



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Patrícia Sampaio Fiad

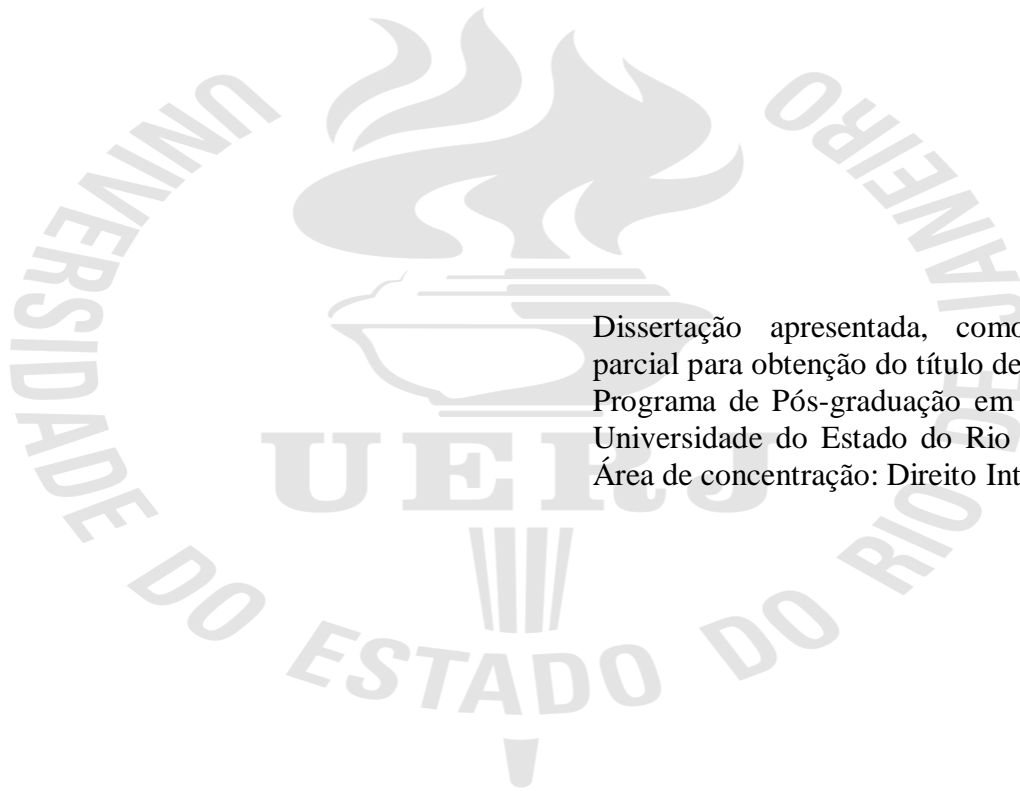
**A importância da arbitragem internacional de investimento para o
equilíbrio da relação entre o Estado hospedeiro e o investidor
estrangeiro na indústria do petróleo**

Rio de Janeiro

2013

Patricia Sampaio Fiad

**A importância da arbitragem internacional de investimento para o equilíbrio da
relação entre o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro na indústria do
petróleo**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F438

Fiad, Patrícia Sampaio.

A importância da arbitragem internacional de investimento para o equilíbrio da relação entre o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro na indústria do petróleo / Patrícia Sampaio Fiad. – 2013.

140 f.

Orientadora: Profa. Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Arbitragem internacional - Teses. 2. Investimentos- Teses. 3. Petróleo– Teses. 4. Direito internacional público – Teses. I. Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.63

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Patricia Sampaio Fiad

A importância da arbitragem internacional de investimento para o equilíbrio da relação entre o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro na indústria do petróleo

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional.

Aprovada em 31 de julho de 2013.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Profa. Dra. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Bruno Rodrigues de Almeida
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, Eduardo, eterna saudade.

AGRADECIMENTOS

Pela concretização deste trabalho, agradeço a Profa. Marilda Rosado que, ao longo desses últimos sete anos acompanha minha jornada acadêmica, sendo, além de professora e orientadora, uma madrinha e conselheira. À ela devo muito mais do que a concretização deste trabalho, devo toda a trajetória acadêmica que me trouxe até aqui.

Da mesma forma agradeço à Profa. Carmen Tiburcio que, muitas vezes, de longe, muitas vezes, de perto, esteve sempre presente em minha vida acadêmica e sempre foi uma referência pela sua dedicação à academia.

Agradeço ainda ao Prof. Bruno Almeida pelo companheirismo nestes últimos anos.

Aos demais Professores e colegas do curso de Mestrado, especialmente aos meus amigos, Emília e Ely, agradeço o tempo e paciência. Cada um deles fez dessa experiência algo ainda mais especial e, por isso, são muito importantes para mim.

