aludido o clássico Caso Lage²⁶², que trata de uma causa contra a Fazenda Pública na qual foi determinada a resolução por arbitragem e cuja discussão envolvia o valor a

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 904813/PR, 3ª Turma*. Recorrente: Companhia Paranaense de Gás Natural - Compagas. Recorrido: Consórcio Carioca Passarelli. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600381112&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70003866258, 2ª Câmara Cível*. Agravante: AES - Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Agravado: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEEE. Rel. Des^a. Teresinha de Oliveira Silva. Porto Alegre, 14 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=porto_alegre&num_processo=00109052374>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 606.345/RS, 2ª Turma*. Recorrente: AES - Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Recorrido: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEEE. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 22 de outubro de 2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200302052905&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 612.439/RS, 2ª Turma*. Recorrente: AES - Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Recorrido: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEEE. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 14 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200302124603&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁶² LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ser pago em decorrência da desapropriação de bens das Organizações Lage, constituída por empresas privadas que se dedicavam à navegação e a exploração de estaleiros e portos. No caso, a própria União se submeteu à arbitragem, o que foi considerada válida pelo STF²⁶³ por decisão unanimemente proferida pelo Plenário do STF.

Neste contexto, convém referir a posição do Tribunal de Contas da União (TCU) que, por diversas vezes, emitiu posicionamento contrário à arbitragem com a administração pública, com a fundamentação de decisões balizada na ausência de previsão legal autorizando a utilização da arbitragem²⁶⁴. Com o passar do tempo e a sedimentação do instituto, o TCU instaurou a Instrução Normativa nº 52, de 2007, que dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, de contratação e de execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), mencionando a arbitragem como mecanismo para a resolução de controvérsias. Para finalizar, sobre arbitragem com a administração pública no Brasil, vale abordar três casos da administração pública nacional e o investidor estrangeiro²⁶⁵: o primeiro - Município do Rio de Janeiro *versus* Museu Guggenheim²⁶⁶ - referente a supervisão do projeto de construção do Museu na cidade do Rio de Janeiro e a sua administração pelo investidor estrangeiro. Através de uma Ação Popular, foram apontadas supostas ilegalidades no contrato, dentre as quais, a cláusula compromissória de arbitragem. Na época, a arbitragem, ainda, era pouco difundida no País e o judiciário decidiu que os direitos envolvidos eram indisponíveis sem especificar a fundamentação ou discutir o conceito de direitos indisponíveis, proferindo decisão que a arbitragem só poderia ser aplicada para casos ligados à Administração Pública indireta. Destaca-se que

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 52.181/GB*, Tribunal Pleno. Agravante: União Federal. Agravados: Henry Potter Lage, Espólio de Frederico Lage e Espólio de Henrique Lage. Relator. Min. Bilac Pinto. Brasília, DF, 15 de fevereiro 1973. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁶⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 223.

²⁶⁵ São raros os casos noticiados que envolvem a administração pública brasileira e investidor estrangeiro discutindo a forma de resolução de controvérsia, por meio de uma arbitragem.

²⁶⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 7.839/2003*, 13. Câmara Cível. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Eliomar de Souza Coelho. Relator: Des. Ademir Paulo Pimentel. Rio de Janeiro, 29 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003B71288CD4DEA3360A8706286872A17D1F439C31B0A10>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

ainda foi abordado, na decisão, o carácter leonino da operação, com base em artigo publicado em jornal²⁶⁷.

O segundo caso, envolveu a Companhia Paranaense de Energia Elétrica - COPEL – *Sociedade de Economia Mista versus UEG Araucária*²⁶⁸, no que diz respeito à questão da arbitrabilidade, no caso foi analisado se a COPEL, como componente da administração pública indireta, poderia ser parte em uma arbitragem. Em síntese, a UEG Araucária é uma usina termoelétrica no Paraná cujo controle acionário é detido atualmente com percentual de 80% pela (COPEL) e de 20% pela PETROBRAS. Em 2002, época do conflito objeto da presente análise, o controle pertencia com o percentual de 60% à *El Paso Corporation*, uma grande companhia internacional de energia com sede nos Estados Unidos.

A controvérsia teve início quando o Governo do Paraná determinou que a COPEL - sua estatal de eletricidade - suspendesse os pagamentos mensais de R\$ 25 milhões que vinham sendo feitos à UEG Araucária por conta da compra de geração da usina de eletricidade da empresa. Com a suspensão do pagamento, a UEG iniciou procedimento arbitral perante a Corte de Arbitragem da CCI, conforme a previsão contratual. Em resposta, a COPEL ajuizou uma ação com pedido declaratório de nulidade da cláusula arbitral²⁶⁹ e de obrigação de não fazer, requerendo tutela antecipada. Com relação ao pedido de nulidade da cláusula arbitral, arguiu que, por ser uma sociedade de economia mista, não poderia resolver controvérsias por meio de arbitragem.

Em decisão de primeiro grau, foi concedida liminar à COPEL para suspender a arbitragem na CCI e, esta decisão foi ratificada na sentença²⁷⁰ e o mérito reconhecido. No entanto, em sede de apelação, a UEG obteve pronunciamento preliminar a seu favor perante o Tribunal, no sentido de permitir o prosseguimento do procedimento arbitral junto à Corte da CCI. A decisão liminar do Tribunal foi posteriormente cassada

²⁶⁷ CZELUSNIAK, Marcelo Salomão. A legalidade da arbitragem nos contratos celebrados pelo Estado: a discussão na jurisprudência dos tribunais de justiça dos estados de Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 125-138, maio/ago. 2009.

²⁶⁸ TJ-PR. Agravo de Instrumento no 149.555-0, Medida Cautelar no 160.213-7, Agravo Regimental em Medida Cautelar no 160.213-7/01 e Agravo de Instrumento no 162.874-8. CZELUSNIAK, Marcelo Salomão. A legalidade da arbitragem nos contratos celebrados pelo Estado: a discussão na jurisprudência dos tribunais de justiça dos estados de Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 125-138, maio/ago. 2009.

²⁶⁹ A cláusula compromissória estava inserida em contrato de compra e de venda de potência assegurada.

²⁷⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Ação Declaratória nº 24.334*, 3. Vara da Fazenda Pública.

em sede de acórdão. A UEG então ingressou com pedido de cautelar inominada²⁷¹ visando à concessão de liminar, para que pudesse praticar todos os atos necessários à continuidade do procedimento arbitral instaurado em Paris, França. No caso entre UEG e COPEL, após diversos anos em discussão no judiciário brasileiro sobre a validade da cláusula arbitral, as partes se resolveram diante da CCI, e o processo judicial se encerrou.

O terceiro - e mais recente - caso se dá entre a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que integra a administração indireta, e a Newfield Brasil - investidor²⁷², uma empresa de petróleo e de exploração de gás natural e de produção independente. A controvérsia envolveu o bloco BM-ES-20, na Bacia do Espírito Santo, arrematado pela petroleira em 2002, o qual nunca pôde exercer nenhuma atividade por impedimentos ambientais. Mesmo sem obter a licença e conseqüentemente sem operar, a Newfield Brasil pagou R\$ 1,39 milhão na assinatura e no aluguel da área²⁷³. Buscando ressarcimento, a empresa ingressou com o pedido de arbitragem na CCI e obteve, em síntese, a seguinte sentença:

- a) **Improcedente o pedido da Newfield** de declarar o contrato extinto por ato imputável à administração pública, a saber, licitação de objeto impossível, fato do príncipe ou fato da administração, uma vez que a extinção do contrato se deu por força maior, sem culpa de qualquer das partes;
- b) **parcialmente procedente o pedido da Newfield** de ressarcimento de todos os valores gastos por esta em relação ao bloco condenando a ANP a restituir à Newfield as quantias pagas por esta, referentes ao bônus de assinatura e à taxa de ocupação ou retenção, conforme especificado no capítulo VII da parte II da presente sentença;
- c) **improcedente o pedido da Newfield** de indenização por lucros cessantes;
- d) **procedente o pedido da Newfield** de condenar à ANP a abster-se de cobrar à Newfield quaisquer prestações contratuais ainda não pagas e a tomar providências que lhe couberem para cancelar ou obter das autoridades competentes o cancelamento das dívidas

²⁷¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Medida Cautelar nº 0160213-7*.

²⁷² BRASIL. Justiça Federal. *Processo nº 0009665-56.2009.4.02.5101*, 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Autor: Newfield Brasil Ltda. Réu: ANP - Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Juiz Federal: Wilney Magno de Azevedo Silva. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em: 25 jan. 2015.

BRASIL. Justiça Federal. *Processo nº 0019013-98.2009.4.02.5101*. Autor: ANP - Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Réu: Newfield Brasil Ltda. Juiz Federal: Wilney Magno de Azevedo Silva. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁷³ ANTUNES, Paulo de Bessa. Exploração de petróleo e segurança jurídica: o Caso Newfield. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 63-79, abr./jun. 2012.

relativas a prestações contratuais, inclusive as já processadas ou em processamento de inscrição ou cobrança no Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não Quitados (Cadim) ou na Dívida Ativa da União;

e) **improcedente o pedido da ANP** de declarar o contrato extinto por descumprimento pela Newfield da cláusula 13.4 do contrato, considerando-se o disposto no item (a);

f) **improcedente o pedido da ANP de condenar à Newfield** a pagar, as penalidades decorrentes de descumprimento contratual²⁷⁴.

