

## INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas, a área dos investimentos tornou-se uma das mais prolíficas do direito internacional econômico. Tal movimento deve-se, em parte, à negociação, iniciada em 1959, de Acordos Internacionais de Investimento (AIIs).<sup>1</sup> Já na casa dos milhares, esses tratados constituem uma rede abrangente – porém desconexa. O emaranhado de tratados bilaterais e regionais é muitas vezes metaforicamente comparado a uma tigela de espaguete.<sup>2</sup>

Atributo chave desses acordos, os mecanismos de Solução de Controvérsias Investidor-Estado (SCIE) implicam, na maioria das vezes, a remessa de eventuais controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros à arbitragem internacional. Supera-se tanto o recurso ao Judiciário do Estado hospedeiro (*local remedies*) como a proteção diplomática, em que o Estado de origem do investidor desposava e patrocinava a sua reclamação em foros internacionais.

A proliferação dos AIIs e o aumento dos casos de arbitragem neles fundadas deram impulso à evolução do direito internacional dos investimentos. Desde a década de 1960 já se incluíam nos AIIs dispositivos prevendo a SCIE. No entanto, os investidores raramente fizeram uso dos mesmos por três décadas. Tal quadro começou a mudar em meados dos anos 1990 e, desde então, o número de arbitragens investidor-Estado fundadas em tratados de investimento cresceu numa curva quase exponencial.

Por razões que serão discutidas adiante, a arbitragem tornou-se a opção prioritária dos investidores estrangeiros para solucionar controvérsias com os Estados hospedeiros. Como resultado, há hoje rica jurisprudência sobre a matéria, com mais de três centenas de laudos arbitrais proferidos.

Contudo, a escalada no uso da arbitragem expôs uma série de deficiências. Ambos os lados do conflito, investidores e Estados, consideram os processos existentes demasiado caros, demorados e incertos. Além disso, tem-se afirmado que o aumento nos litígios e o entrincheiramento das partes durante as arbitragens prejudicariam as suas relações no longo prazo. Nesse contexto, algumas vozes começam a defender o exame de outros meios – não litigiosos – de solução de controvérsias de investimento.

O presente estudo inicia-se com a apresentação de algumas noções preliminares. Serão examinados os desdobramentos mais recentes no regime internacional dos investimentos, as

---

<sup>1</sup> O primeiro deles negociado pela Alemanha Ocidental e pelo Paquistão.

<sup>2</sup> A expressão “*spaghetti bowl*”, agora de uso generalizado, foi cunhada pelo economista Jagdish Bhagwati em 1995. BHAGWATI, J. (1995), *U.S. Trade Policy: The Infatuation with Free Trade Agreements*.

tendências atuais na negociação de AIIs e o crescimento do uso da arbitragem. Aproximando a discussão da realidade brasileira, será apresentado um panorama dos investimentos estrangeiros no país, ressaltando a sua relevância na economia nacional. Procederemos, a seguir, à contextualização do mesmo no regime internacional dos investimentos.

No segundo capítulo, trataremos das relações entre os investidores estrangeiros e os Estados hospedeiros. Veremos os contrastes de seus objetivos e as condicionantes para a convergência dos mesmos. Tocaremos no papel que os Acordos Internacionais de Investimento (AIIs) podem desempenhar, interna e externamente, e nos custos associados à sua implementação, exacerbados pela sua ampla abrangência quanto ao objeto, ao conteúdo e à duração. Por fim, as deficiências da arbitragem de investimentos serão identificadas, bem como as reações à mesma.

No terceiro capítulo, enfocaremos os processos de solução de controvérsias, iniciando nossa análise identificando as três principais abordagens (força, direitos e interesses) e distinguindo os conceitos de conflito e litígio. Partindo dessas distinções, apresentaremos as Políticas de Prevenção de Controvérsias (PPCs) investidor-Estado, assinalando seu reflexo nos planos substantivo, procedimental, interno e internacional.

No quarto capítulo, abordaremos a face instrumental das PPCs: os Mecanismos de Prevenção de Controvérsias (MPCs). Trataremos de seu *locus* institucional, das possíveis abordagens e dos elementos básicos de sua arquitetura. Enforcaremos, a seguir, os diferentes processos de solução de problemas, com ênfase nas técnicas de solução alternativa de controvérsias (SAC) preventivas. Na seqüência, apresentaremos as regras existentes no regime internacional dos investimentos sobre SAC, analisando-as criticamente.

Por fim, teceremos alguns comentários a título de conclusão.

Este estudo se insere numa perspectiva de formulação de políticas públicas (*policy making*). Espera-se, ao final, apresentar uma visão geral das questões sistêmicas da solução de controvérsias investidor-Estado e propor alternativas para a superação das deficiências do atual sistema.

## 1. NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE O DIREITO DOS INVESTIMENTOS NA ATUALIDADE

### 1.1. A relevância dos fluxos internacionais de investimento para o desenvolvimento e expansão da economia mundial

Há certo clichê em iniciar um estudo em direito internacional constatando o avanço da globalização, fenômeno inexorável que representa maiores trocas, interação e interdependência entre os agentes dos diferentes Estados. Com o perdão da vênia, observamos que em sua dimensão econômica, mais precisamente no comércio internacional em sentido lato, há que se fazer uma qualificação a essa constatação. No mundo contemporâneo mais bens e serviços são vendidos a mercados estrangeiros por meio de produção internacional (por unidades de empresas transnacionais no exterior) do que do comércio internacional propriamente dito (exportação e importação de bens e serviços acabados de um país a outro).

As exportações mundiais de bens e serviços somaram quase US\$19 trilhões em 2010.<sup>3</sup> Enquanto isso, as vendas no exterior de subsidiárias estrangeiras de empresas transnacionais alcançaram quase US\$30 trilhões.<sup>4</sup> Há hoje mais de 82.000 empresas controladoras engajadas na produção internacional, operando uma rede de cerca de 800.000 subsidiárias ao redor do mundo. O valor agregado gerado por essas subsidiárias respondeu por 11% da produção global em 2009.<sup>5</sup>

Em vista do dramático crescimento do comércio internacional de serviços e da crescente fragmentação da produção em nível global, governos de países em desenvolvimento – mas também desenvolvidos – perceberam o papel central que o investimento estrangeiro pode desempenhar como indutor do crescimento da economia, das exportações e do aumento da eficiência e da competitividade de uma forma geral. Como resposta, esses países, entre outras medidas, promoveram reformas em suas legislações nacionais para a liberalização de investimentos estrangeiros, criaram agências de promoção de investimentos e, de uma forma geral, buscaram melhorar o clima para investimentos em seus territórios. No plano do direito

---

<sup>3</sup> World Trade Organization (WTO) (2011), *World trade 2010, prospects for 2011- trade growth to ease in 2011 but despite 2010 record surge, crisis hangover persists*, p. 16.

<sup>4</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*, p. 16. O termo “subsidiária” é aqui utilizado em sentido lato, como tradução da expressão *affiliate*, de forma a incluir subsidiárias propriamente ditas, mas também filiais e agências.

<sup>5</sup> Id, pp. 16-17.

internacional, mais especificamente no da confecção de tratados, essa nova postura se refletiu na negociação, assinatura e ratificação de milhares de Acordos Internacionais de Investimento (AIIs).

## 1.2. Os desdobramentos recentes no direito dos investimentos

### 1.2.1. O crescimento horizontal dos AIIs

Nas duas últimas décadas, o campo dos investimentos também se tornou uma das áreas mais dinâmicas do direito internacional econômico. Essa tendência se deve, em primeiro lugar, à negociação de uma extensa – porém desconexa – rede de AIIs ao redor do mundo. Esse dinamismo se revela na profícua confecção de tratados versando sobre o tema, tanto em uma dimensão quantitativa quanto qualitativa.

Os anos 1990 testemunharam uma explosão no número de AIIs ratificados, cuja maioria é constituída por Tratados Bilaterais de Investimentos (TBIs). Enquanto em 1990 havia aproximadamente 400 TBIs ratificados em todo o mundo, em 2009 essa cifra havia subido para impressionantes 2.700.<sup>6</sup> Esses tratados cresceram não apenas em número, mas também em complexidade. Seu conteúdo normativo segue evoluindo.

Nos últimos anos, cada vez mais normas internacionais tratando de investimentos são adotadas como parte de Acordos Preferenciais de Comércio (PTAs, na sigla em inglês), como Tratados de Livre Comércio. Seguindo o precedente do NAFTA e seu Capítulo 11, esses tratados, além de conter um grau variado de liberalização e promoção do comércio de parte a parte, trazem em seu bojo compromissos de liberalização e/ou proteção dos fluxos de investimentos.

É importante registrar que o número de PTAs também registrou crescimento espetacular, com mais de 300 desses acordos tendo sido notificados à OMC.<sup>7</sup> Dos 153 países membros da OMC, apenas a Mongólia não faz parte de nenhum PTA.<sup>8</sup> Enquanto a taxa à qual

---

<sup>6</sup> Id., p. 81.

<sup>7</sup> SUTHERLAND, Peter & WORLD TRADE ORGANIZATION (2004), *The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium*, p. 21.

<sup>8</sup> ROCHA, Nadia & TEH, Robert (2010), *What will the World Trade Report 2011 be about?*

novos TBIs são concluídos tenha diminuído, o ritmo de conclusão de novos PTAs com dispositivos sobre investimentos está em franca expansão.<sup>9</sup>

### 1.2.2. O crescimento vertical dos AIIs

Na última década, os AII também avançaram no aspecto qualitativo, passando a tratar de uma gama de temas mais ampla. Um número crescente de AII inclui dispositivos mais sofisticados de proteção aos investimentos, bem como compromissos de liberalização (extinção de barreiras à entrada de capital estrangeiro em determinados setores).<sup>10</sup>

Comparados aos TBIs, os PTAs apresentam maior grau de variação em seu escopo, abordagem e conteúdo. Tendem a conter uma redação inovadora, o que poderia ser o resultado de “fertilização cruzada” entre as negociações sobre comércio e investimento.<sup>11</sup> Além da liberalização do comércio de bens e serviços e da proteção aos investimentos, os acordos mais ambiciosos contêm regras sobre propriedade intelectual, concorrência, compras governamentais, entrada de indivíduos ligados à administração das empresas, transparência, bem como a proteção do meio ambiente e direitos trabalhistas.<sup>12</sup>

### 1.2.3. O crescente recurso à arbitragem

Regras relativas à solução de controvérsias entre o Estado hospedeiro e os investidores estrangeiros já eram incluídas nos AII desde a década de 1960. Não obstante, o uso ativo desses dispositivos para instaurar arbitragens era raro até a última década. Na período compreendido entre 1987 e 1998, apenas quatorze disputas relacionadas a tratados de investimentos foram levados ao Centro Internacional para a Resolução de Disputas de Investimento (ICSID, na sigla em inglês), sendo que desses, tão somente dois resultaram na expedição de laudos arbitrais (e outros dois em acordos).<sup>13</sup>

<sup>9</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*, p. 82.

<sup>10</sup> Id., pp. 82-83.

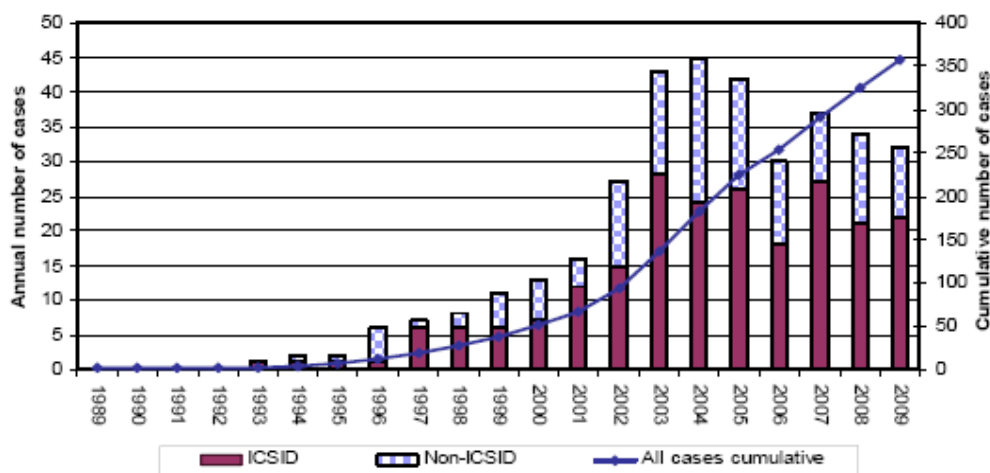
<sup>11</sup> Id., p. 82.

<sup>12</sup> ROCHA, Nadia & TEH, Robert (2010), *What will the World Trade Report 2011 be about?*

<sup>13</sup> International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) (2011), *The ICSID Caseload Statistics 2010*.

A partir da década de 1990 observa-se uma acentuada inflexão nessa curva, com um crescimento substancial na quantidade de procedimentos arbitrais e laudos expedidos. O total de disputas conhecidas baseadas em tratados de investimentos alcançou 357 ao fim de 2009, com um acréscimo de 32 em apenas um ano. A maior parte refere-se a arbitragens institucionais, mas há também procedimentos *ad hoc*. Dentre tais disputas, 225 foram levadas ao ICSID (institucional) e 91 regeram-se pelas regras de arbitragem da UNCITRAL (*ad hoc*).<sup>14</sup>

**Figura 1: arbitragens fundadas em tratado conhecidas (acumulado e novos casos), 1989-2009**



Fonte: UNCTAD

Em 2009, o número de países que enfrentaram arbitragens baseadas em tratados de investimento atingiu 81, com quatro países figurando como reclamados pela primeira vez (Belize, Camboja, a Ex-República Iugoslava da Macedônia – com dois casos – e o Turcomenistão). Desse total, 49, a vasta maioria, são países em desenvolvimento, 17 países desenvolvidos e 15 são economias em transição. A maioria das demandas partiu de investidores originários de países desenvolvidos, sendo que ao final de 2009 apenas 23 arbitragens haviam sido iniciadas por investidores de países em desenvolvimento e nove de economias em transição.<sup>15</sup>

Numa perspectiva regional, 121 das 357 disputas tinham um país da América Latina e Caribe como reclamado, ou seja, quase 34% do total. A Argentina sozinha responde por 51

<sup>14</sup> Ademais, 19 foram levadas à Câmara de Comércio de Estocolmo, oito à Corte Permanente de Arbitragem na Haia, quatro à Câmara de Comércio Internacional – ICC-Paris, havendo ainda outros quatro casos com arbitragens *ad hoc*, um administrado pelo Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration e quatro casos cujas regras são desconhecidas até o momento. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Latest developments in investor-State dispute settlement (2010)*, p. 2.

<sup>15</sup> Id., pp. 2-3.

casos (mais de 14%), seguida pelo México, com 19. Outros vizinhos “bem” colocados no ranking geral de reclamados são os “bolivarianos”: Equador (14 disputas), Venezuela (11 disputas) e Bolívia (cinco disputas), seguidos por Costa Rica (quatro disputas) e Chile (três disputas).<sup>16</sup>

**Tabela 1: Ranking dos 10 Estados mais reclamados**

País	Número de casos
Argentina	51
México	19
República Tcheca	16
Equador	15
Canadá	14
Ucrânia	14
Estados Unidos	14
Venezuela	11
Egito	10
Polônia	10

Fonte: UNCTAD<sup>17</sup>

Casos recentes envolvem uma multiplicidade de atividades econômicas e diferentes modalidades de investimento, incluindo, entre outros, contratos de privatização e concessões públicas, leis emergenciais promulgadas durante uma crise financeira, tributos sobre valor agregado, a reafetação de terras passando do uso agrícola para o comercial, regulação sobre unidades de tratamento de resíduos tóxicos, medidas relacionadas à cessão de participação acionária em empresas a investidores estrangeiros, bem como a regulação de meios de comunicação de massas.<sup>18</sup>

Essas e outras disputas lidaram com dispositivos de tratados de investimentos relacionados a, *inter alia*, tratamento justo e equitativo, não-discriminação, expropriação (incluindo a modalidade regulatória, ou *regulatory taking*), indenização, proteção e segurança plenas, bem como a definição de investidor, de investimento e de contratos de investimento cobertos pelos tratados.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Id., pp. 13-14.

<sup>17</sup> Id., p. 13.

<sup>18</sup> Id., pp. 3-9.; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2009), *Latest developments in investor-State dispute settlement (2009)*, pp. 4-11.; UNCTAD (2008), *Latest developments in investor-State dispute settlement (2008)*, pp. 3-12.

<sup>19</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Latest developments in investor-State dispute settlement (2010)*, pp. 3-9.; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2009), *Latest developments*

Não há indícios de que o número de disputas envolvendo investimentos venha a diminuir.<sup>20</sup> Pelo contrário, tal número tem crescido consistentemente e é provável que assim continue, pois por um lado a teia de tratados de investimentos ainda se expande e, por outro, os investidores estrangeiros – e, principalmente, seus advogados – estão cada vez mais familiarizados com a oportunidade de questionar medidas governamentais prejudiciais aos seus investimentos.<sup>21</sup> Ademais, o crescimento nos fluxos internacionais de investimentos, brevemente interrompido pela crise global de 2008,<sup>22</sup> aumenta as probabilidades de virem a existir conflitos entre investidores externos e Estados ciosos de seus poder regulador.

#### 1.2.4. Reações às arbitragens de investimento

O uso crescente da arbitragem investidor-Estado e o volume crescente de laudos arbitrais que dela resultam têm causado reflexos na própria confecção dos tratados de investimento. As regras nos AIIs tem-se tornado cada vez mais sofisticadas, refletindo novas preocupações por parte dos governos frente às centenas de laudos arbitrais de investimentos dos últimos anos.<sup>23</sup>

Essa reação pode ser vista como uma atitude de cautela diante do ativismo dos árbitros. Estes, em última análise, criaram regras a partir das interpretações dadas às vagas disposições dos tratados, cuja redação se baseia no que os diplomatas denominam “ambigüidade construtiva”. O que torna a questão mais problemática é o fato de haver interpretações diametralmente opostas dadas pelos diferentes tribunais arbitrais a um mesmo dispositivo,<sup>24</sup> sem que haja um mecanismo de apelação que pudesse conferir uma maior uniformidade às decisões.

Tais laudos levantaram uma série de questões de ordem legal e da perspectiva da formulação de políticas públicas (*policy making*). Isso levou diversos países a reconsiderarem parte da redação de determinadas cláusulas dos AIIs, tanto as de natureza substantivas quanto

---

*in investor-State dispute settlement (2009)*, pp. 4-11.; UNCTAD (2008), *Latest developments in investor-State dispute settlement (2008)*, pp. 3-12.

<sup>20</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2009), *Latest developments in investor-State dispute settlement (2009)*, p. 12.

<sup>21</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2009), *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, p. xiv.

<sup>22</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*, p. 2.

<sup>23</sup> *Id.*, p. 86.

<sup>24</sup> *Id.*, p. 85. Sobre o tema, vide o Quadro 2 infra.



as de solução de controvérsias. Diversos países revisaram seus modelos de tratados de investimento em vista das interpretações dadas pelos tribunais arbitrais.<sup>25</sup>

Outros preferiram mudar sua atitude diante do sistema como um todo, denunciando diversos dos tratados de que eram parte.<sup>26</sup> Já a Argentina, país mais demandado do que qualquer outro, busca anulação e se recusa a pagar os laudos arbitrais proferidos contra si, alegando, numa interpretação unilateral dos tratados, que tais laudos tem antes de ser referendados pelos tribunais argentinos.<sup>27</sup> O país pode, no entanto, ver-se obrigado a rever essa posição diante da ameaça de retaliações comerciais dos países de origem dos investidores agravados.

Permitimo-nos aqui fazer pequena digressão sobre essa hipótese, não apenas em vista da relevância do tema da fragmentação do direito internacional e da busca por coerência,<sup>28</sup> mas também pelos reflexos que pode ter no processo de revisão dos tratados de investimento. A reiterada negativa da Argentina em pagar os laudos arbitrais tem causado grande desconforto em alguns membros da comunidade do direito dos investimentos.<sup>29</sup> Temem uma desmoralização do sistema e um efeito dominó. Há, porém, um recente desdobramento nesse tema com potencial explosivo.

A empresa texana Azurix Corp., concessionária de serviço de distribuição de água encanada, busca atualmente o apoio do governo americano para forçar a Argentina a honrar uma condenação.<sup>30</sup> A empresa ganhou em 2006 a arbitragem que moveu contra o país sul-americano no âmbito do ICSID, cujo laudo, não pago, com o acréscimo de juros já soma USD 235 milhões.<sup>31</sup> Em agosto de 2011 a empresa peticionou para o United States Trade Representative (USTR) rogando que os EUA imponham retaliações comerciais contra a Argentina com base na Section 301 do US Trade Act de 1974, conforme aditado. O referido dispositivo autoriza o presidente dos EUA, sob iniciativa do USTR, a aplicar retaliações

<sup>25</sup> Exemplos de países que já revisaram seus tratados-modelo de investimento são: Rússia, França, Colômbia, México, Áustria e Alemanha. Já Argentina, Venezuela, Equador, Marrocos, Bolívia, África do Sul, Turquia e Estados Unidos estão no processo de desenvolvimento de novas minutas de TBI, ao passo que outros anunciaram planos para iniciar uma revisão (como Tailândia e Índia). Id., p. 85; SPEARS, Suzanne A., *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, p. 1043.

<sup>26</sup> Exemplos notórios são Equador e Venezuela, bem como os países do Leste Europeu que aderiram à União Européia com relação aos seus tratados intra-UE. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*, pp. 83-86.

<sup>27</sup> SPEARS, Suzanne A. *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, p. 1043.

<sup>28</sup> COTTIER, Thomas *et al.* (2010), *Fragmentation and coherence in international trade regulation. analysis and conceptual foundations*.

<sup>29</sup> STEVENS, Margrete (2012), *ICSID at Cross Roads: Some Thoughts and Recommendations for Improving the Dispute Settlement System*. No prelo.

<sup>30</sup> World Trade Online (2011), *U.S. Firm Readies Section 301 Petition To Collect ICSID Award From Argentina*.

<sup>31</sup> *Azurix v. Argentina*, laudo. A anulação do laudo, tentada pela Argentina, não prosperou. Vide: *Azurix v. Argentina*, Decisão sobre o Pedido de Anulação.

comerciais a países em resposta à violação de tratados internacionais de comércio ou da prática de atos que de maneira injusta, arbitrária ou discriminatória onerem ou restrinjam o comércio dos EUA.

A Azurix vale-se dessa parte final do dispositivo em seu pleito pelas sanções comerciais. O caso é interessantíssimo, pois na hipótese (ainda remota) de o governo americano aquiescer, haverá um *clash* de sistemas no direito internacional. Isso porque, em nosso entendimento, tal retaliação estaria em desacordo com as obrigações dos EUA no âmbito da OMC. Nomeadamente o Art. I do GATT 1994 (nação mais favorecida) e o Art. 23(2)(a) do Dispute Settlement Understanding (DSU). Este último impede os países membros da OMC de adotarem retaliações comerciais de forma unilateral, podendo apenas fazê-lo obedecendo a decisão do Dispute Settlement Body (DSB) da OMC.

Dessa forma, caso haja sanções dos EUA à Argentina conforme pleiteado pela Azurix, as mesmas estarão em desacordo com as obrigações dos EUA na Organização Mundial do Comércio, dando azo, por sua vez, a uma reclamação (e possivelmente retaliações comerciais) da própria Argentina contra os EUA. Note-se que caso tal disputa seja levada à OMC, os EUA não poderão alegar as razões da Azurix. Conforme bem assentado em casos como *Argentina – Poultry*, *México – Soft Drinks* e *Brasil – Retreaded Tyres* (dois deles envolvendo o Brasil), a Organização não tem jurisdição para apreciar direitos e obrigações oriundos de outros sistemas do direito internacional econômico, aplicando apenas os acordos cobertos da OMC.

Parece-nos que o entusiasmo de alguns membros da comunidade do direito dos investimentos<sup>32</sup> com o pedido da Azurix é fruto de desconhecimento do direito da OMC. Nada mais natural, dada a falta de diálogo entre as duas comunidades.<sup>33</sup> Ocorre que, apesar de a Section 301 ainda estar em vigor nos EUA, o país comprometeu-se, quando da assinatura dos Acordos de Marraqueche,<sup>34</sup> que se absteria de fazer uso da famigerada regra e observaria as decisões do DSB. Na verdade, o Art. 23(2)(a) do DSU tinha endereço certo: cinzelar esse compromisso dos EUA em um tratado internacional. Esse interessante caso, a depender dos desdobramentos, certamente impactará a confecção de tratados de investimento, com vistas à eliminação do risco de “retaliação-cruzada” inter-sistemas.

---

<sup>32</sup> Testemunhado durante o simpósio “World Trade Forum 2011: New Directions & Emerging Challenges in International Investment Law and Policy”, que ajudamos a organizar em setembro de 2011 no World Trade Institute – WTI, em Berna.

<sup>33</sup> ALVAREZ, José E. & BRINK, Tegan (2011), Revisiting the necessity defense: *Continental Casualty v. Argentina*.

<sup>34</sup> Que criaram a OMC em 1994.

Voltando, pois, ao tema da reforma dos tratados, percebe-se que os países que revisaram seus TBIs-modelo em geral o fizeram para (i) estabelecer regras mais claras e assegurar uma maior precisão na redação dos tratados; (ii) assegurar a observância dos interesse público e os objetivos econômicos gerais do país; incluindo o direito do país hospedeiro de regular seguindo o interesse público; (iii) buscar um maior equilíbrio entre a proteção do investidor e do país hospedeiro (inclusive contra os efeitos adversos da arbitragem investidor-Estado); e (iv) ajustar o TBI-modelo a novos desdobramentos, tais como as interpretações adotadas por tribunais em laudos de arbitragens investidor-Estado.<sup>35</sup>

Esses objetivos são perseguidos com ajustes à redação dos tratados-modelo, seguindo-se três técnicas principais. Alguns tratados-modelo incorporam ditames interpretativos que estabelecem limites às disciplinas de investimentos.<sup>36</sup> Dessa forma, asseguraram que os mesmos não sejam interpretados de tal maneira expansiva que impeçam os Estados de perseguir outros interesses públicos “legítimos”. Outros Estados seguem o caminho da inclusão de cláusulas de exceções gerais, nas linhas do Artigo XX do GATT, que visam a garantir aos Estados um escape da disciplina dos investimentos quando outros interesses públicos estiverem em risco.<sup>37</sup> Uma terceira técnica baseia-se na justaposição de objetivos sociais e ambientais no mesmo plano normativo dos objetivos relacionados aos investimentos.<sup>38</sup> Isso é realizado por meio da reformulação dos preâmbulos dos tratados, que muitas vezes desempenham papel relevante como guias para a interpretação da sua parte dispositiva.<sup>39</sup>

É interessante notar que algumas vezes o processo de revisão é detonado por mudanças políticas, como no caso da Bolívia e do Equador. Nesses países a adoção de novas Constituições tornou tal revisão obrigatória. A atualização dos TBIs-modelo também pode ter outro papel: destacar a posição do país-revisor com relação à interpretação “correta” de determinadas disposições dos tratados celebrados anteriormente. Essa conduta pode ser equiparada a uma tentativa de interpretação autêntica *de facto*, com vistas a influenciar os árbitros de investimento não apenas com relação aos futuros tratados, mas também aos já

---

<sup>35</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*, p. 85.

<sup>36</sup> Como, por exemplo, o TBI-modelo de 2004 dos EUA.

<sup>37</sup> Como o TBI-modelo do Canadá de 2004.

<sup>38</sup> Como o TBI-modelo da Noruega.

<sup>39</sup> SPEARS, Suzanne A. *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, pp. 1044-5.

existentes. Contudo, o nível de influência dessas diretrizes interpretativas, expressas nos TBI-modelo revisados, sobre os tribunais arbitrais ainda é incerto.<sup>40</sup>

A tentativa dos Estados de retomar as rédeas na definição do conteúdo do direito dos investimentos internacionais ganha ainda mais relevância diante da controvertida proposição de que já haveria uma elevação de parte dessa disciplina ao nível de costume internacional.<sup>41</sup> Essa noção é defendida por, entre outros, internacionalistas do quilate de Lowenfeld, segundo quem o *direito costumeiro internacional dos investimentos internacionais* compreenderia as disposições comuns dos TBIs, como a não discriminação, o livre acesso para investidores estrangeiros, o tratamento justo e equitativo, a expropriação apenas em casos em que houver interesse público, mediante indenização prévia plena, e o recurso à arbitragem para a solução dos litígios investidor-Estado.<sup>42</sup> Esse entendimento é partilhado por Ribeiro, para quem:

*A notável expansão do Direito Internacional no que afeta às relações entre países hospedeiros e investidores internacionais gerou um corpo denso do que pode ser considerado um novo Direito Internacional costumeiro, o qual emerge de um rico conjunto de fontes, tratados, estatutos, doutrina e decisões arbitrais. (---) Convém lembrar que os tratados, mesmo quando não assinados pelo país hospedeiro, podem constituir fonte de Direito costumeiro. A rapidez vertiginosa das mudanças na sociedade global também provoca a abreviação do tempo necessário à formação do costume.*<sup>43</sup>

Por outro lado, o uso crescente da arbitragem internacional para resolver as disputas de investimento tem despertado preocupação em acadêmicos, organizações não-governamentais e organizações internacionais. Com efeito, a Conferência da ONU para o Comércio e o Desenvolvimento – UNCTAD diagnosticou que, muito embora um sistema efetivo para a solução de controvérsias seja um mecanismo importante para fortalecer o império da lei (*rule*

<sup>40</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*, p. 85.

<sup>41</sup> Além de Lowenfeld e Ribeiro, o argumento é apoiado, entre outros, por Azoka Gunawardana e David R. Robinson. Visão oposta é defendida por, *inter alios*, Bernard Kishoiyian e Andrew T. Guzman. O último, utilizando análise de *law and economics* para determinar o motivo pelo qual os países menos desenvolvidos (LDCs, na sigla em inglês) celebram TBIs, afirma que “[t]he argument of those who view BITs as evidence of customary international law are flawed for two reasons. First (...), these arguments overlook the fact that the Hull Rule ceased to be a rule of customary international law sometime before 1975. Second, the arguments fail to take into account that customary international law requires not only state practice, but also a sense of legal obligation [opinion juris]. That BITs have been signed in large numbers merely demonstrates the magnitude of the perceived benefits associated with the ability to avoid the dynamic inconsistency problem. Thus, if countries have signed BITs out of economic motives, the treaties should not be interpreted as evidence of customary international law. It is equally plausible that BITs represent a permissible derogation from the existing rules of customary law [lex specialis] and that countries have pursued the treaties because it is in their economic interest to do so”. Vide GUNAWARDANA, Azoka, *The inception and growth of bilateral investment promotion and protection treaties*, pp. 544-550; ROBINSON, David R., *Expropriation in the Restatement (revised)*, p. 176; KISHOIYIAN, Bernard, *The utility of bilateral investment treaties in the formulation of customary international law*, pp. 327-329; GUZMAN, Andrew T., *Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties*, pp. 684-687.

<sup>42</sup> LOWENFELD, Andreas F. (2009), *Foreword*, in: *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*, p. xxi.

<sup>43</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, *Direito dos Investimentos e o Petróleo*, pp. 1-2.

*of law*) e a estabilidade jurídica, o mecanismo específico da arbitragem investidor-Estado está a mostrar-se demasiado oneroso, especialmente para os países em desenvolvimento.<sup>44</sup>

Alguns dos problemas apontados pela UNCTAD são (1) a falta de uniformidade na interpretação das obrigações constantes dos tratados dada pelos diferentes tribunais; (2) a disponibilidade, ao gosto do investidor, de diferentes regras procedimentais para a arbitragem, o que também contribuiria para a discrepância das decisões e para a falta de previsibilidade do sistema; e (3) os custos associados à condução dos procedimentos arbitrais, bem como o montante dos laudos proferidos contra os Estados – aspectos problemáticos em especial para os países em desenvolvimento.<sup>45</sup> Outra divisão da ONU também manifestou receios em relação ao sistema atual. Em 2009 o Representante Especial do Secretário-Geral para os Direitos Humanos, Corporações Transnacionais e Outras Empresas Comerciais, o cientista político de Harvard, John Gerald Ruggie, advertiu que:

*A experiência recente sugere que algumas garantias presentes em tratados [de investimento] e disposições contratuais podem restringir indevidamente a capacidade do Estado hospedeiro de atingir objetivos legítimos de políticas públicas, inclusive obrigações internacionais referentes aos direitos humanos. Isso porque, ante a ameaça de uma arbitragem internacional vinculante, um investidor estrangeiro pode lograr isentar suas atividades comerciais de novas leis e regulamentos, ou buscar indenização do Estado pelos custos incorridos por observá-los (tradução do autor).*<sup>46</sup>

Diante dessa problemática, novas possibilidades têm sido exploradas por governos e organismos internacionais, além das medidas preventivas relacionadas à clarificação da redação dos tratados e da sua interpretação (conforme relatado *supra*). Uma possibilidade seria fomentar o papel de meios de solução de controvérsias alternativos à arbitragem investidor-Estado nos AIIs (ponto focal deste trabalho). Outra seria o estabelecimento de um centro capaz de dar suporte a países em desenvolvimento nos temas envolvendo o direito dos investimentos, incluindo negociação de tratados e disputas investidor-Estado. Um primeiro movimento nesse sentido já foi empreendido na América Latina, onde alguns países, com o apoio do secretariado da UNCTAD, discutem a criação de um “Centro de Consultoria para Temas de Direito dos Investimentos e Disputas Investidor-Estado”.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2009), *Latest developments in investor-State dispute settlement (2009)*, p. 12.

<sup>45</sup> *Id.*, p. 12.

<sup>46</sup> No original, “(...) recent experience suggests that some treaty guarantees and contract provisions may unduly constrain the host Government’s ability to achieve its legitimate policy objectives, including its international human rights obligations. That is because under threat of binding international arbitration, a foreign investor may be able to insulate its business venture from new laws and regulations, or seek compensation from the Government for the cost of compliance”. RUGGIE, J. (2009), *Business and human rights: towards operationalizing the “protect, respect and remedy” framework*, p. 10.

<sup>47</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2009), *Latest developments in investor-State dispute settlement (2009)*, p. 12.

### 1.2.5. As implicações dos novos fluxos de investimento

A postura mais cautelosa refletida na revisão dos TBIs-modelo em certa medida também é motivada pelas mudanças nos fluxos internacionais de investimentos.<sup>48</sup> Não há mais a “mão única”, no sentido Norte-Sul, observando-se paralelamente o avanço crescente da dinâmica inversa, Sul-Norte, bem como da Sul-Sul.<sup>49</sup> Muitos países em desenvolvimento tornaram-se participantes ativos do processo de conclusão de tratados de investimento.<sup>50</sup> Como ilustração, a República Popular da China ratificou mais de 120 TBIs, sendo, no presente, o segundo país em número desses tratados, perdendo apenas para a Alemanha.<sup>51</sup>

É certo que os países desenvolvidos ainda permanecem como os mais ativos na iniciação de negociações de AIs em termos absolutos. No entanto, as inúmeras disputas de investimento contra os EUA e o Canadá no âmbito do NAFTA e contra países da Europa Ocidental no âmbito do Energy Charter Treaty fizeram-nos perceber que também estão expostos.<sup>52</sup> Ademais, dentre os investidores do Sul há uma maior presença de empresas estatais e fundos soberanos, especialmente no setor primário, o que gera apreensão adicional nos países hospedeiros quanto à preservação da sua capacidade regulatória.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> SPEARS, Suzanne A. *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, p. 1042.

<sup>49</sup> DUNNING, John H. & LUNDAN, Sarianna M. (2008), *Multinational enterprises and the global economy*, p. 27; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2006), *World Investment Report (WIR), 2006: FDI from developing and transition economies: implications for development*, p. 105.

<sup>50</sup> SALACUSE, Jeswald W. & SULLIVAN, Nicholas P. (2005), *Do BITs really work? : an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain*, p. 75.

<sup>51</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*, p. 81.

<sup>52</sup> SPEARS, Suzanne A. *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, p. 1042; TIENHAARA, K. & BARRAL, V. *International Economy and the Environment*, p. 465.

<sup>53</sup> Conforme apontado por estudo da UNCTAD, “[a]nother distinguishing feature between the largest TNCs globally and those from developing countries is the role of State ownership. Among the top 100 TNCs in the world (...), only five are majority-owned by the State, three of which are developing-country TNCs (CITIC Group, Petronas, Singtel). In contrast, almost a quarter of the 100 largest developing-country TNCs are State-owned. State ownership is particularly common in the primary sector”. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2006), *World Investment Report (WIR), 2006: FDI from developing and transition economies: implications for development*, pp. 123-124. Sobre a emergência das estatais e dos fundos soberanos no quadro global dos investimentos, vide: POULSEN, Lauge Skovgaard (2012), *Investment treaties and the globalization of State capitalism: opportunities and constraints*. No prelo; e MIROUDOT, Sébastien (2012), *New actors in the international investment scenario: objectives, performance and advantages of affiliates of State-owned enterprises and sovereign wealth funds*. No prelo.