À minha família inteira, especialmente à minha mãe, Carmen, e ao meu querido namorado, Danilo, agradeço por todo o amor, paciência e carinho. Só vocês sabem o que realmente significa eu estar aqui.

Este projeto de pesquisa contou com o apoio financeiro da Agência Nacional de Petróleo – ANP e Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, por meio do Programa de Recursos Humanos da ANP para o setor de Petróleo e Gás Natural – PRH-ANP-MCT.



RESUMO

FIAD, Patricia Sampaio. *A importância da arbitragem internacional de investimento para o equilíbrio da relação entre o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro na indústria do petróleo*. 2013. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Inicialmente, o presente trabalho busca trazer um panorama geral sobre a relação entre o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro. Para tanto, faz-se um breve estudo sobre a soberania do Estado sobre os recursos naturais, destacando-se, dentre outros aspectos, a importância deste tema para o desenvolvimento dos povos, e sobre a contratação com o Estado, de forma a destacar, dentre as principais cláusulas presentes nos contratos entre Estado hospedeiro e investidor estrangeiro, a cláusula de arbitragem internacional de investimentos como um dos principais meios de equilíbrio desta relação. Analisa-se, por conseguinte, a estrutura da arbitragem internacional de investimento, buscando trazer suas principais regras. O trabalho culmina em um breve estudo sobre alguns dos principais laudos arbitrais que envolvem não apenas os temas tratados ao longo do trabalho, mas também a relação entre o Estado e as empresas petrolíferas, dando-se destaque ao papel da arbitragem internacional de investimento na indústria do petróleo, dado ser esta uma indústria essencialmente internacional e de grande importância estratégica para o Estado.

Palavras-chave: Soberania sobre recursos naturais. Arbitragem internacional. Indústria do petróleo.

ABSTRACT

FIAD, Patricia Sampaio. *The importance of the international investment arbitration to the balance of the relationship between the host state and foreign investors in oil industry*. 2013. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Initially, this paper seeks to bring an overview of the relationship between the host State and the foreign investor. Therefore, there is a brief study on State sovereignty over natural resources, emphasizing, among other aspects, the importance of this issue for the development of peoples, and on contracting with the State in order to highlight, among the main clauses in the contracts between the host State and the foreign investor, the clause of international investment arbitration as a major means of balancing this relationship. It is analyzed, thereafter, the structure of international investment arbitration, seeking to bring their principal rules. The paper culminates in a brief study of some of the major arbitral awards involving not only the topics covered throughout the paper, but also the relationship between the State and oil companies, emphasizing the role of international arbitration of investment in the oil industry, given that this is an essentially international industry and of great strategic importance to the State.

Keywords: Sovereignty over natural resources. International arbitration. Oil industry.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 SOBERANIA SOBRE RECURSOS NATURAIS	15
1.1 Definição e Uma Breve História do Conceito de Soberania	15
1.2 A Igualdade entre os Estados e a Autodeterminação dos Povos	17
1.3 Soberania Sobre os Recursos Naturais	18
1.3.1 <u>Um breve comentário sobre a Soberania Territorial, Aérea e Marítima</u>	18
1.4.2 <u>Soberania Permanente Sobre os Próprios Recursos Naturais e a Nova Ordem Econômica Internacional</u>	20
1.4.3 <u>Definição de Recursos Naturais</u>	24
1.5 Soberania como Direito e Dever	26
1.5.1 <u>Direito ao Desenvolvimento</u>	27
1.5.2 <u>O Desenvolvimento Econômico e os Recursos Naturais</u>	33
1.5.3 <u>O Desenvolvimento e a Proteção Ambiental</u>	33
1.6 Os Principais Desafios Atuais	35
1.6.1 <u>Integração Regional</u>	35
1.6.2 <u>A Globalização e o Papel das Transnacionais</u>	37
2 CONTRATOS COM O ESTADO	41
2.1 Lei Aplicável	43
2.2 Cláusula de Estabilização	47
2.3 Imunidade do Estado	50
2.4 Cláusula de Arbitragem	53
2.5 Breves Comentários sobre os Aspectos Ambientais e Trabalhistas	56
3 DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS E SEUS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO AO INVESTIDOR ESTRANGEIRO: O USO DA ARBITRAGEM	60
3.1 O Direito Internacional dos Investimentos	60
3.1.1 <u>Conceito de Investimento</u>	60
3.1.2 <u>Histórico</u>	67
3.2 Os Instrumentos do Direito Internacional dos Investimentos para Proteção ao Investidor	74
3.3 A Arbitragem Internacional como Meio de Proteção e Equilíbrio	79
3.3.1 <u>A Importância e as Vantagens da Arbitragem</u>	79
3.3.2 <u>Arbitragem e suas Classificações</u>	82
3.3.3 <u>A Arbitragem de Investimentos</u>	83