Como a sentença foi parcialmente procedente, a Newfield Brasil ingressou com uma ação de execução de título judicial em face da ANP²⁷⁵. Posteriormente, o investidor apresentou proposta de acordo judicial para a extinção do título executivo, proveniente de sentença arbitral da Câmara de Comércio Internacional. O acordo foi aceito pela a ANP, com parecer favorável da Advocacia Geral da União (AGU).

Analisando os três casos, vislumbrou-se maior aceitação da arbitragem em contratos com a administração pública com o passar dos anos, tanto pelo judiciário, como pela própria administração pública. No primeiro caso, o judiciário se demonstrou contrário; no segundo, houve questionamento da administração pública sobre a aplicação da cláusula incluída em contrato assinado pela mesma; e no terceiro, tanto o judiciário, como a administração pública aceitaram a sentença arbitral da CCI. Em que pese não haver uma corrente jurisprudencial sobre decisões envolvendo arbitragem e administração pública no Brasil, pois há poucos casos para se analisa e evidentemente, estes casos não podem ser estudados de forma isolada, devendo ser observado todo o panorama de decisões envolvendo a administração pública e contratos com cláusula arbitral. O que se pode concluir é que decisões como a do Museu Guggenheim, na qual praticamente não há embasamento jurídico, são a minoria e a arbitragem vem sendo com a administração pública bem sendo aceita pelos Tribunais.

²⁷⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. Exploração de petróleo e segurança jurídica: o Caso Newfield. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 63-79, abr./jun. 2012.

²⁷⁵ BRASIL. Justiça Federal. *Processo nº 0009665-56.2009.4.02.5101*, 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Autor: Newfield Brasil Ltda. Réu: ANP - Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Juiz Federal: Wilney Magno de Azevedo Silva. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em: 25 jan. 2015.

BRASIL. Justiça Federal. *Processo nº 0019013-98.2009.4.02.5101*. Autor: ANP - Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Réu: Newfield Brasil Ltda. Juiz Federal: Wilney Magno de Azevedo Silva. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em: 25 jan. 2015.

3.2 COMPARAÇÕES ENTRE ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO - ICSID E ARBITRAGEM COMERCIAL COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Com vistas a responder à questão de pesquisa - a saber: a arbitragem comercial regida pela legislação brasileira seria uma alternativa à arbitragem ICSID entre investidor-Estado nas relações entre investidor estrangeiro e administração pública brasileira? - interessa expor as diferenças destacadas por Karl-Heinz Böckstiegel, em *Lalive Lecture*, em Genebra ²⁷⁶, entre arbitragem comercial internacional e arbitragem de investimento. As diferenças estão esquematizadas no Quadro 3 a seguir.

Quadro 3 – Arbitragem comercial internacional versus Arbitragem de investimento

	Arbitragem Comercial Internacional	Arbitragem de Investimento
Costumes	As diferenças costumeiras podem se tornar relevantes, já que a grande maioria das Câmaras internacionais considera que os costumes comerciais devem ser levados em consideração.	As diferenças consuetudinárias serão relevantes, principalmente no que concerne ao regime de Governo (democracia, ditadura, outros).
Direito Aplicável	A convenção de Nova Iorque, que trata do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras, é o único tratado relevante; O direito aplicável será decidido por contrato.	São aplicados mais de 2000 Tratados Bilaterais de Investimentos (TBIs), Convenção de Washington, Nafta, Tratado de Energia e outros tantos; As Leis Nacionais do Estado hospedeiro têm grande relevância e sempre são analisadas.
Escolha dos Árbitros	Via de regra, são escolhidos árbitros com experiência no tema do conflito.	Determinam-se árbitros com experiência em direito internacional público e com conhecimento sobre instrumentos de proteção ao investidor estrangeiro - expropriação, tratamento justo e equitativo e outros.

²⁷⁶ BÖCKSTIEGEL, Karl-heinz. Commercial and investment arbitration: How different are they today? *Lalive Lecture* – Geneva, 23 May 2012. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 38, p. 111, jul. 2013.

Jurisdição	São raros os conflitos sobre jurisdição. Por vezes, ocorrem conflitos quanto à arbitrabilidade.	São diversos aspectos que podem ser discutidos, como: a) conceito de investimento; b) nacionalidade do investidor; c) se o Estado hospedeiro tem o controle de fato da companhia expropriada.
Administração do Caso	Busca agilidade e informalidade	Normalmente, são mais demoradas e formais, por estarem presentes representantes de Estados, já que a tomada de decisão pode envolver diversas esferas dentro da administração de um país.
Confidencialidade	Configura a regra geral.	Os tratados geralmente não mencionam e, na prática, a maioria dos casos se torna pública.

Fonte: Böckstiegel²⁷⁷ adaptado pela autora.

Neste contexto, na sequência, pontuam-se as diferenças e as semelhanças apuradas entre as arbitragens *ICSID* e as arbitragens comerciais com a administração pública no Brasil, conforme as seguintes características: a) arbitrabilidade; b) direito aplicável; c) consentimento; d) procedimento; e) execução de decisões.

3.2.1 Arbitrabilidade

A arbitrabilidade é a verificação dos aspectos de um caso concreto, para que possa haver a submissão do litígio à arbitragem. Analisa especialmente a capacidade das partes envolvidas e o objeto da disputa. Na legislação brasileira, os requisitos se encontram no artigo 1º da Lei de Arbitragem, que especifica que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”²⁷⁸.

Com base nesse dispositivo, a análise da arbitrabilidade é dividida em duas etapas: (i) a arbitrabilidade subjetiva, que abrange as *pessoas capazes de contratar*, e (ii) a arbitrabilidade objetiva, a qual corresponde a *dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*. Como apontado por Salles²⁷⁹, os requisitos mencionados

²⁷⁷ BÖCKSTIEGEL, Karl-heinz. Commercial and investment arbitration: How different are they today? Lalive Lecture – Geneva, 23 May 2012. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 38, p. 111, jul. 2013.

²⁷⁸ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁷⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 210.

não são os únicos cujo atendimento é necessário para a aplicação da arbitragem. Há outras condições, como por exemplo, o próprio consentimento - elemento que será tratado em tópico específico.

Já no que se refere às arbitragens de investimento *ICSID*, o artigo 25 da CW, analisado no capítulo anterior, determina as condições para que uma arbitragem seja realizada por aquele Centro - pode-se dizer trata da arbitrabilidade. Sendo assim, com base no referido artigo, o litígio deve atender, via de regra, ao menos, a três exigências:

- a) A natureza da disputa deve referir-se a investimento (*ratione materiae*);
- b) As partes devem ser, de um lado, o Estado ou Ente Estatal e, de outro, o investidor e, ambas devem ser oriundas de países signatários da CW (*ratione personae*);
- c) Deverá haver consentimento por escrito para a utilização da arbitragem.

As exigências requisitadas pelo artigo 25 da CW, conforme a própria CW determina, representam características essenciais para a obtenção da jurisdição daquele Centro. Entretanto, seriam melhor identificadas como elementos caracterizadores da competência do Centro, na medida em que o *ICSID* apenas poderá resolver litígios que se enquadrem nos requisitos do artigo 25 da Convenção. Destarte, salienta-se que, apesar da doutrina se a este artigo por meio do termo “jurisdição do Centro”, este não seria o termo adequado, visto que o conceito de jurisdição toca em questões relativas à soberania e à territorialidade, basendo-se em normas estatais²⁸⁰.

Em que pese as abissais diferenças conceituais entre arbitrabilidade e jurisdição, para atender ao escopo deste trabalho, compara-se o artigo 25 da CW - presente no capítulo denominado *Jurisdição do Centro*, com o artigo 1º da Lei de Arbitragem Brasileira, considerando-se a peculiaridade de uma das partes ser a administração pública. Desse modo, a arbitrabilidade subjetiva, pela LAB, abrange as pessoas que podem submeter seus litígios à arbitragem regida pela legislação brasileira. Compõem um dito universo as pessoas capazes de contratar, no sentido no direito civil, as pessoas físicas ou as jurídicas, de Direito Público ou de Direito

²⁸⁰ STEIN, Raquel. *Arbitrabilidade no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 262.

Privado²⁸¹. Diante do exposto, não há dúvidas de que, em caso de arbitragens do tipo investidor *versus* Estado, o investidor deve ser aquele capaz de contratar, seja representado por pessoa jurídica ou por pessoa física. Na mesma perspectiva, também não há dúvidas de que o Estado tem capacidade civil para realizar contratos, tanto por meio da Administração Direta (União, Estados, Municípios, Ministérios), como da Indireta (autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas).

De mais a mais, ressalta-se a competência da Administração Pública para estabelecer a cláusula arbitral, tendo em vista que possui a autoridade e a capacidade para contratar no caso específico, e pode também incluir neste contrato a cláusula arbitral²⁸². Atualmente, mesmo nos casos em que o compromisso arbitral é firmado pela Administração Pública posteriormente ao surgimento do litígio, o STJ já tem posição em julgado favorável à arbitragem²⁸³⁻²⁸⁴.

No que tange à extensão da convenção arbitral, enfatiza-se que, por envolver atos administrativos, a arbitragem pode ser questionada por terceiros, como Ministério Público, TCU ou por aqueles legitimados para propor ações civis públicas²⁸⁵. Outro ponto controverso se relaciona ao princípio da legalidade - estabelecido no artigo 37 da CF - que impõe a autorização legal para que a Administração Pública possa agir, e se encontra na própria lei de arbitragem, possibilitando que se efetive nas hipóteses em que a administração preencha os requisitos objetivos e subjetivos de arbitribilidade.