### 1.3. O investimento estrangeiro direto e o Brasil

#### 1.3.1. O papel do IED na economia brasileira

O investimento estrangeiro direto desempenhou papel relevante na industrialização brasileira, atraído principalmente pelo grande mercado doméstico, mas também por políticas governamentais específicas, dirigidas preferencialmente a setores intensivos em capital e em tecnologia.<sup>54</sup> Sob a coordenação do Estado, combinadas com empresas de capital nacional privado e público, as filiais das empresas transnacionais foram fundamentais para o desenvolvimento de uma estrutura produtiva diversificada, em que o peso relativo dos diferentes setores da estrutura industrial convergiu com o dos países mais desenvolvidos.<sup>55</sup>

O elevado grau de internacionalização da estrutura produtiva é justamente uma das principais características da economia brasileira. Há ampla presença de empresas de capital estrangeiro exercendo papel de liderança em diversos setores industriais e, após o processo de privatização da década de 1990, também em setores não industriais.<sup>56</sup> No período, os fluxos de IED mostram uma tendência de diversificação com relação a países de origem e setores-alvo.<sup>57</sup>

O regime dos investimentos estrangeiros no Brasil, em nível doméstico, tem sido bastante liberal e estável, com a mesma legislação básica estando em vigor desde os anos 1960, sem maiores alterações.<sup>58</sup> No plano constitucional, desde a promulgação da Emenda Constitucional No. 6/1995, consagrou-se a determinação da nacionalidade brasileira da pessoa jurídica de acordo com o critério da constituição, associado ao critério da sede. Como bem colocado por Ribeiro:

---

<sup>54</sup> VEIGA, Pedro da Motta (2004), *Foreign Direct Investment in Brazil: Regulation, Flows and Contribution to Development*, p. 1.

<sup>55</sup> IEDI (2003), *O investimento estrangeiro na economia brasileira e o investimento de empresas brasileiras no exterior*, p. 5.

<sup>56</sup> Id.; VEIGA, Pedro da Motta (2004), *Foreign Direct Investment in Brazil: Regulation, Flows and Contribution to Development*, p. 1.

<sup>57</sup> Id.

<sup>58</sup> Lei No. 4.131, de 3 de setembro de 1962 (Lei de Capitais Estrangeiros), conforme alterada pela Lei No. 4.390, de 29 de agosto de 1964 e outras, e regulamentada pelo Decreto No. 55.762, de 17 de fevereiro de 1965, conforme alterado.

*Considerando que não é o critério do controle da origem do capital que determina a nacionalidade das sociedades no direito brasileiro, pois este é meramente relegado às situações especialíssimas ressalvadas pelo próprio texto constitucional, as empresas constituídas no Brasil, e que aqui operam, estão abrigadas de qualquer forma de discriminação.*<sup>59</sup>

Nesse tocante, aqui se sustenta que, através desse princípio constitucional de não discriminação, o Brasil incorporou *de facto* o padrão internacional da dispensa de tratamento nacional aos investidores estrangeiros, atributo comum à maioria dos AIIs. Na realidade, tal garantia vai além do que em geral oferecem esses tratados, pois que se aplica também ao direito de entrada (salvo a meia dúzia de setores da economia reservados pela Constituição). Não é pouco. Como observa Tiburcio, no que tange ao acesso, mesmo no plano internacional a regra geral da igualdade (dos estrangeiros) não se aplicaria aos chamados direitos econômicos.<sup>60</sup>

Mas o mandamento constitucional é ainda mais amplo. Vai além do direito à admissão, contemplando até mesmo o acesso ao fomento. A não discriminação se espalha para todo o ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que, por exemplo, empresas brasileiras de capital estrangeiro tenham igual acesso aos empréstimos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Há, de forma geral, receptividade ao investimento estrangeiro no Brasil. As forças políticas majoritárias vêem seu ingresso com simpatia, sendo encarado como fonte de geração de empregos e de modernização da economia.<sup>61</sup> Diferentemente do que ocorre em outros países, todas as reformas do texto constitucional de 1988 até o presente foram no sentido da liberalização à entrada do capital estrangeiro em setores antes reservados e não o contrário.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, *Direito dos Investimentos e o Petróleo*, p. 31.

<sup>60</sup> “Segundo o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor no Brasil, os países em desenvolvimento, levando em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão direitos econômicos reconhecidos no Pacto àqueles que não sejam seus nacionais”. TIBURCIO, Carmen, *Participação de estrangeiros na mídia*.

<sup>61</sup> VEIGA, Pedro da Motta (2004), *Foreign Direct Investment in Brazil: Regulation, Flows and Contribution to Development*, p. 1.

<sup>62</sup> O mesmo não ocorre, no entanto, na legislação infraconstitucional, onde há duas exceções dignas de nota. A primeira, a semi-nacionalização do setor petrolífero após as descobertas do Pré-Sal. Criou-se uma nova empresa 100% estatal para gerenciar as novas reservas de petróleo e outorgaram-se privilégios à Petrobras, operadora necessária com ao menos 30% de participação em todas as concessões. A segunda exceção diz respeito à mudança da postura brasileira diante da aquisição de terras por empresas brasileiras de capital estrangeiro, consubstanciada em parecer da Advocacia Geral da União de 23/08/2010. A nova posição reflete preocupações legítimas, em vista da problemática do chamado “land grab”, amplamente debatida no direito internacional contemporâneo. São freqüentes os choques entre a aquisição de terras por TNCs e fundos soberanos em países em desenvolvimento e a posse das populações tradicionais aí residentes. Diante do apetite de certos países asiáticos e do Oriente Médio por terras, estes preocupados com o fornecimento de matérias-primas e segurança alimentar, certa cautela justifica-se. Todavia, temos dúvidas sobre a viabilidade jurídica do caminho adotado. Somos da opinião de que tal medida requereria emenda à Constituição, posto que exceção à regra constitucional da não-discriminação entre empresas brasileiras de capital nacional e estrangeiro. Sobre o tema das alterações das regras no setor do petróleo vide RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, *Direito dos Investimentos e o Petróleo*, p. 34. Sobre a questão do “land grab” e sua inserção no direito internacional, vide COTTIER, Thomas *et al.* (2011), *The Protection of Property in International Law: the Missing Pieces*.



Atualmente, os esforços das políticas públicas do Estado brasileiro estão voltados para a melhora do ambiente regulatório e de negócios para os investimentos, sem, contudo, prever incentivos fiscais específicos para investidores estrangeiros.<sup>63</sup> Trata-se, aliás, de tradição do Brasil, posto que, como lembra Ribeiro, historicamente não houve indutores de investimento formalmente dirigido ao capital estrangeiro.<sup>64</sup>

### 1.3.2. O direito internacional dos investimentos e o Brasil

O Brasil notabiliza-se por ser a única grande economia a não ser parte de um único tratado de investimento em vigor. 14 foram assinados nos anos 1990, mas o governo Fernando Henrique falhou em lograr sua ratificação no Congresso Nacional. Tal negativa deveu-se, em grande medida, ao empenho da deputada Sandra Starling (PT-MG), que insistentemente alertou seus pares para os perigos para a soberania nacional que enxergava nas cláusulas de solução de controvérsias dos AII. Os tratados seguiram em gavetas do Congresso até que, no apagar das luzes do governo Fernando Henrique, foram retirados pelo Executivo, por pedido do governo de transição sob o recém-eleito Lula.

Desde então o país não mudou sua posição refratária aos AII, tendo sido esse, inclusive, um dos entraves às frustradas negociações para a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA). Enquanto os EUA insistiam na inclusão de um capítulo de investimentos, seguindo os moldes do NAFTA, o Brasil opunha-se.<sup>65</sup>

A excepcionalidade brasileira chama a atenção dos estudiosos do direito internacional dos investimentos, intrigando-os e desafiando os modelos que sugerem causalidade ou correlação entre a presença de AII e o aumento no fluxo de investimentos estrangeiros.<sup>66</sup> Pelo contrário, o país notabiliza-se por ser a antítese dessa proposição: é a única das maiores economias a não possuir nenhum tratado dessa modalidade em vigor e, ao mesmo tempo, é

---

<sup>63</sup> Nesse sentido, o governo federal estabeleceu programas e mecanismos para facilitar o investimento estrangeiro, especialmente em setores considerados cruciais para o aumento da competitividade internacional da economia brasileira, o crescimento sustentado e a conquista dos objetivos do Programa de Aceleração do Crescimento, nos termos do último Plano Plurianual 2008-2011 (instituído pela Lei No. 11.653, de 7 de abril de 2008). Com essas ações, o governo federal visa a fomentar o investimento nos setores de infra-estrutura e intensivos em tecnologia. Vide World Trade Organization (WTO) (2009), *Trade Policy Review - Brazil*, p. 16.

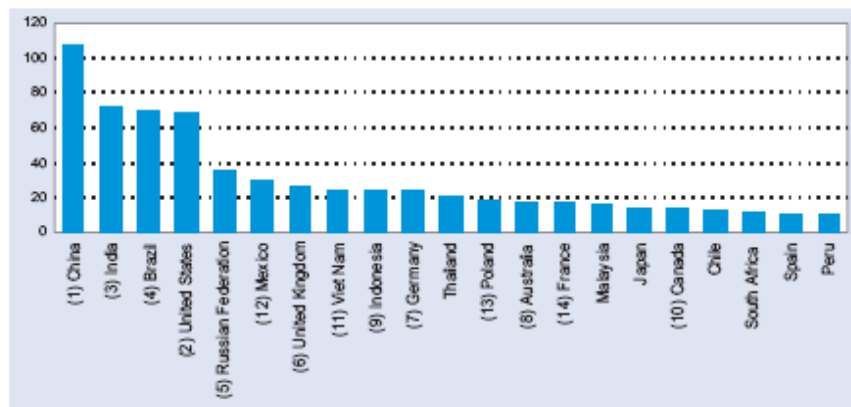
<sup>64</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, *Direito dos Investimentos e o Petróleo*, p. 30.

<sup>65</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2006), *World Investment Report (WIR), 2006: FDI from developing and transition economies: implications for development*, p. xxi.

<sup>66</sup> Diversos estudos sobre o tema, com resultados contraditórios entre si, estão reunidos em SAUVANT, Karl P. & SACHS, Lisa E. (2009), *The effect of treaties on foreign direct investment : bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*.

um dos maiores destinos de investimentos estrangeiro direto do mundo.<sup>67</sup> A UNCTAD projeta que o Brasil, em trajetória ascendente, será o terceiro destino de IED para o triênio 2010-2012, atrás apenas da China e da Índia, respectivamente, mas a frente dos Estados Unidos (antigo campeão) e de todos os demais países desenvolvidos.<sup>68</sup>

**Figura 2: economias hospedeiras prioritárias para o IED para o período 2010-2012**



Fonte: UNCTAD<sup>63</sup>

Outra pesquisa da UNCTAD apontou o Brasil como o país com a maior presença, dentre as economias em desenvolvimento, das 100 maiores empresas transnacionais: 75% informaram ter subsidiárias no país, contra 60% na China.<sup>70</sup>

Três aspectos aumentam o interesse por essa excepcionalidade brasileira: (i) a relevância da economia e do mercado brasileiro; (ii) o seu status de importador líquido de capital; e (iii) a aparente falta de proteção que a ausência de AIIs legaria às empresas transnacionais brasileiras atuando em outros países.

O primeiro aspecto – o tamanho do mercado – se por um lado torna essa excepcionalidade mais relevante, por outro, em parte a explica. Uma das dinâmicas

<sup>67</sup> HALLWARD-DRIEMEIER, Mary (2009), *Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment? : only a bit ... and they could bite*, p. 9; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*, pp. 177-181.

<sup>68</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World investment prospects survey 2010-2012*, p. 13. A ascensão do país foi captada pela série, tendo o país se posicionado como quinta destinação na pesquisa de 2008, quarta na de 2009 e como terceira na de 2010. Vide United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2009), *World investment prospects survey 2009-2011*, p. 51.

<sup>69</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World investment prospects survey 2010-2012*, p. 13.

<sup>70</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2005), *The locations most favoured by the largest TNCs*, p. 1.

predominantes no fluxo de investimentos para o Brasil, no paradigma proposto por Dunning, é a busca de mercado (*market-seeking investment*).<sup>71</sup> Tal dado é confirmado pela pesquisa anual da UNCTAD junto às maiores empresas transnacionais com relação à destinação de seus investimentos, onde se constata que os maiores fatores de atração de IED pelo Brasil são o tamanho do seu mercado e a perspectiva de crescimento do mesmo (além de incentivos governamentais).<sup>72</sup> Ocorre que a dinâmica *market-seeking*, predominante no caso brasileiro, é justamente uma das menos afetadas pela presença ou ausência de AIIIs.

Diversos outros estudos confirmam a ascendência do Brasil como destino de investimentos estrangeiros, apontando que o crescimento econômico com baixa inflação tem levado ao crescimento sustentado e paulatino da renda real no Brasil. O país já seria o quinto mais populoso do mundo e o sétimo PIB, tornando-o um destino cada vez mais atraente para o IED *market-seeking*. Mas há ainda outros fatores. Da perspectiva de outra dinâmica, a de busca de recursos naturais (*resource-seeking investment*), também há destaque para o país, terceiro maior exportador agrícola e grande produtor e exportador de matérias-primas duras (*hard commodities*) brutas e beneficiadas, como minério de ferro, aço e alumínio, além das perspectivas futuras com relação aos hidrocarbonetos após as descobertas do Pré-sal.<sup>73</sup>

Analistas apontam que o Brasil deverá continuar a atrair fluxos de IED de forma sustentada. Pontuam que o tamanho do seu mercado, os seus dotes em recursos naturais e a sua estabilidade política e macro-econômica compensariam, em parte, as deficiências de seu ambiente para negócios.<sup>74</sup>

Deve-se ter em mente, contudo, que Dunning, pai da teoria das forças locacionais na atração de investimentos estrangeiros, registrou em um de seus últimos escritos a maior complexidade das decisões de investimento nos dias atuais. É bem mais elevada que no passado, onde imperava a busca pelos dotes naturais e pelo tamanho dos mercados, local e adjacentes.<sup>75</sup> No momento atual as políticas de governo e as instituições de cada país teriam peso relativo maior na comparação com os fundamentos tradicionais da economia.<sup>76</sup> O autor

---

<sup>71</sup> DUNNING, John H. & LUNDAN, SARIANNA M. (2008), *Multinational enterprises and the global economy*, pp. 69-71; DUNNING, John H. e ZHANG, Feng. *Foreign direct investment and the locational competitiveness of countries*. p. 6.

<sup>72</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2009), *World investment prospects survey 2009-2011*, pp. 53-56.

<sup>73</sup> Economist Intelligence Unit & Columbia Program on International Investment (2007), *World investment prospects to 2011 foreign direct investment and the challenge of political risk*, p. 148.

<sup>74</sup> Id., p. 148.

<sup>75</sup> DUNNING, John H. (2009), Prefácio, in: *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*, p. xxv.

<sup>76</sup> DUNNING, John H. & ZHANG, Feng (2008), *Foreign direct investment and the locational competitiveness of countries*, pp. 6-8.

observa que países em busca de investimentos estrangeiros concentram-se cada vez mais na melhora de seu ambiente para investimentos, por meio da adoção de políticas e instituições domésticas favoráveis ao IED, da conclusão de AII, da garantia de certos padrões (*standards*) de proteção e do tratamento tributário favorável aos investidores estrangeiros.<sup>77</sup>

Com relação ao segundo aspecto, a importação líquida de capital, o investimento direto de brasileiros no exterior tem crescido de forma expressiva nos últimos anos, tendo quase triplicado de 2003 a 2009. O ano de 2006, inclusive, foi o primeiro em que o fluxo de investimento direto para o exterior superou o ingresso de IED.<sup>78</sup> Não obstante, o país segue sendo um importador líquido de capital. Segundo pesquisa anual do Banco Central do Brasil, em 2009 o fluxo de investimentos diretos brasileiros para o exterior totalizou pouco mais de USD 8.8 bilhões, ao passo que o fluxo de IED ultrapassou USD 30.4 bilhões. Com esses acréscimos, o estoque de investimentos brasileiros no exterior somou USD 164.5 bilhões, frente a USD 397.6 bilhões de estoque de IED no Brasil.<sup>79</sup>

Com relação ao terceiro aspecto, é importante notar que a ascensão dos investimentos brasileiro no exterior, seguindo a lógica de internacionalização de empresas brasileiras, muitas vezes conta com o apoio financeiro do Estado brasileiro, por meio de empréstimos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES em operações de fusão e aquisição.<sup>80</sup> A afirmação do país como uma fonte também de investimentos tem levantado vozes no empresariado brasileiro sobre a necessidade de rever-se a política brasileira com relação aos TBIs, inclusive com pronunciamento da Confederação Nacional da Indústria (CNI). Haveria agora uma maior necessidade de proteger esses investimentos brasileiros, o que pesaria em favor da celebração desses tratados.<sup>81</sup> Há notícias, ainda não confirmadas, de uma inflexão: numa iniciativa piloto, o Itamaraty estaria a negociar discretamente tratados de investimento com dois países da América Latina.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> DUNNING, John H. (2009), Prefácio, in: *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*, p. xxv.

<sup>78</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*, pp. 6-7, 47.

<sup>79</sup> Banco Central do Brasil (BACEN) (2010), *Capitais brasileiros no exterior (CBE) - ano-base 2009*; Banco Central do Brasil (BACEN) (2010), *Investimento estrangeiro direto (IED) - divisão por atividade econômica de distribuição dos recursos*.

<sup>80</sup> Vide Art. 9º, II, do Estatuto Social do BNDES (Decreto No. 4.418/2002, conforme alterado). O objeto social do Banco foi alterado justamente para incluir o apoio a operações de internacionalização das empresas brasileiras.

<sup>81</sup> Confederação Nacional da Indústria (CNI) (2009), *Os acordos de proteção de investimentos interessam à indústria brasileira?*, pp. 3-5; SOBEET (2010), *Tendência de redução do investimento direto líquido reforça necessidade de acordos bilaterais de investimento*, pp. 1-2.

<sup>82</sup> *Brasil busca acordos de proteção e promoção*, O Estado de São Paulo, 14/11/2010.

### 1.3.3. O Brasil dentro do regime internacional dos investimentos?

Reponde-se aqui às preocupações vocalizadas pela CNI e à suposta reação do Itamaraty relativizando a relevância dos AIIs para a proteção das operações das TNCs brasileiras no exterior. Além da controversa elevação das disciplinas desses tratados a costume internacional, defendida por alguns (vide Seção 1.2.4 supra), essas empresas, na sua ausência, têm à sua disposição outros instrumentos para garantir proteção equivalente ou diminuir a sua exposição a riscos. Dentre eles estão o chamado “planejamento corporativo”, referido como *treaty shopping* pelos detratores da prática, e a concentração dos investimentos em projetos de maturação mais rápida, reduzindo a exposição a riscos de mudanças político-institucionais e econômicas.<sup>83</sup>

Com relação ao planejamento corporativo, vale lembrar a famigerada expropriação sofrida pela Petrobras na Bolívia em 2006, no rastro da onda de “populismo energético vivido pelo continente sul-americano no período.”<sup>84</sup> Como lembra Ribeiro, o caso teve repercussão mundial.<sup>85</sup> Após a nacionalização dos seus ativos no país, enquanto as negociações para uma indenização não se concluíam, a estatal brasileira, buscando ganhar alavancagem, ameaçou o governo boliviano com a instituição de uma arbitragem de investimentos. Mas como seria possível se o Brasil não era parte, como segue não sendo até o momento, de nenhum tratado de investimento?

Ora, a Petrobras era adepta do “planejamento corporativo”. Controlava seus investimentos na Bolívia através da Petrobras Netherlands BV, subsidiária integral neerlandesa da empresa brasileira. Os Países Baixos são afamados pela sua extensa rede de

<sup>83</sup> Em conversas com consultores de TNCs brasileiras soubemos que essa é prática corrente para os investimentos brasileiros na América Latina.

<sup>84</sup> “[i]n Bolivia, a decree for the nationalization of oil and gas resources was promulgated in May 2006. It gives the State control and management of the production, transport, refining, stocking, distribution, commercialization and industrialization of oil and gas in the country. It requires private companies to channel future sales of oil and gas through the State-owned energy company, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB). The State will also regain control of Bolivian oil and gas companies that were privatized in the 1990s through the repossession by YPFB of the shares of the Collective Capitalization Fund. The decree obliges companies to comply immediately with the new dispositions and regularize their activities through new contracts authorized and approved by the legislative power within a period of 180 days, failing which they will no longer be allowed to continue operating in the country. Also, the decree fixes the share of private companies at 18% of the value of production, compared to 50% accorded by the hydrocarbon Law approved in May 2005, and much lower than the 82% accorded at the time of privatization”. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2006), *World Investment Report (WIR), 2006: FDI from developing and transition economies: implications for development*, pp. 75-76.

<sup>85</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, *Direito dos Investimentos e o Petróleo*, pp. 29-30. Vide: *Nacionalização gera novos atritos entre Petrobras e Bolívia*, O Globo, 14/09/2006.

tratados de bitributação e de investimentos com outros países, motivo pelo qual abrigam numerosas holdings. Dentre elas se encontrava a subsidiária da Petrobras em questão.

É forçoso reconhecer o pragmatismo (ou cinismo) da atitude brasileira no tema. Por um lado, o país nega-se a aderir ao regime internacional dos investimentos, furtando-se de observar as garantias do mesmo para com investidores estrangeiros instalados em seu território. Por outro, sua maior empresa – a *estatal* Petrobras – faz uso do planejamento corporativo para, entre outras coisas, gozar dos benefícios desse regime.

Extrapolando o exemplo, é de se perguntar: se a Petrobras pode fazê-lo, por que não as demais transnacionais brasileiras? Não há o que temer na jurisprudência. Pelo contrário. Para conforto dos adeptos do “strategic planning”, a maioria dos tribunais arbitrais internacionais confrontados com a prática foi a ela deferente. Ignoraram a nacionalidade do controlador das holdings e ativeram-se aos critérios de nacionalidade da pessoa jurídica previstos nos respectivos tratados de investimento.

Diversos países hospedeiros pleitearam a desconsideração da personalidade jurídica (*piercing the corporate veil*) em arbitragens de investimentos. Todas as tentativas foram frustradas. Um caso ilustrativo é *Aguas del Tunari v. Bolívia*.<sup>86</sup> Nele, o tribunal afirmou que: “(...) *an entity that owns 100% of the shares of another entity necessarily possesses the power to control the second entity*”.<sup>87</sup> Um investidor americano constituía uma holding nos Países Baixos para controlar seus investimentos na Bolívia.<sup>88</sup> O TBI Países Baixos-Bolívia cobria investimentos controlados direta ou *indiretamente* por investidores de um Estado no território do outro.<sup>89</sup>

A Bolívia argumentou que o TBI não seria aplicável, pois a holding neerlandesa seria uma empresa de gaveta (*shelf company*) e que o *controle efetivo* estava, na verdade, nas mãos de americanos. Como reproduzido acima, o tribunal não acolheu o argumento, afirmando que o fato de a entidade neerlandesa deter 100% das ações da subsidiária boliviana bastava para caracterizar o controle. Asseverou que a questão de a primeira exercer *efetivamente* tal controle ou não era irrelevante para o caso. O que torna a decisão ainda mais interessante é que o tribunal reconheceu que as empresas podem abusar do instituto da personalidade

---

<sup>86</sup> *Aguas del Tunari v. Bolívia*, para. 245.

<sup>87</sup> *Id.*

<sup>88</sup> Como a Petrobras, os americanos também o fizeram para investir no país andino, na ausência de um TBI EUA-Bolívia.

<sup>89</sup> Trata-se da regra nos TBIs dos Países Baixos, no que diferem, por exemplo, dos Suíços, que exigem uma “significant commercial activity” em seu território para outorgar a proteção do tratado.

jurídica e utilizá-lo de forma fraudulenta.<sup>90</sup> No entanto, assinalou que elementos caracterizando o abuso não estavam presentes no caso.

Entendimentos semelhantes foram partilhados pelos tribunais em *Saluka v. República Tcheca* e em *CME v. República Tcheca*, novamente envolvendo holdings neerlandesas. Aí os tribunais também foram deferentes ao *corporate veil*. Interromperam a análise do organograma de controle societário nas entidades dos Países Baixos, malgrado a origem estrangeira do seu capital.

Ainda na Europa, o caso *Tokios Tokelés v. Ucrânia* foi ainda mais extremo. A Convenção do ICSID veda o uso da arbitragem internacional de investimentos por investidores que detenham dupla-nacionalidade, caso sejam nacionais tanto do país exportador de capital como do hospedeiro. No caso, investidores ucranianos constituíram uma entidade na Lituânia para investir de volta na Ucrânia. O tribunal decidiu que a sua análise deveria parar na entidade lituana e respeitaram a nacionalidade “estrangeira” dos investidores. Estes poderiam, nessa qualidade, fazer uso da proteção do TBI e da Convenção do ICSID.

Assim, conclui-se que, fora os custos com a manutenção de uma holding no exterior e preocupações com a coerência das posições brasileiras no plano internacional, a proteção dos AIIs sempre esteve disponível às TNCs brasileiras. Pela preocupação exposta pela CNI, parece que tal fato não é de conhecimento amplo no meio industrial. Um tema interessante para futura pesquisa seria investigar a proporção de empresas brasileiras que se valem de holdings no exterior para investir em terceiros países e os motivos que as levam a fazê-lo.<sup>91</sup>

Do ângulo inverso, tampouco é correto afirmar que o Brasil não pode tomar parte em uma arbitragem de investimento como Estado reclamado. Isso porque, não obstante a ausência de AIIs ratificados pelo Brasil, tais arbitragens podem também estar baseadas em contratos de investimento. Arbitragens com fundamento em cláusulas arbitrais inseridas em contratos dessa natureza são comuns e não estão contabilizadas nos números de arbitragens mencionados acima (o que dá a dimensão do quão maior deve ser a cifra total).

Na verdade, uma arbitragem contratual envolvendo o Brasil poderia ser instituída até mesmo no âmbito do ICSID, apesar de o país não ser parte da Convenção de Washington de 1965, que o criou. Isso porque o Mecanismo Complementar do Centro (Additional Facility) permite a administração de arbitragens em que uma das partes (no caso hipotético o Brasil)

---

<sup>90</sup> *Aguas del Tunari v. Bolívia*, para. 245.

<sup>91</sup> Por experiência profissional sabemos que a prática é comum na indústria do petróleo brasileira. A preocupação central, contudo, é tributária. Constituem-se holdings no exterior (mormente nos Países Baixos, pela presença de um tratado de bitributação) para que essas adquiram bens de capital (embarcações, sondas, etc.) que são posteriormente arrendadas às controladoras brasileiras. O objetivo dessa estrutura é gozar dos benefícios do regime de admissão temporária nos termos do REPETRO, não se pagando os direitos de importação sobre esses bens de capital durante o termo do arrendamento.

não seja parte da convenção, desde que a outra parte o seja (na hipótese, um investidor nacional de um país membro do ICSID).<sup>92</sup>

Este ponto, aliás, reforça a tese de que a proteção do regime internacional dos investimentos sempre esteve franqueada às TNCs brasileiras. Nada impede que venham a avançar em seus contratos de investimento no exterior cláusulas arbitrais, prevendo como lei de fundo aplicável ao tratamento do investimento, por exemplo, o costume internacional, e indicando o Mecanismo Complementar do ICSID como o âmbito para a administração de uma eventual arbitragem (no caso, desde que o Estado hospedeiro esteja entre os 147 membros do ICSID).

Concluimos este exercício hipotético com uma provocação real: afirmamos que o Estado brasileiro já foi reclamado em arbitragens (*de facto*) de investimento e que há chances de o ser novamente num futuro próximo. Referimo-nos ao caso relatado no Quadro 4 do Capítulo 3 adiante.

#### 1.3.4. Oportunidades de aprendizado

Constatamos neste Capítulo a importância do investimento estrangeiro na economia mundial e na economia brasileira em particular. Traçamos um breve panorama das tendências atuais na negociação de tratados de investimento e registramos a explosão no número de arbitragens fundadas nos mesmos. A cautela brasileira perante tais tratados e tal modalidade de solução de controvérsias fez com que o país passasse ao largo dos AII da “velha geração”, muito em voga nos anos 1990.

Como “retardatário” na onda global de celebração de tratados de investimentos, caso de fato opte por abraçar o sistema, o Brasil tem a oportunidade de aprender com as experiências dos demais países e avaliar as opções que mais lhe convêm em futuras negociações. Propomo-nos, neste trabalho, a abordar, em particular, as implicações da recente explosão no número de arbitragens internacionais de investimento e os mecanismos que têm sido pensados como respostas às deficiências do atual sistema. Essas questões serão abordadas em detalhe nos próximos Capítulos.

---

<sup>92</sup> Art. 2, Additional Facility Rules. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) (2006), *ICSID Additional Facility Rules*.



## 2. ANTECEDENTES: O PAPEL E O IMPACTO DOS ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO (AIIs)

### 2.1. Os interesses dos investidores estrangeiros e dos estados hospedeiros

#### 2.1.1. A importância da relação entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros

A globalização tem acentuado a importância da economia internacional para os países. Hoje, é difícil conceber a possibilidade de promover-se o desenvolvimento sustentável de um país – quer desenvolvido ou em desenvolvimento – sem qualquer interação com os mercados internacionais. É através da inserção internacional que os países têm acesso aos crescentes fluxos internacionais de financiamento, informação, competências, tecnologia, bens e serviços.

Assim, a questão não será se os países em desenvolvimento deverão procurar reforçar a sua inserção na economia global, mas sim que políticas em particular deverão ser elaboradas com o objetivo de assegurar que essa inserção promova o desenvolvimento sustentável a nível interno. Se gerido de maneira apropriada, o investimento estrangeiro e, em especial, o Investimento Estrangeiro Direto (IED), constitui um dos veículos mais dinâmicos para que países hospedeiros se insiram na economia internacional.

O investimento fortalece não apenas o comércio internacional, mas a economia mundial como um todo. Como mencionado no Capítulo 1, supra, mais bens e serviços alcançam consumidores através de subsidiárias de empresas no exterior do que via exportações.<sup>93</sup> Os números demonstram de forma clara o papel das empresas transnacionais (TNCs) como veículos chave para a inserção internacional. No entanto, tornam-se cada vez mais flexíveis quanto à localização da sua produção e das suas atividades comerciais e, conseqüentemente, na suas estratégias de acesso aos mercados. As TNCs podem tratar o IED e as exportações como alternativas nas suas estratégias de distribuição de bens e serviços e de acesso aos mercados, combinando ambas no ponto mais vantajoso para si.<sup>94</sup> Tal ponto não

---

<sup>93</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*, p. 6; World Trade Organization (WTO) (2010), *International Trade Statistics 2010*, pp.8-10.

<sup>94</sup> PICCIOTTO, Sol (1998), *Linkages in International Investment Regulation: The Antinomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment*, p. 744.

necessariamente coincide com aquele desejado pelos Estados hospedeiros, que via de regra preferem a produção local à importação.

Nesse contexto, torna-se fácil compreender que na raiz de qualquer política bem sucedida sobre atração de investimentos estrangeiros haverá uma gestão adequada da relação entre dois atores chave: de um lado o Estado hospedeiro e do outro os investidores estrangeiros (em especial as TNCs). Evidentemente, não se trata de uma tarefa simples, já que em princípio o conjunto de interesses das TNCs não coincide necessariamente com os interesses dos Estados hospedeiros. No entanto, como será explicado adiante, apesar da diferença de prioridades, há uma grande margem para que essas duas categorias de sujeitos façam com que seus respectivos interesses se complementem.

#### 2.1.2. A interação entre os interesses dos investidores e dos Estados hospedeiros

Os fluxos de IED são particularmente importantes, já que tal modalidade de investimento congrega pacotes de ativos tangíveis e intangíveis bastante relevantes para o desenvolvimento. Ademais, os investidores estrangeiros que os empregam – a maioria TNCs – representam uma parcela importante da economia global no presente. As TNCs tornaram-se atores chave nas cadeias globais de produção, com ênfase crescente no IED baseado em serviços, para além dos segmentos tradicionais das matérias-primas e das manufaturas.<sup>95</sup>

As TNCs podem afetar positivamente o desenvolvimento através da complementaridade com o investimento doméstico e promovendo o comércio e transferências de conhecimento, competências e tecnologia. No entanto, é preciso notar que as TNCs não substituem o esforço doméstico: podem apenas fornecer acesso a determinados ativos tangíveis e intangíveis e agir como catalisador dos investimentos e capacidades nacionais. Num mundo de competição cada vez mais intensa e transformações tecnológicas aceleradas, essa complementaridade e esse papel catalisador podem ser preciosos.<sup>96</sup> O desafio dos países com relação às suas políticas públicas – e em especial dos países em desenvolvimento – é criar e implementar políticas que possibilitem atrair o IED e, ao mesmo tempo, maximizar a sua contribuição para o desenvolvimento.

---

<sup>95</sup> MUCHLINSKI, Peter T (2007), *Multinational Enterprises & the Law*, p. 22.

<sup>96</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (1999), *World Investment Report (WIR), 1999: FDI and the Challenge of Development*, p. 142.

Num cenário ideal, os países têm algo a oferecer de que as TNCs necessitam para aumentar a sua rentabilidade e competitividade global: uma carteira de ativos locais que inclui acesso a mercados e a recursos tangíveis e intangíveis *imóveis*.<sup>97</sup> Por outro lado, as empresas podem oferecer elementos de que os países necessitam para acelerar o seu desenvolvimento: um pacote de ativos tangíveis e intangíveis *móveis* que inclui capital, tecnologia, *know-how*, competências, marcas, práticas organizacionais e administrativas, acesso a mercados externos, pressão competitiva e tecnologias ambientalmente sensatas.<sup>98</sup>

Os objetivos básicos das TNCs e dos governos não são os mesmos. Por um lado, os governos buscam a promoção do desenvolvimento a nível *nacional*. Por outro, as TNCs buscam a melhoria da sua competitividade a nível *internacional*. Dessa forma, nem todo IED está sempre a priori em linha com os interesses dos países hospedeiros. Há até mesmo aquele tipo de IED que pode ter um efeito nocivo sobre o desenvolvimento.<sup>99</sup>

As TNCs buscam o aumento de sua própria competitividade e não o desenvolvimento da economia hospedeira. Em determinadas situações, as suas necessidades e estratégias podem ser distintas das necessidades e objetivos dos países hospedeiros, ou até mesmo conflitantes.

Por exemplo, em certas circunstâncias, a presença de TNCs em busca de mercados num país hospedeiro pode chocar-se com o interesse desse país em apoiar empresas nacionais, numa estratégia de criação de campeões nacionais (*national champions*).<sup>100</sup> Ou um país hospedeiro pode estar interessado no uso de novas tecnologias enquanto a subsidiária da empresa estrangeira prefere o uso de tecnologias maduras. Ou ainda, uma TNC pode considerar mais eficiente fechar uma subsidiária num país hospedeiro quando esse abre seu mercado às importações ou quando certas vantagens comparativas se deslocam, enquanto o

---

<sup>97</sup> Id., p. 155.

<sup>98</sup> Id., p. 149.

<sup>99</sup> Id., p. 154.

<sup>100</sup> Estratégia, aliás, claramente perseguida pelo Estado brasileiro, que dá apoio explícito – mediante financiamentos do BNDES – e implícito – na tolerância do CADE e da SDE de grandes concentrações nos respectivos mercados relevantes – para com a consolidação de diversos setores da economia brasileira através de fusões entre empresas brasileiras de capital nacional. A lógica é a do ganho de escala para o aumento da competitividade, mesmo que muitas vezes à custa do bem-estar do consumidor. Dentre os diversos exemplos, lembramos as seguintes operações: Companhia Antártica Paulista e Companhia Cervejaria Brahma (1999), então terceira e quinta fabricantes de cerveja no mundo, com 70% de participação combinada (*market share*) no mercado brasileiro (desnacionalizada anos depois); Submarino e Americanas.com (2006), com 60% de *market share*; Itaú e Unibanco (2008), segundo e terceiro banco comercial privado, respectivamente, criando o maior banco comercial brasileiro e o maior grupo financeiro do hemisfério Sul (entre os 20 maiores do mundo); BM&F e Bovespa (2008), criando a maior bolsa de valores nas Américas depois da Chicago Mercantil; Oi e Brasil Telecom (2008), tornando a empresa de telecomunicações resultante líder de mercado em 26 dos 27 Estados brasileiros; Sadia e Perdigão (2009), criando a BRF – Brasil Foods, uma das líderes mundiais em alimentos processados, com 57% de *market share* no Brasil para carnes industrializadas e 88% para comidas congeladas; Quator e Braskem (2010), criando a décima primeira empresa petroquímica do mundo (a maior na América Latina), com 100% do mercado brasileiro para diversas resinas; Casas Bahia e Grupo Pão de Açúcar (2010), criando o maior varejista do país (agora em vias de desnacionalização); Citrosuco e Citrovita, criando o maior produtor de suco de laranja no mundo, com 25% do mercado mundial.

país deseja preservar o nível de emprego e de saldos comerciais. Por fim, as TNCs podem estar em busca de uma maior proteção dos direitos de propriedade intelectual, enquanto um país hospedeiro pode preferir direitos mais débeis, de forma a permitir uma maior difusão de determinada tecnologia.<sup>101</sup>

Em suma, há diversos casos em que as estratégias e as necessidades das TNCs e dos países hospedeiros podem divergir, quer sejam desenvolvidos ou em desenvolvimento. Como os objetivos dos investidores estrangeiros e dos Estados hospedeiros não são os mesmos, os países necessitam de políticas internas que lhes permitam maximizar os benefícios potenciais do investimento estrangeiro. Os governos devem não apenas tentar atrair o IED, mas também elevar ao máximo a sua contribuição líquida para o desenvolvimento.

Por isso, políticas domésticas adequadas são de fato importantes. As TNCs, como os demais agentes, respondem às políticas governamentais, a incentivos e desincentivos (traduzíveis em termos econômicos através da sua precificação). As melhores práticas regulando o IED reconhecem que ele pode *complementar* os esforços domésticos de busca de determinados objetivos de desenvolvimento. Para tanto, as políticas de IED não podem ser seguidas de forma isolada. Pelo contrário, devem estar indissociavelmente alinhadas às políticas adotadas nas demais áreas centrais da governança econômica.<sup>102</sup>

### 2.1.3. Interesses convergentes de investidores e Estados hospedeiros e o papel dos Acordos Internacionais de Investimento (AIIs)

A despeito de interesses particulares, é importante reconhecer que há uma área de coincidência entre os objetivos dos países hospedeiros e dos investidores estrangeiros. Ambos estão interessados em estimular em alguma medida a atividade econômica. A Economia Política ensina-nos que o investimento (além do consumo) é o instrumento para atingir esse objetivo. Seguindo essa lógica, políticas receptivas aos investimentos (incluindo o estrangeiro) são também em grande medida receptivas ao desenvolvimento.<sup>103</sup>

Tanto as empresas locais como as estrangeiras necessitam, para fazer negócios, de um sistema legal interno capaz de promover clareza e previsibilidade no longo prazo. Os AIIs podem fazer parte desse sistema legal e fornecer um sinal claro aos investidores estrangeiros

---

<sup>101</sup> Id., p. 155. Um exemplo seria a calibragem, para cima ou para baixo, do prazo de vigência de patentes.

<sup>102</sup> Id.

<sup>103</sup> Id.

da existência de condições suficientemente previsíveis para desenvolver suas atividades no país hospedeiro.

Trata-se do chamado “efeito sinalizador” (*signaling effect*) dos AIIs. Primeiramente, com relação aos investidores estrangeiros (em princípio não familiarizados com as particularidades das leis internas do Estado hospedeiro), os AIIs fornecem uma série de padrões de proteção (conhecidos pelo investidor) que garantem uma igualdade de condições mínima (relativas) e garantias básicas (absolutas), passíveis de adjudicação por tribunais internacionais caso não observados. Isso independentemente do quão desenvolvido ou subdesenvolvido ou estável ou instável sejam o sistema legal e as instituições do país hospedeiro.

Num mundo em que os países competem para atrair os fluxos de investimentos produtivos para os seus territórios, o efeito sinalizador dos AIIs pode ser especialmente importante para os países em desenvolvimento menores. Muitas vezes não contam com recursos naturais significativos ou mercados domésticos relevantes, variáveis que freqüentemente atraem importantes fluxos de investimento para outras economias (como o Brasil). Em síntese:

*Os TBIs fornecem a um dado país a capacidade de fazer promessas críveis a potenciais investidores estrangeiros. Como resultado, tal país será mais atraente para os investidores estrangeiros e receberá um volume maior de investimento do que se não tivesse a capacidade para fazer tais promessas. (tradução do autor)<sup>104</sup>*

## 2.2. O potencial impacto dos AIIs

Os AIIs têm o potencial de impactar os países, principalmente os em desenvolvimento, econômica, legal e politicamente. Tais efeitos podem se dar no âmbito internacional e a nível doméstico.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> No original, “BITs give an individual country the ability to make credible promises to potential foreign investors. As a result, the country is more attractive to foreign investors and will receive a larger volume of investment than it would without the ability to make such promises”. GUZMAN, Andrew T., *Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties*, p. 688. A suposta causalidade ou correlação entre os tratados de investimento e o aumento no fluxo de IED são abordadas na Seção 2.2.1.1 infra.

<sup>105</sup> ECHANDI, Roberto (2011), *What do Developing Countries Expect from the International Investment Regime?*

### 2.2.1. Dimensão externa

A nível internacional, espera-se que o regime dos investimentos permita aos países hospedeiros atingir ao menos três objetivos fundamentais:

#### 2.2.1.1. Promoção dos fluxos de IED

Tradicionalmente, os AII's têm sido vistos por muitos governos como instrumentos chave nas suas estratégias para atrair investimentos estrangeiros. Os AII's contribuiriam para esse fim através da sinalização aos investidores estrangeiros da existência de um ambiente de negócios seguro e previsível no país hospedeiro. Supõe-se que os AII's reduzam o prêmio de risco quando os investidores estrangeiros fazem negócios num ambiente com o qual não estão familiarizados.<sup>106</sup> Nesse sentido, Guzman, depois de sofisticada análise de *law and economics*, conclui que:

*(...) a estrutura de TBIs, ao fornecer um mecanismo contratual vinculante e crível, permite às partes evitar o problema da inconsistência dinâmica. A presença de um mecanismo de solução de controvérsias imparcial capaz de assegurar a observância pelos países hospedeiros garante que os governos de tais países honrarão esses acordos. Sujeito apenas aos custos de transação, um regime de TBIs fará com que o capital seja investido onde pode obter maiores ganhos. Destarte, os custos de investir são reduzidos, mais investimento será realizado e o investimento efetivo será alocado de forma eficiente. TBIs promovem, dessa forma, uma alocação eficiente do capital. Como os tratados [de investimento] permitem aos investidores e aos [Estados] hospedeiros estabelecer contratos vinculantes e executáveis, há pouca dúvida de que os TBIs aumentem a eficiência e reduzam o custo do investimento estrangeiro. Em especial, os tratados resolvem o problema da inconsistência dinâmica ao permitirem que o Estado hospedeiro vincule a si mesmo a uma determinada linha de ação antes que o investimento ocorra. (tradução e grifo do autor)<sup>107</sup>*

A hipótese de haver ou não uma correlação direta entre a negociação de AII's e o crescimento do fluxo de investimento para a economia hospedeira já foi objeto de extenso

<sup>106</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2009), *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*.

<sup>107</sup> No original, “ (...) the BIT framework, by providing a binding and credible contractual mechanism, allows the parties to avoid the dynamic inconsistency problem. The presence of an impartial dispute settlement mechanism that is capable of ensuring compliance by the host helps ensure that host governments will honor their agreements. Subject only to transaction costs, a BIT regime will cause capital to be invested where it stands to earn the greater return. Thus, the cost of investing is reduced, more investment will take place, and the investment that does occur will be allocated in an efficient manner. BITs, therefore, yield an efficient allocation of capital. (...) Because [investment] treaties allow investors and hosts to establish binding enforceable contracts, there is little doubts that BITs increase the efficiency and reduce the cost of foreign investment. In particular, the treaties solve the dynamic inconsistency problem by permitting the host state to bind itself to a particular course of action before the investment takes place. GUZMAN, Andrew T., *Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties*, pp. 681, 687.

debate (diversos estudos sobre o tema, com resultados contraditórios entre si, estão reunidos em livro editado por Sauvant e Sachs).<sup>108</sup>

A decisão de um investidor internacional sobre a localização do investimento é em geral resultado de diversas variáveis, cujo exame e comparação sistemática são bastante difíceis. Essas variáveis não se relacionam apenas com a realidade do país nessa área, mas também com o tipo de IED envolvido, o tamanho do mercado do país hospedeiro, com as determinantes específicas de localização e como tais fatores se encaixam nas competências e limitações centrais dos investidores no momento em que a decisão de investir é feita.<sup>109</sup> Entretanto, dado o esforço dos países na celebração de AIIs, que somam já mais de 5.000 a nível mundial,<sup>110</sup> supõe-se que os seus governos creiam na sua utilidade.

Ademais, estudos recentes da UNCTAD confirmam que, em certa medida, os AIIs podem ter um impacto positivo na promoção de fluxos de IED para aos países em desenvolvimento. Algumas diferenças foram notadas entre Tratados Bilaterais de Investimento (TBIs) e Acordos Preferenciais de Comércio (PTAs). O impacto dos TBIs no efetivo reforço do fluxo de IED para os países em desenvolvimento foi mais questionado. No entanto, a possibilidade de que tais tratados tenham algum impacto nos fluxos de investimento para países em desenvolvimento foi confirmada por sondagens junto aos investidores. Essas sondagens indicam que, em alguma medida, os TBIs desempenham um papel influenciando as decisões das TNCs sobre onde investir, como resultado da proteção aos investimentos e do aumento da estabilidade e da previsibilidade para os projetos de IED.<sup>111</sup> Outro indício de que as TNCs estão cada vez mais familiarizadas com os TBIs é dado pelo número de casos de arbitragem investidor-Estado baseados nesses tratados (vide Capítulo 1 supra).

Com relação aos APCIIs, parece haver consenso na literatura de que tais acordos levam a um maior fluxo de investimentos entre as partes contratantes. Tais acordos em geral incorporam a proteção a investimentos presente nos TBIs e agregam melhorias adicionais às determinantes econômicas para o IED, por vezes de maneira significativa. Esse é o caso, em

---

<sup>108</sup> SAUVANT, Karl P. & SACHS, Lisa E. (2009), *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*.

<sup>109</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2009), *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*.

<sup>110</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*.

<sup>111</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2009), *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, p. xiv.

especial, das determinantes do IED que visa ao mercado de bens e serviços comercializáveis.<sup>112</sup>

Contudo, uma ressalva faz-se necessária: a negociação dos AII's não tem o condão de substituir políticas internas sólidas no domínio econômico. Deve, na verdade, fazer parte de estruturas mais amplas, que cubram todas as determinantes do investimento estrangeiro. Ou seja, os AII's sozinhos não resolvem a questão da atratividade para o investimento.<sup>113</sup>

#### 2.2.1.2. Despolitização das controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros

Regras prevendo a solução de controvérsias investidor-Estado (em especial a arbitragem) tornaram-se um atributo comum dos AII's negociados nas últimas três décadas. A sua inclusão na maioria dos AII's atende à intenção das partes contratantes de disponibilizar aos investidores meios para defenderem diretamente os seus interesses sob o abrigo do respectivo tratado. Prescinde-se, assim, da proteção diplomática dos países de origem. Tal acesso direto dos investidores à adjudicação internacional tem dois efeitos potenciais para os países em desenvolvimento.

Por um lado, a arbitragem investidor-Estado limita a influência da política na solução das disputas de investimentos. Diminui-se o peso que a política e a diplomacia, baseadas na força relativa e nos interesses dos Estados contratantes, podem desempenhar nos diferendos envolvendo investimentos.

Como regra o investidor estrangeiro prescinde de qualquer assistência por parte do seu Estado de origem para apresentar uma reclamação perante um tribunal arbitral internacional. Diversos AII's prevêm especificamente que o país de origem do investidor está impedido de envolver-se no conflito, inclusive através do exercício da proteção diplomática, enquanto o procedimento arbitral investidor-Estado estiver pendente.<sup>114</sup>

Por outro lado, as regras substantivas de proteção de investimentos estrangeiros, combinadas com a previsão da arbitragem investidor-Estado, visam a disponibilizar um meio para solucionar possíveis divergências entre um investidor estrangeiro e o país hospedeiro com base em princípios e regras. A presença das mesmas limita o peso da força relativa das

---

<sup>112</sup> Id.

<sup>113</sup> Id., p. xv.

<sup>114</sup> Vide, por exemplo, o TBI assinado por Portugal e Angola em 1998, que estabelece que “[n]enhuma das Partes Contratantes poderá recorrer às vias diplomáticas para resolver qualquer questão relacionada com a arbitragem, salvo se o processo já estiver concluído e a Parte Contratante não tiver acatado nem cumprido a decisão”.



partes envolvidas (Estado e investidor). Isso porque o litígio será regido, tanto quanto ao mérito quanto ao procedimento, por disciplinas acordadas e conhecidas previamente.

Assim, o regime internacional dos investimentos desempenha um papel relevante na governança internacional, especialmente em países em desenvolvimento. Num mundo em que as interações transfronteiriças são cada vez mais freqüentes, com o conseqüente aumento da possibilidade de haver conflitos, os países em desenvolvimento – em especial os menores – têm à sua disposição o direito internacional para resguardar seus interesses, apesar de todas as suas limitações. Vale lembrar que tais países têm recursos econômicos, políticos e militares bastante limitados para defendê-los por outras vias.

Os países em desenvolvimento podem – e muitas vezes devem – questionar o conteúdo do regime internacional dos investimentos. No entanto, dada a impossibilidade de valerem-se da força ou da diplomacia, é inegável que o direito – e império da lei – nas questões internacionais são de seu interesse, incluindo-se aí as relações de investimento.

#### 2.2.1.3. Proteção aos investidores estrangeiros oriundos de países em desenvolvimento

Outro papel potencial dos AIIs para os países em desenvolvimento é a promoção da integração econômica entre as economias em desenvolvimento. Os fluxos de investimento Sul-Norte e, principalmente, Sul-Sul cresceram de forma significativa nas últimas duas décadas. Investidores e empresas locais cresceram e começaram a procurar oportunidades de investimento no exterior para desenvolverem os seus negócios. Esse fenômeno já é significativo: o IED oriundo de países em desenvolvimento já representa 25% do fluxo de IED mundial.<sup>115</sup>

Nesse contexto, o regime internacional dos investimentos permite aos países em desenvolvimento oferecer aos seus investidores o mesmo nível de proteção de que gozam os investidores dos países desenvolvidos quando fazem negócios no exterior. Nesse diapasão, os países em desenvolvimento mostram cada vez mais interesse na negociação de AIIs, sendo que a China já é o segundo país em número desses tratados (vide Seção 1.2.5 supra). Os AIIs negociados entre países em desenvolvimento podem constituir instrumentos para aprofundar a

---

<sup>115</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*.

tendência de aumento dos fluxos de investimento Sul-Sul, através da garantia de um ambiente de negócios mais previsível.<sup>116</sup>

Aqui cabe um parêntesis sobre o Brasil. As observações acima estão em linha com a manifestação da indústria brasileira, refletida, entre outros, em documento da Confederação Nacional da Indústria (CNI), conclamando o governo brasileiro a rever a posição refratária do país aos AII's (vide Seção 1.3.2 supra).<sup>117</sup> O grosso dos investimentos brasileiros destina-se aos países vizinhos,<sup>118</sup> todos em desenvolvimento, com maior ou menor grau de maturidade político-institucional e de estabilidade macro-econômica. Competem aí com investidores de outros países, estes cobertos pelas garantias dos AII's, que se refletem, *inter alia*, em menores taxas de juros para financiar o investimento e prêmios mais baixos para os seguros de risco político.<sup>119</sup>

Vale lembrar que os vizinhos do Brasil, como exposto da Seção 1.2.3, estão muito bem colocados no ranking de Estados reclamados nas arbitragens investidor-Estado, com especial destaque para o eixo bolivariano e para a campeã absoluta, a Argentina. Com relação a esta última, assinala-se que dezenas de investidores dos países desenvolvidos, devidamente resguardados por AII's, lograram vultosas indenizações em arbitragens internacionais contra o país, determinando a reparação de suas perdas com a maxi-desvalorização do Peso argentino no início da década passada. A Argentina tem-se recusado a pagar os laudos, mas diante de certas ameaças (vide Seção 1.2.3 supra), pode ser forçada a rever essa posição. Independentemente do mérito das decisões contrárias à Argentina,<sup>120</sup> é certo que diversos investidores brasileiros tiveram perdas com a crise argentina e, diferentemente de seus competidores estrangeiros, não têm direito a reparação.

---

<sup>116</sup> Já na dinâmica Sul-Norte, como aliás sempre ocorreu na Norte-Norte, o impacto dos AII's é menor, já que o prêmio de risco dos hospedeiros desenvolvidos é significativamente menor.

<sup>117</sup> Confederação Nacional da Indústria (CNI) (2009), *Os acordos de proteção de investimentos interessam à indústria brasileira?*, pp. 3-5; SOBEET (2010), *Tendência de redução do investimento direto líquido reforça necessidade de acordos bilaterais de investimento*, pp. 1-2.

<sup>118</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2006), *World Investment Report (WIR), 2006: FDI from developing and transition economies: implications for development*, pp. xxxi, 114.

<sup>119</sup> Sobre o aumento da eficiência e a redução dos custos do investimento promovidos pelos tratados de investimento, vide a Seção 2.2.1.1 supra.

<sup>120</sup> Discordamos dos fundamentos e do conteúdo de diversas delas.

### 2.2.2. Dimensão interna

As dinâmicas domésticas são igualmente importantes quando se avaliam as expectativas que os países em desenvolvimento venham a ter com relação ao regime internacional dos investimentos. A negociação de AII é apenas uma das várias manifestações de políticas econômicas mais amplas e, como tal, deve estar em sintonia com as estratégias de desenvolvimento gerais dos governos. O regime internacional dos investimentos pode desempenhar papel relevante na busca dos países em desenvolvimento por determinados objetivos legais, econômicos e políticos dentro de suas fronteiras. Em especial, os AII têm o potencial de auxiliar os países em desenvolvimento a atingir pelo menos três objetivos fundamentais, abordados a seguir.

#### 2.2.2.1. O efeito de “ancoramento” das reformas internas

Um dos impactos potenciais dos AII a nível doméstico é “trancar” ou “ancorar” (*lock in*) os processos de reforma interna realizados na maioria dos países em desenvolvimento durante as últimas duas décadas. Na maior parte dos casos, os AII incluem padrões de tratamento e proteção que já são previstos, em alguma medida, pelas leis e regulamentos do país hospedeiro no momento da sua negociação.<sup>121</sup> Nesse aspecto, a relevância do regime internacional dos investimentos para os investidores estrangeiros não se baseia tanto num tratamento legal preferencial em detrimento dos investidores domésticos. Na verdade, o valor dos AII baseia-se no fato de que tais padrões de tratamento e proteção são garantidos por acordos internacionais vinculantes, cuja violação enseja o recurso a mecanismos de solução de controvérsias definidos, que soem remetê-la à arbitragem. Tais mecanismos podem ser detonados diretamente pelos investidores, sob o abrigo de regras internacionais sobre a responsabilidade dos Estados.<sup>122</sup>

É esse fator que explica por que o regime internacional dos investimentos reduz a chance de haver os chamados “comportamentos oportunistas” por parte dos Estados

<sup>121</sup> Como, por exemplo, regras prevendo o devido processo legal e o pagamento de indenização em casos de expropriação.

<sup>122</sup> Não apenas aquelas contidas no respectivo AII, como também aquelas oriundas do costume internacional. Com relação a esse último, os Artigos sobre Responsabilidade do Estado, elaborados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, são encarados pela doutrina e pelos tribunais arbitrais como sua compilação. DOLZER, Rudolf & SCHREUER, Christoph (2008), *Principles of international investment law*.

hospedeiros após a realização do investimento. Além disso, esse é o mecanismo que explica por que os AIIIs fornecem o nível maior de certeza e previsibilidade de longo prazo de que os negócios internacionais necessitam para se desenvolver e para que os fluxos de investimento cresçam.

Mas seria esse efeito de “ancoramento” um impacto positivo ou negativo dos AIIIs? Afinal, o Estado está atando as próprias mãos. A resposta a essa questão depende da qualidade do sistema legal interno em vigor no país no momento da negociação dos tratados. Diversos autores defendem que os AIIIs restringem a soberania dos países em desenvolvimento e limitam a sua capacidade de tomar medidas legislativas e administrativas necessárias para perseguir e proteger os seus interesses nacionais.<sup>123</sup> Vide o “Public Statement on the International Investment Law Regime”, de 31 de agosto de 2010, subscrito por diversos acadêmicos destacados da disciplina, como os Profs. Gus Van Harten (coordenador), M. Sornarajah e Peter Muchlinski, entre dezenas de outros. O preâmbulo do documento sintetiza a sua perspectiva crítica:

*Compartilhamos uma preocupação a respeito do prejuízo causado ao bem estar público pelo regime internacional do investimento, como atualmente estruturado, especialmente por reduzir a capacidade dos governos de agirem em favor de seus povos para responder a demandas de desenvolvimento humano e sustentabilidade ambiental.*<sup>124</sup>

Por outro lado, é importante observar que vários países em desenvolvimento têm instituições relativamente débeis, as quais em geral são bastante vulneráveis à influência de grupos com força econômica e/ou política. Nesse contexto, não raro a coerência e consistência de longo prazo de um país não resistem a inversões no curto prazo das suas políticas, sob pressão de grupos de interesse fortes. Dessa perspectiva, os AIIIs podem agir como um mecanismo de dissuasão contra pressões em busca de inversões de políticas no curto prazo. Podem servir de escudo aos governos contra essas pressões, na medida em que podem alegar obrigações internacionais para resisti-las.

<sup>123</sup> SALACUSE, Jeswald W. & SULLIVAN, Nicholas P. (2005), *Do BITs really work? : an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain*, p. 77.

<sup>124</sup> VAN HARTEN, Gus, *et al.* (2010), *Public Statement on the International Investment Law Regime*.

### 2.2.2.2. Promoção de maior transparência e do império da lei

Em certas circunstâncias, os AIIIs também têm o potencial de contribuir para promover o império da lei a nível doméstico. Os AIIIs podem levar a esse resultado através de dois mecanismos diferentes. Um é indireto e resulta da disciplina imposta às autoridades nacionais contra padrões de comportamento arbitrário e errático. Apesar de as obrigações dos AIIIs poderem ser invocadas, em princípio, apenas por investidores estrangeiros e pelas partes contratantes, com o decurso do tempo é de se esperar a ocorrência de um efeito de “extravasamento”, beneficiando também nacionais e residentes do país hospedeiro. Isso ocorrerá caso o país venha a desenvolver gradualmente práticas administrativas melhores para adequar-se às melhores práticas dispensadas aos investimentos internacionais. Não é racional ou eficiente, do ponto administrativo e operacional, ter um procedimento para lidar com os investidores estrangeiros e outro para lidar com os nacionais.

Há ainda outro mecanismo, mais direto, através do qual os AIIIs têm o potencial de promover uma melhora da governança nos países em desenvolvimento. Trata-se da inclusão de cláusulas específicas nos AIIIs para esse fim. Um dos desdobramentos recentes na elaboração de regras sobre investimentos é a tendência à inclusão de compromissos relacionados com a transparência. Além disso, há um salto qualitativo no conteúdo e no fundamento de tais dispositivos em alguns desses acordos.

A transparência costumava ser concebida nos AIIIs como um dever das partes contratantes de trocar informações acerca de temas de interesse mútuo, como a existência de oportunidades de investimento ou de leis, regulamentos e práticas administrativas aplicáveis aos investimentos estrangeiros. Veja-se, por exemplo, o Artigo 2.2 do TBI celebrado pela China e pela Jordânia. O referido dispositivo determina que:

*[...] no intuito de encorajar os fluxos mútuos de investimento, cada Parte Contratante esforçar-se-á para informar à outra Parte Contratante, a pedido de qualquer Parte Contratante, oportunidades de investimento em seu território.*<sup>125</sup> (tradução do autor)

No curso da última década, essas tendências evoluíram para uma concepção de transparência mais ampla. Já não significa apenas a troca de informações entre as partes contratantes, mas também transparência e oportunidade para que todos os *stakeholders* sejam

<sup>125</sup> No original, “[...] in order to encourage mutual investment flows, each Contracting Party shall endeavor to inform the other Contracting Party, at the request of either Contracting Party, on the investment opportunities in its territory”. Vide base de dados da UNCTAD sobre AIIIs para esse e outros exemplos. Disponível em: [www.unctad.org](http://www.unctad.org).

consultados *ex ante* sobre propostas de legislação relacionada com investimentos. Além disso, muitos AII's também incluem no âmbito dos dispositivos de transparência obrigações adicionais explícitas sobre procedimentos administrativos e sobre o direito a uma revisão imparcial e à apelação de decisões administrativas. Um exemplo dessa tendência é o Artigo 19 do TBI modelo do Canadá de 2004, que prevê o seguinte:

1. Cada Parte deverá, na medida do possível, assegurar que suas leis, regulamentos, procedimentos e decisões administrativas de aplicação geral relativos a qualquer tema coberto por este Acordo sejam prontamente publicados ou de outra forma disponibilizados de maneira a possibilitar que indivíduos interessados e a outra Parte tomem conhecimento dos mesmos.
2. Na medida do possível, cada Parte deverá:
  - (a) **publicar previamente qualquer medida que proponha adotar; e**
  - (b) **fornecer aos indivíduos interessados e à outra Parte uma oportunidade razoável de comentar tal medida proposta.**
3. Mediante o requerimento de uma das Partes, informações serão trocadas sobre as medidas da outra Parte que possam ter um impacto sobre os investimentos cobertos.<sup>126</sup>  
(tradução e grifo do autor)

É interessante notar que essas novas obrigações sobre transparência nos AII's tendem a ser redigidas não de maneira a disponibilizar um direito exclusivo a um investidor estrangeiro frente ao país hospedeiro. Na verdade, essas obrigações oferecem a *todos* os indivíduos interessados uma oportunidade razoável de comentar propostas relacionadas com investimentos. Assim, as obrigações não são aplicáveis apenas às partes contratantes com relação aos investidores da outra parte contratante, mas também entre cada parte contratante e outros atores, como seus nacionais, ONGs, associações industriais, etc. Ou seja, tais AII's contêm obrigações que contemplam não apenas os investidores estrangeiros, mas também a coletividade.

Essa mudança de paradigma, envolvendo o fortalecimento do império da lei, do devido processo legal e da transparência, pode implicar reformas legais e custos para os países hospedeiros. Todavia, tal resultado é um requisito fundamental para uma Administração Pública moderna, para a administração da justiça e para o fortalecimento das instituições democráticas em geral. Nesse contexto, os dispositivos de transparência dos AII's podem ser importantes não apenas para gerar um clima de investimentos mais previsível, mas também, da perspectiva do desenvolvimento, para promover uma prática administrativa mais legalista.

---

<sup>126</sup> No original, “1. Each Party shall, to the extent possible, ensure that its laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application respecting any matter covered by this Agreement are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons and the other Party to become acquainted by them. 2. To the extent possible, each Party shall: (a) publish in advance any such measure that it proposes to adopt; and (b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed measures. 3. Upon request by a Party, information shall be exchanged on the measures of the other Party that may have an impact on covered investments”. Vide base de dados da UNCTAD sobre AII's, disponível em: [www.unctad.org](http://www.unctad.org).

Esse desejável desdobramento contemplará não apenas investidores estrangeiros, mas também toda a coletividade do país hospedeiro.

### 2.2.3. A ampla abrangência das obrigações dos AII

Apesar dos seus benefícios potenciais, os AII também podem impor custos significativos para os países em desenvolvimento. Como os acordos internacionais soem fazer, os AII limitam em certa medida a liberdade de ação das partes contratantes. Restringem, em maior ou menor grau, a discricionariedade dos governos para adotar leis ou medidas administrativas.

Independentemente dos objetivos políticos perseguidos pelas autoridades nacionais, é certo que as obrigações incluídas nos AII têm uma abrangência bastante vasta e, assim, aplicam-se à maior parte das ações dos governos. Esta Seção visa a explicar as diferentes dimensões da abrangência das obrigações dos AII.

#### 2.2.3.1. Objeto amplo

A maioria dos AII, uma vez em vigor, aplica-se a todos os tipos de investimento. É importante notar que a definição de investimento nesses AII tende a ser bastante ampla. A maioria contém definições “baseadas em ativos” (*asset-based definition*), cobrindo todos os tipos de ativo de propriedade ou controlados por investidores das partes contratantes. Conseqüentemente, a maioria dos AII aplica-se a quase todas as formas possíveis de investimento, incluindo não apenas o IED, mas também o investimento em carteira, ou portfólio. Inclui-se ainda, entre outros, contratos, concessões, valores mobiliários e direitos de propriedade intelectual (marcas, patentes, *know-how*, boa vontade associada à marca, etc.).<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> Id.

### 2.2.3.2. Disposições substantivas abrangentes e disposições sobre execução

Além do extenso âmbito de aplicação, os AII's contêm disciplinas substantivas abrangentes protegendo os investimentos cobertos. As proteções substantivas mais comuns são as obrigações do Estado hospedeiro de dispensar aos investimentos cobertos tratamento nacional, tratamento da nação mais favorecida, tratamento justo e equitativo, proteção e segurança plenas, proteção contra expropriações ilegais e garantias de liberdade nas remessas de capital relacionadas aos investimentos.<sup>128</sup>

Mas outro atributo fundamental dos AII's reside na dimensão procedimental. Além dos dispositivos de proteção substantiva referidos acima, tais tratados soem conter mecanismos efetivos de solução de controvérsias. Os tratados prevêm não apenas a tradicional solução de controvérsia Estado v. Estado, mas também a modalidade investidor-Estado, na maioria das vezes pela via arbitral. A execução dos laudos arbitrais resultantes é amparada por regras específicas da Convenção do ICSID, para os laudos proferidos no seu âmbito (Artigo 53 e seguintes), e pela Convenção de Nova York de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, para os demais.

### 2.2.3.3. Cobertura setorial

A ampla extensão da aplicação das obrigações dos AII's também pode ser aferida em termos de tipos de atividade econômica cobertos por esses tratados. Aplicam-se a investimentos em virtualmente todos os setores da economia, salvo reservas. Assim, suas disciplinas contemplam, em princípio, o setor primário (incluindo atividades como agropecuária e extrativismo mineral), o secundário (atividades manufatureiras) e o terciário (serviços).

---

<sup>128</sup> Foge ao escopo deste estudo discorrer sobre o conteúdo dos chamados padrões de proteção contidos nos AII's. Deixamos tal tarefa para os grandes mestres da disciplina em seus manuais: BISHOP, Raymond Doak, *et al.* (2005), *Foreign investment disputes : cases, materials, and commentary*; DOLZER, Rudolf & SCHREUER, Christoph (2008), *Principles of international investment law*; LOWENFELD, Andreas F. (2008), *International economic law*; McLACHLAN, Campbell, *et al.* (2007), *International investment arbitration: substantive principles*; NEWCOMBE, A. & PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties*; SCHREUER, Christoph (2009), *The ICSID Convention: a commentary: a commentary on the Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*; e SORNARAJAH, M. (2004), *The international law on foreign investment*.



#### 2.2.3.4. Abrangência institucional

Como tratados que são, os AII's vinculam as partes contratantes a nível internacional. De acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, nenhum país pode invocar as suas leis domésticas para eximir-se de cumprir obrigações internacionais.<sup>129</sup> Assim, à exceção de medidas explicitamente excluídas do AII por meio de reserva, todas as leis, regulamentos, atos e práticas administrativas do Estado hospedeiro devem estar em linha com as regras e disciplinas do tratado uma vez que este esteja em vigor.

Tal princípio se aplica independentemente do tema da legislação (e.g., saúde, meio ambiente, trabalho ou cultura), do nível de governo (nacional ou sub-nacional) e do Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário). Este último ponto é bastante relevante, dado o nível de coordenação que exige. Apesar de a internalização dos tratados envolver em geral a participação do Executivo e do Legislativo centrais apenas, os AII's geram obrigações para o Estado como um todo.

Com efeito, dados empíricos revelam que mais da metade das disputas submetidas à arbitragem investidor-Estado com base em um AII diz respeito não a medidas tomadas pelos governos centrais (que o negociaram), mas sim por governos sub-nacionais (estaduais, provinciais ou municipais), ou por órgãos governamentais responsáveis pela regulação de setores específicos da economia. Uma fração semelhante deveu-se a medidas relacionadas com concessões de serviços públicos e programas de privatização, áreas da atividade econômica intensamente reguladas.<sup>130</sup> Tal fato gera desafios significativos para o Estado hospedeiro em termos de coordenação e implementação de políticas a nível nacional, como mais aprofundado na Seção 2.2.4 infra.

#### 2.2.3.5. Perenidade

Um atributo comum dos AII's é a chamada “cláusula de sobrevivência” (*survival clause*). Consoante tal cláusula, as disciplinas do AII permanecem aplicáveis aos investimentos realizados durante a sua vigência mesmo após a sua denúncia ou ao seu vencimento. Essa permanência varia de um tratado para outro. Por exemplo, o TBI-modelo de

<sup>129</sup> Art. 27, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

<sup>130</sup> FRANCK, Susan D. (2008), *Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration*, p. 170.

2004 dos EUA prevê o prazo de dez anos, o canadense, de 2004, quinze, e o alemão, de 2008, vinte.<sup>131</sup>

A redação da cláusula de sobrevivência não costuma variar muito, alinhando-se, grosso modo, ao exemplo do TBI-modelo americano de 2004:

1. *O presente tratado entrará em vigor trinta dias após a data da troca de instrumentos de ratificação pelas Partes. Permanecerá em vigor por um período de dez anos, permanecendo em vigor após essa data a menos que terminado consoante o parágrafo segundo.*
2. *Qualquer das Partes pode terminar este Tratado ao final do prazo inicial de dez anos ou a qualquer tempo após o decurso do mesmo notificando por escrito a outra Parte com um ano de antecedência.*
3. ***Por dez anos a contar da data do término, todos os demais Artigos permanecerão aplicáveis aos investimentos cobertos estabelecidos ou adquiridos anteriormente à data do término, desde que tais Artigos se apliquem ao estabelecimento ou à aquisição de investimentos cobertos.*** (tradução e grifo do autor).<sup>132</sup>

Assim, há que se ter em mente a perenidade das obrigações contidas nos AIIs. Em regra, mesmo após a sua denúncia, os investimentos cobertos ainda gozarão da proteção prevista por um período considerável. Outro aspecto a ser considerado é o de que a definição de “investimento coberto” (*covered investment*) sói incluir investimentos realizados também antes da entrada em vigor do tratado e não apenas os novos.<sup>133</sup>

#### 2.2.4. Desafios na implementação dos AIIs

A Seção 2.2.3 tratou da amplitude das obrigações incluídas nos AIIs. Dada a grande extensão de seu escopo, suas disciplinas se aplicam à maioria das atividades regulatórias dos

<sup>131</sup> Artigos 22, 52 e 13 dos respectivos tratados.

<sup>132</sup> Artigo 22 do TBI-modelo dos EUA de 2004. No original, “1. *This Treaty shall enter into force thirty days after the date the Parties exchange instruments of ratification. It shall remain in force for a period of ten years and shall continue in force thereafter unless terminated in accordance with paragraph 2. 2. A Party may terminate this Treaty at the end of the initial ten-year period or at any time thereafter by giving one year’s written notice to the other Party. 3. For ten years from the date of termination, all other Articles shall continue to apply to covered investments established or acquired prior to the date of termination, except insofar as those Articles extend to the establishment or acquisition of covered investments*”. O TBI-modelo canadense de 2004 prevê, em seu Artigo 52, que “[t]his Agreement shall remain in force unless either Party notifies the other Party in writing of its intention to terminate it. The termination of this Agreement shall become effective one year after notice of termination has been received by the other Party. In respect of investments or commitments to invest made prior to the date when the termination of this Agreement becomes effective, the provisions of Articles 1 to 51 inclusive, as well as paragraphs (1) and (2) of this Article, shall remain in force for a period of fifteen years”. Já o TBI-modelo alemão de 2008 prevê prazo maior em seu artigo 13: “In respect of investments made prior to the date of termination of this Treaty, the provisions of the above Articles shall continue to be effective for a further period of twenty years from the date of termination of this Treaty”.

<sup>133</sup> O TBI-modelo Americano de 2004, por exemplo, prevê no Artigo 1º que “‘covered investment’ means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party **in existence as of the date of entry into force of this Treaty or established, acquired, or expanded thereafter**” (grifo do autor).

órgãos governamentais. Atingem uma multiplicidade de temas de políticas públicas, geridos por diversos órgãos nos diferentes níveis de governo e em qualquer um dos três Poderes.

Dessa forma, as obrigações contidas nos AIIs tornam-se uma importante fonte de pressão para que os Estados hospedeiros promovam um maior nível de coordenação e coerência na implementação de políticas entre os diferentes órgãos dos (vários) níveis de governo. Dado o elevado número de arbitragens oriundas de medidas implementadas por governos locais e órgãos especializados, é lícito concluir que não se trata de tarefa fácil para nenhum Estado, sendo ainda mais difícil para países em desenvolvimento.

Os diversos órgãos governamentais nem sempre têm as mesmas prioridades em termos de políticas públicas ou a mesma atitude com relação ao investimento estrangeiro. Ademais, como exposto nas seções anteriores, os AIIs aplicam-se às medidas tomadas não apenas pelo Executivo, mas também pelo Legislativo e até pelo Judiciário. A necessidade de coordenação entre as ações dos três Poderes esbarra na separação e na independência dos mesmos, garantida pela maioria das constituições contemporâneas. Ademais, a coordenação entre os diferentes níveis de governo pode encontrar obstáculos (maiores) em Estados federativos, onde há autonomia dos entes federados. Como mencionado acima, a extensão da aplicação das obrigações dos AII tem o potencial de atingir as atividades de todos os níveis de governo e de todos os Poderes, gerando desafios significativos na sua implementação. A dificuldade é maior no contexto dos países em desenvolvimento, que tipicamente contam com instituições menos maduras (e estáveis).

Mas nem mesmo no nível central de governo há necessariamente convergência de posições. Os governos raramente são estruturas monolíticas, resultando da soma de diversos vetores, muitas vezes contrários.<sup>134</sup> Reformas podem enfrentar resistências dentro dos próprios governos que as planejam e implementam. Os atritos podem decorrer tanto de diferenças ideológicas, como de disputas por espaços de influência (*turf wars*), ou até mesmo da simples inércia burocrática.

---

<sup>134</sup> Um exemplo desse tipo de conflito envolvendo o Brasil ganhou relevo na mídia há alguns meses. Com tons de escândalo e “conspiração”. Havia divergências no seio do governo quanto a uma postura mais aberta ou defensiva em negociações internacionais que envolviam também o investimento estrangeiro. Trata-se das negociações do Tratado da Área de Livre Comércio das Américas – ALCA, cuja minuta contém um capítulo de investimentos (como o NAFTA e o CAFTA). Em correspondências diplomáticas de 2005 vazadas pelo site Wikileaks lê-se que “[i]n public, the GoB [Government of Brazil] front remains united behind Itamaraty, but there is the occasional suggestion of dissension in the ranks”; e que “Palocci offered to head an effort to give new momentum to trade talks, particularly in the financial services area, in an apparent move to prod the Foreign Ministry into a more pro-active negotiating stance. Lula, however, demurred. (...) Comment: Palocci's request for a presidential mandate to advance the trade agenda, which continues to be the exclusive domain of the foreign ministry, was likely motivated by a desire to find ways to spur productivity growth in the economy. With the microeconomic reform agenda completely stalled in the scandal-obsessed congress, pushing for trade liberalization is one of Palocci's few remaining reform options. That Lula did not oblige likely speaks in equal measure to Itamaraty's entrenched position and to Lula's distraction with the corruption scandal”. *Documento mostra negociações bilaterais entre Brasil e EUA; leia em inglês*, Folha de São Paulo, 6 jan. 2011.