²⁸¹ LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 116.

²⁸² SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 217.

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 904813/PR, 3ª Turma*. Recorrente: Companhia Paranaense de Gás Natural - Compagas. Recorrido: Consórcio Carioca Passarelli. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600381112&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁸⁴ TALAMINI, Eduardo. Sociedade de economia mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, p. 135, abr. 2005.

²⁸⁵ Conforme a Lei nº 7.347/85 que disciplina a ação civil "Art. 1. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II - ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII – ao patrimônio público e social". BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

Como indicado no item 3.1 deste estudo, diversas leis expressamente autorizam a administração pública a utilizar a arbitragem, com algumas condições como: (i) constar no contrato a cláusula que declare competente o foro da arbitragem para dirimir qualquer questão contratual²⁸⁶; (ii) terem as arbitragens sede no Brasil e se desenvolverem em língua portuguesa²⁸⁷. Outrossim, insta consignar que elas não devem ser consideradas exceções à regra geral, mas que apenas são normas que regulam as operações de um tipo de contratação com o Estado e, para tais contratações, outorgam expressamente o uso da arbitragem.

Ademais, a professora Lemes²⁸⁸ declara que não existe guarida à interpretação restrita do princípio da legalidade como meio de exigir que a norma expressamente autorize o ente público à utilização da arbitragem, visto que, além do princípio da legalidade, este deve seguir outros preceitos da administração pública expostos na Carta Magna, como o da eficiência, o da moralidade, o da impessoalidade e o da publicidade²⁸⁹. Ainda para esta jurista²⁹⁰, impedir a utilização da arbitragem pelo Estado representaria uma restrição à autonomia contratual de pessoa capaz de contrair obrigações.

Já quando se trata de *ICSID*, no que pertine às partes envolvidas nas arbitragens, menciona-se que os investidores, tanto pessoas físicas, como jurídicas, devem ter nacionalidade distinta do Estado hospedeiro, e ser de país signatário da CW - como regra geral, segundo se computou no capítulo anterior desta pesquisa. Sendo assim, um questionamento que pode surgir em decorrência disso é quanto à nacionalidade das pessoas jurídicas em relação ao Estado hospedeiro. Isso porque, com base nos termos do acordo ou do tratado de investimento, há pessoas jurídicas constituídas no território do Estado hospedeiro, mas que são consideradas

²⁸⁶ Art. 55 da Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações. BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁸⁷ Art. 11 da Lei nº 11.079/2004 – Lei das Parcerias Públicos-Privadas. BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁸⁸ LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

²⁸⁹ O princípio da eficiência é um dos princípios que devem reger a administração pública e nortear os três poderes. Nesse sentido Mello refere que o princípio da eficiência nada mais é que o princípio da boa administração Italiana - *il dovere di buona amministrazione*.

²⁹⁰ LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

investidoras estrangeiras por terem sua controladora sediada no exterior ou terem grande parte do capital vontante proveniente do exterior²⁹¹. Por exemplo, de acordo com o TBI entre Holanda e Venezuela²⁹², no item que define o nacional de parte contratante, há possibilidade de o investidor ter a nacionalidade do país hospedeiro, ou ainda, uma terceira nacionalidade, desde que a empresa seja controlada direta ou indiretamente por parte contratante. A redação postula que:

- (b) O termo «nacionais» no que diz respeito à Parte ou Contratante:
- i. pessoas físicas que tenham a nacionalidade dessa Parte Contratante;
 - ii. pessoas jurídicas constituídas nos termos da lei dessa Parte Contratante;
 - iii. pessoas jurídicas não constituídas segundo a legislação dessa parte contratante, **mas controladas, direta ou indiretamente, por pessoas físicas, tal como definido em (i) ou por pessoas jurídicas como definido no (ii) acima.**²⁹³ (grifo nosso).

Evidentemente, em muitos acordos se exige a real substância econômica para comprovar o efetivo controle ou que realmente o investidor tenha atividades no país em que afirma estar a sua controladora, a fim de evitar que ocorra o chamado *treaty shopping*²⁹⁴. De acordo com esse ponto de vista, pode-se dizer que a arbitrabilidade subjetiva e a *ratione personae* são critérios análogos para definir os atores em ambas as situações de arbitragem, por apresentarem critérios amplos que podem abranger o Estado e órgãos ou empresas de sua administração e o investidor estrangeiro.

Passando para o segundo aspecto do ponto em voga, a arbitrabilidade objetiva, que pela legislação brasileira se traduz em litígios relativos a direitos patrimoniais

²⁹¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 134 e seguintes.

²⁹² Acordo sobre a Promoção e Protecção Recíproca de investimentos entre os Países Baixos e a República da Venezuela. NETHERLANDS; VENEZUELA. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela*. [S.l., 1993]. Disponível em: <http://arbitration.org/sites/default/files/bit/netherlands_venezuela_english.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.

²⁹³ Acordo sobre a Promoção e Protecção Recíproca de investimentos entre os Países Baixos e a República da Venezuela. NETHERLANDS; VENEZUELA. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela*. [S.l., 1993]. Disponível em: <http://arbitration.org/sites/default/files/bit/netherlands_venezuela_english.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.

²⁹⁴ Um investidor opta por uma estratégia de localização apenas para se beneficiar de um tratado bilateral ou multilateral de investimento.

disponíveis - e que aqui se pretende comparar com o *ratione materiae* do *ICSID*, que refere ao caráter legal da disputa e se esta é referente a investimento.

Na intenção de esclarecer a arbitralidade objetiva indicada pela legislação brasileira, cabe expor o que são direitos patrimoniais disponíveis para a administração pública, considerando-se a existência dos interesses públicos primários e secundários. Eros Grau²⁹⁵ alerta que é indisponível o interesse público primário - não o interesse da administração pública como um todo. Mello²⁹⁶ narra que os interesses primários são os coletivos e os secundários são aqueles que, no lugar do Estado, poderiam ter qualquer outra pessoa. Para fins de esclarecimento conceitual, apresenta-se a diferenciação elaborada por Moreira Neto

As atividades administrativas finalísticas são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes à sociedade. Esses são **os interesses públicos primários**, para o atendimento dos quais se justifica a própria existência do Estado. E, como esses interesses são externos em relação à instituição estatal, fala-se em administração pública externa.

As **atividades administrativas instrumentais** são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes ao próprio Estado. Esses são **os interesses públicos secundários, ou derivados**, para o atendimento dos quais o Estado se organiza. E, como esses interesses são, portanto, internos à instituição estatal, fala-se em administração pública interna²⁹⁷. (grifo nosso)

No mesmo sentido, o STJ afirmou que o interesse originário - ou primário - é aquele interesse público que exige a participação ou a análise do Ministério Público, devendo ser submetido ao judiciário na qualidade de fiscal da lei e do interesse público²⁹⁸. O trecho da decisão relata que:

[...] assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do *Parquet* no mister de custos

²⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000.

²⁹⁶ MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 936.

²⁹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Licitações e contratos administrativos: observações para hoje e para amanhã. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, n. 3, p. 168-181, abr./jun. 1992.

²⁹⁸ LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

legis, máxime porque a entidade pública empreende a sua defesa através de corpo próprio de profissionais da advocacia da União²⁹⁹.

Assim, quando a discussão é sobre um interesse de geração de riqueza ao Estado, fica possível aplicar a arbitragem, como forma de resolução de controvérsia, por ser um interesse secundário da administração pública - e, conseqüentemente, disponível.

Já no *ICSID*, o *ratione materiae* não leva em consideração diretamente a disponibilidade dos direitos; o ponto principal se refere ao conceito de investimento - ou o conceito de investimento dado pelas partes - e, dessa forma, acaba por ter flexibilidade muito maior do que a definição de direito material disponível. Isto se deve principalmente em virtude da ausência de definição do que é investimento pela CW - tópico já abordado neste trabalho. Um exemplo, é o caso apresentando no capítulo anterior - *CSOB. versus. República da Eslováquia (ICSID Case No. ARB/97/4)*³⁰⁰, no qual discutiu-se o direito de indenização referente a empréstimo com finalidade de reestruturação intergovernamental. Ademais, neste caso, o Tribunal, mesmo entendendo se tratar de uma questão política, por ter carácter legal e as partes terem acordo que a disputa seria submetida ao *ICSID* o Tribunal se declarou competente para dirimir o litígio.

Um Tribunal arbitral no Brasil não pode ser declarar competente sobre questões referentes a empréstimo para reestruturação intergovernamental decorrente de um acordo político, pois estaria agindo de forma contrária a LAB.

Sendo assim, de modo diferente da arbitrabilidade subjetiva e da *ratione personae*, que tem características análogas possibilitando que uma gama de pessoas possam ser partes em arbitragens, são evidentes as diferenças entre a arbitrabilidade objetiva e a *ratione materiae*. Principalmente, pois, a gama de temas que podem ser discutidos no *ICSID* é maior do que os podem ser abarcados por arbitragem com a administração pública no Brasil. Destarte, as questões de interesse público primário,

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 303.806-RO*, 1ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Rondônia. Recorrido: Beniamine Gegle de Oliveira Chaves. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 25 de abril de 2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200100181945&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

³⁰⁰ Informações obtidas no site do ICSID publicadas sobre este caso: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic (ICSID Case No. ARB/97/4)*. Washington, DC, 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/4&tab=DOC>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

se constantes em TBIs ou em acordos de investimento, podem ser analisadas pelo tribunal arbitral do *ICSID*, porém são inadmissíveis como matéria de arbitragens que envolvem a administração pública no Brasil.