Nesse contexto, os AIIs geram pressões, requerendo uma maior coordenação das políticas entre os diferentes órgãos do governo, em especial entre aqueles que interagem com investidores estrangeiros. Há que se lembrar que, em geral, os órgãos que negociam os acordos internacionais de investimento (via de regra os ministérios das relações exteriores e do comércio) não são os mesmos que regulam as atividades econômicas e que afetam os investidores estrangeiros no dia-a-dia de suas operações. São esses últimos que, por exemplo, administram obras públicas, concessões de serviços públicos, emitem licenças e alvarás, etc. Tais órgãos podem fazer parte da Administração central, regional ou sub-regional, podendo haver comunicação limitada – ou, em alguns casos, um verdadeiro divórcio – entre os órgãos “pró-reforma” e os “tradicionalistas”.

### **2.3. A solução de controvérsias investidor-Estado (SCIE) e a pressão para a elaboração de alternativas à arbitragem**

#### **2.3.1. A intensificação do uso da arbitragem**

A solução de controvérsias entre os investidores e os Estados em que eles operam é um aspecto chave do sistema de proteção de investimentos estabelecido nos AIIs.<sup>135</sup> Nas últimas duas décadas, os esforços para a elaboração de políticas de atração de IED têm-se intensificado e, durante esse período, os AIIs a nível bilateral, sub-regional, regional e inter-regional proliferaram ainda mais.<sup>136</sup> Eles cresceram não apenas em número, mas também em complexidade, e o seu conteúdo normativo continuou a evoluir (vide seções 1.2.1 e 1.2.2 supra).

Os AIIs negociados nas últimas duas décadas incluem dispositivos específicos que garantem aos investidores estrangeiros e aos seus investimentos uma série de direitos de tratamento e proteção, incluindo a possibilidade de os investidores cobertos requererem a execução desses direitos através de procedimentos de solução de controvérsias investidor-Estado.

---

<sup>135</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2005), *Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*, p. 1.

<sup>136</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*.

Dispositivos sobre a solução de controvérsias investidor-Estado têm sido incluídos nos AII's desde os anos 1960. Contudo, até aos anos 1990, os investidores raramente utilizavam tais dispositivos para instituir procedimentos arbitrais. Como mencionado na Seção 1.2.3 supra, desde 1987, quando a primeira arbitragem investidor-Estado baseada num tratado bilateral de investimento (TBI) foi registrada no ICSID, até abril de 1998, apenas 14 casos envolvendo TBIs haviam sido levados a esse Centro. Desses, apenas dois resultaram em laudos arbitrais e outros dois em acordos.<sup>137</sup> No entanto, desde o final dos anos 1990 o aumento na litigância foi quase exponencial. O número total de casos conhecidos baseados em tratados levados à arbitragem investidor-Estado alcançou 390 no final de 2010.<sup>138</sup>

Vale lembrar que esse número representa apenas parte das disputas: as controvérsias internacionais sobre investimento também podem originar-se de contratos entre investidores e Estados. Diversas controvérsias dessa natureza são (ou foram) levadas ao ICSID, a outros sistemas de arbitragem institucional ou à arbitragem ad hoc, mas não são computadas nesses dados (à exceção dos casos em que também há uma demanda baseada em tratado). O número de Estados que tiveram de enfrentar demandas em arbitragens internacionais também tendeu a aumentar no período em questão, atingindo mais de 80, sendo a esmagadora maioria de países em desenvolvimento (vide Seção 1.2.3 supra).

O aumento do número de demandas nas últimas décadas pode ser atribuído a diversos fatores. Em primeiro lugar, o crescimento dos fluxos internacionais de investimento levou ao aumento do potencial para litígio. Em segundo, com um maior número de AII's em vigor, mais controvérsias investidor-Estado envolvem alegações de violação de dispositivos desses tratados, ao amparo dos dispositivos sobre solução de controvérsias dos mesmos. Outras razões são: a linguagem vaga utilizada em alguns dispositivos dos AII's, como, por exemplo, as cláusulas de tratamento justo e equitativo;<sup>139</sup> o amplo campo de aplicação das obrigações internacionais contidas nos AII's (vide Seção 2.2.3 supra) e as dificuldades em garantir a sua devida implementação pelos diversos órgãos governamentais horizontal e verticalmente (vide Seção 2.2.4 supra).<sup>140</sup>

<sup>137</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (1998), *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, p. 140.

<sup>138</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2011), *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note No.1, p. 1.

<sup>139</sup> Objeto de breve análise no Quadro 2 infra.

<sup>140</sup> FRANCK, Susan D. (2008), *Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration*, 92:161, North Carolina Law Review, p. 170; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2005), *Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*.

De uma perspectiva histórica, percebe-se que um grande impulso para o aumento da atividade litigante na área de investimentos ocorreu em meados dos anos 1990, com a conclusão e a implementação do Capítulo de Investimentos do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA, na sigla em inglês), negociado por Canadá, México e Estados Unidos. As arbitragens seguindo os procedimentos de solução de controvérsias investidor-Estado do Capítulo 11 do NAFTA resultaram num número crescente de casos que não apenas levantaram uma série de questionamentos relativos ao impacto prático da linguagem utilizada na redação dos AII, mas também “despertou” a comunidade de investidores internacionais para a possibilidade do uso efetivo da arbitragem. Após a experiência do NAFTA, e a série de controvérsias sobre investimentos detonadas pela crise na Argentina no final dos anos 1990, as arbitragens de investimento fundadas em tratados apresentaram um ritmo de crescimento contínuo.<sup>141</sup>

Essas arbitragens lidaram com toda a sorte de atividades de investimento e com todas as suas modalidades, incluindo contratos de privatização e concessões públicas. As medidas questionadas incluem: leis de emergência promulgadas durante uma crise financeira, impostos sobre valor agregado (IVA), a reafetação de terras, passando do uso agrícola para o uso comercial, o tratamento de unidades de processamento de resíduos perigosos, a alienação de participações societárias em empresas estatais a um investidor estrangeiro e o tratamento dispensado pelos órgãos reguladores dos meios de comunicação.<sup>142</sup> As controvérsias lidaram com diversos dispositivos dos tratados, tais como o tratamento justo e equitativo, a não-discriminação, a expropriação e o seu âmbito e definições.

Essas controvérsias geraram laudos arbitrais que interpretam as obrigações contidas nos tratados. Esse fenômeno levou algumas das partes contratantes a reexaminar e reconsiderar o enquadramento e a extensão dessas obrigações (vide Capítulo 1 supra).<sup>143</sup> A grande maioria das demandas foi apresentada com base em TBIs. No entanto, muitas também diziam respeito a disputas contratuais entre o Estado e investidores e ainda a Capítulos sobre investimentos em Acordos Preferenciais de Comércio.<sup>144</sup>

Acredita-se que a existência de procedimentos de solução de controvérsias efetivos contribui para a criação de um clima favorável aos investimentos no país hospedeiro. Os

---

<sup>141</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2005), *Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*.

<sup>142</sup> Id.

<sup>143</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2007), *Investor-state dispute settlement and impact on investment rulemaking*.

<sup>144</sup> FRANCK, Susan D. (2008), *Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration*, 92:161, North Carolina Law Review.

investidores estrangeiros desejam garantir que, na eventualidade de surgir uma disputa com o país hospedeiro, terão os meios de solucionar os aspectos jurídicos da disputa de forma célere.<sup>145</sup> Todavia, o aumento de atividade na SCIE gerou uma série de preocupações tanto para os investidores como para os Estados e a sociedade civil.

### 2.3.2. Implicações da maior atividade da SCIE

O aumento da utilização da arbitragem na última década pôs em evidência diversas deficiências dos mecanismos existentes, bem como desafios tanto para os investidores como para os Estados hospedeiros. Em primeiro lugar, há o fator tempo. As controvérsias sobre investimentos são intensivas no levantamento de fatos e podem levar anos para serem concluídas. Um processo tão demorado implica não apenas elevados custos financeiros e políticos tanto para os investidores como para os Estados, mas também a possibilidade de dano irreparável à relação de longo prazo entre ambos.

Em segundo lugar, há o elevado custo da arbitragem. Há, em geral, um ônus financeiro significativo a ser suportado pelos governos e pelos investidores quando têm de defender-se numa disputa. Os governos deparam-se com a possibilidade de ter de pagar, usando recursos públicos, as indenizações em caso de derrota e ainda os honorários dos advogados, dos árbitros e as custas do centro de arbitragem. Tais custos não são triviais, não raro somando milhões de dólares. No caso *Libananco v. Turquia*, bastante recente, apenas os honorários advocatícios de ambas as partes somaram mais de USD 60 milhões.<sup>146</sup> Esse elevado custo da arbitragem, onde em princípio não há ônus de sucumbência,<sup>147</sup> gera um sentimento de que nem os investidores nem os Estados são “verdadeiramente vencedores” do sistema existente de SCIE.

---

<sup>145</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2005), *Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*.

<sup>146</sup> Paras. 558-559.

<sup>147</sup> No âmbito do ICSID os árbitros tem liberdade para alocar as custas e os honorários, conforme as Regras Procedimentais para Procedimentos Arbitrais (Regras de Arbitragem), de 10 de abril de 2006: “*Rule 28 Cost of Proceeding (1) Without prejudice to the final decision on the payment of the cost of the proceeding, the Tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, decide: (a) at any stage of the proceeding, the portion which each party shall pay, pursuant to Administrative and Financial Regulation 14, of the fees and expenses of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre; (b) with respect to any part of the proceeding, that the related costs (as determined by the Secretary-General) shall be borne entirely or in a particular share by one of the parties. (2) Promptly after the closure of the proceeding, each party shall submit to the Tribunal a statement of costs reasonably incurred or borne by it in the proceeding and the Secretary-General shall submit to the Tribunal an account of all amounts paid by each party to the Centre and of all costs incurred by the Centre for the proceeding. The Tribunal may, before the award has been rendered, request the parties and the Secretary-General to provide additional information concerning the cost of the proceeding*” (grifo do autor).

Em terceiro lugar, o elevado custo da arbitragem tem implicações negativas também para a legitimidade do sistema de SCIE. Pode estar *de facto* indisponível às pequenas e médias empresas (PMEs), cujos investimentos podem somar tão somente alguns poucos milhões de dólares. Muito provavelmente os custos da proposição de uma demanda excederão o valor do investimento. Há questionamentos argumentando que o sistema atual oferece proteção jurídica prioritariamente às empresas transnacionais, não contemplando as PMEs.<sup>148</sup>

Em quarto lugar, alguns grupos da sociedade civil expressaram a preocupação de que a SCIE envolve questões sensíveis no âmbito das políticas públicas. A crítica baseia-se na alegada falta de transparência e de legitimidade para julgar tais temas em um procedimento privado.<sup>149</sup> Como os Estados hospedeiros tendem a regular uma ampla variedade de setores sensíveis – como saúde, comunicação, cultura e meio ambiente – e os investidores participam cada vez mais dessas atividades através de concessões, os tribunais arbitrais começaram a abordar questões de políticas e interesses públicos. Como notado por Clodfelter:

### **Quadro 1: os custos das arbitragens investidor-Estado**

*Além do ônus financeiro das indenizações dos laudos arbitrais desfavoráveis, os custos dos procedimentos também podem ser bastante elevados. Os recentes exemplos abaixo ilustram esse problema:*

- **Plama v. Bulgária:** custos legais do reclamante - USD 4.6 milhões; custos legais do Estado reclamado - USD 13.2 milhões. O reclamante teve arcar com todos os custos da arbitragem e reembolsar o Estado reclamado por metade de seus custos legais.
- **Pey Casado v. Chile:** custos legais do reclamante - USD 11 milhões; custos legais do Estado reclamado - USD 4.3 milhões. O Estado reclamado teve de arcar com 75% dos custos da arbitragem e reembolsar em USD 2 milhões o reclamante por seus custos legais.
- **ADC v. Hungria:** o tribunal determinou que o Estado reclamado arcasse com todos os custos, de ambas as partes, num total de USD 7.6 milhões.
- **Siag e Vecchi v. Egito:** o tribunal determinou que o Estado reclamado reembolsasse os reclamantes em USD 6 milhões por seus custos com advogados, peritos e outras despesas.

*A natureza pública das partes e das medidas na maioria das disputas investidor-Estado torna-as bastante diferentes das disputas comerciais (...) disputas investidor-Estado freqüentemente dizem respeito a valores públicos, envolvem o escrutínio de ações de autoridades tomadas no exercício de seus deveres públicos ou na promoção de políticas previstas em lei. Disputas dessa natureza (...) envolvem valores arraigados como soberania, reputação do poder soberano e o papel básico do Estado na gestão das questões econômicas. (tradução do autor)<sup>150</sup>*

<sup>148</sup> ECHANDI, Roberto (2011), *What do Developing Countries Expect from the International Investment Regime?*

<sup>149</sup> FRANCK, Susan D. (2005), *The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions*, 73:1521, Fordham Law Review.

<sup>150</sup> No original, “[t]he public nature of the parties and the measures in most investor-State disputes makes them very different from commercial disputes. (...) investor-State disputes commonly refer to public values, often involving scrutiny of actions of public authorities in the execution of their public duties or to advance policies stated in the law. Disputes of this nature (...) implicate deep seated values concerning sovereignty, sovereign reputation and the basic role of the State in managing economic affairs”. CLODFELTER, M. *Why aren’t more investor-State treaty disputes settled amicably?* p.40.



Apesar de alguns movimentos pontuais no sentido do aumento da transparência na SCIE, certos grupos questionaram se o problema não seria estrutural, sugerindo a revisão da totalidade do sistema de proteção de investimentos.<sup>151</sup>

Em quinto lugar, a remessa das disputas envolvendo investimentos à decisão de árbitros internacionais, com fundamento em tratados, não necessariamente contribui para uma maior previsibilidade quanto aos resultados. Na verdade, após décadas de intensa prática arbitral deparamo-nos com interpretações diametralmente opostas dadas pelos diferentes tribunais a um mesmo dispositivo,<sup>152</sup> sem que haja um mecanismo de apelação que pudesse conferir uma maior uniformidade às decisões (vide Quadro 2).

---

<sup>151</sup> VAN HARTEN, Gus (2005), *Private authority and transnational governance: The contours of the international system of investor state protection*, 12, *Review of International Political Economy*. Vide também a manifestação dos acadêmicos no “Public Statement on the International Investment Law Regime”, mencionado na Seção 2.2.2.1 supra.

<sup>152</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy*, p. 85.

## **Quadro 2: tratamento justo e equitativo: um princípio, múltiplas interpretações**

Nenhum dos padrões de tratamento no direito internacional dos investimentos se sujeitou a interpretações tão variadas quanto o tratamento justo e equitativo. Como ilustração dessa proposição, tome-se, de um lado, a interpretação (extremamente) extensiva dada pelo tribunal em *TECMED v. México* e, de outro, aquela dada em *Glamis Gold v. EUA*.

O primeiro afirmou que "(...) o tratamento justo e equitativo é uma expressão e é parte do **princípio da boa fé** reconhecido no direito internacional, não sendo necessária má fé por parte do Estado para a sua violação: para o olho moderno, o que é injusto ou iníquo não precisa equivaler ao que é ultrajante ou abominável. Em particular, um Estado pode tratar um investimento estrangeiro de forma injusta e iníqua sem estar necessariamente agindo em má fé [subjéctiva]. O tribunal considera que o tratamento justo e equitativo, em vista do princípio da boa fé consagrado no direito internacional, requer que os Estados dispensem aos investimentos internacionais um **tratamento que não afete as expectativas básicas** que foram consideradas pelo investidor estrangeiro para fazer um investimento. O investidor estrangeiro espera que o **Estado hospedeiro aja de maneira não contraditória**, sem qualquer ambigüidade e de maneira totalmente **transparente** nas suas relações com o investidor estrangeiro, para que este possa **conhecer antecipadamente todas as regras e regulamentos** que regerão os seus investimentos, bem como os objetivos das políticas, práticas administrativas ou diretivas pertinentes, para que possa planejar seus investimentos e cumprir tais regulamentos. O investidor também espera que o Estado aja de maneira não contraditória, i.e., **sem que revogue arbitrariamente decisões ou licenças emitidas** anteriormente, nas quais o investidor confiou para assumir seus compromissos e iniciar suas atividades econômicas. O investidor também espera que o Estado use os instrumentos legais que regem as ações do investidor ou o investimento consoante a função geralmente prescrita para tais instrumentos, e não para privar o investidor de seu investimento sem a necessária indenização. Na verdade, a inobservância pelo Estado de tais padrões de conduta no trato dos investidores e de seus investimentos afeta a capacidade do investidor de aferir o tratamento e a proteção conferidos pelo Estado hospedeiro e determinar se tais ações estão ou não de acordo com o princípio do tratamento justo e equitativo. Assim, a observância pelo Estado hospedeiro de tais padrões de conduta está intimamente relacionada com o princípio mencionado supra, com as perspectivas reais de executar tal princípio e com a **exclusão da possibilidade de que a ação do Estado seja caracterizada como arbitrária**, i.e., de que sofra de **deficiências que seriam reconhecidas '... por qualquer indivíduo razoável e imparcial'** ou com a exclusão da possibilidade de que, mesmo que não viole regulamentos específicos, seja ainda assim contrária à lei porque: 'choca, ou ao menos causa espanto, a um **senso de decência jurídica**' (tradução e grifo do autor).

Já o tribunal em *Glamis Gold v. EUA* adotou interpretação bem mais restritiva, equiparando o tratamento justo e equitativo ao tratamento mínimo do direito costumeiro internacional, como preconizado no âmbito do NAFTA. Para defini-lo, reportou-se ao precedente do caso *Neer* dos anos 1920: "o padrão de tratamento mínimo do direito costumeiro internacional é **apenas isso, um padrão mínimo**. Ele se destina a servir como um piso, um mínimo absoluto, abaixo do qual uma conduta não será aceita pela comunidade internacional. Apesar de as circunstâncias do caso serem evidentemente relevantes, **esse padrão não deve variar de Estado para Estado ou de investidor para investidor**. (...) Apesar de as situações apresentadas aos tribunais terem se tornado mais variadas e complicadas hoje em comparação com os anos 1920, o nível de escrutínio exigido no caso *Neer* permanece o mesmo: para violar o padrão mínimo do direito costumeiro internacional um ato deve ser **suficientemente abominável e chocante – uma negação de justiça absurda, uma arbitrariedade manifesta, uma clara injustiça, uma completa ausência do devido processo legal, uma discriminação evidente, ou uma ausência manifesta de fundamentação** – que cheguem a um nível abaixo dos padrões aceitos internacionalmente" (tradução e grifo do autor).<sup>153</sup>

<sup>153</sup> Nos originais, *TECMED*: "152. According to Article 4(1) of the Agreement: Each Contracting Party will guarantee in its territory fair and equitable treatment, according to International Law, for the investments made by investors of the other Contracting Party. 153. The Arbitral Tribunal finds that the commitment of fair and equitable treatment included in Article 4(1) of the Agreement is an expression and part of the bona fide principle recognized in international law, although bad faith from the State is not required for its violation: To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith. 154. The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment

Há longa discussão na comunidade do direito internacional dos investimentos, incluindo árbitros, advogados e acadêmicos, quanto ao valor que os tribunais devem dar aos laudos anteriores. Há consenso de que não há vinculação, ou *precedent*, como entendido na tradição jurídica da *common law*. No entanto, muitos são adeptos da fórmula conciliatória da “devida consideração” aos laudos anteriores. Consoante tal fórmula, deve-se adotar preferencialmente soluções já aplicadas a casos análogos anteriores, entendendo-se que há um dever dos tribunais de contribuir para um desenvolvimento harmonioso do direito internacional dos investimentos.

Essa discussão é muito bem ilustrada pelo laudo do caso *Burlington v. Equador*, reproduzido em parte a seguir. Note-se que enquanto o tribunal seguiu, por maioria, a fórmula da “devida consideração”, houve divergência nesse ponto da árbitra Brigitte Stern, veterana das arbitragens de investimento:

*O Tribunal considera que não está vinculado a decisões anteriores. Mas ao mesmo tempo, acredita que deve dar a devida consideração a decisões anteriores dos tribunais internacionais. A maioria acredita que, a menos que haja fortes razões para o contrário, tem um dever de adotar soluções estabelecidas em uma série de casos análogos. O tribunal também crê que, sujeito às especificidades de um determinado tratado e das circunstâncias de um caso concreto, tem um dever de procurar contribuir para o desenvolvimento*

---

*that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation. In fact, failure by the host State to comply with such pattern of conduct with respect to the foreign investor or its investments affects the investor's ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State conform to the fair and equitable treatment principle. Therefore, compliance by the host State with such pattern of conduct is closely related to the above-mentioned principle, to the actual chances of enforcing such principle, and to excluding the possibility that state action be characterized as arbitrary; i.e. as presenting insufficiencies that would be recognized ‘...by any reasonable and impartial man,’ or, although not in violation of specific regulations, as being contrary to the law because: ... (it) shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety”, *TECMED v. México*, para. 152 e ss; e *Glamis Gold*: “615. The customary international law minimum standard of treatment is just that, a minimum standard. It is meant to serve as a floor, an absolute bottom, below which conduct is not accepted by the international community. Although the circumstances of the case are of course relevant, the standard is not meant to vary from state to state or investor to investor. The protection afforded by Article 1105 must be distinguished from that provided for in Article 1102 on National Treatment. Article 1102(1) states: ‘Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors ....’ The treatment of investors under Article 1102 is compared to the treatment the State’s own investors receive and thus can vary greatly depending on each State and its practices. The fair and equitable treatment promised by Article 1105 is not dynamic; it cannot vary between nations as thus the protection afforded would have no minimum. 616. It therefore appears that, although situations may be more varied and complicated today than in the 1920s, the level of scrutiny is the same. The fundamentals of the Neer standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking — a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons—so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1)”, *Glamis Gold v. EUA*, para. 615 e ss.*

*harmonioso do direito dos investimentos e, assim, observar as expectativas legítimas da comunidade dos Estados e dos investidores da certeza do império da lei. A árbitra Stern não enxerga o papel do árbitro da mesma maneira, já que considera seu dever decidir cada caso com base em seus próprios méritos, independentemente qualquer tendência que venha a firmar-se na jurisprudência* (tradução e grifo do autor).<sup>154</sup>

Em sexto lugar, alguns *stakeholders* também questionaram se a litigiosidade da SCIE não diminuiria a possibilidade de haver uma relação harmoniosa de longo prazo entre os investidores estrangeiros e os Estados. Na realidade, tal prejuízo seria contrário a um dos objetivos centrais supostamente promovidos pelos AII, i.e., a criação de um ambiente político e econômico nos Estados hospedeiros favoráveis ao aumento dos fluxos de investimento.<sup>155</sup>

Em síntese, a experiência das últimas décadas demonstrou que a arbitragem investidor-Estado é um processo oneroso, capaz de deixar os *stakeholders* frustrados tanto com o procedimento quanto com o seu resultado. Ambos, investidores e Estados, consideram o processo demasiado lento, oneroso e incerto.<sup>156</sup> Gradualmente, essas deficiências têm posto em xeque a legitimidade e a funcionalidade da estrutura atual do direito internacional dos investimentos como um todo. Surgem, assim, propostas de ajustes e de alternativas à arbitragem investidor-Estado.

Com relação aos ajustes, envolvem temas como: o refinamento da lista de árbitros do ICSID, à qual as partes contratantes têm dado pouca atenção; o treinamento dos árbitros; o aperfeiçoamento das regras para a indicação de árbitros pelo Centro quando uma parte se recusa a fazê-lo; a elaboração de notas explicativas para as Regras de Arbitragem, cuja lógica (*rationale*) se perdeu devido aos sucessivos aditamentos ao longo dos anos; a elaboração de um código de ética para os árbitros; a instituição de um comitê de usuários do ICSID (para *feedback*); o oferecimento de serviços de mediação pelo Centro (o que está em linha com as teses defendidas neste trabalho); a elaboração de relatórios anuais sobre os casos; a indicação de um ou mais vice-secretários-gerais, permitindo ao secretário-geral dedicar mais tempo às

<sup>154</sup> No original, “[t]he Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. The majority believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law, and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards the certainty of the rule of law. Arbitrator Stern does not analyze the arbitrator's role in the same manner, as she considers it her duty to decide each case on its own merits, independently of any apparent jurisprudential trend”, *Burlington v. Ecuador*, para. 100.

<sup>155</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*.

<sup>156</sup> COE Jr., JJ (2005), *Toward a complementary use of conciliation in investor-State disputes: A preliminary sketch*.

questões sistêmicas; e a tomada de posição pelo centro quanto ao descumprimento de laudos proferidos no seu âmbito (em resposta à reiterada negativa da Argentina).<sup>157</sup>

### 2.3.3. A necessidade de prevenção das controvérsias investidor-Estado

As crescentes reservas à SCIE suscitam questões relativas à maneira como os *stakeholders* poderiam evitar as conseqüências negativas da litigância investidor-Estado, mantendo, contudo, os benefícios de um regime baseado em regras. Esse cenário impulsiona a busca por outros instrumentos de direito interno e internacional, além da arbitragem investidor-Estado, para solucionar os crescentes conflitos envolvendo investimentos.

Duas alternativas à arbitragem investidor-Estado têm sido discutidas. De um lado, há os métodos de solução alternativa de controvérsias (SAC ou ADR, na sigla em inglês) que visam a solucionar as disputas existentes por meio de negociação e acordos, como a conciliação e a mediação internacionais. De outro, há políticas e mecanismos de prevenção de controvérsias (PPCs e MPCs, respectivamente), os quais, como sugerido pela sua denominação, visam a evitar que a arbitragem investidor-Estado venha sequer a ser instaurada.<sup>158</sup>

Caso se conseguisse efetivamente prevenir as controvérsias, muitas das deficiências da SCIE poderiam ser evitadas. Tanto os Estados como os investidores poderiam economizar recursos financeiros; evitar-se-ia ainda o entrincheiramento das partes em posições antagônicas durante os longos procedimentos arbitrais – e os danos daí decorrentes à sua relação de longo prazo. Ademais, as incertezas decorrentes do histórico de laudos arbitrais díspares lidando com as mesmas questões jurídicas seriam mitigadas. Outra vantagem seria evitar que árbitros privados venham a proferir decisões lidando com questões de políticas públicas, poupando o instituto da arbitragem de questionamentos da sociedade civil e de severos desgastes de imagem. Por fim, o desenvolvimento de PPCs e MPCs efetivos criaria oportunidades de melhoria da governança no Estado hospedeiro, permitindo um melhor

---

<sup>157</sup> Margrete Stevens, ex-Advogada-Chefe do ICSID, compilou essas dez sugestões para a reforma dos procedimentos do Centro, após discussões com advogados, árbitros, funcionários de governos e acadêmicos sob o patrocínio da Division on Investment and Enterprise da UNCTAD. Os resultados foram apresentados no simpósio “World Trade Forum 2011: New Directions & Emerging Challenges in International Investment Law and Policy”. STEVENS, Margrete (2012), *ICSID at Cross Roads: Some Thoughts and Recommendations for Improving the Dispute Settlement System*. No prelo.

<sup>158</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, pp. 23 e ss.

desempenho da sua Administração Pública. O resultado desejável seria a promoção da coerência das políticas públicas, da transparência e o fortalecimento do império da lei.

Em suma, o conceito de prevenção de controvérsias, ainda pouco difundido no âmbito do direito internacional dos investimentos, pode ter um impacto positivo não apenas em termos de economia de recursos (para ambos os lados). Pode também contribuir para a estabilidade do regime internacional dos investimentos e para a boa governança nos Estados hospedeiros.

### 3. A PREVENÇÃO DE CONTROVÉRSIAS INVESTIDOR-ESTADO

O Capítulo anterior expôs as limitações e o alto custo político e financeiro que a intensificação do uso dos mecanismos de SCIE tem gerado para os investidores estrangeiros, para os Estados hospedeiros e para o regime internacional dos investimentos. Diante desse quadro, e da perspectiva de aumento do número de arbitragens, a busca por meios alternativos para solucionar as controvérsias sobre investimentos ganha a atenção de acadêmicos, governos e organizações internacionais.<sup>159</sup>

Nesse contexto, algumas perguntas de ordem lógica colocam-se. Dado o alto custo político e econômico da SCIE, por que é que Estados e investidores não buscaram até o momento mecanismos de solução alternativa de controvérsias? Numa perspectiva prática, a adoção de políticas e mecanismos pelos Estados hospedeiros que pudessem efetivamente prevenir arbitragens seria possível? Tais questões necessitam de atenção individual, mas estão relacionadas.

Os AIs em geral já prevêm meios alternativos para solucionar controvérsias que não a arbitragem, em especial as negociações diretas e as consultas. A grande maioria contém dispositivos de SCIE que determinam o uso de métodos informais de solução de controvérsias em primeira instância, de forma a promover uma solução consensual para a controvérsia.<sup>160</sup> Além disso, há também nos sistemas tipicamente utilizados em arbitragens investidor-Estado, como ICSID e UNCITRAL, regras sobre a mediação e a conciliação. Contudo, esses mecanismos de SAC não têm sido usados de forma significativa. Para os 331 casos registrados no ICSID até ao final de 2010, em 45 anos de história, apenas seis conciliações são relatadas.<sup>161</sup> A falta de uso da mediação e da conciliação é, à primeira vista, intrigante, diante da prevalência nos tratados de investimento de disposições encorajando a solução de controvérsias consensual.

Diversos fatores legais, financeiros e políticos conspiraram contra o uso das regras de SAC do ICSID e da UNCITRAL. Entre tais fatores encontram-se a excessiva rigidez dessas regras, a falta de familiaridade com as mesmas por parte dos Estados e dos investidores, a ausência de efeito vinculante das suas soluções, bem como os obstáculos políticos e legais à capacidade do Estado hospedeiro de negociar e fazer acordos prevendo indenização

---

<sup>159</sup> Id.

<sup>160</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2007), *Investor-state dispute settlement and impact on investment rulemaking*, p. 105.

<sup>161</sup> International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) (2011), *The ICSID caseload statistics 2010*.

monetária.<sup>162</sup> Assim, a balança tem pendido, por larga margem, para o lado da arbitragem como meio preferido para a solução de controvérsias investidor-Estado.

Este Capítulo trata do conceito de prevenção de controvérsias investidor-Estado e, em especial, das políticas e mecanismos de prevenção de controvérsias. A prevenção de controvérsias investidor-Estado refere-se tanto a políticas (PPCs) como a mecanismos (MPCs) cujo objetivo seja minimizar o número de conflitos investidor-Estado que se intensificam ou evoluem para arbitragens.<sup>163</sup> Sugere-se que PPCs e MPCs devidamente implementados poderiam contribuir para a superação dos problemas que impediram o amplo uso da SAC no contexto dos investimentos.

Os conceitos de PPCs e MPCs investidor-Estado são bastante novos e inexplorados e, diferentemente do que ocorre com a solução alternativa de controvérsias, praticamente não há doutrina tratando do tema.<sup>164</sup> Para a sua compreensão, é útil tomar partido de certos conceitos da Ciência Política, mais precisamente da Teoria do Conflito, e do Planejamento de Sistemas de Disputa (*Dispute Systems Design*). Essa estrutura teórica, desenvolvida nas últimas duas décadas, auxilia a compreensão das origens, das dinâmicas e das diferentes abordagens para solucionar controvérsias que venham a surgir em todos os níveis de interação humana.

O Planejamento de Sistemas de Disputa (PSD) originou-se no movimento, surgido nos EUA nos anos 1980, de busca por técnicas de SAC para solucionar disputas no âmbito interno dos Estados. Não se trata de uma metodologia de solução de controvérsias em si. Franck esclarece que “[n]a verdade, trata-se da criação intencional e sistemática de um processo de solução de controvérsias efetivo, eficiente e justo, baseado nas necessidades únicas de um sistema particular”.<sup>165 166</sup>

O PSD constitui a base teórica para o desenvolvimento e a elaboração das PPCs e dos MPCs. Fornece três conceitos centrais que embasam a compreensão da sua natureza e de como operam. Em primeiro lugar, o PSD baseia-se na idéia de que há três abordagens fundamentais para a solução de controvérsias (1) embates de força entre as partes envolvidas,

<sup>162</sup> COE Jr. (2005), *Toward a complementary use of conciliation in investor-State disputes: A preliminary sketch*; LEGUM, Barton (2006), *The difficulties of conciliation in investment treaty cases: A comment on Professor Jack, C. Coe's "Towards a complementary use of conciliation in investor-State disputes: A preliminary sketch"*; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-state disputes: prevention and alternatives to arbitration*.

<sup>163</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration. Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*

<sup>164</sup> Id., p. 29.

<sup>165</sup> No original, “[r]ather it is the intentional and systematic creation of an effective, efficient, and fair dispute resolution process based upon the unique needs of a particular system”. FRANCK, Susan D. (2007), *Integrating investment treaty conflict and dispute settlement design*.

<sup>166</sup> Explicar detalhadamente o conteúdo do PSD fugiria ao escopo desta dissertação. Para uma análise aplicando-o aos conflitos investidor-Estado, vide: FRANCK, Susan D. (2007), *Integrating investment treaty conflict and dispute settlement design*.



(2) de acordo com regras e disciplinas previamente acordadas pelas partes, ou (3) de acordo com os seus interesses.<sup>167</sup> Na elaboração de alternativas, torna-se imperativo compreender todas as modalidades de solução de controvérsias e em que circunstâncias podem operar eficientemente.

Em segundo lugar, o PSD também se baseia na idéia de que situações diferentes necessitam de métodos e técnicas diferentes de solução de controvérsias.<sup>168</sup> Dessa forma, não há uma categoria universal (*one size fits all*) de mecanismo de solução de controvérsias capaz de atender de forma adequada às necessidades de todas as partes em disputa. Situações diferentes soem requerer o uso de mecanismos diferentes. Assim, a conciliação pode funcionar num conjunto de circunstâncias particular, ao passo que noutros a arbitragem ou a negociação podem ser os meios mais adequados.

O desafio, portanto, para as partes envolvidas é estarem familiarizadas com todas as opções e serem capazes de selecionar o mecanismo adequado para determinada situação. Essa idéia implica que as PPCs e os MPCs, mesmo que adequadamente implementados, não serão capazes de prevenir todos os tipos de disputas.<sup>169</sup> A questão chave é, pois, identificar quais as situações em que poderão não funcionar.

Em terceiro lugar, há a distinção entre os conceitos de “conflito” (*conflict*) e “litígio” (*dispute*).<sup>170</sup> O conflito, entendido como um sentimento de insatisfação ou contraste de interesses ou prioridades entre partes de uma relação, é inerente à interação humana. Quer a nível interpessoal, interinstitucional, ou internacional. É, pois, inevitável. A questão chave no PSD é identificar os meios para administrar os conflitos e impedir que evoluam para litígios conflagrados. No contexto da relação investidor-Estado, essa é a motivação fundamental para PPCs e MPCs.<sup>171</sup>

A Seção 3.1 deste Capítulo focará as diferentes abordagens para a solução de controvérsias e a importância da sua distinção. A Seção 3.2, a diferença entre os conceitos de “conflito” e “litígio”, e as implicações da distinção. A Seção 3.3 apresentará os conceitos de políticas e mecanismos de prevenção de controvérsias investidor-Estado.

---

<sup>167</sup> URY, W. *et al.* (1993), *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*.

<sup>168</sup> Id.

<sup>169</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*.

<sup>170</sup> SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), *An analytic framework for dispute systems design*.

<sup>171</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

### 3.1. O universo dos processos de solução de controvérsias

#### 3.1.1. Introdução

Todas as organizações e instituições humanas – partindo de famílias, passando por empresas e Estados – têm o que o PSD denomina “sistema de solução de disputas”. Esse sistema consiste no conjunto de processos e procedimentos internos que essas organizações ou instituições adotaram para prevenir, administrar e solucionar o fluxo de disputas que surgem diariamente na execução das suas atividades. Um sistema de disputas pode envolver apenas um ou vários processos formais ou informais. Raramente há apenas um processo disponível.<sup>172</sup>

Uma das principais contribuições do PSD para a compreensão da solução de controvérsias é a observação feita por Ury *et al.* de que, dependendo de como as disputas podem ser solucionadas, o universo dos processos de solução pode ser dividido em três categorias diferentes. Em primeiro lugar, reconciliando os interesses das partes, modalidade também chamada de “solução baseada em interesses” (*interest-based resolution*); em segundo, determinando quem tem “o direito”, ou “solução baseada em direitos” (*rights-based resolution*); e, em terceiro lugar, determinando quem é mais forte, ou “solução baseada na força” (*power-based resolution*).<sup>173</sup>

#### 3.1.2. Os diferentes tipos de solução de controvérsias

A abordagem mais antiga para solucionar conflitos e disputas em todos os níveis de interação humana é o recurso à força. Indo da sobrevivência do mais forte às guerras entre Estados, a solução de disputas baseada na força funda-se na idéia de que, numa dada relação,

---

<sup>172</sup> Smith e Martinez ensinam que “[a] dispute system encompasses one or more internal processes that have been adopted to prevent, manage or resolve a stream of disputes connected to an organization or institution. Under this definition, a system may involve only one formal process, such as a binding arbitration program, or multiple processes, such as the multioption ADR program at the US District Court for the Northern District of California. In fact, rarely if ever is just one process available. In most cases, multiple formal or informal process options are available within an organization or institution. At the same time, external actors may offer dispute resolution services — for example, courts and administrative bodies in the public sector, and business, community, and religious associations in the private sector”. SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), *An analytic framework for dispute systems design*, p. 126.