3.2.2 Direito Aplicável

De acordo com o que já se descreveu neste estudo, as diferenças do direito aplicável ao conflito entre a arbitragem internacional comercial e a arbitragem de investimento são notáveis. A primeira é regida pelas disposições constantes no contrato e, para a execução da sentença, cabe a fundamentação pela Convenção de Nova Iorque. Já na segunda, são aplicadas as disposições de Tratados de Investimentos e contratos de investimento, e se nestes não houver definição sobre qual é o direito aplicável à controvérsia, como já discutido no capítulo anterior, conforme a CW, serão aplicadas as leis nacionais do Estado hospedeiro e subsidiariamente o direito internacional.

Sobre a legislação aplicável, tanto a LBA como a CW autorizam as partes a acordarem previamente ou a entrarem em acordo no início do procedimento para a escolha do direito aplicável. As partes podem inclusive optar por um julgamento por equidade, conforme a CW e o artigo 2º da LBA, o que possibilita que as partes possam convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos, nos costumes e nas regras internacionais de comércio. Porém, nas arbitragens que envolvem a administração pública brasileira, vê-se uma limitação pelo princípio da legalidade. Os contratos administrativos, sejam sobre parcerias público-privadas, concessões ou outros, são de fato aqueles que envolvem a administração pública e, conseqüentemente, devem seguir o artigo 37 da CF, e a legislação brasileira, tanto a geral, como a específica³⁰¹. Também, a doutrina sustenta que não é possível, por contrato, a escolha da legislação aplicável, assim como não há autorização para aplicação de normas que não sejam parte do direito positivo brasileiro, como uso e costumes do direito internacional comercial ou a equidade³⁰².

Nesta conjuntura, as entidades brasileiras não teriam poder para escolher uma legislação diferente ao arcabouço legal brasileiro, mesmo em contratos em que não

³⁰¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as parcerias público privadas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, p. 29, jan./mar. 2007.

³⁰² SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 265.

esteja expressa qual a legislação aplicar. E mesmo que não haja lei específica que preveja, provavelmente, o tribunal arbitral irá optar por aplicar a legislação brasileira. Visto que, se houver execução contra algum ente da administração pública brasileira, esta deverá ocorrer no Brasil - e, sendo aplicada a legislação local, haverá menor risco de nulidades pelo judiciário³⁰³.

Ressalta-se que, no Brasil, as empresas de economia mista e as empresas públicas, mesmo sendo pessoas jurídicas de direito privado, em alguns aspectos, seguem a legislação referente a órgãos públicos da administração direta, como as contratações que devem ser regidas pela Lei de Licitações, uma vez que ainda não se reconhece regulamentação determinada pelo artigo 173 da CF³⁰⁴. Por conseguinte, segundo Salles³⁰⁵, por estar sob o regime de direito privado, a arbitragem é plenamente possível.

Barbosa e Martini³⁰⁶ lecionam que algumas leis brasileiras oferecem prerrogativas às entidades estatais, em nome do interesse público, como por exemplo, a Lei de Licitações, que é aplicada inclusive para as empresas públicas e de economia mista e prevê a possibilidade de alteração do contrato de forma unilateral pela administração pública³⁰⁷. Esta antevê ainda a rescisão do contrato por razões de interesse público, de alta relevância e de amplo conhecimento, justificado e

³⁰³ BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two sides of the same coin: to what extent is arbitration with the barsilian administration similar to investment treaty arbitration. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. p. 37-60

³⁰⁴ Art. 173. "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014

³⁰⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 255.

³⁰⁶ BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two sides of the same coin: to what extent is arbitration with the barsilian administration similar to investment treaty arbitration. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. p. 37-60

³⁰⁷ Art. 65. "Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;". BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

determinado pela máxima autoridade da esfera administrativa a qual está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato³⁰⁸.

Por outro lado, embora varie de acordo com o TBI firmado, a maioria dos tratados abriga diversas cláusulas protetivas aos investidores estrangeiros, como Tratamento Justo e Equitativo, Nação Mais Favorecida, Remessa de Lucros e outras. Isso torna a arbitragem de Investimento *ICSID* mais protecionista ao investidor estrangeiro do que a arbitragem comercial no Brasil, com a administração pública. Acrescente-se, de acordo com o que foi tratado no capítulo anterior, o artigo 42 da CW, que determina a aplicação das regras de direito internacional, se forem coerentes com o caso, conseqüentemente, por vezes, acaba limitando a aplicação da lei do Estado hospedeiro e fazendo cumprir os costumes internacionais.

Pode-se dizer que as arbitragens aqui comparadas são contrapostas, pois, no que se refere ao direito aplicável - que, via de regra, envolve as arbitragens *ICSID* por escolha das partes - acaba sendo norteado por princípios protetores do investidor estrangeiro, posto que há interesse de ambas as partes que os investimentos ocorram, Dessa feita, o Estado hospedeiro oferece garantias, seja por meio de *TBIs*, de leis nacionais de investimentos ou, ainda, por contratos com o Investidor. Já na arbitragem com a administração pública brasileira, no Brasil, as leis são protetivas ao Estado e ao interesse público, não havendo privilégios expressos aos investidores de outras nações.

3.2.3 Consentimento

Ambas as arbitragens necessitam de um aceite formalizado entre as partes, para que sejam realizadas. No *ICSID*, o reconhecimento da instituição com a assinatura da CW não é suficiente e, para dar-se início a uma arbitragem, necessita-se de uma autorização específica para o caso, como já mencionado, por uma das seguintes vias: tratados de investimento, leis nacionais de investimento, contratos específicos de investimentos ou compromisso arbitral. Da mesma forma, a lei de arbitragem brasileira e até mesmo as leis específicas - como a Lei das PPPs e das

³⁰⁸ Lei 8.666/86 - Art. 78. BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

Concessões - não bastam, sendo necessário o consentimento expresso para cada caso, através de contrato. Ademais, as leis supracitadas, assim como outras normas que autorizam a arbitragem no Brasil, são apenas instrumentos do reconhecimento do instituto para a resolução de controvérsias - e não uma forma de consentimento³⁰⁹.

Para expressar um consentimento à arbitragem pela administração pública brasileira com investidor estrangeiro, é necessário que haja uma cláusula compromissória no contrato assinado pelas partes e sempre limitada aos direitos patrimoniais disponíveis. Entretanto, ressalta-se um ponto controverso envolvendo o consentimento à arbitragem em contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993, esta consigna a necessidade de haver previsão no edital de contratação de resolução de controvérsias, por meio de arbitragem.

No entanto, a questão foi recentemente debatida no STJ pelo Recurso Especial nº 904.813 – PR (2006/0038111-2)³¹⁰, o caso envolve a COMPAGÁS (Sociedade de Economia Mista), concessionária responsável pela distribuição de gás natural canalizado no Estado do Paraná e o Consórcio Carioca Passarelli. A empresa estatal ingressou com uma Ação Declaratória de Nulidade de Compromisso Arbitral em face de Consórcio Carioca Passarelli, com base nos seguintes argumentos: (i) a arbitragem não estava prevista no edital de licitação; (ii) a indisponibilidade do interesse público envolvido; e (iii) a ausência de cumprimento dos requisitos legais para a instauração de uma arbitragem válida.

O Consórcio contra-argumentou que: (i) há incidência das regras de direito privado no negócio jurídico celebrado entre as partes; (ii) a autora, na condição de sociedade de economia mista, pode participar de procedimento arbitral; e (iii) a discussão tem natureza estritamente pecuniária e, portanto, é perfeitamente compatível com o procedimento arbitral.

³⁰⁹ BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two sides of the same coin: to what extent is arbitration with the barsilian administration similar to investment treaty arbitration. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerda de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. p. 37-60.

³¹⁰ Íntegra das decisões sobre o caso, disponível em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 904813/PR, 3ª Turma*. Recorrente: Companhia Paranaense de Gás Natural - Compagas. Recorrido: Consórcio Carioca Passarelli. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600381112&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.eaa>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

Os Ministros do STJ decidiram por unanimidade que o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente³¹¹. Em suma, se ambas as partes concordarem, a controvérsia poderá ser dirimida por arbitragem.

Destarte, poderia se concluir que em ambos os procedimentos de arbitragem (investimento e LAB), as formas, ou melhor, os efeitos do consentimento são análogos, visto que devem ser específicos e por escrito. As leis genéricas ou setoriais no Brasil que autorizam a arbitragem também não são suficientes, assim como não basta para a arbitragem de investimento a assinatura e a retificação da CW, para fins de consentimento das partes. Em adição, ressalta-se que o Regulamento do *ICSID* é muito claro quando especifica que o consentimento não pode ser alterado unilateralmente, como por exemplo, um Estado signatário da CW que publica uma lei nacional autorizando a arbitragem para determinados investimentos e após a realização do investimento ou de dispêndios do investidor revoga ou altera a legislação

Diferentemente, no Brasil, pode haver a alteração unilateral do consentimento, uma vez que a Lei nº 8.666/1993 concede a modificação dos contratos pelo Estado de forma unilateral, em casos de adequação às finalidades do interesse público, respeitados os direitos do contratado. Em virtude da subjetividade desta determinação legal, pode haver o risco de revogação unilateral, por exemplo, do artigo que possibilita a arbitragem da lei de concessões. Por fim, quanto ao consentimento, cabe mencionar que, diferentemente da CW, não há nenhuma limitação à aplicação da proteção diplomática quando utilizada a arbitragem no Brasil, o que pode significar mais uma forma de proteção ao investidor estrangeiro.

3.2.4 Procedimento Arbitral

Como tratado no capítulo anterior, nas arbitragens de investimento *ICSID*, a *lex arbitri* configura a própria CW e pode-se dizer que há intersecção com ordenamento

³¹¹ Restou decidido que a controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível e a submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. E o acórdão, por diversas vezes, salientou que a impugnação da sentença arbitral beira a má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

interno apenas quando as partes buscam a suspensão de procedimentos nas cortes nacionais ou visam executar a sentença final³¹². Já no que tange à arbitragem com a administração pública no Brasil, a *lex arbitri* é a lei de arbitragem brasileira, ou seja, uma lei interna. No entanto, conforme Salles³¹³, eventuais condicionamentos do direito público devem constar na convenção arbitral para garantir a executoriedade da sentença no judiciário, como a publicidade de determinados atos do conflito. Em que pese, o mesmo estudioso averba que: “O regime processual da arbitragem deve continuar privado, devendo a incidência de normas de direito público ter um carácter excepcional [...]”³¹⁴.

Em algumas legislações que tratam da arbitragem com a administração pública, resta determinado que a arbitragem deve ser realizada no Brasil. Carmona³¹⁵ sustenta que a restrição de territorialidade significa que a sentença deve ser proferida no Brasil, dispensando qualquer reconhecimento por tribunal superior. Outra restrição imposta por essas leis é o idioma, ou seja, a arbitragem deve transcorrer em português. Carmona³¹⁶ alega que tal limitação serve principalmente para evitar que a administração pública constitua tribunais com árbitros de outras nacionalidades, os quais não dominem a legislação brasileira, além de prevenir o dispêndio adicional na contratação de advogados e de assessores que dominem outro idioma ou a tradução de documentos.

No *ICSID*, há três línguas oficiais - inglês, francês e espanhol - e o pedido de instalação da arbitragem deve se dar sempre em uma delas. Na audiência preliminar, será decidido o idioma do procedimento e as partes podem acordar em usar um ou dois. Se for sugerida alguma língua além das oficiais, deverá ter a aprovação pelo Secretário Geral³¹⁷. Quanto ao local da arbitragem, as regras *ICSID* determinam que

³¹² BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two sides of the same coin: to what extent is arbitration with the barsilian administration similar to investment treaty arbitration. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. p. 37-60.

³¹³ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 273.

³¹⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 273.

³¹⁵ CARMONA, Carlos. *Arbitragem e processo: um comentário à lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55.

³¹⁶ CARMONA, Carlos. *Arbitragem e processo: um comentário à lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55.

³¹⁷ Artigo 21 das Regras de Arbitragem ICSID. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID Convention*. [Washington, DC], 2014. Disponível em:

será na sede da Instituição em Washington, nos Estados Unidos, a não ser que as partes tenham combinado diversamente e com a aprovação do Secretário Geral³¹⁸.

Em se tratando da escolha dos árbitros, deve se atentar que, independentemente de terem sido indicados pela administração pública, persiste a exigência de serem idôneos e neutros em relação às partes, sem qualquer relação que denote parcialidade, sendo exigido pela Lei de Arbitragem Brasileira, o dever de revelação³¹⁹. Ademais, a legislação brasileira equipara expressamente os árbitros, quando no exercício de suas funções, aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal e determina que o árbitro é juiz de fato e de direito, e que a sentença por ele proferida não está sujeita a recurso ou homologação pelo judiciário³²⁰.

Já se registrou nesta dissertação que o *ICSID* mantém uma lista de árbitros para as partes escolherem, mas estas não são obrigadas a decidir por meio da lista oficial. A própria CW determina que as pessoas designadas para os painéis arbitrais devam ser de elevado caráter moral e de reconhecida competência nas áreas de Direito, de comércio, de indústria ou de financiamento. No mesmo sentido, há determinação na LAB. Ademais, os profissionais também têm o dever de revelação e assinam uma declaração que, dentre outros pontos, carrega a afirmação de que o passado do presente árbitro de forma alguma prejudica sua confiabilidade e sua independência, assumindo ainda uma obrigação de notificar ao Secretário Geral do *ICSID*, qualquer situação em que essa condição possa ser afetada, durante o processo.

Já uma questão que é regulamentada, apenas, nas arbitragens *ICSID* é a necessidade de reconhecimento da nacionalidade dos árbitros deve ser distinta das partes. Os árbitros escolhidos devem ter nacionalidades que não as dos Estados contratantes envolvidos na disputa, a não ser que ambas as partes concordem com a indicação. No que concerne aos custos, tanto no *ICSID*, como nas arbitragens com a administração pública no Brasil, as partes devem arcar com os custos do tribunal

<<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Convention.aspx>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

³¹⁸ Com a aprovação do Secretário Geral, a audiência preliminar poderá ocorrer via conference call. REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

³¹⁹ Art. 14 parágrafo 1º da Lei 9307/1996. BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

³²⁰ Art. 17 parágrafo 1º e art 18 da Lei 9307/1996. BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

arbitral, podendo a sentença dispor que uma das partes assumira a totalidade das custas do processo e os honorários dos árbitros. Como esses custos podem se tornar dispêndios da administração pública, no Brasil, há discussões acerca da necessidade da realização de licitações.

Sobre esse ponto, Salles³²¹ defende que os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 8.666/1993 sublinham que despesas seriam casos de inexigibilidade de licitação por ser inviável a competição para definir quem seria o árbitro; ademais, os valores pagos aos árbitros, via de regra, não são estabelecidos por eles, e sim, pelas câmaras arbitrais. Salles ainda ressalta a importância de haver verba orçamentária para tais despesas, e que não haja impedimentos administrativos para a realização da arbitragem.

Um ponto em comum aos dois tipos de arbitragem é a possibilidade ampla de defesa e do contraditório, viabilizando a apresentação de diversos meios de provas, desde que lícitos. Na própria LAB em seu artigo 21, refere que “§ 2º *Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento*”.

Quando se trata de procedimento, um aspecto importante de discussão é a publicidade das decisões, já que a LAB permite que as arbitragens sejam sigilosas. Contudo, pode haver conflito já que um dos princípios constitucionais da administração pública brasileira é a publicidade dos seus atos. A necessidade de publicidade é indiscutível, mas pode se dar em vários níveis, como em relação ao procedimento, a documentos ou a sentença³²². Nas arbitragens de investimento *ICSID*, se as partes desejarem, é possível manter sigilo sobre decisões, tema e documentos - porém, sempre será público o nome das partes. Ademais, existe um estímulo realizado tanto pela Secretaria do *ICSID*, como por organismos internacionais, para que as decisões e as sentenças sejam públicas. Inclusive, a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre transparência nas arbitragens entre investidores e Estados publicou, em sítio da instituição, a criação de um repositório com a publicação de documentos e de sentenças relativos a

³²¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 279.

³²² SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 285.

arbitragens de investimento baseadas em tratados³²³. Quanto aos casos do *ICSID*, naqueles procedimentos que as partes autorizam, as decisões podem ser acessadas no próprio sítio do *ICSID*.

Ainda sobre o procedimento, uma questão tratada diversamente nas duas arbitragens comparadas, congloba as medidas preventivas³²⁴ - como penhorar ativos e preservar provas - que, no *ICSID*, não necessitam de utilização de cortes nacionais, porém também não há impedimento para que ocorram. Outrossim, sendo uma instituição internacional, o *ICSID* não tem autoridade para impor uma medida coercitiva contra um Estado ou um investidor, embora os Estados acatem as medidas preventivas, para não haver efeito na sentença³²⁵. Segundo Reed, Paulsen e colaboradores³²⁶, trata-se de uma das formas de demonstrar a autossuficiência do *ICSID*. Possivelmente a cláusula de instituição do *ICSID*, no tratado ou contrato contenha uma determinação de medida preventiva com autorização pelo judiciário para conceder medidas para preservação de direitos e de interesses para facilitar os trâmites, especialmente porque, por vezes, a constituição do tribunal arbitral pode demorar³²⁷. Por outro lado, a LBA aplicada aos casos com a administração pública determina que os árbitros devem obrigatoriamente solicitar ao Poder Judiciário medidas coercitivas ou cautelares, e que qualquer medida antecipatória ou protetiva deve ter o aval da corte “nacional”³²⁸.

³²³ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Transparency registry (a repository for the publication of information and documents in treaty-based investor-State arbitration)*. Vienna, 2015. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

³²⁴ Artigo 47 da Convenção de Washington e Regra 39 das Regras de Arbitragem. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID Convention*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Pages/ICSID-Convention.aspx>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

³²⁵ FINIZIO, Steven P.; SHENKMAN, Ethan G.; MORTENSON, Julian Davis. Recent developments in investor-state arbitration: effective use of provisional measures. *The European Arbitration Review*, [S.l.], p. 15-17, 2007. Disponível em: <http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/investor_state_arbitration.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2015.

³²⁶ REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 37.

³²⁷ REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 37.