<sup>173</sup> Id., p. 126; URY, W. *et al.* (1993), *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*, pp. 5-7.

as teses ou os interesses do sujeito mais forte da relação devem prevalecer sobre os dos demais em caso de divergência. Assim, os conflitos são resolvidos por “embates de força”. O exercício da força significa, de forma geral, a imposição da *totalidade* dos custos ao outro lado – ou a ameaça de fazê-lo. O método de imposição dos custos pode ser físico, social, econômico ou político.<sup>174</sup>

No contexto da interação internacional, e em especial na área de investimentos, a solução de controvérsia baseada na força esteve em voga durante o século XIX e início do século XX, quando a “diplomacia das canhoneiras” (*gunboat diplomacy*) era corrente na solução de conflitos econômicos internacionais.<sup>175</sup>

Com o desenvolvimento do direito internacional, certos padrões de comportamento baseado na força tornaram-se menos comuns. No entanto, essa tendência não impediu que, mesmo nos dias atuais, a força mantivesse uma presença vívida, às vezes de maneira mais sofisticada.<sup>176</sup>

Uma segunda abordagem para solucionar controvérsias é a utilização de um determinado padrão, percebido como legítimo ou justo, para determinar quem está “certo”. Na terminologia de Ury *et al.*, trata-se da solução baseada em direitos. A elaboração de normas ou contratos, tanto a nível nacional como internacional, é a principal fonte desses direitos, que atuam como o padrão segundo o qual as controvérsias serão solucionadas. Entretanto, direitos raramente são claros e há em geral padrões diferentes – às vezes contraditórios – que podem ser aplicáveis a uma dada situação. Tal fato gera a necessidade de uma terceira parte examinar os direitos aplicáveis e determinar o resultado da disputa. O procedimento baseado em direitos prototípico é o julgamento, em que as partes apresentam provas e argumentos a um terceiro imparcial com poder para proferir uma decisão vinculante para ambas.<sup>177</sup>

No contexto das relações de investimento internacionais, o processo típico de solução de controvérsias “baseado em direitos” é a arbitragem investidor-Estado. Estabelece-se um

---

<sup>174</sup> Id., p. 7.

<sup>175</sup> CABLE, J. (1981), *Gunboat diplomacy 1919-1979: political applications of limited naval force*, apud ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>176</sup> Um exemplo dessa modalidade mais sutil foi o bloqueio de empréstimos somando USD 175 milhões do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID à Costa Rica por parte dos Estados Unidos. Tal bloqueio visava a forçar o país centro-americano a remeter à arbitragem internacional uma disputa sobre desapropriação com um investidor americano. A pressão foi bem sucedida, resultando em uma arbitragem no âmbito do ICSID. *Santa Elena v. Costa Rica*, paras. 22-26. De forma análoga, a empresa *Azurix* tenta, além do uso da Section 301 mencionado na Seção 1.2.4 supra, convencer o governo Americano a bloquear empréstimos do Banco Mundial e do BID à Argentina. World Trade Online (2011), *U.S. Firm Readies Section 301 Petition To Collect ICSID Award From Argentina*.

<sup>177</sup> URY, W. *et al.* (1993), *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*, p. 7.

tribunal arbitral imparcial para determinar se um Estado hospedeiro violou (ou não) uma obrigação contida em um contrato ou em um Acordo Internacional de Investimento.

A terceira abordagem para solucionar controvérsias é a “baseada em interesses”. Como sugerido pela sua denominação, tal processo funda-se na idéia de solucioná-las por meio da reconciliação dos interesses das partes envolvidas. A reconciliação de interesses não é trivial. Ury *et al.* esclarecem que “[e]nvolve a identificação e a exposição de preocupações entranhadas, identificando soluções criativas e fazendo trocas e concessões onde os interesses estiverem contrapostos”.<sup>178</sup> Interesses englobam tudo aquilo que é caro às partes, incluindo valores econômicos, relacionais, políticos e sociais.<sup>179</sup>

Os processos de solução de controvérsias baseados em interesses devem promover a comunicação e a interação constantes entre as partes, de forma a permitir que as mesmas cheguem a um acordo. Esses processos podem envolver negociações diretas, mas também outros processos com a intervenção de terceiros, agindo como facilitadores. Pode-se fazer uso, por exemplo, da conciliação, da mediação ou de uma ouvidoria (*ombuds*).<sup>180</sup>

Os métodos de solução de controvérsias baseados em interesses têm uma vantagem sobre aqueles baseados em direitos e na força. Tais processos tendem a gerar um nível de satisfação maior das partes, no agregado, com os seus resultados.<sup>181</sup> O enfoque em quem está certo, como nos litígios, ou em quem é mais forte, como no uso de pressões diplomáticas, geralmente faz com que pelo menos uma das partes tenha a percepção de ser a perdedora. Essa situação raramente conduz ao desenvolvimento e ao fortalecimento de relações de longo prazo.<sup>182</sup>

A frase final de Ferreira Gullar transcrita na epígrafe da dissertação ilumina essa discussão. Poeta que é, sintetiza em poucas palavras o que aqui se conta às dezenas. O embate para aferir quem “tem razão” é típico da solução baseada em direitos, ao passo que preferir “ser feliz”, o que implica fazer concessões, aproxima-se dos pressupostos da solução baseada em interesses. É forçoso admitir que a palavra “felicidade” tem mais apelo que “nível maior de satisfação das partes no agregado”. Não é por outra razão que a frase do poeta vem antes no trabalho.

<sup>178</sup> No original, “[i]t entails identifying and revealing deep-rooted concerns, devising creative solutions and making trade-offs and concessions where interests are opposed”. *Id.*, p. 6.

<sup>179</sup> SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), *An analytic framework for dispute systems design*, p. 126.

<sup>180</sup> *Id.*

<sup>181</sup> URY, W. *et al.* (1993), *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*, p. 14.

<sup>182</sup> SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), *An analytic framework for dispute systems design*, p. 127.

A harmonia no longo prazo é especialmente importante no contexto das relações investidor-Estado. Como aludido no Capítulo anterior, ambas as partes partilham o interesse de promover a atividade econômica de longo prazo. Grandes investimentos requerem anos, ou décadas, para a sua amortização. Necessitam de certeza e previsibilidade de longo prazo. Para atingir o objetivo partilhado, uma relação cordial entre o Estado hospedeiro e os investidores estrangeiros é essencial.<sup>183</sup>

É certo que a reconciliação de interesses pode custar bastante tempo e esforço.<sup>184</sup> Contudo, tais custos se tornam pequenos se comparados com os custos de transação<sup>185</sup> das disputas envolvendo direitos e força, como litígios internacionais, ofensivas diplomáticas ou guerras.<sup>186</sup>

### 3.1.3. A interação entre força, direitos e interesses

Os processos baseados em interesses, como negociações, conciliações e mediações, raramente focam exclusivamente os interesses das partes envolvidas. As negociações baseadas em interesses raramente ocorrem num vácuo. Soem ocorrer à luz do direito e da força. Assim, algumas negociações centram-se na determinação de quem está certo, como quando as partes se embatem para provar de quem é a posição mais meritória. Outras negociações ocorrem à luz da percepção de quem é mais forte, como quando países trocam ameaças e contra-ameaças no terreno da diplomacia. Outras negociações envolvem um misto de todas essas variáveis.<sup>187</sup>

Dessa forma, no processo de solução de uma controvérsia não raro o foco passa sucessivamente dos interesses para os direitos, depois para a força e de novo para os interesses; não necessariamente nessa ordem. Ury *et al.* sugerem a figura de círculos concêntricos:

<sup>183</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

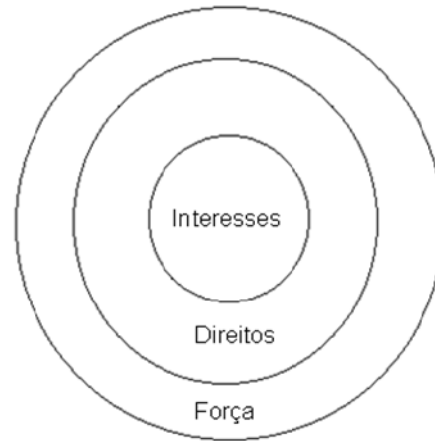
<sup>184</sup> SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), *An analytic framework for dispute systems design*, p. 126.

<sup>185</sup> Os “custos de transação” são definidos nas ciências econômicas como os custos colaterais envolvidos em uma troca econômica, i.e., os custos para participar de um determinado mercado, para ter acesso ao mesmo. No exemplo do litígio, os custos de transação incluiriam: a alocação de recursos humanos para elaboração da estratégia de defesa, o tempo gasto em reuniões, as despesas com honorários de advogados e de árbitros, com a coleta de provas, custas judiciais, transporte às audiências, etc. – todos a serem somados ao custo da decisão propriamente dita (eventualmente desfavorável).

<sup>186</sup> URY, W. *et al.* (1993), *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*, p. 14.

<sup>187</sup> *Id.*, p. 7.

**Figura 3:** Inter-relação entre Força, Direitos e Interesses



Fonte: Ury, Brett and Goldberg (1993)

### **Quadro 3: a Empresa “X” e o País “A” – a ciranda de força, direitos e interesses**

A propósito da interação entre essas três dinâmicas no contexto das relações investidor-Estado, Echanti didaticamente propõe um exemplo hipotético.

**Fatos:** Imaginemos que uma transnacional, a Empresa ‘X’, decidiu investir num pequeno país, ‘A’, para construir uma fábrica de componentes médicos de alta tecnologia. O governo do país ‘A’ ficou bastante satisfeito quando o investimento foi realizado, não apenas pela quantidade de empregos bem remunerados gerada pela Empresa ‘X’, mas também por causa dos benefícios potenciais para o país em termos de transferência de tecnologia, exportações e efeito sinalizador para outros potenciais investidores. A Empresa ‘X’ também ficou bastante satisfeita com o investimento, até que ocorreu uma mudança de governo no país ‘A’. As novas autoridades procuravam mais recursos fiscais para realizar uma série de programas sociais. Em vez de perguntar à Empresa ‘X’ sobre o seu interesse em participar de programas de responsabilidade social corporativa, o que o investidor estaria disposto a fazer [considerando, inclusive, ganhos de imagem], assim que o novo governo tomou conhecimento dos grandes lucros da Empresa ‘X’, optou por elevar unilateralmente em 0,5 por cento a taxa de imposto de renda aplicável a exportadores de componentes médicos. Considerando que a Empresa ‘X’ era o único exportador de componentes médicos no país, seus advogados queixaram-se com as novas autoridades. Argumentaram que a elevação unilateral de impostos foi discriminatória e contrária às obrigações do país nos termos de um Acordo Internacional de Investimentos aplicável. Os funcionários do governo rejeitaram as queixas da Empresa ‘X’. Apesar de reconhecerem que os argumentos legais da empresa poderiam estar corretos, acreditavam que o seu investimento já havia sido feito, que o aumento do imposto não fora demasiado grande e que, apesar das queixas, não havia muito que a Empresa ‘X’ pudesse fazer a respeito. Isso porque os custos de mover a fábrica para outro país, ou submeter o caso à arbitragem investidor-Estado, seriam provavelmente maiores que o pagamento do imposto adicional. O governo estava certo ao avaliar que o aumento do imposto não fora tão alto que justificasse a apresentação de um requerimento de arbitragem investidor-Estado por parte da Empresa ‘X’. Entretanto, o fato de a medida ser discriminatória e direcionada à Empresa ‘X’ fez com que a sua controladora perdesse a confiança nas autoridades do país ‘A’. No final, a Empresa ‘X’ não fechou a fábrica nem iniciou uma arbitragem investidor-Estado. Entretanto, perdeu-se a oportunidade de cooperar no desenvolvimento de programas de responsabilidade social corporativa, dos quais a Empresa ‘X’ estaria disposta a participar. Ainda, seis meses mais tarde, no momento de considerar se expandiria a linha de produção para outros produtos médicos, a Empresa ‘X’ optou por não considerar o país ‘A’ como potencial local para o investimento. Preferiu desviá-lo para o país ‘B’, visto como mais estável e comprometido com suas obrigações internacionais.

**Análise:** apesar das simplificações do modelo, o exemplo é útil por ilustrar de forma clara a interação entre força, direitos e interesses. Quando o governo do país “A” optou por aumentar de forma unilateral a alíquota do imposto e rejeitou as queixas da Empresa “X”, reafirmou sua posição relativa de força. O capital estava imobilizado em seu território. A controvérsia poderia ter sido solucionada usando-se um processo baseado em direitos, caso a Empresa “X” tivesse optado por iniciar uma arbitragem internacional. Contudo, nesse exemplo, os custos eram maiores do que as conseqüências da medida que originou a controvérsia. Caso a solução tivesse sido baseada em interesses, ambas as partes poderiam ter ficado em posições melhores. Por um lado, o governo do país “A” poderia não apenas ter desenvolvido programas sociais num esquema de responsabilidade social corporativa, como também poderia ter receitas fiscais adicionais caso atraísse o novo investimento seis meses depois. Por outro lado, a Empresa “X” teria expandido seu investimento no país “A”, o que provavelmente implicaria menores custos, se comparado à instalação de uma nova unidade no país “B”. Ademais, os custos dos programas de responsabilidade social corporativa seriam parcialmente compensados pelos ganhos de imagem. O exemplo também ilustra tendências importantes com relação à interação entre força, direitos e interesses. Quanto mais efetiva e acessível for a solução de controvérsias baseada em direitos, menores serão as chances de que a força acabe por solucionar a divergência. Quanto mais previsível for o resultado de um processo baseado em direitos, mais fácil será para as partes ponderar os benefícios de usar os processos baseados em interesses. No exemplo, caso a arbitragem tivesse baixo custo, a Empresa “X” valer-se-ia da mesma. Assim, o país “A” não poderia usar sua posição relativa de força. Além disso, como os advogados do país “A” sabiam que os argumentos da Empresa “X” tinham fundamento, a melhor alternativa, dado o risco de perder o caso, seria tentar negociar um acordo. Talvez na forma de promoção de projetos de responsabilidade social corporativa, algo que a Empresa “X” estaria disposta a fazer.<sup>188</sup>

### 3.1.4. A importância da distinção

A distinção entre a solução de controvérsias baseada na força, nos interesses e nos direitos encontra eco na relação entre os investidores estrangeiros e os Estados hospedeiros através da História. Antes da existência da via arbitral, os investidores tinham apenas duas possibilidades diante de uma controvérsia com o Estado hospedeiro. A primeira, submeter sua demanda às cortes do país hospedeiro, nas quais em geral não depositavam grande confiança. A segunda, invocar a proteção diplomática dos seus países de origem.<sup>189</sup>

Em muitos casos o abuso da proteção diplomática refletiu-se na diplomacia das canhoneiras e em outras manifestações baseadas na força contra os países em desenvolvimento.<sup>190</sup> Apesar das muitas deficiências do regime internacional dos investimentos (apontadas no Capítulo 2) é certo que a solução de controvérsias baseada em direitos tende a ser preferível à força.

A distinção entre as formas de solução de controvérsias também permite aos *stakeholders* perceber que a arbitragem internacional, baseado em regras, não é o único meio disponível hoje para solucionar as controvérsias investidor-Estado. Diante do alto custo político e financeiro da arbitragem, cresce a busca por meios alternativos, prestigiando-se a solução baseada em interesses.<sup>191</sup>

A distinção serve ainda como suporte para a compreensão da motivação, da dinâmica e do funcionamento das PPCs e dos MPCs investidor-Estado. Trata-se de uma abordagem baseada em interesses para a administração da relação entre os investidores estrangeiros e os países hospedeiros.

---

<sup>188</sup> ECHANDI, Roberto, Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention. No prelo.

<sup>189</sup> SORNARAJAH, M. (2004), *The international law on foreign investment*, p. 19; ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>190</sup> CABLE, J. (1981), *Gunboat Diplomacy 1919-1979: Political Applications of Limited Naval Force*, apud; ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>191</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*,



### 3.1.5. Solução baseada em interesses: quando ela não é conveniente

Como mencionado anteriormente, diferentemente da solução de controvérsias baseada na força ou em direitos, a reconciliação dos interesses tende a gerar um nível maior de satisfação com o resultado.<sup>192</sup> Contudo, é preciso assinalar que não é possível solucionar todas as controvérsias pela reconciliação de interesses. Ela pode sequer ser desejável em certas situações.<sup>193</sup>

Onde há assimetrias significativas de poder entre as partes, o julgamento baseado em direitos pode ser mais apropriado do que a negociação puramente baseada em interesses. O direito pode pôr partes desiguais em relativo pé de igualdade. Pode haver casos ainda em que os interesses das partes, ou pelo menos de uma delas, sejam mais bem atendidos pela procura de uma vitória total. Tal resultado só pode ser atingido através de um julgamento baseado em direitos (ou da força). Esse pode ser o caso quando uma das partes precisa estabelecer um precedente claro, sem transigir. Por exemplo, quando o Estado hospedeiro busca reafirmar a sua prerrogativa de regular o domínio econômico perseguindo políticas públicas chave.

Uma ilustração no contexto investidor-Estado é dada pela recente reafirmação da posição do governo australiano diante de ameaças da fabricante de cigarros Philip Morris (Ásia) de iniciar uma arbitragem internacional de investimentos contra o país. Como parte de sua política anti-tabaco, o governo australiano pretende banir embalagens diferenciadas de cigarros, substituindo-as por invólucros padronizados nada atraentes (vide Figura 4). A transnacional alega que se trata de uma expropriação de sua propriedade intelectual (no caso de suas marcas), abarcada pela definição de “investimento coberto” constante do Tratado Bilateral de Investimentos Hong Kong-Austrália. A ameaça parece não ter surtido o efeito desejado. Nas palavras do Ministro da Saúde australiano, “*o governo não será dissuadido por ameaças ou processos por parte das fabricante de cigarro*”.<sup>194</sup>

<sup>192</sup> URY, W. *et al.* (1993), *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*, p. 14.

<sup>193</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>194</sup> No original, “[the government] *won't be deterred by tobacco companies making threats or taking legal action*”. *Philip Morris sues over Australian plans to ban logos from cigarette packets*, The Guardian, 27 jun. 2011.

Figura 4: “sem cowboys ou camelos” – os novos maços padronizados australianos



Fonte: The Guardian

Ameaças semelhantes foram feitas pelas empresas fabricantes de cigarro a países como o Uruguai e a Costa Rica.

Outro *hard case*, que gerou bastante repercussão, foi *Foresti v. África do Sul*. Nele, um investidor italiano do ramo da mineração insurgiu-se contra os impactos das políticas de ação afirmativa da África do Sul, de inclusão de segmentos da população historicamente discriminados (*Black Economic Empowerment*). Entre outros aspectos, as políticas implicavam nomeações para os cargos de administração da empresa e alienação compulsória de participações na sociedade a negros. Diante da sensibilidade e da relevância do tema naquele país, é certo que o governo não podia transigir, dando um sinal claro da sua determinação. O caso seguiu então para a arbitragem.

Há, pois, situações em que a solução baseada em interesses não é conveniente. É importante notar que os procedimentos baseados em direitos e na força podem atingir aquilo que os procedimentos baseados em interesses não podem: a vitória total. A problemática atual no direito dos investimentos é o uso excessivo dos procedimentos baseados em direitos, na forma das arbitragens. Como observam Ury *et al.*, “*um procedimento que deveria ser a última opção frequentemente se torna a primeira*”.<sup>195</sup>

<sup>195</sup> URY, W. *et al.* (1993), *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*, p. 18.

### 3.2. Entendendo o conflito investidor-Estado

#### 3.2.1. A distinção entre “conflito” e “litígio”

É comum o emprego dos termos “conflito” (*conflict*) e “litígio” (*dispute*) como sinônimos. Ambos são usados sem diferenciação para referir-se a uma divergência ou problema entre as partes de uma relação. Entretanto, no PSD há uma distinção conceitual entre os dois termos.<sup>196</sup> Essa distinção é crítica para a criação de protocolos de prevenção de controvérsias investidor-Estado.

Para o PSD o conflito é um processo, sendo que o litígio é apenas um de seus subprodutos típicos. Na definição de Constantino e Sickles Merchant:

*O conflito é o processo de expressar descontentamento, desacordo ou frustração de expectativas com qualquer intercâmbio organizacional; um litígio é um dos subprodutos do conflito... [e]nquanto o conflito com frequência é contínuo, amorfo e intangível, um litígio é tangível e concreto – tem questões, posições e expectativas de remédio (tradução do autor).<sup>197</sup>*

Assim, o PSD vê o litígio como o resultado de um processo envolvendo uma seqüência. Surge de um processo de degradação, em que um estado de entendimento entre as partes evolui para a percepção de um problema, depois para um conflito oriundo desse problema e, então, para um litígio com base nesse conflito.<sup>198</sup> Assim, um conflito é um problema não tratado, e um litígio é um conflito não tratado. No estágio litigioso, o conflito já evoluiu para um “*desacordo definido e focado, freqüentemente expresso em termos legais*”.<sup>199</sup>

Essa distinção seqüencial auxilia na compreensão de que as relações são dinâmicas, evoluindo no tempo e de acordo com as circunstâncias. Os conflitos também são dinâmicos e

<sup>196</sup> SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), *An analytic framework for dispute systems design*, p. 126.

<sup>197</sup> No original, “[c]onflict is the process of expressing dissatisfaction, disagreement, or unmet expectations with any organizational interchange; a dispute is one of the products of conflict (...), [w]hereas conflict is often ongoing, amorphous, and intangible, a dispute is tangible and concrete – it has issues, positions, and expectations for relief”. CONSTANTINO, C. & SICKLES-MERCHANT, C. (1996), *Designing Conflict Management Systems*, p. 5.

<sup>198</sup> PHILLIPS, P. F. (2009), *Alternative Dispute Resolution*.

<sup>199</sup> No original, “[t]he controversy continues over the terms ‘conflict’ and ‘dispute’ when discussing systems design. We favor the term ‘dispute’ for conflicts that have evolved into defined, focused disagreements, often framed in legal terms, with ‘conflict’ encompassing a broader category”. SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), *An analytic framework for dispute systems design*, p. 126.

evoluem com o decurso do tempo. A resposta dependerá do estágio de evolução. No PSD, conflitos são administrados (*managed*) e litígios são solucionados (*resolved*).<sup>200</sup>

O conflito, entendido como um estado de insatisfação entre as partes que ainda não se materializou em um litígio maduro, pode ser administrado. Os processos de administração de conflitos tentam atender aos interesses das partes para solucionar o problema não tratado, usando técnicas de solução de problemas baseadas em interesses. Já o litígio, entendido como um desacordo definido e focado, em geral já expresso em termos legais, é solucionado. Isso se dá frequentemente através de adjudicação em processos baseados em direitos. Assim, a administração de conflitos e os mecanismos de solução de controvérsias são abordagens distintas para lidar com níveis diferentes de maturidade de um conflito.<sup>201</sup>

Como os conflitos são inevitáveis, o que realmente importa não é preveni-los, mas administrá-los de forma a impedir que evoluam para litígios maduros. Essa é a razão de ser das PPCs e dos MPCs. Alguns apontam ainda o potencial que os conflitos (administrados) têm para gerar inovação. No contexto específico dos investimentos internacionais, Franck assevera que:

*Um conflito administrado cria oportunidades para inovação comercial, social e política (...). No contexto dos investimentos, o conflito também pode fornecer oportunidades para técnicas mais significativas de solução de problemas entre investidores, autoridades dos Estados hospedeiros e sociedade civil, para o desenvolvimento de relações mais fortes e níveis mais elevados de investimento. (tradução do autor)<sup>202</sup>*

### 3.2.2. A seqüência dos conflitos no contexto das relações investidor-Estado

Como apontado no Capítulo 2, nas últimas três décadas o volume de investimentos internacionais não apenas cresceu substancialmente, mas também passou a gozar de proteção internacional através da multiplicação dos AIIs. Esses dois fatores explicam por que as relações entre os investidores estrangeiros e os Estados hospedeiros não apenas se intensificaram, mas também passaram a ser cada vez mais pautadas em termos legais. Na atualidade, não raro o conflito investidor-Estado tende a ser, desde o princípio, expresso

<sup>200</sup> Id., pp. 123-124.

<sup>201</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>202</sup> No original, “*a managed conflict creates opportunities for commercial, social, and political innovation (...). In the investment context conflict may also provide opportunities for more meaningful problem-solving techniques between investors, authorities of host States and civil society, development of stronger relationships and greater levels of investment*”. FRANCK, Susan D. (2007), *Integrating investment treaty conflict and dispute settlement design*, pp. 46-48.

dentro dos parâmetros de um determinado instrumento legal, levando a discussões baseadas em direitos.<sup>203</sup>

No contexto das relações entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros, os conflitos surgem quando as partes expressam insatisfação, desentendimento ou frustração de expectativas. Num mundo em que a atividade econômica tende a ser intensamente regulada, há um grande nível de interação entre os investidores e as autoridades. Assim, as possibilidades de conflito colocam-se todos os dias.

Os investidores estrangeiros, assim como os nacionais, necessitam de, e.g., permissões, licenças e alvarás para desenvolver suas atividades. A supervisão de concessões de serviços públicos e de obras públicas, assim como os licenciamentos pertinentes, são apenas alguns exemplos dos atos de órgãos públicos que lidam com investidores estrangeiros. O risco de conflito na relação investidor-Estado é consideravelmente maior já que os Estados são formados por um

#### **Quadro 4: o caso *Newfield v. ANP* – um “clássico” da falta de coordenação entre órgãos do Estado**

*Trata-se de um caso de arbitragem entre um investidor estrangeiro e o Estado brasileiro, com fundamento na cláusula arbitral presente nos contratos de concessão para exploração de petróleo. De um lado a concessionária Newfield Brasil Ltda., de capital canadense, e, do outro, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bicombustíveis – ANP. A disputa foi resolvida por um tribunal arbitral em dezembro de 2008, sob os auspícios da ICC – Paris.*

**Fatos:** a Newfield apresentara o lance vencedor durante a 4ª Rodada de Licitações para aquisição e exploração do bloco BM-ES-20A (na plataforma continental do Espírito Santo). Posteriormente ao certame, realizado pela ANP, a área foi considerada de alta sensibilidade ambiental pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Enquanto cabia à ANP a seleção das áreas licitadas, seguindo diretrizes do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), o licenciamento ambiental – frustrado – competia ao IBAMA. A negativa do IBAMA fundamentou-se na proximidade da referida área a um santuário para a reprodução de tartarugas marinhas.

**Decisão:** como resultado do procedimento arbitral, a ANP teve de reembolsar a Newfield por todos os investimentos relacionados à aquisição e exploração do bloco. O laudo arbitral determinou que a ANP pagasse à concessionária o valor de R\$ 2.171.435,84, acrescidos de correção monetária e juros de mora, como reembolso pelas despesas da concessionária com o bônus de assinatura do contrato de concessão e com as taxas de retenção da área.

*Note-se que problema idêntico voltou a ocorrer neste ano, desta vez com a El Paso.*<sup>205 206</sup>

<sup>203</sup> Um exemplo recente, de ampla repercussão na mídia, é dado pela frustrada operação de fusão entre o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Carrefour. A operação sofreu forte oposição do Grupo Casino, sócio do Grupo Pão de Açúcar e arqui-rival do Carrefour. Na tentativa de dissuadir o governo brasileiro de patrocinar a operação, o CEO do Grupo Casino, Jean-Charles Naouri, foi ao Brasil reunir-se com autoridades. Não hesitou em utilizar em seu discurso expressões como “expropriação” e “má-fé”, numa clara tentativa – por parte de um executivo – de dar substância jurídica à sua contenda. É interessante notar que isso se dá mesmo num contexto em que não há um AII ao fundo, já que o Brasil não ratificou nenhum instrumento do gênero até o momento. *Casino classifica proposta de Diniz como “expropriação”*, Terra, 6 jul. 2011.

conglomerado de entes. Essa miríade de órgãos, em nível central, regional ou sub-regional, pode apresentar contradições quanto a prioridades nas políticas públicas, à receptividade ao investimento estrangeiro e até mesmo quanto ao nível de entraves burocráticos.<sup>204</sup>

Além disso, a possibilidade de conflitos no contexto das relações investidor-Estado é freqüentemente exacerbada, já que uma grande parte dos órgãos que regulam a atividade econômica não está familiarizada com as obrigações contidas nos AIs. Comunicação e coordenação limitadas (e até desentendimentos abertos) entre órgãos públicos estão com freqüência na raiz de diversos conflitos entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros.<sup>207</sup>

Essas mesmas variáveis – falta de comunicação e coordenação – também explicam por que um número grande de conflitos investidor-Estado não é administrado de forma eficaz e evolui para litígios maduros. Quando o conflito ainda está amorfo, o investidor comumente expressa a sua insatisfação com o órgão que tomou a medida controversa. A entidade em questão tende a centrar-se exclusivamente na sua esfera de competência e nas prioridades das

<sup>204</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

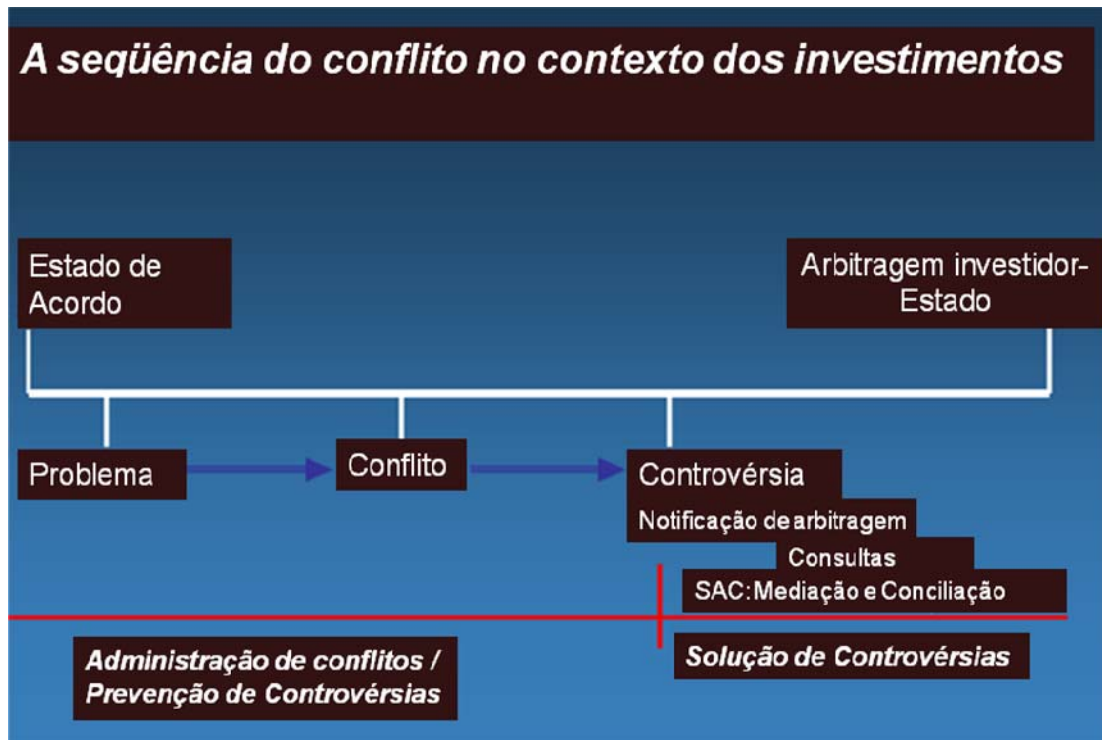
<sup>205</sup> Caso idêntico acaba de ocorrer em setembro de 2011. Desta feita a petroleira estrangeira que teve seu pedido de licença ambiental indeferido foi a americana El Paso. Mais uma vez a reprodução de tartarugas marinhas, agora na Bahia, fez com que o IBAMA denegasse a autorização para a exploração. Registre-se, contudo, que o campo em questão fora licitado no ano 2000. A partir da 9ª Rodada de Licitações (2007) a ANP e o IBAMA, após o caso *Newfield*, passaram agir de forma concertada, combinando anteriormente à divulgação dos editais as áreas a serem licitadas. É interessante notar que esse procedimento coordenado, não previsto em lei e, portanto, informal e *ad hoc*, constitui uma das inovações que os conflitos entre investidores e Estados hospedeiros podem gerar, como sugerido por Franck. Nesse caso, seguindo a lógica do “gain from pain”, o Estado brasileiro aprendeu com um conflito e passou a agir de forma mais coordenada, resultando numa melhora da governança no país (ao menos nesse aspecto particular). Será interessante observar o que farão a ANP e a El Paso a partir da negativa do IBAMA. Há já um precedente e a ANP sabe que provavelmente um tribunal arbitral decidirá de maneira análoga ao tribunal do caso *Newfield*. Assim, seria mais vantajoso para ambas as partes, à luz dos princípios que balizaram aquela decisão, negociar um acordo, com concessões recíprocas, e evitar os custos de um litígio. No entanto, não há um marco legal no Brasil para uma negociação do gênero. A ANP terá de ser condenada para poder então pagar a indenização. As Políticas e os Mecanismos de Prevenção de Controvérsias, de que trataremos adiante, visam justamente a instituir tal marco. *Press release* do IBAMA disponível em: <http://www.ibama.gov.br/publicadas/ibama-indefere-licenca-para-el-paso>; FRANCK, Susan D. (2007), *Integrating investment treaty conflict and dispute settlement design*, pp. 46-48.

<sup>206</sup> Há outros casos de ação desconcertada e incoerente do Estado brasileiro no setor do petróleo. Um deles deu-se com a suspensão da 8ª Rodada de Licitações da ANP, em 2006, por força de decisões judiciais liminares face à proposição de duas ações populares. Ou seja, neste caso houve embates entre dois Poderes: de um lado o Executivo, que promovia a licitação através da ANP, e, do outro, o Judiciário, que liminarmente a suspendeu. Comentando o episódio, Ribeiro conclui “pela inconstitucionalidade da invalidação da Oitava Rodada, vez que não se encontram supridas, no caso em concreto, as condições necessárias à eventual revogação ou anulação, total ou parcial, do certame licitatório. Isso em contraponto a um conservadorismo latente capaz de justificar a invalidação de concorrências, com fundamento no poder discricionário do Estado”. Com o tema já no STF, a decisão da Ministra Ellen Gracie corroborou a tese da responsabilidade do Estado perante os investidores, notando que “(...) [n]ão se pode olvidar, ademais, que o capital sempre migra para os países onde estão as melhores oportunidades de investimentos e que lhe oferecem maior segurança, sobretudo jurídica.(...) Assim, os prejuízos à ordem econômica de nosso país dificilmente se reverterão ao final da tramitação desse processo, motivo que, por si só, legitima a suspensão imediata da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal”. Ribeiro ressalta ainda que “dois blocos exploratórios já haviam sido licitados na primeira etapa da Rodada, tendo sido obtida a conclusão e a assinatura do contrato de concessão, acarretando um prejuízo ainda maior ao licitante vencedor”. Conclui adiante que houve “(...) a infringência, no plano internacional, dos Princípios de Segurança Jurídica, Interdependência e Cooperação, e da Boa-fé Objetiva, além da frustração da confiança legítima dos participantes da Oitava Rodada de Licitações”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, *Direito dos investimentos e o petróleo*, pp. 32-33.

<sup>207</sup> Como, por exemplo, nos casos *Metalclad v. México* e *MTD v. Chile*.

suas políticas. O conflito continuará a fermentar até que o investidor, motivado pelo custo econômico do conflito não administrado, explorará as alternativas para resolução. Os advogados assistindo o investidor podem então aconselhar o recurso à arbitragem investidor-Estado.<sup>208</sup>

**Figura 5:**



No momento em que o investidor enviar uma notificação de intenção de iniciar uma arbitragem, o conflito já será um litígio. Nesse caso, um conflito não tratado terá evoluído para um desentendimento definido e focado, expresso em termos legais claros e requerendo uma forma específica de remédio, i.e., uma indenização por danos.<sup>209</sup> A determinação do momento em que o conflito evolui para um litígio é particularmente importante. A partir daí, diversas variáveis atuam como desincentivos para que as partes solucionem a controvérsia usando processos baseados em interesses, tais como a negociação, a conciliação ou a mediação.

Pelo menos três variáveis chave são relevantes nessa questão. A primeira é o nível de confiança das partes relativamente ao possível sucesso dos processos de solução de

<sup>208</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>209</sup> SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), *An analytic framework for dispute systems design*, p. 126.

controvérsia baseados em interesses. Quando o conflito já evoluiu para um litígio, muito provavelmente a relação entre o investidor e o Estado já foi afetada pelo antagonismo, erodindo a confiança e o ambiente necessário para negociações de boa-fé. Ademais, nesse estágio, o investidor provavelmente contará com o auxílio de um advogado, cuja cultura em regra privilegia o litígio.<sup>210</sup>

Em segundo lugar, é provável que a contenda já tenha atraído a atenção da opinião pública, contribuindo para a politização da controvérsia. Negociações envolvem concessões recíprocas nas posições e interesses das partes. O custo político para que um governo chegue a um acordo pode ser alto demais.<sup>211</sup>

Em terceiro lugar, já há uma expectativa do investidor de receber uma indenização pelos danos já sofridos. Esse aspecto desempenha papel chave para que as partes procurem adjudicação internacional em vez de negociar. O pagamento de uma indenização pelo Estado – independentemente do mérito – envolve o uso de recursos públicos. Usá-los para pagar um investidor estrangeiro, em geral uma transnacional, costuma gerar dificuldades políticas e legais para os governos, mesmo para aqueles genuinamente interessados em resolver a controvérsia o mais breve possível. No cálculo político, o governo pode preferir “vitimizar-se” e transferir o ônus da determinação de um eventual pagamento a um “tribunal internacional”. Lavam-se as mãos. É lícito supor que negociar espontaneamente uma indenização geraria mais questionamentos políticos que o mero cumprimento de uma condenação. Em caso de negociação, sempre poderia haver questionamentos no cenário político do país hospedeiro quanto ao valor acordado.<sup>212</sup>

Ademais, é comum haver obstáculos legais para negociar tais indenizações. Pelo princípio da legalidade, os governos em geral necessitam de autorização legal (e de dotação orçamentária específica) para fazer pagamentos. Tais autorizações costumam existir para suportar indenizações em cumprimento de condenações do Estado por tribunais. O mesmo não vale para o pagamento de acordos “extrajudiciais”.<sup>213</sup>

Assim, constata-se que os protocolos de prevenção de controvérsias investidor-Estado devem se dedicar à fase de administração de conflitos, não à de solução de litígios. Como bem sintetizado por Legum:

---

<sup>210</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>211</sup> Id.

<sup>212</sup> Id.

<sup>213</sup> Id.



*A maior probabilidade de solucionar uma disputa entre um investidor estrangeiro e um órgão governamental ocorre provavelmente antes que a disputa envolvendo investimentos se torne um litígio sujeito a um tratado de investimento (tradução do autor).<sup>214</sup>*

### 3.3. Políticas de prevenção de controvérsias investidor-Estado (PPCs)

#### 3.3.1. Conceito

As PPCs podem ser definidas como um conjunto de medidas com o objetivo de reduzir o número de conflitos investidor-Estado que evoluem para litígios formais. De natureza preventiva, as PPCs visam a identificar antecipadamente áreas de potenciais conflitos na relação entre Estados hospedeiros e investidores estrangeiros.<sup>215</sup>

As PPCs são políticas que visam particularmente a evitar controvérsias relacionadas com a implementação das obrigações contidas nos AII ou nos contratos de investimento com o Estado. Promovem mecanismos específicos para debelar potenciais conflitos num estágio precoce, antes que tenham evoluído para litígios e que danos significativos tenham ocorrido. Espera-se que, ao fazê-lo, evitem as dificuldades e os custos econômicos e políticos envolvidos no uso da arbitragem internacional. Por definição as PPCs são políticas de administração de conflitos. Por meios variados visam a permitir aos investidores estrangeiros e aos Estados hospedeiros abordar eventuais conflitos através de processos baseados em interesses.<sup>216</sup>

Há que se fazer uma distinção entre PPCs e outras alternativas à arbitragem investidor-Estado baseadas em interesses. Os métodos de Solução Alternativa de Controvérsias visam a solucionar controvérsias já existentes. Pode-se, por exemplo, fazer uso da conciliação e da mediação para tanto. Essas modalidades de SAC partilham com as PPCs o fato de que promovem processos baseados em interesses. Entretanto, embora as PPCs possam envolver mecanismos específicos, englobam todos os tipos de medidas, formais ou informais, de promoção da administração de conflitos. Já as SACs são mais limitadas, restringindo-se a

<sup>214</sup> No original, “*the best chance to resolve a dispute between a foreign investor and a government agency is likely before the investment dispute becomes a dispute under an investment treaty*”. LEGUM, Barton (2006), *The difficulties of conciliation in investment treaty cases: A comment on Professor Jack, C. Coe’s ‘Towards a complementary use of conciliation in investor-State disputes: A preliminary sketch*, p. 3.

<sup>215</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. xiv.

<sup>216</sup> Id., p. 65.

processos estruturados de solução de controvérsias. Podem, inclusive, surgir da implementação de uma PPC. As SACs são processos de solução de controvérsias e não de administração de conflitos. Operam quando o conflito já se materializou num litígio.<sup>217</sup>

### 3.3.2. As dimensões substantiva e procedimental das PPCs

É possível distinguir duas dimensões maiores nas PPCs: uma substantiva e outra procedimental. O conceito de prevenção substantiva de controvérsias parte do princípio de que um dos meios de se atingir esse objetivo é através da negociação de obrigações substantivas precisas nos AII.

Direitos e obrigações redigidos em termos vagos dão azo a uma grande margem de interpretação de parte a parte. Busca-se então o esclarecimento do conteúdo dos dispositivos substantivos dos AII. Há precedentes de interpretação autêntica, promovida pelas partes contratantes.<sup>218</sup> Contudo, essa linha de ação não é comum. As partes contratantes raramente querem reabrir negociações dos tratados já em vigor. Assim, as arbitragens tornam-se o principal meio de esclarecimento do conteúdo dos AII.

O histórico da última década demonstra que um grande número de litígios investidor-Estado resultou da falta de clareza de certas disposições substantivas dos AII.<sup>219</sup> O número de temas que foram submetidos a tribunais arbitrais internacionais para esclarecimento é significativo. Com mais de 390 casos fundados em tratados levados à arbitragem investidor-Estado até ao fim de 2010,<sup>220</sup> os tribunais tiveram de lidar com diversas questões. Desde o esclarecimento sobre o que constitui um “investimento coberto” para fins de aplicação do respectivo AII, ao esclarecimento do conteúdo de diversos padrões de proteção e tratamento,

---

<sup>217</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>218</sup> O exemplo mais conhecido foi a interpretação autêntica dada pela Comissão de Livre Comércio do NAFTA ao padrão do tratamento justo e equitativo. Nas palavras de Dolzer e Schreuer, “Article 1105 of NAFTA] has been the subject of an official interpretation by the NAFTA Free Trade Commission (FTC), a body composed of representatives of the three states parties with the power to adopt binding interpretations. (...) NAFTA tribunals have accepted the FTC interpretation”. Dolzer, R. e C. Schreuer. *Principles of international investment law*, pp. 124-126.

<sup>219</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2007), *Investor-state dispute settlement and impact on investment rulemaking*.

<sup>220</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2011), *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*.

incluindo, entre outros, o tratamento justo e equitativo, o tratamento nacional, o tratamento da nação mais favorecida e a proteção contra a expropriação.<sup>221</sup>

A existência de um número significativo de AIIs contendo dispositivos substantivos que requerem esclarecimentos é demonstrada não apenas pelo aumento do ativismo na SCIE, mas também pelo impacto que a litigância teve na elaboração das regras sobre investimentos. Estudos recentes documentaram como na última década a intensificação da SCIE levou vários Estados a reformular os seus AIIs, buscando esclarecer certos dispositivos e eliminar algumas das deficiências expostas nos primeiros anos de litigância investidor-Estado (Seção 1.2.4 supra).<sup>222</sup>

Para que os processos de administração de conflitos baseados em interesses funcionem, a clareza do conteúdo dos AIIs é imperativa. Não se pode conceber negociadores de olhos vendados. Daí a relevância da dimensão substantiva das PPCs.

Tanto o investidor como o Estado hospedeiro necessitam de um grau suficiente de previsibilidade sobre o possível resultado caso o seu conflito evolua para um litígio. Os processos de administração de conflitos baseados em interesses costumam exigir que as partes envolvidas negociem à luz da lei. Assim, se a lei, em vez de iluminar, projeta uma sombra de incertezas envolvendo a sua aplicação, há menos incentivos para o acordo. Não fica claro se o benefício compensaria o custo; não se pode transigir sobre o que se desconhece.<sup>223</sup>

Tais incertezas têm raízes na negociação de tratados vagos e demasiado abrangentes, mas também se manifestam na fase pré-litigiosa, quando já há um conflito concreto. Isso porque a “ambigüidade construtiva” dos diplomatas deixa a definição exata do conteúdo dos tratados, grosso modo, para os árbitros. Como observado na comparação entre os casos *TECMED* e *Glamis Gold* no Quadro 2 acima, os resultados da interpretação de um mesmo princípio podem ser bem distintos. Dessa forma, há no sistema atual certo grau de aleatoriedade, já que os resultados dependem sobremaneira dos entendimentos subjetivos dos árbitros de cada tribunal. A incerteza que disso resulta reduz as chances de que as partes sejam bem sucedidas na tentativa de negociar um acordo e evitar o litígio. A jurisprudência, em vez de ajudar, atrapalha:

*Negociações bem sucedidas de acordos requerem que ambas as partes possam avaliar adequadamente quais são os pontos relativamente fortes e fracos dos seus próprios*

<sup>221</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2007), *Investor-state dispute settlement and impact on investment rulemaking*.

<sup>222</sup> Id.

<sup>223</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2011), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration* Vol. II (FRANCK, Susan D. & JOUBIN-BRETT, Anna Eds., United Nations), p. 127.

*argumentos e dos de seu oponente. Mas a capacidade das partes de fazer tal juízo é bastante prejudicada em muitas disputas investidor-Estado pelo fato de os tribunais – em aspectos chave – seguirem caminhos discrepantes para chegar às suas decisões, levando-os a resultados bastante distintos. Em um grande número de temas há considerável incerteza quanto à provável decisão que seria proferida por um eventual tribunal arbitral. Conseqüentemente, não raro as chances de sucesso das partes não podem ser estimadas de forma confiável e, assim, não terão uma noção acurada do que podem estar abdicando ou ganhando através de uma conclusão “negociada” para a controvérsia. (tradução do autor)<sup>224</sup>*

Assim, os Estados precisam retomar, em parte, o que no passado foi delegado aos árbitros. Devem, por um lado, convencionar obrigações substantivas mais claras e precisas. Por outro, tentar abordar a questão da incoerência na jurisprudência. Uma das soluções propostas nesse sentido é o estabelecimento de um órgão de apelação permanente, capaz de rever os aspectos legais dos laudos arbitrais proferidos pelos tribunais arbitrais *ad hoc*, seguindo, em certa medida, o modelo da OMC.<sup>225</sup> Já existem algumas iniciativas nesse sentido, como a previsão em alguns AIIs dos EUA do estabelecimento de um órgão de apelação.<sup>226</sup>

As PPCs também têm uma dimensão procedimental. Trata-se do estabelecimento de mecanismos capazes de fornecer incentivos adequados tanto para os investidores como para os governos para a resolução de conflitos na fase inicial. As PPCs valem-se do Planejamento de Sistemas de Disputa para estabelecer tais mecanismos. Busca-se a promoção da administração de conflitos seguindo a lógica da reconciliação de interesses. Esses mecanismos serão objeto de análise no Capítulo 4.

### 3.3.3. As dimensões interna e internacional das PPCs

As PPCs podem ser implementadas em dois níveis distintos. Por um lado, os governos podem promovê-las a nível doméstico, avaliando passos administrativos e políticas que melhorem o seu sistema institucional. PPCs internas podem, por exemplo, envolver a

<sup>224</sup> No original, “[s]uccessful settlement negotiations require means by which both parties can properly assess the relative strengths and weaknesses of their own and the opponent’s cases (...). But the ability of the parties in many investor-State cases to make such assessments is severely impaired by the fact that, on these key issues, tribunals follow disparate paths to decision and bring about very different outcomes (...). On a wide range of issues, there is significant uncertainty about how an arbitral tribunal will rule. Consequently, a party’s probabilities of success often cannot be reliably estimated and neither party can get a true picture of what it may be giving up or gaining through a “negotiated” conclusion to the dispute”. CLODFELTER, M. *Why aren’t more investor-State treaty disputes settled amicably?* p.41.

<sup>225</sup> FRANCK, Susan D. (2005), *The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions*; LEGUM, Bart, *The introduction of an appellate mechanism: the U.S. Trade Act of 2002*.

<sup>226</sup> Como, por exemplo, o CAFTA e os Tratados de Livre Comércio EUA-Chile e EUA-Singapura. O Anexo D do TBI-modelo dos EUA de 2004 prevê a possibilidade de mecanismos de apelação: “[w]ithin three years after the date of entry into force of this Treaty, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 34 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism”.

implementação de uma série de medidas que permitam a comunicação e a coordenação adequadas entre as autoridades governamentais relevantes para a solução de conflitos sobre investimentos.<sup>227</sup>

Vale lembrar uma vez mais a relevância da coordenação intra-estatal no contexto das disputas investidor-Estado. Já sabemos que mais da metade das arbitragens diz respeito não aos governos centrais, que negociaram os AII, mas aos entes sub-nacionais e aos órgãos governamentais responsáveis pela regulação de setores específicos da economia.<sup>228</sup>

Além do âmbito interno, as PPCs também podem ser promovidas através de uma abordagem orquestrada entre os Estados, por meio da cooperação internacional. Tal cooperação pode tomar diferentes formas, havendo pelo menos três abordagens principais. Duas acordadas durante a fase de negociação dos AII e uma terceira implementada independentemente da existência de previsão nos tratados.

A primeira abordagem baseia-se na inclusão de incentivos no texto dos AII (ou no contrato de investimento) para que investidores e governos explorem efetivamente processos de administração de conflitos baseados em interesses. Essa idéia, em certa medida, já encontra eco na praxe da confecção dos tratados. A maioria inclui como requisito à instituição da arbitragem a manutenção prévia de entendimentos, em boa-fé, entre as partes visando a um acordo.

A maioria dos AII prevê os chamados “períodos de arrefecimento” (*cooling-off periods*), que costumam durar de 3 a 6 meses. Na prática dos tribunais arbitrais, esses períodos são calculados a partir da data em que o investidor apresenta a notificação de intenção de instaurar a arbitragem.<sup>229</sup> Como exposto na Seção 3.2 supra, quando essa notificação é enviada já é tarde para que se use um processo de administração de conflitos. Isso porque já há, na realidade, um litígio. Assim, ainda há espaço para o aperfeiçoamento dos AII nessa área.

A segunda abordagem envolve a inclusão nos AII de procedimentos de consulta Estado vis-à-vis Estado. Essas consultas visam a (1) “filtrar” certos tipos de conflitos, impedindo a sua remessa à arbitragem investidor-Estado, ou (2) esclarecer determinados dispositivos dos AII aplicáveis. Alguns AII, como os Capítulos de Investimentos do NAFTA e do CAFTA, já estabelecem comissões compostas por autoridades das partes

<sup>227</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*.

<sup>228</sup> FRANCK, Susan D. (2008), *Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration*.

<sup>229</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

contratantes com a capacidade de promulgar notas interpretativas.<sup>230</sup> Outros tratados de investimento já prevêm a filtragem conjunta, como os TBIs celebrados pelo Canadá com a Romênia e a Letônia, por exemplo.<sup>231</sup>

A terceira abordagem envolve o estabelecimento de protocolos de comunicação e consultas entre os governos, para explorar a possibilidade de administrar os conflitos de investimento antes que eles evoluam para litígios. Contudo, novos canais de cooperação Estado-Estado devem ser pensados de forma a evitar a percepção de que se está a retornar à proteção diplomática de outrora.<sup>232</sup>

Tais protocolos poderiam assumir a forma de comissões conjuntas Estado-Estado, estabelecidas para lidar com reclamações de investidores, dirigindo-as ao órgão governamental pertinente para uma análise mais aprofundada. Nesse esquema, os investidores abordariam o representante da comissão conjunta no seu país de origem, que então iniciaria consultas com a sua contraparte no Estado hospedeiro. Tentar-se-ia, assim, lograr um acordo precoce para a controvérsia em gestação.<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> Artigo 1131 do NAFTA: “*Governing Law. 1. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law. 2. **An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section***” (grifo do autor).

<sup>231</sup> O TBI Canadá-Letônia (assim com o Canadá-Romênia) prevê, por exemplo, a filtragem pelo fisco dos dois países com relação a demandas de investidores versando sobre matéria tributária: “*ARTICLE XII. Taxation Measures. (...) 3. (...) a claim by an investor that a tax measure of a Contracting Party is in breach of an agreement between the central government authorities of a Contracting Party and the investor concerning an investment shall be considered a claim for breach of this Agreement unless the taxation authorities of the Contracting Parties, no later than six months after being notified of the claim by the investor, jointly determine that the measure does not contravene such agreement. 4. Article VIII [Dispute Settlement] may be applied to a taxation measure unless the taxation authorities of the Contracting Parties, no later than six months after being notified by an investor that he disputes a taxation measure, jointly determine that the measure is not an expropriation. 5. If the taxation authorities of the Contracting Parties fail to reach the joint determinations specified in paragraphs 3 and 4 within six months after being notified, the investor may submit its claim for resolution under Article XIII*”.

<sup>232</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 93.

<sup>233</sup> *Id.*, p. 96.

Figura 6:

## Tipologia Políticas de Prevenção de Controvérsias Investidor-Estado (PPCs)

**Dimensão Substantiva**

-Esclarecimento de disposições substantivas dos AIIs

**Dimensão Procedimental**

- Planejamento de processos de administração de conflitos para evitar a intensificação das controvérsias

**Dimensão Interna**

- PPCs implementadas dentro de um Estado hospedeiro

-Políticas gerais

-Mecanismos de Prevenção de Controvérsias

**Dimensão Internacional (Estado-Estado)**

-Negociação de AIIs

-Incentivos para que as partes administrem seus conflitos antes que se inicie uma arbitragem

- Procedimentos para a interpretação conjunta dos AIIs e filtragem de disputas

-Protocolos de Consultas e Comunicação

## 4. MECANISMOS DE PREVENÇÃO DE CONTROVÉRSIAS (MPCs)

### 4.1. MPCs: conceito, modelos e abordagens

#### 4.1.1. Conceito e âmbito de aplicação dos MPCs

Dentro da gama de PPCs descritas no Capítulo 3, especial atenção deve ser dada aos mecanismos procedimentais concretos, os MPCs. Podem ser instituídos de maneira *ad hoc*, mediante previsão em contratos de investimentos, ou inseridos na estrutura institucional do Estado. Daí as denominações: MPCs *ad hoc* e institucionais.<sup>234</sup>

Os MPCs, como procedimentos de administração de conflitos, enfatizam a solução de problemas baseada em interesses. O consentimento e a cooperação entre o investidor e as autoridades do Estado hospedeiro são cruciais para o que é, na essência, um processo voluntário. Os MPCs requerem um envolvimento ativo de ambas as partes do conflito. Vale lembrar, contudo, que a reconciliação de interesses sói ocorrer à luz de direitos e obrigações previstas no AII aplicável. A dinâmica dos MPCs provavelmente será influenciada pela avaliação das partes em conflito sobre o possível resultado caso tivessem seguido para uma arbitragem investidor-Estado.<sup>235</sup>

#### 4.1.2. O nível para a implementação dos MPCs

Os MPCs visam, majoritariamente, a administrar conflitos oriundos da incoerência na implementação de medidas ou políticas afetando os investidores. Diante da pluralidade de órgãos num mesmo governo, o desafio inicial no planejamento da estratégia de administração de conflitos é determinar o seu posicionamento institucional. Em que Poder e em que nível de governo operarão.

O histórico de SCIE das duas últimas décadas demonstra que medidas adotadas por qualquer um dos três Poderes são passíveis de questionamento perante os tribunais arbitrais

---

<sup>234</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>235</sup> Id.



internacionais.<sup>236</sup> O Estado deverá, pois, avaliar que Poder é mais propenso a gerar conflitos. Os atributos específicos dos MPCs variarão consoante visem lidar com medidas do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.<sup>237</sup>

Há que se determinar ainda o nível em que os MPCs operarão, nacional ou sub-nacional. É preciso assinalar que a organização política de alguns países pode limitar a possibilidade de o governo central influenciar a conduta dos entes sub-nacionais. Esse é o caso, em particular, de formas de Estado federativas. Mas mesmo em Estados unitários pode haver desafios à coerência na implementação dos AIIs. Neles, muitas vezes instituições descentralizadas estão a cargo da regulação de setores específicos da atividade econômica.<sup>238</sup>

#### 4.1.3. Modelos e abordagens

##### 4.1.3.1. Abordagem centralizada

A abordagem centralizada concentra a administração dos MPCs num órgão único, independentemente da área econômica ou regulatória em que um conflito venha a surgir. Apesar de poder haver setores prioritários, o que distingue essa abordagem é a centralização do processo de administração de conflitos numa única instância. Duas alternativas, seguindo esse modelo, foram testadas em diferentes países. De um lado há as ouvidorias (*ombuds*) de investimento, como na Coreia e na Rússia e, de outro, as comissões interministeriais de alto nível, com tarefas específicas na administração de conflitos de investimento. Esta última abordagem está sendo testada em vários países da América Latina e do Norte da África.<sup>239</sup>

---

<sup>236</sup> FRANCK, Susan D. (2008), *Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration*, 92:161, North Carolina Law Review; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 74.

<sup>237</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>238</sup> Id.

<sup>239</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*.

#### 4.1.3.1.1. Ouvidoria de investimento

Além dos serviços de cuidado pós-investimento, mais tradicionais, que incluem a assistência continuada aos investidores estrangeiros pelas agências de promoção de investimento após o seu investimento já estar instalado e operando, vários países estão fornecendo uma resposta institucional para os problemas enfrentados pelos investidores.<sup>240</sup> Alguns optam por estabelecer um serviço de ouvidoria, para servir como guichê único (*one-stop-shop*) para as reclamações dos investidores. Na acepção mais comum, um ouvidor é um:

*Funcionário nomeado pelo poder público para lidar com reclamações contra ações administrativas e judiciais, servindo como cão de guarda a vigiá-las, valendo-se mais da sua independência, perícia, imparcialidade, acessibilidade e poder de persuasão do que do controle sobre as mesmas (tradução do autor).<sup>241</sup>*

Para os investidores, uma ouvidoria fornece um interlocutor institucional a quem recorrer, encaminhando problemas num estágio inicial. Esse processo pode ser informal ou ser deflagrado por uma abordagem formal do governo hospedeiro, mediante o envio de uma petição. Pode ser um canal obrigatório ou facultativo ao investidor; operar seguindo procedimentos estritos ou de maneira mais flexível. Mas em todos os casos deve constituir um meio para uma solução rápida, precoce, barata e amigável.<sup>242</sup>

Para o Estado hospedeiro, uma ouvidoria constitui um primeiro ponto de contato para lidar com os problemas enfrentados pelo investidor estrangeiro. A ouvidoria pode fornecer informações às autoridades e permitir que as avaliem precocemente. Possibilita, caso necessário, ações antecipadas para a correção do problema antes que o mesmo se agrave.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2007), *Aftercare: a core function in investment promotion*.

<sup>241</sup> No original, “an officer appointed by the legislature to handle complaints against administrative and judicial action, serving as a watchdog over those actions while exercising independence, expertise, impartiality, accessibility and powers of persuasion rather than control”. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, p. 87.

<sup>242</sup> Id.

<sup>243</sup> Id., p. 88.

### **Quadro 5: a ouvidoria de investimentos da Coréia**

O Departamento de Ouvidoria de Investimentos (OIO, na sigla em inglês) foi estabelecido em outubro de 1999 no âmbito da KOTRA, a agência de promoção de investimentos coreana. A Ouvidoria é, no entanto, independente dessa agência e responde diretamente ao Primeiro-Ministro. Seu principal objetivo é dar suporte aos investidores estrangeiros que enfrentam dificuldades na condução de seus negócios, identificando os problemas que os afetam e procurando soluções para os mesmos, além de trabalhar, continuamente, para a melhoria do ambiente geral para os investimentos do país.

O OIO inclui uma equipe de cuidados pós-investimento composta pelos chamados “médicos” que prestam assistência domiciliar (“home doctors”). Trata-se, na verdade, de especialistas com perícia nos diversos setores industriais da Coréia, que oferecem apoio individualizado aos investidores estrangeiros com queixas de qualquer natureza. Além disso, outra equipe dentro do OIO assegura que o ambiente para investimentos estrangeiros seja favorável de uma forma geral, abordando, pessoalmente, as preocupações quotidianas dos administradores estrangeiros e de outros indivíduos.

A missão do OIO é resguardada pela lei coreana, que determina que todas as instituições relevantes do governo coreano devem cooperar prontamente com o órgão. O OIO também faz parte de outros dois organismos relevantes para os investimentos, no âmbito do governo coreano. São eles: o Comitê sobre Investimento Estrangeiro, que é a autoridade chave encarregada da elaboração de políticas públicas sobre investimentos, e o Comitê para a Reforma Regulatória, encarregado, como o próprio nome já adianta, de conduzir reformas regulatórias. Na qualidade de membro desses dois organismos, o OIO pode dar voz às demandas dos investidores estrangeiros quando se discutem questões legais e regulatórias que os afetam ou que influem no ambiente para investimentos do país como um todo.

As estatísticas demonstram que os serviços do OIO são utilizados com frequência pelos investidores estrangeiros. De 2000 a 2007, mais de 3.200 reclamações foram recebidas pelo OIO. Em 2007, 370 reclamações foram registradas, das quais 298 foram resolvidas pelos “médicos em domicílio”, representando 80.5% de todas as reclamações daquele ano.<sup>244</sup>

<sup>244</sup> UNCTAD (2010), *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, pp. 88-91.

#### 4.1.3.1.2. Comissões interministeriais de alto nível

Outra abordagem centralizada para os MPCs é estabelecer grupos interministeriais de alto nível dentro do governo hospedeiro.

Essas comissões visam a evitar arbitragens investidor-Estado através de uma avaliação antecipada do conflito pelas autoridades políticas máximas. Examina-se se há violação de qualquer AII e procuram-se alternativas para solucionar o problema subjacente.<sup>245</sup>

Essas comissões costumam operar a um nível bastante elevado da tomada de decisões, o que facilita a efetiva implementação das soluções propostas.<sup>247</sup>

Na lógica das PPCs, as comissões servem como possíveis instâncias de prevenção de controvérsias sobre investimentos.

Contudo, caso essas tentativas falhem, atuam também dando apoio ao principal órgão a cargo da coordenação da defesa do Estado nos procedimentos arbitrais.<sup>248</sup>

Comissões interministeriais dessa natureza foram implementadas recentemente em vários países da América Latina, como Colômbia, Peru e Costa Rica.<sup>249</sup> Esse movimento tem contado com o apoio de organizações internacionais. O Secretariado da UNCTAD assistiu o governo do Peru na elaboração do marco legal de sua comissão<sup>250</sup> e está auxiliando os governos da Guatemala, do Panamá e da República Dominicana no desenvolvimento de estruturas semelhantes. A instituição promove ainda a troca de experiências na área, para a

#### **Quadro 6: a comissão de investimentos do Marrocos**

*O Marrocos foi um dos primeiros países a instituir uma “Comissão de Investimentos”. A Comissão reúne-se mensalmente e é presidida, pessoalmente, pelo primeiro-ministro do país. Todos os ministros chave para a área dos investimentos participam. O secretariado da Comissão fica a cargo da Diretoria de Investimentos do Marrocos, entidade governamental responsável pela aprovação e acompanhamento dos projetos de investimento e pela formulação das políticas do país para a matéria. A Diretoria de Investimentos prepara a agenda para as reuniões mensais da Comissão, levando à sua atenção todos os problemas que tenham emergido no período. A Comissão delibera sobre a matéria e então encarrega a Diretoria de Investimentos de implementar a decisão tomada.*<sup>246</sup>

<sup>245</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>246</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, pp. 92-93.

<sup>247</sup> Id., p. 92.

<sup>248</sup> Id., p. 82.

<sup>249</sup> Id., pp. 70-92.

<sup>250</sup> Lei No. 28.933.

difusão das melhores práticas, e oferece treinamento a funcionários dos governos em cursos anuais.<sup>251</sup>

#### 4.1.3.2. Abordagem setorial

Uma segunda abordagem no planejamento de MPCs é feita setor a setor. Nessa lógica, a instituição a cargo da implementação de um determinado MPC será aquela responsável por uma área da atividade econômica específica. Assim, o âmbito de aplicação desse MPC estará restrito àquele setor. Um país pode constatar que a maior parte das suas controvérsias sobre investimentos ocorre num setor específico, como, e.g., o extrativismo mineral ou as concessões de serviços públicos. Dessa forma, planejam-se MPCs para cobrir especificamente os órgãos que regulam esses setores mais propenso a conflitos.<sup>252</sup>

A atenção especial a determinados setores da economia justifica-se diante da experiências das últimas décadas. Evidências empíricas sobre o grosso das controvérsias revelam que o investimento estrangeiro em alguns setores é mais propenso a gerar disputas com o Estado hospedeiro. Da mesma forma, algumas modalidades de compromisso legal, como, por exemplo, contratos complexos com o Estado envolvendo concessões de serviços públicos, sistemas de contratos *build-operate-transfer* (BOT) e programas de privatização, estão com maior frequência na origem das controvérsias do que outros tipos de veículo de investimento.<sup>253</sup>

Diversas controvérsias surgiram relacionadas com contratos de concessão de serviços públicos, como distribuição de água e coleta de lixo. Os projetos de extração de minérios e petróleo também estão com mais frequência na origem das controvérsias do que outros setores da economia. A experiência dos países com PPCs demonstra que um passo importante na formulação de tais políticas é a identificação dos chamados setores sensíveis da economia, ou dos arranjos contratuais sensíveis.<sup>254</sup>

---

<sup>251</sup> Faz parte da mesma iniciativa o curso sobre prevenção de litígios de investimento que ministramos em Angola em julho de 2011. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 86.

<sup>252</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>253</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 74.

<sup>254</sup> Id.

É importante registrar que as abordagens centralizada e setorial não são mutuamente excludentes. Os governos podem considerar o estabelecimento de MPCs setoriais em áreas especialmente problemáticas e, ao mesmo tempo, a criação de uma instância centralizada para a supervisão do bom funcionamento dos mecanismos de administração de conflitos.<sup>255</sup>

#### 4.1.4. A arquitetura dos MPCs

Um dos elementos essenciais dos sistemas de administração de conflitos baseados em interesses é dar às partes em conflito flexibilidade para selecionar os processos específicos que resolverão os seus diferendos. O mesmo ocorre com os MPCs. Entretanto, como notado anteriormente (Seção 3.2.2 supra), os Estados não têm o mesmo nível de flexibilidade dos investidores privados estrangeiros para lidar com conflitos sobre investimentos.

Esta Seção reúne os elementos centrais de que os MPCs necessitam para permitir que Estados e investidores administrem com sucesso seus conflitos, segundo o paradigma elaborado pela UNCTAD.<sup>256</sup> É preciso assinalar, no entanto, que não há uma solução única, principalmente porque há diferenças entre os Estados (e mesmo dentro deles) em relação à cultura, às prerrogativas legais e à dinâmica política da Administração Pública.

Embora não haja MPCs “tamanho único”, a identificação dos seus elementos centrais fornece uma estrutura básica, que permite aos países criar soluções adaptativas que incorporem esses princípios e abordagens aos seus contextos políticos, legais e econômicos específicos. Os elementos centrais aqui identificados aplicam-se independentemente do Poder ou do nível de governo envolvido no conflito, ou de haver uma abordagem centralizada ou setorial.<sup>257</sup>

Os MPCs devem conter pelo menos seis elementos fundamentais. Em primeiro lugar, deve haver uma identificação clara no organograma institucional do Estado da instância de governo a cargo da sua implementação. Essa instância deve ser dotada dos recursos e da autoridade política e legal necessários para lidar com o investidor no processo de administração do conflito.

<sup>255</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>256</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*.

<sup>257</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

Em segundo lugar, os MPCs têm de adotar técnicas eficientes de partilha de informações. Essas técnicas devem permitir à autoridade competente coordenar a difusão das informações substantivas e procedimentais entre os diversos órgãos de governo propensos a gerar conflitos relacionados com investimentos.

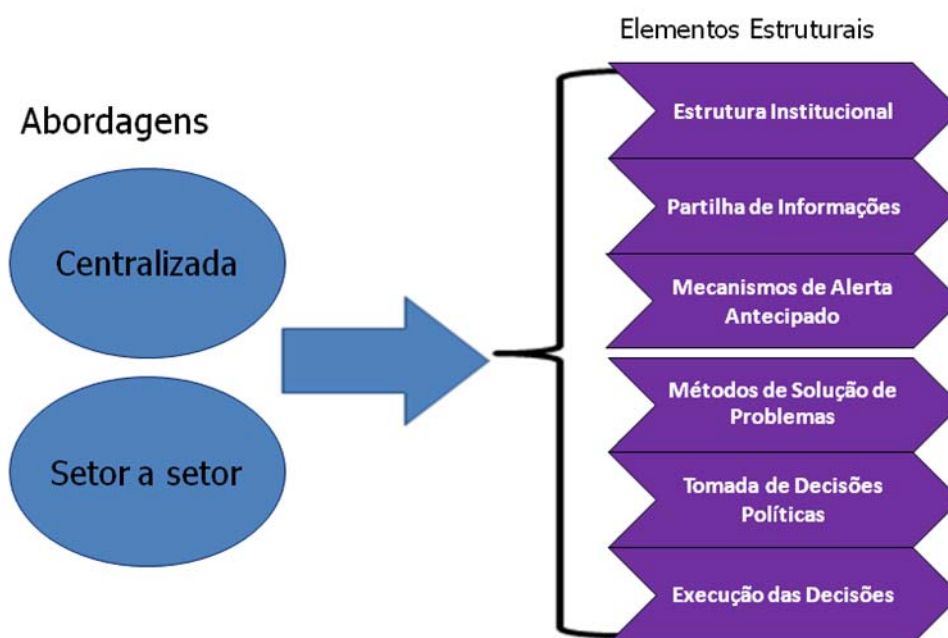
Em terceiro lugar, os MPCs também devem incluir mecanismos de alerta antecipado, que permitam às autoridades competentes tomar conhecimento o mais cedo possível da existência de conflitos. Como aludido anteriormente, o aspecto tempo é uma variável chave para evitar que conflitos se materializem em litígios. Assim, os MPCs só terão possibilidade de funcionar se os conflitos forem detectados suficientemente cedo.

Em quarto lugar, os MPCs também têm de fornecer aos investidores afetados e ao Estado hospedeiro a possibilidade de usar processos alternativos de solução de problemas. Esses processos podem envolver uma reavaliação unilateral pelo Estado hospedeiro das medidas que geraram o conflito, podem ocorrer de forma bilateral, entre o investidor e a autoridade competente, ou contar com a assistência de um terceiro.

Em quinto lugar, uma vez que o processo de solução de problemas permita às partes encontrar uma solução para o conflito, é primordial que ela receba a aprovação da instância política competente do Estado hospedeiro. Esse apoio político garantirá a efetiva implementação da medida.

Por último, os MPCs devem ser dotados de mecanismos de execução efetivos, assegurando que as decisões para resolução do problema sejam de fato observadas. Cada um desses elementos essenciais será aprofundado na próxima Seção.

**Figura 7: arquitetura dos MPCs**



## 4.2. Os elementos estruturais dos MPCs

### 4.2.1. Elementos estruturais dos MPCs

#### 4.2.1.1. Órgão líder

O primeiro elemento estrutural necessário para que um MPC institucional funcione adequadamente é a existência de uma entidade líder ou de uma comissão de coordenação dentro do governo hospedeiro, doravante referidos como “Órgão Líder”.<sup>258</sup> Essa abordagem tem um impacto positivo na governança, aumentando a previsibilidade para o Estado que celebrou acordos de investimento e facilitando a observância dos seus compromissos.<sup>259</sup>

<sup>258</sup> A UNCTAD utiliza a expressão *lead agency*. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. xxvii.

<sup>259</sup> Id., p. 78.



O Órgão Líder desempenha três papéis centrais na implementação dos MPCs. Em primeiro lugar, deve ser responsável pela realização de um processo de inventário, ponto de partida para o planejamento dos MPCs. Esse inventário deve conter não apenas as obrigações assumidas pelo país nos seus múltiplos AIIs, mas também uma “auditoria regulatória” interna, que examine o nível de compatibilidade das leis internas com as obrigações internacionais.<sup>260</sup>

No processo de inventário também se deve realizar o diagnóstico dos fluxos de investimentos que entram no país, examinando a origem, a quantidade e a distribuição por setor. Por último, também se deve examinar o histórico dos conflitos no país na área de investimentos, identificando padrões em relação à origem das disputas. Em suma, o estudo do inventário, coordenado pelo Órgão Líder, deve permitir ao país identificar prioridades para determinar o foco dos MPCs.<sup>261</sup>

Um segundo papel fundamental para o Órgão Líder no contexto dos MPCs é tornar-se “o” interlocutor do investidor envolvido no conflito. Esse componente, apesar da simplicidade, não deve ser subestimado. Muitas vezes os investidores não sabem ao certo a que instituição dirigir as suas reclamações. A falta de clareza aumenta as chances de atrasos, que podem acabar por impedir a possibilidade de abordagem do conflito antes deste evoluir para uma litígio.<sup>262</sup>

Por fim, o Órgão Líder é o coordenador dos MPCs. Como tal, deve ser responsável pela implementação de todos os estágios do processo de administração de conflitos. Assim, o organismo torna-se responsável por:

- *Promover programas de partilha de informações;*
- *Estabelecer e receber alertas antecipados sobre conflitos emergentes;*
- *Tomar parte – junto a outros órgãos envolvidos no conflito – dos processos de solução de problemas usados para encontrar uma solução consensual com o investidor;*
- *Buscar apoio da autoridade política máxima para a solução encontrada; e*
- *Supervisionar a efetiva implementação da solução.*

---

<sup>260</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>261</sup> Id.

<sup>262</sup> Id.

Para que o Órgão Líder exerça seu papel adequadamente, é necessário que seus funcionários tenham prerrogativas para discutir com os investidores, fazendo propostas e contra-propostas. Os países comumente têm regras sobre a responsabilidade dos funcionários públicos no exercício das suas competências, que podem incluir responsabilidade administrativa, civil e penal.<sup>263</sup>

Os funcionários a cargo dos MPCs carecem, pois, de garantias em relação a possíveis acusações que venham a ser feitas contra os mesmos. Idealmente, essas medidas constituiriam parte integral do programa de prevenção de controvérsias e ofereceriam orientação e regras a serem usadas pelos funcionários envolvidos nos métodos de solução de problemas – e.g., negociações e mediações – que levassem à resolução dos conflitos.<sup>264</sup>

Além da coordenação da implementação dos MPCs, o Órgão Líder também terá papel relevante caso não se evite que o conflito evolua para um litígio. Nesse caso, o Órgão Líder, envolvido no conflito desde o estágio inicial, estará em boa posição para

assistir ou mesmo atuar como o representante do Estado hospedeiro no litígio internacional.