³²⁸ Artigo 22 parágrafo 5º Lei 9307/1993. BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

Dessa forma, quanto às características do procedimento, apesar das limitações impostas pela legislação brasileira - como idioma e localização - destaca-se que são procedimentos análogos - não iguais, mas análogos. Logo, ambos permitem e buscam a ampla verificação de fatos e de provas, com o intuito de atingir o contraditório e a ampla defesa, com imparcialidade dos julgadores, a fim de obter decisões com base nos princípios do Estado de Direito, de forma eficiente e concreta. Apesar de serem pontos cruciais de um procedimento, as diferenças apontadas - idioma e regras específicas – estas podem ser administradas pelas partes, sem maiores prejuízos aos investidores estrangeiros

3.2.5 Execução de Sentença Arbitral

O artigo 31³²⁹ da LBA define que a sentença arbitral nacional produza entre as partes o mesmo efeito de uma sentença proferida pelo judiciário e, sendo condenatória, constitua imediatamente título executivo, gerando os mesmos efeitos. Ademais, desde 2005, o Código de Processo Civil - Lei nº 5.869/1973 passou a incluir na lista de títulos executivos a sentença arbitral³³⁰. E no novo Código de Processo Civil Lei nº 13.105/2015 consta a mesma disposição³³¹

Nessa teia, Lemes³³² enfatiza que a lei de arbitragem determina que o árbitro seja juiz de fato e de direito³³³. Porém, apesar de poder dizer o direito, ele não tem poder de determinar a execução da sentença proferida. No âmbito do *ICSID*, a forma de execução de sentença acaba sendo bastante similar: o artigo 53 da CW determina que as partes devem arcar e cumprir com os termos da sentença e que a decisão

³²⁹ Art. 31. “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

³³⁰ Inciso IV do Artigo 475-N. BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

³³¹ Inciso VIII do Artigo 151. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

³³² LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 142.

³³³ Art. 18. “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

deve ser considerada como se fosse uma decisão final de um tribunal nacional, sem a necessidade de homologação - como é praxe para sentenças arbitrais estrangeiras.

Cabe referir que as sentenças arbitrais proferidas fora do Brasil constituem títulos executivos, que devem ser homologados pelo STJ, para serem executados. Considerando-se não ser este diretamente o objeto deste trabalho, convém rememorar que o STJ, em dezembro de 2014, publicou uma emenda³³⁴ em seu Regimento Interno, estabelecendo regras mais claras para a execução de sentenças estrangeiras, a fim de tornar o procedimento mais célere e menos formal. Dentre as alterações realizadas, o Relator poderá proferir decisão monocrática sempre que houver jurisprudência consolidada da Corte Especial sobre o tema e flexibilização da exigência de autenticação consular.

Ademais, em ambas as arbitragens, as sentenças são terminativas e não têm previsão de recursos como a apelação; se a parte condenada não cumprir, a parte vencedora deverá ingressar com demanda executiva no Poder Judiciário para citar o executado e, se necessário, bloquear seus bens. No entanto, uma diferença que merece se referir é que, no sistema *ICSID*, as sentenças arbitrais podem ser anuladas sem a necessidade de requerimento perante o judiciário, já que uma comissão *ad hoc* dentro do *ICSID* pode executar tal papel. Outra dissemelhança que cabe apontar trata do local da execução: em uma arbitragem contra a administração pública, regida pelo direito brasileiro, provavelmente a execução ocorrerá no Brasil. Já em procedimentos *ICSID*, o investidor, por vezes, executa o Estado hospedeiro em outra nação que ele saiba que tenha bens.

Em que pese essas diferenças, resta claro que a forma para a execução das sentenças arbitrais se torna bastante similar, em ambos os casos. Todavia, como em qualquer execução contra a administração pública no Brasil, o pagamento é realizado mediante precatórios, e o investidor terá que aguardar a sua vez para receber o valor³³⁵.

³³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Emenda Regimental nº 18, de 17 de dezembro de 2014*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/regimento/article/viewFile/3532/3671>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

³³⁵ BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two sides of the same coin: to what extent is arbitration with the barsilian administration similar to investment treaty arbitration. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. p. 37-60.

CONCLUSÃO

Este trabalho propôs analisar e comparar a arbitragem comercial no Brasil, envolvendo Estado e investidor estrangeiro com a arbitragem de investimento *ICSID* - mecanismo consolidado internacionalmente para resolver conflitos referentes a tratados de investimentos internacionais - verificando quais seriam as características análogas e opostas entre ambos os tipos de arbitragens. Para tanto, se delineou o contexto do investimento estrangeiro no cenário mundial e no Brasil, discutindo como o país se posiciona perante os tratados internacionais e, especificamente, sobre a não adesão à *CW*. Também, foram abordados os aspectos constitucionais não discriminatórios do investimento estrangeiro no Brasil e apresentados os padrões mínimos de proteção ao investidor estrangeiro que configuram praxe em tratados bilaterais ou em contratos de investimento.

Por conseguinte, analisaram-se os contratos com o Estado no Brasil, determinando que, para os fins desta dissertação e para a comparação com o sistema *ICSID*, fossem considerados os contratos internacionais com a pessoa jurídica estrangeira e o Estado - a saber, aqueles que abrangem uma relação jurídica entre a administração pública, independentemente se a parte contratante é de administração direta ou indireta. Ainda no primeiro capítulo, verificou-se que o Brasil, diferentemente de outros países em desenvolvimento, optou por não aderir a mecanismos internacionais de proteção ao investidor estrangeiro, dentre os quais, a arbitragem de investimento via *ICSID*, porém, tem preservado a postura não discriminatória para com o investidor, ao não executar expropriações e assim manter alto montante de recebimento de IED.

No segundo capítulo, a arbitragem *ICSID* foi detalhada com o levantamento de características e de críticas apontadas pela doutrina internacional, analisando-se casos relevantes para contextualizar o funcionamento do sistema e o entendimento que o Tribunal tem sobre questões fundamentais - como o direito aplicável, a jurisdição e a execução dos laudos. O principal objetivo da análise dos casos se concentrou na forma de aplicação dos conceitos pelos Tribunais formados no *ICSID*, oportunizando a comparação no último capítulo, com o que há previsto na legislação brasileira e vem sendo aplicado neste país nas arbitragens que envolvem o Estado.

Para tanto, contextualizou-se a arbitragem comercial com a administração pública brasileira, sinteticamente se tratou da discussão sobre a possibilidade de a

administração pública utilizar a arbitragem. Ilustrativamente, apresentou-se alguns casos que envolveram a administração pública brasileira, o investidor estrangeiro e a aplicação da arbitragem. Por fim, foi realizada a comparação direta e pontual dos dois sistemas - arbitragem comercial com a administração pública brasileira e arbitragem de investimento via *ICSID* - discutindo-se sobre a arbitrabilidade, o direito aplicável, o consentimento, o procedimento arbitral e a execução de sentença.

Com a pesquisa e a comparação, conclui-se que, em termos de procedimento, os dois tipos de arbitragem são muito similares, contudo, no Brasil, o investidor não tem direito a certas prerrogativas a que teria se a arbitragem fosse regida pelo *ICSID* - como a escolha da sede, da língua aplicada e outros aspectos - visto que algumas legislações internas - como a Lei das PPPs - determinam que a arbitragem ocorra no Brasil, em língua portuguesa, e que o direito aplicável seja o brasileiro. Assim como, a execução de sentenças abarca algumas diferenças entre os dois sistemas, como as etapas da execução e os locais para a execução do laudo. Em que pese, ambas as sentenças sejam terminativas e não possibilitam recursos ao judiciário, devendo ser consideradas como decisão da Corte Nacional do Estado, que é parte na controvérsia.

Na mesma linha, pode-se dizer que a forma de expressão de consentimento tanto para uma arbitragem *ICSID*, como para uma arbitragem com a administração pública no Brasil é muito similar, já que nos dois casos cabe a manifestação do aceite, em dois momentos. No Brasil, no primeiro momento, deve haver a autorização legal - como a lei de arbitragem - e posteriormente, o Estado deve firmar um contrato com cláusula arbitral, ou após o início do litígio, realizar um compromisso arbitral. Já no *ICSID*, o primeiro momento do aceite se dá com a adesão e a ratificação da CW, e o segundo momento do aceite pode ser dado firmando-se um tratado de investimento ou por publicação de lei interna de investimento. Sendo assim, as diferenças mais relevantes entre os dois sistemas se referem ao direito aplicável e à arbitrabilidade objetiva.

Resta claro que a lei brasileira traz limitações quanto à matéria envolvida - arbitrabilidade objetiva, podendo ser debatidos apenas os direitos patrimoniais disponíveis, e, ainda, estes devem estar estabelecidos em contratos com a administração pública. Outrossim, se não foram estabelecidas questões regulatórias ou de proteção ao investidor no contrato de investimento, tais pontos dificilmente serão averiguados em uma arbitragem no Brasil.

Em que pese historicamente o Brasil não tenha a cultura de desrespeitar os direitos de investidores estrangeiros, a possibilidade de discutir acerca de referidos direitos em uma arbitragem sempre consagra uma forma de garantia e de proteção ao investidor

Ademais, a limitação outrora apontada, normalmente, não é encontrada em tratados internacionais, que vão além de obrigações contratuais e de direitos disponíveis e abrangem a relação de uma parte privada com um Estado soberano, determinante de políticas e de regras que podem - ou não - validar padrões mínimos de proteção internacional, como a não discriminação, a não expropriação, o tratamento justo e equitativo, dentre outros³³⁶.

Portanto, este estudo se justificou principalmente pelo fato de o Brasil ser um grande receptor de investimento estrangeiro, sem aderir a nenhum tratado internacional de proteção ao investidor, ou que utilizar a arbitragem de investimento como forma de resolução de controvérsias. Porém, o país se abriga por uma legislação forte sobre a arbitragem e que a cada ano, tem se mostrado mais favorável à utilização do instrumento em disputas envolvendo a administração pública, inclusive com a recente inclusão desta possibilidade na LAB. Posicionamento que já vinha sendo manifestado o por leis específicas que autorizam a arbitragem com órgãos da administração pública e por decisões muito coerentes do STJ.

É salutar, portanto, a comparação deste mecanismo de resolução de controvérsia oferecido pelo Brasil e a divulgação dos resultados junto aos investidores estrangeiros e ao meio acadêmico. Pois, esta pesquisa demonstra que, em um contrato com a administração pública brasileira com cláusula de arbitragem, há semelhanças e diferenças quando comparada com a arbitragem de investimento - mecanismo corriqueiramente utilizado, por investidores. Ademais, este estudo contribui para o enriquecimento da discussão sobre a necessidade de adesão à CW e aos tratados internacionais, assim como para o aprofundamento das análises que versam sobre arbitragem de investimento.

Enfim, respondendo a pergunta de pesquisa de forma objetiva pode se dizer que a arbitragem comercial no Brasil, envolvendo o Estado e o investidor estrangeiro

³³⁶ BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two sides of the same coin: to what extent is arbitration with the barsilian administration similar to investment treaty arbitration. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCL, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. p. 37-60.

com a arbitragem de investimento *ICSID* são similares na maioria de suas características, porém, divergem em dois aspectos de grande relevância que são a arbitrabilidade objetiva, pois a gama de temas que podem ser discutidos em uma arbitragem *ICSID* é superior a limitação imposta pela LAB – direitos patrimoniais disponíveis. E o outro aspecto que diverge é o direito aplicável, já que nas arbitragens *ICSID* as partes têm maior possibilidade de escolher a legislação aplicável, e, ainda, via de regra nos tratados internacionais constam cláusulas protetivas ao investidor estrangeiro e no Brasil, devido ao interesse público, por vezes a legislação é mais protetiva ao Estado

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). *Portaria ANP nº 69, de 6 de abril de 2011*. Disponível em: <http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg/folder_portarias_anp/portarias_anp_admin/2011/abril/panp%2069%20-%202011.xml>. Acesso em: 01 fev. 2015.
- ALVAREZ, José E. *The public international law regime governing international investment*. Leiden: Brill, 2011.
- AMCO v. Republic of Indonesia. [S.l.], 27 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.dipublico.org/1780/amco-v-republic-of-indonesia/>>. Acesso em: 20 jan. 2015.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. Exploração de petróleo e segurança jurídica: o Caso Newfield. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 63-79, abr./jun. 2012.
- ARAÚJO, Nádia apud MOROSINI, Fábio. A arbitragem comercial como fator de renovação do direito internacional privado brasileiro dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 851, p. 63-85, set. 2006.
- ARENHART, Fernando Santos. Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 10, n. 1, p. 154-171, 2013.
- AUN, Daniel et al. Arbitragem como meio de solução de controvérsias em investimento: aspectos processuais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 61-144, 2011. Ed. especial.
- BAKER, James C.; YODER, Lois J. ICSID and the Calvo clause a hindrance to foreign direct investment in LDCs. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, OH, v. 5, n. 75, p. 93-112, 1989.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). *Circular nº 3.491, de 24 de março de 2010*. Altera o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI). Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/Normativ/CIRCULAR3491.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014
- BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). *Capitais brasileiros no exterior*. [Brasília, DF, 2014]. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/rex/cbe/port/ResultadoCBE2013.asp?idpai=CBE>>. Acesso em: 10 fev. 2015.
- BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). *História*. Rio de Janeiro, [2015]. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/O_BNDES/A_Empresa/historia.html>. Acesso em: 23 mar. 2015.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BAPTISTA, Luiz Olavo, MIRANDA Silvia. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 27, p. 11-34, out./dez. 2010.

BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two sides of the same coin: to what extend is arbitration with the barsilian administration similar to investment treaty arbitration. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. p. 37-60

BARBOSA, Flávio Spaccaquerche; MONEBHURRUN, Nitish. O tratamento e a proteção do investimento estrangeiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 107–144, 2011. Ed. Especial.

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie; ROSERT, Diana. *Investment treaty arbitration: Opportunities to reform arbitral rules and processes*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2014. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2014/investment_treaty_arbitration.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2015.

BISHOP, Doak R.; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign investment disputes: cases, materials and commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005. p. 10.

BÖCKSTIEGEL, Karl-heinz. Commercial and investment arbitration: How different are they today? Lalive Lecture – Geneva, 23 May 2012. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 38, p. 111, jul. 2013.

BOEGLIN, Nicolas. *ICSID and Latinamerica: criticisms. withdrawals and regional alternatives*. [S.l.], 2013. Disponível em: <http://www.bilaterals.org/spip.php?page=print&id_article=23378&lang=en>. Acesso em: 25 jan. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 10 jul. 2014

BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração

pública. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. *Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962*. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014

BRASIL. Justiça Federal. *Processo nº 0019013-98.2009.4.02.5101*. Autor: ANP - Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Réu: Newfield Brasil Ltda. Juiz Federal: Wilney Magno de Azevedo Silva. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em: 25 jan. 2015.

BRASIL. Justiça Federal. *Processo nº 0009665-56.2009.4.02.5101*, 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Autor: Newfield Brasil Ltda. Réu: ANP - Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Juiz Federal: Wilney Magno de Azevedo Silva. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em: 25 jan. 2015.

BRASIL. Senado Federal. *Decreto legislativo nº 69, de 1965*. Aprova o Acôrd de Garantia de Investimentos entre os Estados Unidos do Brasil e os Estados Unidos da América, assinada em Washington, em 6 de fevereiro de 1965. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-69-15-julho-1965-346770-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Emenda Regimental nº 18, de 17 de dezembro de 2014*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/regimento/article/viewFile/3532/3671>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 52.181/GB*, Tribunal Pleno. Agravante: União Federal. Agravados: Henry Potter Lage, Espólio de Frederico Lage e Espólio de Henrique Lage. Relator. Min. Bilac Pinto. Brasília, DF, 15 de fevereiro 1973. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>>.

Acesso em: 25 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 303.806-RO*, 1ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Rondônia. Recorrido: Beniamine Gegle de Oliveira Chaves. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 25 de abril de 2005.

Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200100181945&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 25 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 606.345/RS*, 2ª Turma. Recorrente: AES - Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Recorrido: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEEE. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 22 de outubro de 2007. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200302052905&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 25 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 612.439/RS*, 2ª Turma. Recorrente: AES - Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Recorrido: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEEE. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 14 de setembro de 2006. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200302124603&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 25 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 904813/PR*, 3ª Turma. Recorrente: Companhia Paranaense de Gás Natural - Compagas. Recorrido: Consórcio Carioca Passarelli. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 de outubro de 2012. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600381112&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 25 jan. 2015.

CALHEIROS, RENAN. *Projeto de lei da Câmara nº 7108, de 2014*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606030>>.

Acesso em: 20 jan. 2015.

CARMONA, Carlos. *Arbitragem e processo: um comentário à lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASES: introductory note. *ICSID Review: foreign investment law journal*, Washington, DC, v. 3, p. 159-165, 1988. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=s howDoc&docId=DC662&caselId=C126>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

CENTER FOR TRANSNATIONAL LITIGATION, ARBITRATION AND COMMERCIAL LAW.. [S.l.], 19 Oct. 2011. Disponível em: <<http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/10/applicable-law-under-article-42-of-the-icsid-convention/>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1. p. 129.

COSTA, José A. F.; CARREGARO, Ana Carolina. C.; ANDRADE, Thiago P. de. Mecanismo complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 59-76, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rd-06_5_pp.059-076_mecanismo_complementar_do_icsid_jose_augusto_costa_ana_carolina_carregaro_thiago_pedroso_de_andrade.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2014.

CZELUSNIAK, Marcelo Salomão. A legalidade da arbitragem nos contratos celebrados pelo Estado: a discussão na jurisprudência dos tribunais de justiça dos estados de Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 125-138, maio/ago. 2009.

DIEHL, Alexandra. The framework of protection: Sources of the FET. In: DIEHL, Alexandra. *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p. 15-179.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 171.

FIGUEREDO, Roberto Castro. As origens do uso da arbitragem como modo de solução de controvérsias em disputas relativas a investimentos. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, p. 7–20, 2011. Ed. Especial.

FINIZIO, Steven P.; SHENKMAN, Ethan G.; MORTENSON, Julian Davis. Recent developments in investor-state arbitration: effective use of provisional measures. *The European Arbitration Review*, [S.l.], p. 15-17, 2007. Disponível em: <http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/investor_state_arbitration.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2015.

GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 49-78, out./nov. 2005.

GLOBAL INVESTMENT TRENDS MONITOR. Geneva: UNCTAD, n. 15, jan. 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2014d1_en.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2014.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000.

GRIERSON-WEILER, Todd J.; LAIRD, Ian A. Standards of treatment. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Ed.). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 260-304.

GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, VA, v. 38, p. 639-688, 1998.

HARTEN, Gus Van. Five justifications for investment treaties: a critical discussion. *Trade, Law and Development*, Jodhpur, v. 2, n. 1, 2010. Disponível em: <[http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/2\(1\)%20TL%26D%2019%20\(2010\)/38](http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/2(1)%20TL%26D%2019%20(2010)/38)>. Acesso em: 12 jan. 2015.

HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989.

INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the executive directors on the Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other states*. [S.l.], Mar. 1965. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1)*. Washington, DC, 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/81/1&tab=DOC>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia v Republic of Indonesia ('AMCO v Indonesia')*. [S.l.], 1992. Disponível em: <http://biicl.org/files/3936_1990_amco_v_indonesia.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Case no. ARB/97/4 Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (Claimant) versus The Slovak Republic (Respondent). *ICSID Review: foreign investment law journal*, Washington, DC, v. 14, n. 1, p. 251-283, 1999. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=s howDoc&docId=DC556_En&caselId=C160>. Acesso em: 10 fev. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic (ICSID Case No. ARB/97/4)*. Washington, DC, 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/4&tab=DOC>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/96/1)*. Washington, DC, 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/96/1&tab=DOC>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. [Washington, DC], 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID additional facility rules*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: . Acesso em: 05 out. 2014.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID arbitration (Additional facility) rules*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Arbitration-\(Additional-Facility\)-Rules.aspx](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Arbitration-(Additional-Facility)-Rules.aspx)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *The ICSID Caseload: statistics: issue 2013-2*. Washington, 2013. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2013-2.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *The ICSID Caseload: statistics: issue 2013-1*. Washington, DC, 2013. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2013-%201%20English.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *ICSID Convention*. [Washington, DC], 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Convention.aspx>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). In the Matter of the Arbitration between Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. and The Republic of Costa Rica: case no. ARB/96/1: final award. *ICSID Review: foreign investment law journal*, Washington, DC, v. 15, n. 1, p. 169-204, 2000. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=sHowDoc&docId=DC539_En&caseId=C152>. Acesso em: 16 jan. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/77/2)*. Washington, DC, 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/77/2>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *SALINI COSTRUTTORI S.p.A. v. Kingdom of Morocco*. no.ARB/00/4, Decision on Jurisdiction of 23 July 2001. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2014.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*. [S.I.], 1992. Disponível em: <http://www.biicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3)*. Washington, DC, 2014. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/84/3>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. Classification and standard components of the balance of payments. In: INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Balance of payments manual*. 5th ed. [Washington, DC, 1993]. p. 37-50. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/sta/bop/BOPman.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.

KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil, revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITs and investor–state arbitration. *Arbitration International*, London, v. 24, n. 3, p. 423–446, 2008.

KLYKOVA, Kristina. Features of international investment arbitration. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 181-215.

LEGUM, Barton; KIRTLEY, William. The status of the report of the executive directors on the ICSID Convention. *ICSID Review*, Washington, v. 27, n. 1, p. 1-13, 2012. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/Legum-Kirtley-ICSID-Review_Status-Of-Report-Of-Executive-Directors.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latim, 2007.

LEON, Barry; MC DOUGALL, Andrew; SIWIEC, John. Canada and investment treaty arbitration: three prominent issues: ICSID ratification, constituent subdivisions, and health and environmental regulation. *South Carolina Journal of International Law and Business*, Columbia, SC, v. 8, p. 63 -86, 01 jan. 2011,

MACEDO, Paulo Garcia. Investment arbitration in Brazil: the landscape of investment arbitration in Brazil and why Brazil should become a more important player in the

investment arbitration Arena. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi (Ed.). *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. p. 3–16.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimento perante o Sistema ICSID. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 55-94, jul./set. 2012.

MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOLINUEVO, Martín. Introduction. In: MOLINUEVO, Martín. *Protecting investment in services: investor-state arbitration versus WTO dispute settlement*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011. p. 3–8.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Licitações e contratos administrativos: observações para hoje e para amanhã. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, n. 3, p. 168-181, abr./jun. 1992.

MUCHLINSKI, Peter. Policy issues. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Ed.). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 6-44.

MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

NETHERLANDS; VENEZUELA. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela*. [S.l., 1993]. Disponível em: <http://arbitration.org/sites/default/files/bit/netherlands_venezuela_english.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.

NEWCOMBE, A. *Confidentiality in investment treaty arbitration*. [S.l.], 03 mar. 2010 Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/03/03/confidentiality-in-investment-treaty-arbitration/>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

NOHARA, Irene Patricia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Thiago Marinho; SILVA, Eduardo Silva da; GUERRERO, Luís Fernando. O Brasil como sede de arbitragens internacionais a capacitação técnica das câmaras arbitrais brasileiras. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 34, n. 9, p. 119-158, jul. 2012.

NUSSBAUM, Arthur. Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government. *Cornell Law Quarterly*, Ithaca, v. 36, n. 1, p. 31-53, 1950. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1582&context=clr>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as parcerias público privadas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, p. 29, jan./mar. 2007.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Glossary of foreign direct investment terms and definitions*. Paris, [2015]. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/2487495.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Ação Declaratória nº 24.334*, 3. Vara da Fazenda Pública.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Medida Cautelar nº 0160213-7*.

PINHEIRO, Armando C. *Direito, Economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PINHEIRO, Armando C. Magistrado, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Ed.). *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2005. p. 244-283.

PUCCI, Adriana. Arbitragem e investimentos estrangeiros no Brasil. In: BALBINO, Inez; LEMES, Selma Ferreira (Org.). *Arbitragem: temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier, 2012. p. 09–25.

RECENT Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS). *International Investment Agreements: issues note*, New York, n. 1, Apr. 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

REED, Lucy, PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 7.839/2003*, 13. Câmara Cível. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Eliomar de Souza Coelho. Relator: Des. Ademir Paulo Pimentel. Rio de Janeiro, 29 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003B71288CD4DEA3360A8706286872A17D1F439C31B0A10>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70003866258*, 2ª Câmara Cível. Agravante: AES - Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Agravado: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEEE. Rel. Des^a. Teresinha de Oliveira Silva. Porto Alegre, 14 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=porto_alegre&num_processo=00109052374>. Acesso em: 25 jan. 2015.

RITTNER, Daniel. Com modelo light, Brasil conclui primeiro acordo de investimentos. *Valor Econômico*, São Paulo, 26 mar. 2015.

RUBINS, Noah D. Investment arbitration in Brazil. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Org.). *Arbitragem interna e internacional*. São Paulo: Renovar, 2003.

RUBINS, Noah. The notion of investment in international investment arbitration. In: HORN, Norbert (Ed.). *Arbitrating foreign investment disputes: procedural and substantive legal aspects*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. p. 283–324.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SALOMÃO, Luis Felipe. A atualização da lei de arbitragem. *Migalhas*, [S.l.], 19 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211461,51045-A+atualizacao+da+lei+de+arbitragem>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

SANTOS, Elias Luna Almeida. *Investidores soberanos, política internacional e interesses brasileiros*. Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. The Brazilian experience with bilateral investment agreements: a note. [New York: 2007]. Disponível em: <http://unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p15_en.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2014. Trabalho apresentado no UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, jun. 2007.

SCHATZ, Sylvia. The effect of the annulment decisions in *amco v. Indonesia* and *klockiver v. Cameroon* on the future of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes. *American University International Law Review*, Washington, v. 3, n. 2, p. 481-515, 1988. Disponível em: <<http://www.auilr.org/pdf/3/3-2-6.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

STEIN, Raquel. *Arbitrabilidade no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

STEVENS, Margrete. *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic (ICSID Case No. ARB/97/4)*: introductory note. [S.l., 1999]. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC555&casId=C160>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

TALAMINI, Eduardo. Sociedade de economia mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, p. 135, abr. 2005.

TIBURCIO, Carmem. Arbitragem de Investimento no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 233–247.

TRAKMAN, Leon E. The ICSID under siege. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 45, p. 603-665, 2012. Disponível em: <<http://www.lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Trakman-final.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *UNCITRAL model law on international commercial arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*. Vienna, 2015. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>. Acesso em: 10 jan. 2015.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Transparency registry (a repository for the publication of information and documents in treaty-based investor-State arbitration)*. Vienna, 2015. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Bilateral investment treaties 1995–2006: trends in investment rulemaking*. New York, 2007. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Course on dispute settlement: 2.1 overview*. New York, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/edmmisc232overview_en.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Dispute settlement*. International Centre for Settlement of Investment Disputes: 2.9 binding force and enforcement. New York: United Nations, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add8_en.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Fair and equitable treatment*. New York, 2012. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *International investment agreements: key issues*. New York, 2004. v. 1, p. 115-116. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Key terms and concepts in IIAs: a glossary*. New York, 2004. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteiit20042_en.pdf>. Acesso em: 01. out. 2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *What are bits?* Geneva, 2004. Disponível em: <http://www.unctadxi.org/templates/Page_____1006.aspx>. Acesso em: 13 set. 2009.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *World Investment Report 2014: investing in the SDGs: an action plan*. Geneva, 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

VASCONCELOS, Rafael; SUNÉ, Natasha. O direito dos investimentos no Mercosul: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 159-180.

WAGNER, Markus. Regulatory space in international investment law and international trade law. *Journal of International Law*, Philadelphia, v. 36, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2403959>>. Acesso em: 01 out. 2014.

WALD, Arnaldo. Algumas considerações sobre o capital estrangeiro ilegalidade das discriminações sem base na lei federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v.16, n. 62, p. 259-264, abr./jun. 1979. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181113>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

WALD, Arnaldo; BORJA, Ana Gerdau de. Ano foi marcado pela democratização da arbitragem e 2015 promete boa safra. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 01 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-01/retrospectiva-2014-ano-foi-marcado-democratizacao-arbitragem?imprimir=1>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. As (In)definições de investimentos estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11-45.

ZAMBAM, Neuro; BOFF, Salete Oro; LIPPSTEIN, Daniela. *Metodologia da pesquisa jurídica: orientações básicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.