#### **Quadro 7: o órgão líder na Colômbia**

*A Colômbia, paralelamente à negociação de diversos Alls, desenvolveu uma estrutura para lidar com conflitos investidor-Estado. Estabeleceu-se um órgão líder, dotado de autoridade para coletar provas junto a todas as fontes relevantes dentro do Estado. O órgão líder constitui o núcleo dos arranjos institucionais para a implementação dos compromissos constantes dos Alls. É responsável pela administração de todos os temas relacionados com a interação entre investidor estrangeiro e Estado, incluindo o recebimento de notificações de litígios, a coordenação das consultas entre o investidor e o órgão específico envolvido na disputa, e a administração das arbitragens. Em outras palavras, o órgão líder é a autoridade centralizada a ser abordada para todos os temas relacionados com controvérsias investidor-Estado e toda a informação sobre as mesmas está compilada nesse órgão. Essa abordagem simplifica drasticamente a estrutura de autoridade dentro do governo, evitando conflitos entre órgãos governamentais e aumentando a transparência global. UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, pp. 78-82.*

#### 4.2.1.2. Partilha de informações

A partilha de informações envolve a implementação de um conjunto de medidas promovendo a difusão de informações relevantes relativas a investimentos entre os diversos

<sup>263</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 83.

<sup>264</sup> Id., p. 84.

órgãos do governo. Há dois tipos de informação relevante. Em primeiro lugar, a partilha pode envolver informação substantiva sobre o conteúdo e a extensão das obrigações contidas nos diversos AII.

Por exemplo, a maioria dos casos envolvendo concessões de serviços públicos ou programas de privatização é baseada em alegações de violações por uma entidade sub-nacional, como um Estado ou município.<sup>265</sup> Muitas vezes esses entes agirão desconhecendo os compromissos internacionais do Estado, não percebendo plenamente as conseqüências das suas decisões. Vale lembrar que os AII são negociados pelos governos centrais e o seu conteúdo em geral não é comunicado às autoridades que estão em contato com os investidores no dia-a-dia das suas operações. Os funcionários dos órgãos públicos devem ser informados sobre o que fazer e o que não fazer no trato com os investidores estrangeiros.<sup>266</sup>

Em segundo lugar, a partilha significa informar o maior número possível de órgãos governamentais sobre a existência e os objetivos dos MPCs. Mesmo que o Órgão Líder realize grandes esforços de capacitação sobre o conteúdo dos AII, há que se contar com funcionários que não serão alcançados pela formação. Assim, é importante fazer com que as atividades de partilha de informações não se limitem aos conteúdos substantivos dos AII, mas que deixem claro qual a entidade a quem recorrer em caso de dúvida sobre a conformidade das suas ações com os AII.<sup>268</sup>

#### **Quadro 8: partilha de informações - a experiência do NAFTA**

*Um exemplo interessante do fornecimento de informação envolvendo Estados federais é encontrado no NAFTA. Os países membros do bloco notaram a necessidade de divulgar informações a nível estadual e provincial, organizando reuniões para informar os stakeholders nos Estados e nas províncias sobre os potenciais benefícios que os compromissos de liberalização do comércio e dos investimentos trariam para os diversos agentes econômicos. Essas reuniões de informação não visavam, originalmente, informar as autoridades estaduais ou provinciais sobre as conseqüências da violação das disposições do tratado e sobre as possíveis implicações que as suas decisões sobre permissões, autorizações e contratos de investimento poderiam ter sobre os direitos dos investidores. Mas, à medida que os casos de SCIE contra os EUA ganharam repercussão, o órgão líder encarregado da administração das controvérsias passou a ser consultado com freqüência por órgãos governamentais para avaliar as possíveis implicações das suas leis e regulamentos.<sup>267</sup>*

<sup>265</sup> Id., p. 66.

<sup>266</sup> Id., p. 67.

<sup>267</sup> Id.

<sup>268</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

Os programas de partilha de informações podem assumir muitas formas. Alguns governos implementaram vastos programas de treinamento e reuniões informativas nos diversos níveis de governo e nos três Poderes (como Colômbia e Marrocos). Outros estabeleceram reuniões ou comitês permanentes para consultas entre o Órgão Líder e os órgãos mais propensos a conflitos relacionados com investidores.<sup>269</sup> Meios eletrônicos, como sítios temáticos na internet e linhas diretas, também estão entre as melhores práticas adotadas pelos governos para promover a partilha de informação.<sup>270</sup>

Um aspecto importante a salientar é a necessidade de garantir a continuidade dos fluxos de informação, especialmente em ministérios cujos funcionários mudam com frequência e onde os canais de informação podem se perder. Treinamentos de atualização, atividades de acompanhamento, pontos de contato e difusão via internet são alguns dos passos que podem ser incluídos em programas de partilha de informação.<sup>271</sup>

#### 4.2.1.3. Mecanismos de alerta antecipado

O terceiro elemento estrutural dos MPCs consiste no planejamento e na implementação de mecanismos de alerta antecipado. O objetivo desses mecanismos é permitir ao Órgão Líder tomar conhecimento dos conflitos relacionados com investimentos o mais cedo possível.<sup>272</sup> Como aludido anteriormente, a prontidão das ações é uma variável chave para evitar que conflitos se tornem litígios. Estabelecer mecanismos de alerta antecipado efetivos é um dos maiores desafios no planejamento dos MPCs. A experiência demonstra que muitas vezes as autoridades com competência sobre investimentos só tomam conhecimento dos conflitos quando já é tarde.<sup>273</sup>

Parte do desafio de montar mecanismos de alerta antecipado vem do fato de que, contrariamente ao que ocorre com programas de partilha de informação, em que as informações fluem do Órgão Líder para as demais autoridades, o fluxo dá-se no sentido oposto. Os mecanismos de alerta antecipado envolvem a iniciativa, por parte dos outros

<sup>269</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 73.

<sup>270</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>271</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, pp. 73-74.

<sup>272</sup> Id., p. 30.

<sup>273</sup> COE Jr., JJ (2005), *Toward a complementary use of conciliation in investor-State disputes: A preliminary sketch*, 12, *Journal of International Law and Policy*.

órgãos, de contatar o Órgão Líder para alertá-lo sobre conflitos sobre investimento ou possíveis violações de AIIs.<sup>274</sup>

A experiência do Peru com mecanismos de alerta antecipado foi reconhecida pela UNCTAD como estando entre as melhores práticas na área. O governo peruano recentemente montou um sistema que, entre outras coisas, informa autoridades provinciais e municipais, assim como outros entes governamentais, sobre os compromissos internacionais assumidos pelo governo central (partilha de informações). Além disso, o sistema também requer que os níveis sub-nacionais de governo informem as autoridades centrais sobre problemas com investidores estrangeiros e busquem o seu engajamento (alerta antecipado).<sup>275</sup>

Esse sistema está hospedado em uma página mantida no sítio do Ministério da Fazenda na internet. O sistema também serve como porta de entrada para que os investidores estrangeiros recorram às autoridades centrais e, especificamente, à comissão interministerial a cargo dos conflitos de investimento. Permite-se, assim, que os investidores sinalizem melhor os seus problemas e busquem solução rápida para os mesmos.<sup>276</sup>

#### 4.2.1.4. Métodos alternativos de solução de problemas

O quarto elemento estrutural dos MPCs é a disponibilização ao investidor afetado e ao Estado hospedeiro de métodos alternativos de solução de problemas. Esses métodos serão abordados na Seção 4.3 infra.

#### 4.2.1.5. Tomada de decisões políticas

O quinto elemento estrutural dos MPCs contempla a elaboração de mecanismos que assegurem o respaldo político para a solução apontada durante a fase de administração do conflito. Um compromisso capaz de resolver o conflito provavelmente envolveria a retificação da medida que o originou. Por exemplo, pode determinar a emissão de uma autorização que em algum momento foi negada, ou a reformulação de uma medida qualquer

---

<sup>274</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>275</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 68.

<sup>276</sup> Id., p. 69.

para diminuir o seu impacto sobre os negócios do investidor. Apesar do apoio do Órgão Líder à solução, pode ocorrer que funcionários do organismo que adotou a medida controversa discordem da proposta. Assim, os MPCs devem prever a intervenção das autoridades políticas máximas para arbitrar tais conflitos.<sup>277</sup>

#### 4.2.1.6. Implementação efetiva do acordo

O sexto e último elemento dos MPCs é a instituição de mecanismos que assegurem a observância da solução proposta. Isso implica a inclusão de incentivos para que as partes, em especial o Estado hospedeiro, façam com que os termos da decisão acordada sejam efetivamente implementados. Para tanto, o Órgão Líder deve ter a atribuição legal de supervisionar o seu cumprimento e, se necessário, requerer a intervenção da autoridade política máxima para que se apliquem sanções.<sup>278</sup>

### 4.3. Métodos de solução de problemas: revisão administrativa e técnicas de SAC preventiva

#### 4.3.1. Revisão administrativa

Uma das possíveis opções dentre os métodos de solução de problemas que pode ser incorporada aos MPCs é a revisão administrativa. Permite-se que os investidores afetados iniciem procedimentos para a revisão administrativa da medida considerada como violadora do AII aplicável. A vantagem é permitir um reparo simples para um problema inicialmente não identificado pelos governos local ou central. A partir de uma revisão, um Estado hospedeiro pode reconhecer que a medida é problemática e decidir em seguida alterá-la ou revogá-la. Alternativamente, o Estado pode adotar outras medidas, capazes de mitigar os

---

<sup>277</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>278</sup> Id.

impactos negativos da medida original. Na revisão administrativa, o estabelecimento de cronogramas claros e a ausência de atrasos são cruciais para evitar a escalada da disputa.<sup>279</sup>

O recurso a um procedimento administrativo amigável pode ser vantajoso para os governos e para os investidores. Os governos podem lograr melhorias nos seus sistemas legais e administrativos, enquanto os investidores contarão com a rapidez da análise de suas queixas.<sup>280</sup> Alguns AIs mais recentes prevêm o recurso à revisão administrativa interna como requisito para uma eventual arbitragem, como, por exemplo, o TBI China-Letônia de 2004 e o TBI Bélgica-Luxemburgo-Colômbia de 2009.<sup>281</sup>

#### 4.3.2. Técnicas de solução alternativa de controvérsias

As técnicas de SACs são eminentemente voluntárias e, assim, a cooperação das duas partes em disputa é necessária durante todo o processo. Isso constitui uma importante diferença em relação à arbitragem internacional de investimentos, onde o consentimento pode ser dado previamente, sem estar limitado a uma situação ou controvérsia específica. Uma vez dado, o consentimento não pode ser retirado unilateralmente pelo Estado. No processo de SAC, o consentimento não é dado previamente e é necessário durante todo o processo, até à efetiva execução da solução negociada.<sup>282</sup>

Outro atributo importante da SAC é o grau de flexibilidade disponível para lidar com os compromissos legais e com os fatos específicos da controvérsia. A SAC pode possibilitar às partes encontrar uma solução que não esteja baseada na interpretação das disposições do tratado dada por uma delas, indo além da constatação da existência ou não de uma violação ou de um dano. Entretanto, é de esperar, no contexto investidor-Estado, que as negociações da SAC baseadas em interesses usem argumentos baseados em direitos, com raízes no AI aplicável à controvérsia.<sup>283</sup>

---

<sup>279</sup> Id.

<sup>280</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, pp. 74-77.

<sup>281</sup> Respectivamente, “[t]he Republic of Latvia takes note of the statement that the People’s Republic of China requires that the investor concerned **exhausts the domestic administrative review procedure** specified by the laws and regulations of the People’s Republic of China, before submission of the dispute to ICSID under Article 9, paragraph 2”; e “[w]ith regard to acts of a governmental authority, in order to submit a claim to arbitration under this Article or to a local court or administrative tribunal, **local administrative remedies shall be exhausted**, should it be required by the law of the Contracting Party. Such procedure shall in no case exceed six months from the date of its initiation by the investor (...)” (grifo do autor). Id., pp. 76-77.

<sup>282</sup> Id., p. 23.

<sup>283</sup> Id.

É possível distinguir diversos tipos e subcategorias de SAC, dependendo do objetivo e do momento da intervenção numa controvérsia.<sup>284</sup> Por exemplo, algumas técnicas podem concentrar-se num exercício de averiguação factual (*fact-finding*), para delimitar o tamanho efetivo da controvérsia, ter natureza consultiva, com a elaboração de pareceres, ou ainda envolver ambos os elementos.<sup>285</sup>

A SAC normalmente envolve a intervenção de um terceiro para assistir as partes em disputa na negociação de um acordo. O papel básico desse terceiro é remover as barreiras a uma solução negociada. Essas barreiras podem ter diversas origens, incluindo o modo como as partes se comunicam, as táticas empregadas para lidarem uma com a outra e a incapacidade para considerar novas soluções.<sup>286</sup>

As partes retêm o controle sobre o processo e preservam a prerrogativa de aprovar ou recusar o acordo proposto, ou até mesmo de se retirarem das tratativas. A maneira específica com que o terceiro intervém para facilitar a resolução da controvérsia varia enormemente, dependendo, por um lado, da sua natureza, dos interesses e necessidades das partes e, de outro, do mandato, dos talentos e dos recursos do interventor. A SAC não fornece uma prescrição única para resolver uma controvérsia.<sup>287</sup>

Embora utilizadas também quando já há um litígio, as técnicas de SAC podem ser empregadas para resolver problemas na fase de administração de conflitos. Alguns especialistas em Planejamento de Sistemas de Disputa (PSD) encaram a SAC como ferramenta de prevenção de controvérsias, utilizando a expressão “métodos preventivos de SAC”.<sup>288</sup>

As técnicas de SAC preventiva não impedem os conflitos de surgir, constituindo, na verdade, processos desenhados para canalizar suficientemente cedo os desentendimentos para um foro de solução de problemas.<sup>289</sup> Até ao momento, pouca atenção foi dada aos métodos de SAC preventiva, sendo que a maioria dos modelos e organogramas de SAC não os inclui. À medida que a administração de conflitos evoluir, os métodos de SAC preventiva devem tornar-se cada vez mais importantes.<sup>290</sup>

---

<sup>284</sup> FRANCK, Susan D. (2008), *Challenges facing investment disputes: reconsidering dispute resolution in international investment agreements*, in: Appeals Mechanism in International Investment Disputes.

<sup>285</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 24.

<sup>286</sup> Id., p. 22.

<sup>287</sup> Id.

<sup>288</sup> CONSTANTINO, C. & SICKLES-MERCHANT, C. (1996), *Designing Conflict Management Systems*, p. 38.

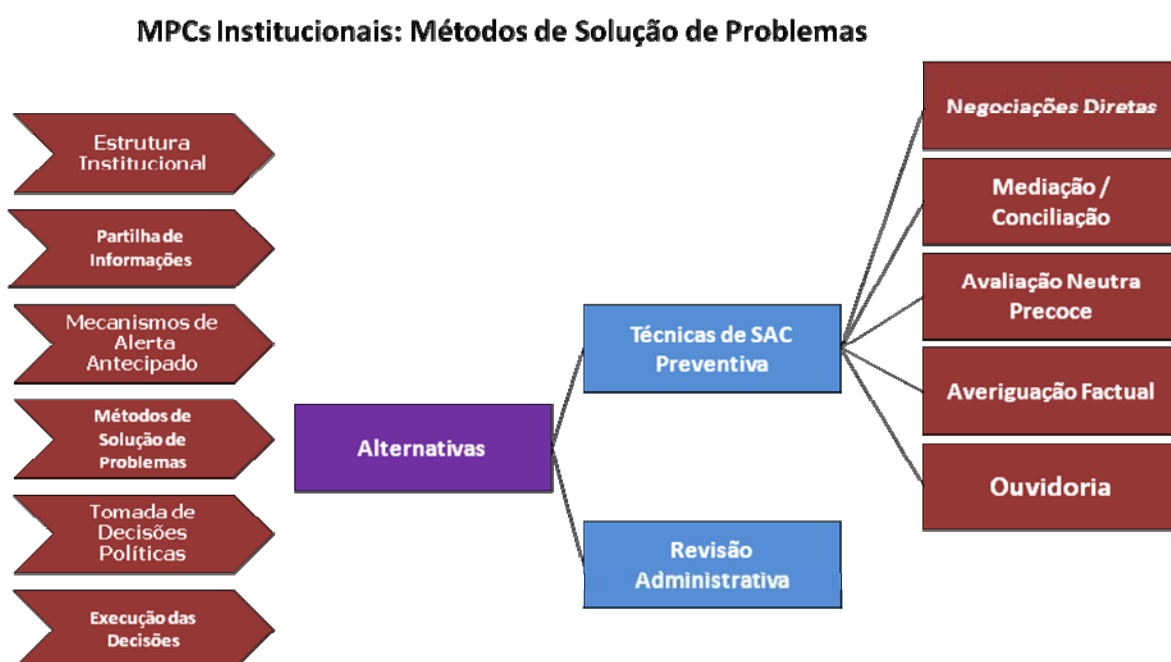
<sup>289</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>290</sup> CONSTANTINO, C. & SICKLES-MERCHANT, C. (1996), *Designing Conflict Management Systems*, pp. 38-39.



Como ilustrado na Figura 8 abaixo, os MPCs garantem às partes em conflito a possibilidade de escolher dentre diversas técnicas de SAC preventiva. Essas técnicas são abordadas na Seção 4.3.2.1 infra. A escolha do método particular de administração de conflito dependerá das circunstâncias particulares do caso. As partes podem ainda optar pela combinação de mais de uma técnica de SAC preventiva.<sup>291</sup>

**Figura 8:**



#### 4.3.2.1. Os principais tipos de SAC preventiva

##### 4.3.2.1.1. Negociação

Negociações diretas são conduzidas pelas as partes em conflito através do contato pessoal direto. Procura-se reconciliar interesses, mediante a troca constante de propostas e

<sup>291</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

contrapropostas. Negociações diretas em geral não requerem a assistência ou a facilitação de terceiros durante o processo.<sup>292</sup>

#### 4.3.2.1.2. Mediação e conciliação

Nas relações privadas, a conciliação e a mediação figuram entre os processos de SAC usados com mais frequência. A doutrina em geral não faz uma distinção clara entre ambos os termos, utilizando-os muitas vezes como equivalentes. A UNCTAD, contudo, reuniu alguns critérios para a sua distinção.<sup>293</sup>

Uma primeira diferença entre conciliação e mediação reside no grau de controle que as partes mantêm sobre o processo de solução da controvérsia. O papel do mediador é reunir as partes em conflito e ajudá-las a encontrar um meio-termo (*compromise*) para uma solução consensual. A pedido delas, pode dar a sua opinião sobre o provável resultado de um eventual litígio ou propor soluções para o conflito. O mediador não pode, contudo, impor qualquer solução às partes.<sup>294</sup>

Tipicamente, os mediadores assumem apenas um controle limitado sobre o processo de acordo, centrando-se na manutenção de uma relação construtiva entre o investidor e o Estado hospedeiro. Para isso, os mediadores tendem a ir além dos aspectos substantivos das questões, prestando mais atenção à natureza do processo de negociação e certificando-se de que a comunicação entre as partes em conflito seja efetiva.<sup>295</sup>

Na conciliação, por outro lado, as partes outorgam ao conciliador – ou colégio de conciliadores – um controle maior sobre a controvérsia e sobre o processo. Isso porque o conciliador fica geralmente encarregado de encontrar e propor uma solução.<sup>296</sup>

---

<sup>292</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. xiv.

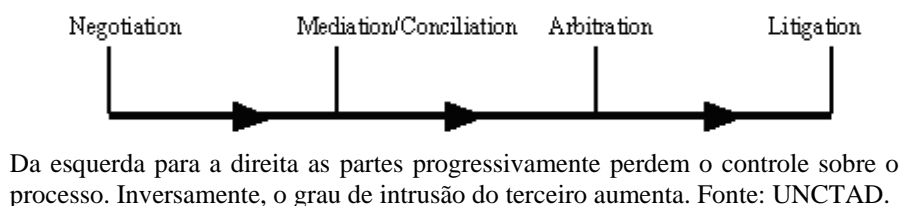
<sup>293</sup> Id., p. 25.

<sup>294</sup> SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), *An analytic framework for dispute systems design*, p. 168.

<sup>295</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. xix.

<sup>296</sup> Id., p. 26.

**Figura 9: formas se solução de disputas e o grau de controle das partes**



Outra diferença chave entre conciliação e mediação reside no grau de formalidade do processo. A conciliação, com raízes históricas no direito internacional público, tende a oferecer um processo relativamente estruturado, com regras formais relativas a objeções à “jurisdição”, demandas cabíveis, coleta de provas e emissão de recomendações para o acordo.<sup>297</sup> Por essa razão a conciliação tem sido descrita por alguns como uma espécie de “arbitragem não vinculante”.<sup>298</sup>

Já a mediação tem um caráter mais informal. Nela, os mediadores tendem a centrar-se na identificação de interesses, reformulando declarações das partes, procurando as várias soluções possíveis e direcionando-as para um acordo.<sup>299</sup> Assim, a mediação é muitas vezes comparada a uma “negociação assistida”.<sup>300</sup>

Além disso, em geral, os conciliadores não adotam uma abordagem de construção da relação para resolver a controvérsia, nem tampouco se concentram em eliminar barreiras obstruindo as negociações. Eles tendem a focar essencialmente os aspectos substantivos da disputa, evitando buscar soluções que vão além deles. Após abordarem os dois pólos da disputa, elaboram os termos de um acordo que, em sua opinião, representa um meio-termo justo para a controvérsia. Já os mediadores freqüentemente vão além dos aspectos substantivos da questão controversa, focando também a natureza do processo de negociação e

<sup>297</sup> O'CONNELL, Mary Ellen (2003), *International dispute settlement*; REIF, Linda C. (1991), *Conciliation as a mechanism for the resolution of international economic and business disputes*, 14, *Fordham International Law Journal*, *apud* United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 26.

<sup>298</sup> ONMWUAMAEGBU, Ucheora (2005), *The role of ADR in investor-State dispute settlement: The ICSID experience*, 22 (Winter), *News from ICSID*.

<sup>299</sup> FRANCK, Susan D. (2008), *Challenges facing investment disputes: reconsidering dispute resolution in international investment agreements*, in: *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*.

<sup>300</sup> ONMWUAMAEGBU, Ucheora (2005), *The role of ADR in investor-State dispute settlement: The ICSID experience*, 22 (Winter), *News from ICSID*.

a comunicação efetiva entre as partes. O papel do mediador é aproximar as partes, assistindo-as na busca de um meio-termo e de um acordo.<sup>301</sup>

Assim, a mediação privilegiará a manutenção da relação entre o investidor e o Estado hospedeiro, enquanto a conciliação estará mais voltada para os resultados, procurando recomendar uma solução concreta para a controvérsia. No geral, pode não haver uma fronteira clara entre a conciliação e a mediação. Por exemplo, conciliadores podem, no intuito de chegar a um meio-termo, aplicar algumas técnicas mais típicas da atividade de mediação e vice-versa.<sup>302</sup>

O objetivo básico do mediador e do conciliador é ajudar as partes a superar os obstáculos ao acordo. A maneira como se atinge esse objetivo pode variar, dependendo da natureza da controvérsia, do histórico da relação entre as partes em disputa e das capacidades individuais e dos recursos do conciliador e do mediador. Não há dois conciliadores ou mediadores iguais. Na verdade, podem diferenciar-se bastante quanto aos seus papéis, às suas estratégias e aos procedimentos que adotam.<sup>303</sup>

**Tabela 2: mediação e conciliação**

Mediação	Conciliação
O mediador deixa as partes negociarem a solução	O conciliador sugere uma solução
Enfoque na relação entre as partes	Centra-se nos aspectos substantivos da controvérsia
Processo informal	Processo mais formal e estruturado
“Negociação Assistida”	“Arbitragem não vinculante”

<sup>301</sup> FRANCK, Susan D. (2008), *Challenges facing investment disputes: reconsidering dispute resolution in international investment agreements*, in: Appeals Mechanism in International Investment Disputes; ONMWUAMAEGBU, Ucheora (2005), *The role of ADR in investor-State dispute settlement: The ICSID experience*, 22 (Winter), News from ICSID; REDFERN, Alan & HUNTER, Martin (2004), *Law and practice of international commercial arbitration*; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*.

<sup>302</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 27.

<sup>303</sup> Id., p. 28.

#### 4.3.2.1.3. Avaliação neutra precoce

A avaliação neutra precoce (*early neutral evaluation*) envolve um avaliador, em geral um advogado ou outro especialista com conhecimento específico do tema em disputa. Esse avaliador patrocina reuniões informais com os representantes do investidor e do Estado hospedeiro. Nessas reuniões, ambos os lados do conflito apresentam as suas provas e argumentos, permitindo ao avaliador identificar as áreas em que estão de acordo e as demais, que necessitam de mais atenção. O avaliador elabora então uma avaliação confidencial sobre as perspectivas de uma eventual arbitragem.<sup>304</sup>

Caso as partes não consigam chegar a um acordo, o avaliador pode ajudá-las elaborando um plano de avaliação, contendo um exame realista dos custos de um litígio, e propondo sessões posteriores de acompanhamento, visando a um acordo para o caso.<sup>305</sup>

A avaliação neutra precoce pode ser especialmente útil no contexto dos MPCs investidor-Estado. Isso porque fornece uma avaliação neutra, antecipada, sobre a medida governamental controversa e a sua eventual incompatibilidade com um dado AII. Um parecer dessa natureza tem o condão de facilitar as negociações, pois, ao revelar as perspectivas de uma eventual arbitragem investidor-Estado, permite às partes fazer opções (*trade-offs*) e concessões recíprocas (*compromise*) melhor embasadas.

#### 4.3.2.1.4. Averiguação factual (*fact-finding*)

A averiguação factual (*fact-finding*) é um procedimento voluntário, não-vinculante e confidencial em que as partes enviam informações factuais específicas –e.g., técnicas, científicas, contábeis e econômicas – a um perito, para uma avaliação neutra dos fatos

---

<sup>304</sup> Smith e Martinez explicam que “[i]n *Early Neutral Evaluation (ENE)*, an evaluator (an experienced attorney with expertise in the subject matter of the case), hosts an informal meeting of clients and counsel to hear each side present its basic evidence and arguments. The evaluator identifies areas of agreement, focuses topics at issue, writes a private evaluation of the case’s prospects and offers to present it to the parties. If a settlement is not reached, the evaluator presents the evaluation, and may help the parties devise a plan for expedited discovery, assess realistic litigation costs, and explore whether a follow up session would help case settlement”. SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), An analytic framework for dispute systems design, p. 146.

<sup>305</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. xxvii.

controversos.<sup>306</sup> O objetivo desse procedimento é obter uma avaliação imparcial dos fatos do caso para evitar que o mesmo evolua para um litígio.

O ICSID, no âmbito do Mecanismo Complementar (Additional Facility), pode patrocinar averiguações factuais em conflitos investidor-Estados.<sup>307</sup> As suas “Regras para Averiguação Factual” prevêm que um comitê independente examinará os fatos controversos e divulgará uma avaliação imparcial às partes após sustentações orais, petições escritas, recebimento de provas e inquirição de testemunhas. Os procedimentos de averiguação terminam com a emissão de um relatório, restrito a conclusões sobre fatos, sem fazer recomendações às partes. São elas que devem, então, determinar que efeito legal e prático esse relatório terá.<sup>308</sup>

#### 4.3.2.1.5. Ouvidoria (*ombuds*)

Uma ouvidoria (tratada em mais detalhe na Seção 4.1.3.1.1 supra) é composta por um funcionário ou por uma instituição com mandato para receber reclamações ou questionamentos de investidores, mantendo-se imparcial e esforçando-se para resolver os conflitos entre os investidores e o Estado num estágio ainda precoce. Para realizar esse objetivo, a ouvidoria deve ser dotada de autoridade para empregar diversas ferramentas, como, por exemplo, dirigir as partes interessadas para outros processos de solução de conflitos, fazer inquéritos dentro do próprio Estado, conduzir investigações, fazer recomendações de políticas e mediar diretamente conflitos entre as partes.<sup>309</sup>

---

<sup>306</sup> Smith e Martinez sintetizam a idéia, descrevendo o fact-finding como um “[i]ndependent process by which a technically proficient neutral determines the facts relevant to the controversy. The process separates the function of defining the problem from developing a solution”. SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), An analytic framework for dispute systems design, 14 Harvard Negotiation Law Review, p. 168.

<sup>307</sup> International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) (2006), *ICSID Additional Facility Rules*.

<sup>308</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. xviii.

<sup>309</sup> Id., p. xx. Smith e Martinez descrevem-na da seguinte forma: “[o]mbuds (also, ombudsman or ombudsperson). A third party within an organization who deals with conflicts on a confidential basis and gives disputants information on how to resolve the problem at issue. An ombuds may also serve as a mediator. (This definition applies to an organizational ombuds, as opposed to the original, “classical” ombudsman.)”. SMITH, S. & MARTINEZ, J. (2009), An analytic framework for dispute systems design, 14 Harvard Negotiation Law Review, p. 169.

#### 4.3.3. O papel dos peritos externos nos MPCs

Quais as motivações para que se promovam processos assistidos de administração de conflito descritos acima? Há mais de uma. O primeiro aspecto, mais evidente, é que um terceiro neutro, como um mediador ou um especialista fazendo uma avaliação, pode ser de grande préstimo na busca por termos aceitáveis para um acordo.

Mas, além disso, no contexto investidor-Estado, um perito externo independente exerce uma função adicional. Referimo-nos aqui ao papel que o mesmo pode desempenhar como “autoridade” independente perante terceiros. Fornece um “escudo externo” perante o eleitorado (*constituency*) e a oposição parlamentar às autoridades interessadas na negociação. Os funcionários do governo podem estar hesitantes diante do possível custo político a enfrentar internamente como resultado da decisão que resolveria o conflito. O terceiro neutro ofereceria um relato objetivo dos custos e benefícios de chegar-se a um acordo, sanando a dúvida sobre os prós e contras de seguir-se para o litígio.<sup>310</sup>

De forma análoga, o relato do perito externo fornece também um “escudo interno” às autoridades engajadas no processo de negociação (Órgão Líder). Fortalece a sua posição diante dos órgãos que ofereçam resistência a um acordo dentro do governo. Caso haja conflito entre as posições do Órgão Líder e dos demais órgãos, o relatório dará subsídios técnicos para que as autoridades políticas máximas decidam.

Para tanto, as avaliações do perito devem esclarecer dois aspectos chave: em primeiro lugar, a probabilidade de haver a violação das obrigações de um AII e, em segundo, as prováveis conseqüências legais e financeiras caso o conflito não seja resolvido e evolua para uma arbitragem. Em suma, o papel do perito externo é fornecer uma avaliação clara e confiável dos custos de oportunidade com que as partes – em especial o Estado hospedeiro – arcarão caso não se chegue a um acordo na fase de administração do conflito. Quanto maiores forem os custos de oportunidade para que o Estado siga para a arbitragem, mais provável será que os órgãos governamentais tenham incentivos para chegar a um acordo. Além disso, mais fácil será “vendê-lo” aos eleitores.<sup>311</sup>

---

<sup>310</sup> ECHANDI, Roberto (2012), *Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention*. No prelo.

<sup>311</sup> Id.

#### 4.3.4. Solução alternativa de controvérsias no regime internacional dos investimentos

##### 4.3.4.1. Normas

##### 4.3.4.1.1. Acordos Internacionais de Investimento

A referência a alguns mecanismos alternativos à arbitragem internacional é comum nos AIIs. Esses tratados geralmente exigem que as partes em disputa procurem primeiro um acordo amigável, através de negociações e consultas conduzidas com seriedade e em boa-fé, e, apenas quando as mesmas falhem, sigam para a arbitragem.<sup>312</sup>

Menções explícitas nos AIIs à possibilidade de se usarem técnicas mais sofisticadas de SAC, como a mediação e a conciliação, são raras. Apenas uns poucos propõem especificamente ou reconhecem o uso dessas técnicas em controvérsias sobre investimentos.<sup>313</sup> Registre-se, contudo, que embora não haja menção, tampouco se veda o seu uso. As disposições dos tratados não especificam como as consultas e negociações serão conduzidas, não havendo impedimento para que as partes busquem a assistência de terceiros nas mesmas. Por outro lado, uma redação mais específica encorajando o uso de SACs (além de consultas e negociações) poderia servir como um impulso adicional. Não se sabe ao certo o quanto a ausência de menção expressa nos AIIs inibiu o seu uso mais freqüente.<sup>314</sup>

Apesar da escassa regulação de SACs nos AIIs, o regime internacional dos investimentos contém pelo menos três conjuntos de regras a que se pode referir ou recorrer nesse âmbito. São eles: as regras estabelecidas na Convenção do ICSID, as regras de conciliação da UNCITRAL e as regras de conciliação da ICC. Note-se, contudo, que os dois últimos não foram elaborados especificamente para o contexto investidor-Estado.<sup>315</sup>

---

<sup>312</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 40.

<sup>313</sup> Id., p. 43.

<sup>314</sup> Id., pp.46-47.

<sup>315</sup> Id., p. 54.



#### 4.3.4.1.2. ICSID

Como mencionado no Capítulo 2, a Convenção do ICSID contém o conjunto de regras mais mencionado nos AII e mais utilizado pelas partes em litígios investidor-Estado. Além das muito utilizadas “Regras Procedimentais para Arbitragens” (Parte F), a Convenção também contém Seção tratando de “Regras Procedimentais para Conciliação” (Parte E).<sup>316</sup>

As Regras de Conciliação do ICSID foram adotadas bastante cedo (1967), paralelamente às Regras de Arbitragem. Em 1978, com o advento do Mecanismo Complementar (Additional Facility), a conciliação foi estendida também para casos em que uma das partes da disputa não seja membro ou nacional de membro do ICSID e para casos em que os temas em questão não versem exclusivamente sobre investimentos.<sup>317</sup> O ICSID recentemente considerou desenvolver regras para a mediação. No entanto, essa iniciativa parecer ter sido abandonada, provavelmente em virtude da pressão exercida pelo aumento nos casos de arbitragem sobre os escassos recursos humanos e financeiros do Centro.<sup>318</sup>

As Regras de Conciliação do ICSID especificam como as partes selecionarão os conciliadores e como a Comissão de Conciliação será constituída. Regulam também como a Comissão operará e cumprirá o seu mandato. Por fim, elas traçam os diversos procedimentos a serem seguidos pela Comissão e pelas partes durante o processo de conciliação, especificando a maneira como os procedimentos serão concluídos.<sup>319</sup> As Regras do ICSID prevêm um conjunto de procedimentos relativamente formal, outorgando uma parcela significativa de poder à Comissão de Conciliação. As atuais Regras lembram um processo de arbitragem não vinculante, o que pode ser apontado como um dos fatores responsáveis pela falta de atratividade da conciliação no âmbito do ICSID.<sup>320</sup>

O Centro também tem um conjunto de “Regras de Averiguação Factual”, ou *fact-finding*, nas “Regras do Mecanismo Complementar” (Additional Facility Rules, Anexo A).<sup>321</sup> Essas regras visam a evitar litígios, na medida em que o resultado do procedimento forneceria

<sup>316</sup> International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) (2006), *ICSID Convention, Regulations and Rules*.

<sup>317</sup> ONMWUAMAEGBU, Ucheora (2005), *The role of ADR in investor-State dispute settlement: The ICSID experience*, 22 (Winter), News from ICSID; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 55.

<sup>318</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*.

<sup>319</sup> International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) (2006), *ICSID Convention, Regulations and Rules*.

<sup>320</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 56.

<sup>321</sup> International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) (2006), *ICSID Convention, Regulations and Rules*.

aos contendores uma avaliação imparcial das questões factuais.<sup>322</sup> Determinam como será estabelecido o comitê para a investigação e como se dará a publicação do relatório com os seus resultados.<sup>323</sup>

#### 4.3.4.1.3. UNCITRAL

Outro exemplo de conjunto de regras de SAC, aplicável a conciliações *ad hoc*, é fornecido pela “Lei Modelo sobre Conciliação Comercial da UNCITRAL” de 2002,<sup>324</sup> que opera conjuntamente com as “Regras de Conciliação da UNCITRAL” de 1980.<sup>325</sup> A Lei Modelo é um bom exemplo de uma abordagem codificadora para a conciliação, embora desenvolvida para pautar reformas legislativas a nível interno e não internacional.

Simplificadamente o procedimento se dá da seguinte forma: uma das partes de uma controvérsia envia um pedido de conciliação à instituição patrocinadora. Caso essa instituição obtenha o consentimento da outra parte, indicará um conciliador. Embora os conciliadores tenham uma ampla margem de discricionariedade para conduzir o processo, chamarão ambas as partes para que exponham as suas posições, elaborando, então, um relatório em que propõe um acordo. As partes podem aceitar ou rejeitar essa proposta e, caso não a aceitem, podem seguir para a arbitragem ou juízo. Podem ainda usá-la como base para uma nova rodada de negociações. O processo de conciliação é confidencial e voluntário e cada uma das partes pode retirar-se a qualquer momento.<sup>326</sup>

#### 4.3.4.1.4. ICC

A Câmara Internacional de Comércio (ICC, na sigla em inglês) também dispõe de um conjunto de regras sobre SAC aplicáveis a disputas comerciais.<sup>327</sup> Entretanto, a medida que

<sup>322</sup> ONMWUAMAEGBU, Ucheora (2005), *The role of ADR in investor-State dispute settlement: The ICSID experience*, 22 (Winter), News from ICSID; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, pp. 56-57.

<sup>323</sup> International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) (2006), *ICSID Convention, Regulations and Rules*.

<sup>324</sup> United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (2004), *Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002*.

<sup>325</sup> United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (1980), *UNCITRAL Conciliation Rules*.

<sup>326</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 57.

<sup>327</sup> International Chamber of Commerce (ICC) (2001), *ADR Rules*.

essas regras podem ser aplicadas a controvérsias investidor-Estado ainda é incerta.<sup>328</sup> A idéia básica das regras da ICC é parecida com os exemplos tratados acima, especificando o processo para que as partes iniciem os procedimentos de conciliação e selecionem um terceiro neutro. Contêm ainda disposições sobre taxas e custos envolvidos, os detalhes do procedimento de conciliação e os passos necessários à sua conclusão.<sup>329</sup>

Além das regras de SAC, a ICC também patrocina o estabelecimento dos chamados “conselhos de controvérsia” (*dispute boards*), no momento em que contratos de médio ou longo prazo são concluídos. Esses conselhos seguem existindo durante toda a vigência do contrato e podem ser abordados por qualquer uma das partes caso surja uma controvérsia. Os conselhos normalmente são compostos por um ou três membros, familiarizados com o contrato em questão e seus aspectos técnicos. O seu mandato determina que auxiliem as partes na busca por soluções para controvérsias que venham surgir durante a execução do contrato, fazendo recomendações ou mesmo endossando decisões específicas.<sup>330</sup> A ICC publicou as suas “Regras sobre Conselhos de Controvérsia” em 2004, onde se especifica como funcionarão e de que maneira se dará o suporte da instituição através do seu “Centro de Conselhos de Controvérsia”.<sup>331</sup>

#### 4.3.4.2. Avaliação do uso de SAC no contexto das controvérsias investidor-Estado

Apesar de haver regras e locais que tratam de procedimentos de SAC, a sua aplicação no contexto investidor-Estado é bastante rara até ao momento. Para as 331 controvérsias registradas no ICSID até ao fim de 2010, houve apenas 6 conciliações,<sup>332</sup> nenhuma delas no

<sup>328</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 57.

<sup>329</sup> International Chamber of Commerce (ICC) (2001), *ADR Rules*.

<sup>330</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 58.

<sup>331</sup> International Chamber of Commerce (ICC) (2004), *Dispute Board Rules*. A UNCTAD aponta ainda algumas outras instituições que patrocinam processos de SAC, incluindo o International Center for Dispute Resolution (ICDR), estabelecido no âmbito da American Arbitration Association (AAA) e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO, na sigla em inglês). Observa ainda a profusão de centros regionais e nacionais de SAC, mencionando, como exemplo, aqueles que funcionam no âmbito da Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), organização intergovernamental criada para, entre outros objetivos, assessorar os Estados membros em diversos temas de direito internacional. São eles o Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA) e o Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA). United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 58.

<sup>332</sup> International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) (2011), *The ICSID Caseload Statistics 2010*.

âmbito do Mecanismo Complementar (Additional Facility). Tampouco se fez uso das Regras de Averiguação Factual (*Fact-Finding Rules*) do Centro, após quase 30 anos de existência.<sup>333</sup>

A natureza não-vinculativa do relatório resultante do processo de conciliação é muitas vezes citada como uma das razões do seu desuso no ICSID. Principalmente porque o processo pode levar tanto tempo e custar tanto quanto um procedimento arbitral, que resultaria num laudo vinculativo.<sup>334</sup>

Ademais, a percepção é a de que as regras de conciliação não se diferenciam muito das regras de arbitragem, não tendo o atrativo de serem mais simples ou rápidas. Além disso, a confidencialidade e a falta de transparência do procedimento também contribuiriam para a sua não utilização. Outro ponto a ser notado é que a conciliação não dá cabo do ônus político. Isso porque pode resultar no pagamento – voluntário, já que o procedimento não é vinculativo – de grandes somas aos investidores reclamantes.<sup>335</sup>

Outra razão que tem sido citada para o uso limitado da conciliação no ICSID é que os possíveis utilizadores desconhecem a sua existência. O Centro tentou algumas vezes abordar essa falta de interesse no uso de suas regras de conciliação e averiguação, tendo ainda examinado a possibilidade de propor um mecanismo de mediação. Num esforço conjunto com a Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), diversas controvérsias que tinham a MIGA como segurador do risco político foram solucionadas através de mediação ou acordo. Mais recentemente, no entanto, esses esforços não foram continuados.<sup>336</sup>

Realidade parecida acomete outras instituições, como a ICC. De 1988 a 1993 a Câmara lidou com mais de 2.000 casos de arbitragem e com apenas 54 pedidos de conciliação. Desses, apenas 16 foram consentidos pela outra parte, sendo que apenas 10 conciliadores foram indicados. Nos demais seis casos as partes resolveram a controvérsia de outra maneira ou solicitaram o cancelamento da conciliação. Das 10 conciliações instauradas, nove foram concluídas até 1994, com cinco chegando a um acordo pleno.<sup>337</sup> Desses 10 casos de conciliação, nove tinham uma entidade soberana (Estado, órgão governamental ou empresa estatal) em um dos pólos da controvérsia.<sup>338</sup>

---

<sup>333</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 61.

<sup>334</sup> Id.

<sup>335</sup> Id., p. 62.

<sup>336</sup> Id.

<sup>337</sup> SCHWARTZ, Eric (1995), *International Conciliation and the ICC*, apud United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*.

<sup>338</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2010), *Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration*, p. 62.

Diante da falta de uso efetivo das atuais regras de conciliação, mesmo quando elaboradas especificamente para ter um Estado como uma das partes do processo, é forçoso reconhecer que algo vai mal. As próprias regras atuam como fator de dissuasão contra o seu uso, devido à sua complexidade, quase tão elevada quanto a das regras de arbitragem, mas sem gozar do seu efeito vinculante ou tornar o processo mais rápido e barato. Alguns advogam que um conjunto de regras simples e básicas poderia ser aplicado pelas partes que queiram evitar a arbitragem, conseguindo-se então uma simplificação, mas ainda assim reconhecendo a necessidade de um processo organizado.<sup>339</sup>

Em suma, apesar de as atuais regras preverem a negociação, a conciliação e a averiguação factual como opções, a arbitragem investidor-Estado continua a ser o método de solução de controvérsias mais usado por larga margem. Entretanto, tendo em conta as muitas deficiências citadas no Capítulo 2, pode ser vantajoso incluir no futuro regras sobre SAC mais detalhadas e possivelmente obrigatórias nos AIIs, bem como considerar o uso mais freqüente das já existentes.<sup>340</sup>

---

<sup>339</sup> Id., p. 63.

<sup>340</sup> Id.

## 5. CONCLUSÃO

No contexto de avanço da globalização, acentua-se a importância do tema da inserção dos países na economia internacional, em especial dos em desenvolvimento. Independentemente de posições políticas e ideológicas, a questão não será mais se os países deverão buscar tal inserção, mas sim que políticas deverão ser implementadas com o objetivo de que promova o desenvolvimento sustentável internamente.

O Investimento Estrangeiro Direto (IED) é um dos principais veículos para a inserção internacional. Fortalece não apenas o comércio internacional, mas a produção (*output*) global como um todo. Os números demonstram que hoje mais bens e serviços alcançam consumidores através de subsidiárias de empresas no exterior do que via exportações transfronteiriças.

Nesse contexto, na raiz de qualquer política bem sucedida sobre investimentos estrangeiros haverá uma gestão adequada da relação entre o Estado hospedeiro e os investidores estrangeiros – em especial as empresas transnacionais (TNCs). O IED pode franquear o acesso a um pacote de ativos tangíveis e intangíveis relevantes para o desenvolvimento, mas não substitui o esforço doméstico. O desafio dos países é, pois, maximizar a sua contribuição para o desenvolvimento.

Os objetivos básicos das TNCs e dos governos não são os mesmos. Nem todo IED está automaticamente em linha com os interesses dos países hospedeiros. Como os objetivos dos investidores estrangeiros e dos Estados hospedeiros não coincidem, os países necessitam de políticas internas que lhes permitam maximizar os benefícios potenciais, pressionando pela convergência.

Tanto as empresas locais como as estrangeiras necessitam, para fazer negócios, de um sistema legal capaz de promover certeza e previsibilidade no longo prazo. Os Acordos Internacionais de Investimento (AIIs) podem desempenhar papel chave na busca por esse objetivo. Através de seu “efeito sinalizador”, acenam com proteção, garantindo ao investidor estrangeiro padrões mínimos de tratamento (relativos, como o tratamento nacional, e absolutos, como tratamento justo e equitativo). O efeito sinalizador é relevante, em especial, para os países em desenvolvimento menores, que não possuem o chamariz dos recursos naturais ou de mercados internos significativos.

Na dimensão externa, os AIIs têm sido tradicionalmente vistos pelos governos como instrumentos nas suas estratégias para atrair investimentos estrangeiros. Contudo, a existência

de nexos de causalidade ou correlação entre AIIIs e aumento no ingresso de investimentos é controversa, tendo sido objeto de debate por muitos anos. Iluminando a discussão, estudos e sondagens recentes confirmam que os AIIIs podem ter um impacto positivo na promoção de fluxos de IED, influenciando, em certa medida, as decisões das TNCs sobre onde investir.

Os AIIIs operam também a despolíticação das controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros. Regras prevendo a solução de controvérsias diretamente entre o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro, alijando o país de origem deste último do processo, são um atributo comum dos AIIIs desde os anos 1960 até a atualidade. Em grande medida, essas regras impedem que a política e a diplomacia influenciem o processo. Isso porque há regras substantivas, prévias, estabelecendo os direitos e obrigações aplicáveis e porque eventuais violações e reparações serão determinadas por tribunais arbitrais internacionais independentes.

No plano interno, os AIIIs podem também contribuir na busca por certos objetivos legais, econômicos e políticos, através de três efeitos. O primeiro deles é o de “ancoramento” das reformas internas. Os seus padrões de tratamento são garantidos por acordos internacionais vinculantes, agindo em diversos países como mecanismo de dissuasão contra pressões de grupos de interesse internos fortes pressionando por inversões de políticas no curto prazo. O segundo efeito é a promoção do império da lei, através do extravasamento da melhor governança, gerada pelos AIIIs, para outros setores da Administração Pública. O terceiro é a promoção da transparência. Na nova geração de tratados de investimento há um salto qualitativo no conteúdo e no fundamento dos dispositivos de transparência. Eles já não implicam mais apenas a troca de informações entre as partes contratantes, mas também transparência e a oportunidade para que todos os *stakeholders* sejam consultados *ex ante* sobre propostas de legislação relacionada com investimentos.

Mas, apesar dos seus benefícios potenciais, os AIIIs também podem impor custos significativos para os países em desenvolvimento. Podem limitar em maior ou menor grau a liberdade dos governos para adotar medidas legais ou administrativas em busca de certos interesses. Os AIIIs têm uma abrangência bastante vasta, aplicando-se à maior parte das ações dos governos. No que tange ao seu objeto, aplicam-se a quase todas as formas de investimento, incluindo IED e investimento em carteira (*portfolio*), ativos sob controle direto e indireto dos investidores estrangeiros, contratos, concessões e direitos de propriedade intelectual, entre outros. Cobrem todos os setores da economia e todas as medidas tomadas pelo poder público (nos três Poderes e em todos os níveis de governo), menos aqueles

explicitamente excepcionados. Além disso, têm aplicação perene, sobrevivendo materialmente à sua eventual denúncia por períodos que variam de 10 a 20 anos.

A implementação dos AIIs gera uma série de desafios para os Estados hospedeiros. Tornam-se uma importante fonte de pressão para uma maior coordenação e coerência na implementação de políticas entre os múltiplos órgãos governamentais. Os problemas costumam ser maiores nos países em desenvolvimento, tipicamente engajados em processos constantes de reformas e com um quadro político-institucional menos maduro. Um número significativo de controvérsias sobre investimentos decorre do fato de que os órgãos que negociam os acordos internacionais não são os mesmos que, através da atividade regulatória, afetam os investidores estrangeiros no dia-a-dia de suas operações.

A perspectiva de tornar o Estado hospedeiro responsável internacionalmente pela violação de um determinado AII exerce pressão considerável sobre as autoridades nacionais, que têm de enfrentar todas as incoerências na implementação de políticas públicas. Mas, malgrado as boas intenções, não se trata de tarefa fácil de executar.

Prova disso é o aumento exponencial nas arbitragem investidor-Estado. Tal aumento é atribuído a diversos fatores, como o crescimento dos fluxos internacionais de investimento, o maior número de AIIs em vigor e a linguagem vaga dos seus dispositivos. Mas, no que tange às preocupações com coordenação e coerência, constata-se que mais da metade das disputas diz respeito a medidas tomadas por governos municipais ou provinciais, ou por órgãos governamentais responsáveis por setores específicos da economia. Muitas vezes agem contrariamente aos desígnios do governo central.

A utilização, talvez excessiva, da arbitragem revelou deficiências e causou reações. As controvérsias estão gerando laudos arbitrais que inovam na interpretação dos tratados, levando diversos países a reexaminar e reconsiderar o enquadramento e a extensão das obrigações neles contidos. No plano das deficiências, há a demora (o tempo costuma ser calculado não em meses, mas em pares de anos), o custo elevado, os questionamentos quanto à sua legitimidade para arbitrar questões sensíveis de política pública, e os prejuízos que causam à relação de longo prazo entre os investidores estrangeiros e o Estado hospedeiro.

Esse cenário impulsiona a busca por outros instrumentos para solucionar os conflitos envolvendo investidores e Estados hospedeiros. Nesse contexto, ganham relevo as propostas de Políticas e os Mecanismos de Prevenção de Controvérsias (PPCs e MPCs). Relativamente novos e inexplorados, tomam partido de conceitos de outras áreas do conhecimento, como a Teoria do Conflito e o Planejamento de Sistemas de Disputa (PSD). Mais especificamente,



fazem uso das distinções (1) entre as três principais abordagens para solucionar controvérsias – a força, o direito e os interesses; e (2) entre os conceitos de conflito e litígio.

O PSD ensina que os métodos baseados em interesses são mais vantajosos e resultam num nível global de satisfação maior com os resultados. Principalmente porque não haverá um perdedor de um lado e um vencedor do outro, uma vez que ambas as partes farão concessões recíprocas para chegar a um meio-termo (*compromise*). Isso contribuiria para o fortalecimento das relações no longo prazo, o que é especialmente importante no contexto investidor-Estado.

Assim, a arbitragem internacional, abordagem baseada em direitos, não é o único meio para solucionar as controvérsias investidor-Estado. Para o PSD, um litígio é o ponto final de uma seqüência. Ela se inicia com um *problema* que, não tratado, torna-se um *conflito*, definido como um estado de insatisfação amorfo e intangível entre as partes. Um conflito não tratado se torna um *litígio*, entendido como um desacordo definido e focado, expresso em termos legais e com pedido de reparação.

No contexto investidor-Estado, quando o investidor envia uma notificação de intenção de iniciar uma arbitragem, o conflito já terá evoluído para um litígio. Nesse momento, diversas variáveis atuarão como desincentivos para que as partes solucionem a controvérsia usando processos baseados em interesses, tais como a negociação, a conciliação ou a mediação. A relação entre o investidor e o Estado já terá sido afetada pelo antagonismo, erodindo a confiança e o ambiente necessário para negociações de boa-fé. Ademais, outros aspectos como a atenção da opinião pública (e a partidarização) e a expectativa do investidor de receber uma indenização serão obstáculos ao entendimento.

As PPCs englobam um conjunto de medidas com o objetivo específico de reduzir o número de conflitos investidor-Estado que evoluem para litígios. Por definição, são políticas de *administração de conflitos* que, por meios distintos, visam a permitir aos investidores estrangeiros e aos Estados hospedeiros abordar conflitos potenciais através de processos *baseados em interesses*. Podem atuar: (1) no plano substantivo, através da negociação de obrigações substantivas precisas nos AII, e (2) procedimental, através do estabelecimento de mecanismos e incentivos para que os conflitos sejam abordados e administrados em estágio inicial. Sua implementação pode se dar: (a) internamente, com a melhora da estrutura institucional, promovendo-se mecanismos de administração de conflitos; e (b) a nível internacional, com a cooperação Estado-Estado, seja através da inserção de mecanismos de administração de conflitos nos tratados, de procedimentos de “filtragem” de controvérsias, ou ainda de protocolos de comunicação e consultas.

Dentro da gama de PPCs está a implementação de MPCs, mecanismos procedimentais concretos, estabelecidos por lei ou contrato, que permitem aos investidores e aos Estados hospedeiros abordar seus conflitos num estágio inicial, evitando que evoluam para litígios. Como preconizado pelo PSD, um sistema único de administração de conflitos pode não ser adequado para prevenir todos os tipos de controvérsia investidor-Estado. Assim, o primeiro desafio no planejamento de uma estratégia de administração de conflitos é determinar em que Poder e em que nível de governo os MPCs operarão. Seus atributos específicos variarão consoante visem lidar com medidas do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário e dependendo do nível de governo.

Os MPCs podem seguir uma abordagem centralizada, com a concentração dos procedimentos num órgão único (e.g., ouvidoria de investimentos e comissão interministerial de alto nível), ou setorial, com a implementação no âmbito de órgãos responsáveis por setores específicos da atividade econômica e regulatória. Na arquitetura básica dos MPCs há seis elementos fundamentais: o órgão líder, a partilha de informações, os mecanismos de alerta antecipado, os processos alternativos de solução de problemas, as garantias de respaldo político à decisão alcançada e os mecanismos de execução efetivos.

No que toca o quarto elemento (processos alternativos de solução de problemas) há: a revisão administrativa (unilateral) e as técnicas de Solução Alternativa de Controvérsias (SAC) preventivas, que contam com a intervenção de um terceiro neutro. Dentre estas últimas destacam-se: a negociação, a mediação, a avaliação neutra precoce, a averiguação factual (*fact-finding*) e a ouvidoria (*ombuds*).

Há que se ressaltar o papel dos terceiros neutros nos MPCs. Além da função de facilitar as negociações e o entendimento entre as partes, há outro aspecto, menos evidente. O perito externo desempenha o papel de autoridade independente, cuja avaliação objetiva do conflito fornece um “escudo” para as autoridades que desejam negociar, perante a opinião pública, a oposição parlamentar e outros órgãos dentro do governo.

É forçoso reconhecer, no entanto, o estágio incipiente das PPCs e dos MPCs na atualidade. O uso da SAC no contexto investidor-Estado é ainda bastante limitado. Apesar de negociações e consultas já constarem dos AII, menções explícitas a técnicas mais sofisticadas, como a mediação e a conciliação, são raras. O regime internacional dos investimentos contém pelo menos três conjuntos de regras sobre o tema: as regras do ICSID, da UNCITRAL e da ICC. Apesar de haver regras e locais que tratam de procedimentos de conciliação e mediação, seu uso é marginal. Na verdade, as próprias regras atuam como fator de dissuasão contra o seu uso, devido à sua complexidade, à demora e aos custos dos

procedimentos, equiparáveis aos da arbitragem, sem contar com o caráter vinculante dessa última.

Um conjunto de regras mais simples, com o uso de técnicas de SAC preventiva mais sofisticadas, poderia ser utilizado pelas partes que queiram ao mesmo tempo evitar a arbitragem mas ainda contar com os benefícios de um processo estruturado.

Há dois motivos para essa discussão se dar agora e não nas décadas passadas. O primeiro deles é que o desenvolvimento das PPCs e dos MPCs representa um passo natural dentro da evolução do regime internacional dos investimentos, aqui referido como o “segundo tempo”. O movimento de SAC surgiu no ordenamento interno de vários países como uma resposta aos altos custos dos litígios. De forma análoga, as duas décadas de uso ativo da arbitragem investidor-Estado puseram em evidência as suas diversas deficiências, suscitando o debate entre os *stakeholders* e promovendo a formulação de alternativas pelos pensadores do sistema. Em segundo lugar, já há maior clareza quanto ao possível desfecho das controvérsias caso sigam para a arbitragem. O desenvolvimento da jurisprudência, contando já mais de 300 laudos arbitrais, facilita a elaboração de mecanismos de administração de conflitos baseados em interesses. Permite negociações “à luz da lei”, facilita a convergência entre as posições das partes e legitima os termos do eventual acordo perante terceiros.

Filiamo-nos entre aqueles que advogam que a nova geração de tratados de investimento inclua regras de SAC mais detalhadas e obrigatórias. Ademais, somamo-nos às vozes que defendem a reforma das atuais regras de SAC do regime internacional dos investimentos, com vistas à sua simplificação (e posterior difusão).

No plano interno, as reformas institucionais impostas pelas PPCs não são triviais. Implicam o enfrentamento de múltiplos desafios na Administração Pública, como novos custos, mudanças de paradigmas, e resistências difusas, advindas das disputas por espaço e influência (*turf wars*) e da aversão burocrática à mudança. Há, contudo, exemplos a seguir. Diversas são as experiências bem sucedidas em países com diferentes níveis de desenvolvimento, como a Coreia, o Marrocos, a Colômbia e o Peru. A UNCTAD tem promovido a troca das melhores práticas na área, iniciativa da qual temos a satisfação de haver participado.

O Brasil, mais especificamente o Congresso Nacional, tratou com bastante cautela os AIs (principalmente a arbitragem investidor-Estado), negando a sua ratificação no passado. Diz-se que o Capítulo de Investimentos contido na minuta de tratado da ALCA, seguindo os moldes do NAFTA, foi um dos motivos para a iniciativa ter sido rechaçada pelos negociadores brasileiros.

Na atualidade, a indústria brasileira passa a pressionar por uma mudança de posição, motivada pelo crescimento dos investimentos nacionais no exterior. Há notícias, ainda não confirmadas, de uma inflexão: numa iniciativa piloto, o Itamaraty estaria a negociar discretamente tratados de investimento com dois países da América Latina. Caso de fato o Brasil decida por aderir ao regime internacional dos investimentos, como “retardatário” na onda global de celebração de AIs, o país teria a oportunidade de aprender com as experiências dos demais países e avaliar as opções que mais lhe convêm em futuras negociações. Aí humildemente sugerimos a inclusão das políticas de prevenção de controvérsias.

## REFERÊNCIAS

Alvarez, J. E. e Brink, Tegan, Revisiting the necessity defense: *Continental Casualty v. Argentina*. In: Karl P. Sauvant (Ed.), Yearbook on International Investment Law & Policy 2010/2011, Nova York: Oxford University Press.

Banco Central do Brasil (BACEN). Capitais brasileiros no exterior (CBE) - ano-base 2009. 2010a. Disponível em: <http://www4.bcb.gov.br/rex/cbe/port/cbe.asp>. Último acesso em: 22/09/11.

\_\_\_\_\_. Investimento estrangeiro direto (IED) - divisão por atividade econômica de distribuição dos recursos. 2010b. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?CENSOCE>. Último acesso em: 22/09/11.

Bhagwati, J. U.S. Trade policy: the infatuation with free trade agreements. 1995. Disponível em: [http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:LrZJ\\_y\\_PKIQJ:scholar.google.com/+U.S.+Trade+Policy:+The+Infatuation+with+Free+Trade+Agreements&hl=pt-BR&as\\_sdt=0,5](http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:LrZJ_y_PKIQJ:scholar.google.com/+U.S.+Trade+Policy:+The+Infatuation+with+Free+Trade+Agreements&hl=pt-BR&as_sdt=0,5). Último acesso em: 22/09/11.

Bishop, R. D., J. Crawford, *et al.* Foreign investment disputes: cases, materials, and commentary. Haia: Kluwer Law International. 2005.

Cable, J. Gunboat diplomacy 1919-1979: political applications of limited naval force. London: Macmillan. 1981. *Apud* Ehandi, R. Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention. In: 2011 World Trade Forum: New Directions and Emerging Challenges in International Investment Law and Policy. Berna, Suíça. Cambridge University Press. 2012. No prelo.

Coe Jr., J. Toward a complementary use of conciliation in investor-State disputes: a preliminary sketch. Journal of International Law and Policy, v.12, p.7-46. 2005.

\_\_\_\_\_. Settlement of investor-State disputes through mediation: preliminary remarks on processes, problems and prospects. In: Bishop, D. (Ed.). Enforcement of arbitral awards against sovereigns, Huntington: JurisNet, LLC. 2009.

Confederação Nacional da Indústria (CNI). Os acordos de proteção de investimentos interessam à indústria brasileira? Integração Internacional, v.I/4. 2009.

Constantino, C. e C. Sickles-Merchant. Designing conflict management systems. San Francisco: Jossey-Bass. 1996.

Cottier, T. *et al.* Fragmentation and Coherence in International Trade Regulation. Analysis and Conceptual Foundations. In: Cottier, T. e P. Delimatsis (Eds.), The Prospects of International Trade Regulation – From Fragmentation to Coherence. Cambridge: Cambridge University Press. 2010.

Cottier, T. e K. Gehne. The protection of property in international law: the missing pieces. In: König, Doris *et al.* (Eds.), Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum. Martinus Nijhoff Publishers. 2011. No prelo.

Dolzer, R. e C. Schreuer. Principles of international investment law. Oxford: Oxford University Press. 2008.

Dunning, J. H. Prefácio. In: Sauvants, K. P. e L. E. Sachs (Ed.). The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows. Nova York: Oxford University Press. 2009.

Dunning, J. H. e S. M. Lundan. Multinational enterprises and the global economy. Cheltenham: Edward Elgar. 2008.

Dunning, J. H. e F. Zhang. Foreign direct investment and the locational competitiveness of countries. Transnational Corporations (UNCTAD), v.17, n.3. 2008.

Echandi, R. What do developing countries expect from the international investment regime? In: Alvarez, J. e K. Sauvant (Eds.). The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options. Oxford e Nova York: Oxford University Press. 2011.

\_\_\_\_\_. Towards a new approach to address investor-State conflict: developing a conceptual framework for dispute prevention. In: 2011 World Trade Forum: New Directions and Emerging Challenges in International Investment Law and Policy. Berna, Suíça. Cambridge University Press. 2012. No prelo.

Economist Intelligence Unit e Columbia Program on International Investment. World investment prospects to 2011 foreign direct investment and the challenge of political risk. London: Economist Intelligence Unit. 2007.

Franck, S. D. The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions. Fordham Law Review, v.73:1521. 2005.

\_\_\_\_\_. Integrating investment treaty conflict and dispute settlement design. Minnesota Law Review, v.92, p.161-230. 2007.

\_\_\_\_\_. Challenges facing investment disputes: reconsidering dispute resolution in international investment agreements. In: K. P. Sauvant e M. Chiswick-Patterson (Eds.). Appeals mechanism in international investment disputes. Oxford: Oxford University Press, 2008a.

\_\_\_\_\_. Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration. North Carolina Law Review, v.92:161. 2008b.

Gunawardana, A. The inception and growth of bilateral investment promotion and protection treaties. American Society of International Law Proceedings, v.86. 1992. *Apud* Guzman, A. T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment. Virginia Journal of International Law, v.38: 639. 1998.

Guzman, A. T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment. Virginia Journal of International Law, v.38: 639. 1998.

Hallward-Driemeier, M. Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment? : only a bit ... and they could bite. In: K. P. Sauvant e L. E. Sachs (Eds.). The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows. Nova York: Oxford University Press. 2009.

Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial (IEDI). O investimento estrangeiro na economia brasileira e o investimento de empresas brasileiras no exterior. 2003. Disponível em: [http://www.sindlab.org/download\\_up/inv\\_estrang.pdf](http://www.sindlab.org/download_up/inv_estrang.pdf). Último acesso em: 22/09/11.

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). ICSID Additional Facility Rules. Washington, D.C: World Bank. 2006a.

\_\_\_\_\_. ICSID Convention, Regulations and Rules. Washington, D.C.: World Bank. 2006b.

\_\_\_\_\_. The ICSID caseload statistics 2010 2011. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>. Último acesso em: 22/09/11.

International Chamber of Commerce (ICC). ADR Rules. Paris: ICC. 2001.

\_\_\_\_\_. Dispute Board Rules. Paris: ICC. 2004.

Kishoiyian, B. The utility of bilateral investment treaties in the formulation of customary international law. New Journal of International Law and Business. Vol. 14. 1994. *Apud* Guzman, A. T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment. *Virginia Journal of International Law*, v.38: 639. 1998.

Legum, B. The difficulties of conciliation in investment treaty cases: a comment on Professor Jack, C. Coe's "towards a complementary use of conciliation in investor-State disputes: a preliminary sketch". Mealey's Arbitration Rep., v.21:4 n.72. 2006.

\_\_\_\_\_. The introduction of an appellate mechanism: the U.S. trade act of 2002. In: Gaillard, E. e Y. Banifatemi (Eds ). Annulment of ICSID Awards. Juris Publishing, Inc. 2004.



Lowenfeld, A. F. Foreword. In: K. P. Sauvant e L. E. Sachs (Ed.). The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows. Nova York: Oxford University Press, 2009.

Mclachlan, C., L. Shore, *et al.* International investment arbitration: substantive principles. Oxford: Oxford University Press. 2007.

Miroudot, S. New actors in the international investment scenario: objectives, performance and advantages of affiliates of State-owned enterprises and sovereign wealth funds. In: 2011 World Trade Forum: New Directions and Emerging Challenges in International Investment Law and Policy. Berna, Suíça. Cambridge University Press. 2012. No prelo.

Muchlinski, P. T. Multinational enterprises & the law. Oxford: Oxford University Press. 2007.

Newcombe, A. e L. Paradell. Law and practice of investment treaties. Países Baixos: Wolters Kluwer. 2009.

O'connell, M. E. International dispute settlement. Dartmouth: Ashgate. 2003.

Onmwuamaegbu, U. The role of ADR in investor-State dispute settlement: The ICSID experience. News from ICSID, v.22 (Winter), n.2. 2005.

Phillips, P. F. Alternative dispute resolution. London: Insurance Institute of London. 2009.

Picciotto, S. Linkages in international investment regulation: the antinomies of the draft multilateral agreement on investment. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, p.731-768. 1998.

Poulsen, L. S. Investment treaties and the globalization of State capitalism: opportunities and constraints. In: 2011 World Trade Forum: New Directions and Emerging Challenges in International Investment Law and Policy. Berna, Suíça. Cambridge University Press. 2012. No prelo.

Redfern, A. e M. Hunter. Law and practice of international commercial arbitration. London: Sweet & Maxwell. 2004.

Reif, L. C. Conciliation as a mechanism for the resolution of international economic and business disputes. Fordham International Law Journal, v.14, p.578-638. 1991.

Ribeiro, M. R. S., Direito dos investimentos e o petróleo, Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1360/1148>. Último acesso em: 22/09/11.

Rocha, N. e R. Teh. What will the World Trade Report 2011 be about? Genebra: WTO. 2010.

Ruggie, J. Business and human rights: towards operationalizing the “protect, respect and remedy” framework. UN Document A/HRC/11/13, v.22. 2009.

Salacuse, J. Is there a better way? Alternative methods of treaty-based, investor-State dispute resolution. Fordham International Law Journal, v.31:138. 2007.

Salacuse, J. W. e N. P. Sullivan. Do BITs really work? : an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. Harvard International Law Journal, v.46:67-130. 2005.

Sauvant, K. P. e L. E. Sachs. The effect of treaties on foreign direct investment : bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows. Nova York: Oxford University Press. 2009.

Schreuer, C. The ICSID Convention: a commentary: a commentary on the Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states. Cambridge: Cambridge University Press. 2009.

Schwartz, E. International Conciliation and the ICC. Foreign Investment Law Journal, v.10, p.98-119. 1995.

Smith, S. e J. Martinez. An analytic framework for dispute systems design. Harvard Negotiation Law Review, v.14 p.123-169. 2009.

SOBEET. Tendência de redução do investimento direto líquido reforça necessidade de acordos bilaterais de investimento. Boletim SOBEET (Sociedade Brasileira de Estudos de Empresas Transnacionais e da Globalização Econômica), v.VIII/72. 2010.

Sornarajah, M. The international law on foreign investment. Cambridge: Cambridge University Press. 2004.

Spears, S. A. The quest for policy space in a new generation of international investment agreements. Journal of International Economic Law, v.13, n.4, December 1, 2010, p.1037-1075.

Stevens, M. ICSID at cross roads: some thoughts and recommendations for improving the dispute settlement system. In: 2011 World Trade Forum: New Directions and Emerging Challenges in International Investment Law and Policy. Berna, Suíça. Cambridge University Press. 2012. No prelo.

Sutherland, P. e World Trade Organization. The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium. Genebra: World Trade Organization. 2004.

Tiburcio, C., Participação de estrangeiros na mídia. *Apud* Dolinger, Jacob. Direito internacional privado: parte geral. 7 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Tienhaara, K. e V. Barral. International economy and the environment. In: Yearbook of International Environmental Law, v.20.

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). UNCITRAL Conciliation Rules. Nova York: United Nations Publication. 1980.

\_\_\_\_\_. Model law on international commercial conciliation with guide to enactment and use 2002. Nova York: United Nations Publication. 2004.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Bilateral investment treaties in the mid-1990s. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 1998.

\_\_\_\_\_. World Investment Report (WIR), 1999: FDI and the challenge of development. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 1999.

\_\_\_\_\_. Investor-State disputes arising from investment treaties: a review. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2005a (UNCTAD Series on International Investment Policies for Development).

\_\_\_\_\_. The locations most favoured by the largest TNCs. UNCTAD investment brief, n.4. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2005b.

\_\_\_\_\_. World Investment Report (WIR), 2006: FDI from developing and transition economies: implications for development. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2006.

\_\_\_\_\_. Aftercare: a core function in investment promotion. Nova York e Genebra: United Nations Publication, v.1. 2007a (Investment Advisory Services).

\_\_\_\_\_. Investor-state dispute settlement and impact on investment rulemaking. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2007b. 110 S. p.

\_\_\_\_\_. Latest developments in investor-State dispute settlement (2008). IIA Monitor, n.1. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2008.

\_\_\_\_\_. Latest developments in investor-State dispute settlement (2009). IIA Monitor, n.1. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2009a.

\_\_\_\_\_. The role of international investment agreements in attracting foreign direct investment to developing countries (UNCTAD Series on International Investment Policies for Development). Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2009b.

\_\_\_\_\_. World investment prospects survey 2009-2011. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2009c.

\_\_\_\_\_. Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration (UNCTAD Series on International Investment Policies for Development). Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2010a.

\_\_\_\_\_. Latest developments in investor-State dispute settlement (2010). IIA Monitor, n.1. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2010b.

\_\_\_\_\_. World investment prospects survey 2010-2012. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2010c.

\_\_\_\_\_. World Investment Report (WIR), 2010: investing in a low-carbon economy. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2010d.

\_\_\_\_\_. Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration Vol. II. Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on International Investment and Alternative Dispute Resolution. Lexington, Virginia: United Nations Publication. 2011a.

\_\_\_\_\_. Latest developments in investor-state dispute settlement. IIA Issues Note No.1. Nova York e Genebra: United Nations Publication. 2011b.

Ury, W., J. Brett, *et al.* Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law School. 1993.

Van Harten, G. Private authority and transnational governance: the contours of the international system of investor state protection. Review of International Political Economy, v.12, n.4, p.600-623. 2005.

Van Harten, G., M. Sornarajah, *et al.* Public statement on the international investment law regime. 2010. Disponível em: [http://www.osgoode.yorku.ca/public\\_statement/](http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/). Último acesso em: 22/09/11.

Veiga, P. D. M. Foreign direct investment in Brazil: regulation, flows and contribution to development. II Regional Forum of the IICT. São Paulo. 2004.

Wälde, T. W. Mediation/alternative dispute resolution in oil, gas and energy transactions: superior to arbitration/litigation from a commercial and management perspective. Transnational Dispute Management. 2005.

World Trade Organization (WTO). Trade Policy Review - Brazil. Genebra: WTO Publication. 2009.

\_\_\_\_\_. International Trade Statistics 2010. Genebra: WTO Publication. 2010.

\_\_\_\_\_. World trade 2010, prospects for 2011- trade growth to ease in 2011 but despite 2010 record surge, crisis hangover persists. Genebra: WTO Publication, v. 628, 2011.

(sem autoria). Brasil busca acordos de proteção e promoção. O Estado de São Paulo. 14 nov. 2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,brasil-busca-acordos-de-protecao-e-promocao,639608,0.htm>. Último acesso em: 22/09/11.

(sem autoria). Casino classifica proposta de Diniz como "expropriação". Terra. 6 jul. 2011. Disponível em: [http://economia.terra.com.br/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201107061204\\_RTR\\_1309953782nN1E76502O](http://economia.terra.com.br/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201107061204_RTR_1309953782nN1E76502O). Último acesso em: 22/09/11.

(sem autoria). Documento mostra negociações bilaterais entre Brasil e EUA; leia em inglês. Folha de São Paulo. 6 jan. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/855640-documento-mostra-negociacoes-bilaterais-entre-brasil-e-eua-leia-em-ingles.shtml>. Último acesso em: 22/09/11.

(sem autoria). Ibama indefere licença para El Paso (press release). IBAMA. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/publicadas/ibama-indefere-licenca-para-el-paso>. Último acesso em: 22/09/11.

(sem autoria). Nacionalização gera novos atritos entre Petrobras e Bolívia. O Globo. 14 set. 2006. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2006/09/14/285651254.asp>. Último acesso em: 22/09/11.

(sem autoria). Philip Morris sues over Australian plans to ban logos from cigarette packets. The Guardian. 27 jun. 2011. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2011/jun/27/philip-morris-australia-cigarette-packets>. Último acesso em: 22/09/11.

(sem autoria). U.S. Firm Readies Section 301 Petition To Collect ICSID Award From Argentina, World Trade Online. 12 ago. 2011. Disponível em: <http://www.embassyofargentina.us/v2011/files/articulosinsideustrade.pdf>. Último acesso em: 22/09/11.