4	<i>LEX PETROLEA: Estudo de Casos</i>	100
4.1	Casos envolvendo a definição de investimentos	108
4.2	Casos envolvendo a soberania do Estado	114
4.3	Casos envolvendo a validade da cláusula arbitral	118
4.4	Casos envolvendo a cláusula de escolha da lei aplicável	120
4.5	Casos envolvendo a cláusula de estabilidade	124
	CONCLUSÃO	130

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do comércio internacional através, especialmente, da expansão dos meios de comunicação e da abertura dos mercados, permite que se afirme, hoje, vivermos em uma nova etapa da Globalização. Tal fenômeno, controverso quanto à sua origem¹, dá-se através da integração econômica e social dos povos em sua esfera global, que, por sua vez, ocorre por meio da troca cultural e da expansão dos mercados nacionais. Segundo James R. Maxeiner, Globalização é “um reconhecimento de que as sociedades da Terra não são separadas, hermeneuticamente cerradas em unidades, mas una”.² Já Anthony Giddens ensina que a Globalização é “a intensificação das relações sociais mundiais que ligam localidades distantes de tal modo que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”.³

Apesar de divergências doutrinárias quanto às etapas da Globalização⁴, é senso comum na doutrina caracterizar essa nova etapa pela crescente velocidade com que as trocas

¹ Segundo a maioria dos historiadores, dentre os quais Paul Singer, a Globalização, como hoje se conhece, teve sua origem na Era Moderna, após a Idade Média, com o Renascimento e a Expansão Marítima, tendo sido impulsionada com a Revolução Industrial, na Europa. No entanto, há quem afirme tratar-se de um fenômeno muito anterior, como Andre Gunder Frank, quem afirma ser a origem da Globalização o comércio entre o Vale do Indo, na atual Índia, e a Suméria, considerada a civilização mais antiga da humanidade, localizada na Mesopotâmia durante o Terceiro Milênio a.C.. (FRANK, Andre Gunder. *Reorient: Global economy in the Asian age*. University of California Berkeley Press, 1998). Ainda, há quem defenda, como Maria da Conceição Tavares, que a Globalização teve uma origem, por outro lado, mais tardia, com o crescimento do mercado financeiro. (TAVARES, Maria da Conceição. *Globalização e Estado Nacional*. In *La Globalización Económico-Financiera em Latinoamérica: Informe por países*. Disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/gambina/p1bras.pdf>, p. 4.) Contudo, entende-se que ambas as últimas teorias utilizam-se de conceitos demasiado amplos ou, por vezes, restrito de Globalização. Por isso, o que se afirma, de modo geral, é que a Globalização é um fenômeno inerente ao surgimento do Capitalismo e com este coincide.

² Tradução livre: “a recognition that the societies of the earth are not separate, hermetically-sealed units, but one” (MAXEINER, James R., *Why are U.S. Lawyers Not Learning from Comparative Law?* (September 1, 1997). *The International Practice of Law: Liber Amicorum for Thomas Bär and Robert Kärner*, Nedin Peter Vogt, et al., eds., pp. 225, Basel and Frankfurt: Helbing & Lichtenhahn, and The Hague, London & Boston: Kluwer Law International, 1997.)

³ Tradução livre de: “the intensification of world-wide social relations which link distant localities in such a way that local happenings are shaped by events occurring many miles away and vice versa”. Anthony Giddens, 1990a: 64; cf. Giddens 1990b: chapter 16. Apud TWINING, William. *Globalisation and Comparative Law*. In *Comparative Law: A Handbook*, Esin Örüçü & David Nelken eds., 2007, p. 70.

⁴ Cada autor cria sua própria classificação quanto às etapas da Globalização, dependendo do critério adotado para tanto (aspectos econômicos, sociais ou tecnológicos). A título ilustrativo, cita-se Thomas Friedman quem prefere analisar a Globalização segundo a evolução tecnológica e a aproximação dos povos e divide sua história em Globalização 1.0 (1492 to 1800), Globalização 2.0 (1800 to 2000) e Globalização 3.0 (desde 2000)

de informações são feitas e os problemas advindos desta nova realidade, como as questões envolvendo propriedade intelectual e pelo uso das novas tecnologias, como a internet. No Direito, Erik Jayme afirma tratar-se de tempos pós-modernos caracterizados pela pluralidade, comunicação, velocidade, fluidez e internacionalidade das relações privadas.⁵

A Globalização nos permite constatar um aumento expressivo das trocas comerciais entre os países, facilitadas pelos meios de comunicação e transporte cada vez mais velozes e eficientes. Com o aumento destas trocas, o comércio internacional intensifica-se, tornando as economias nacionais cada vez mais interdependente e facilitando a entrada de investidores estrangeiros nas economias inseridas neste mercado global.

Contudo, ao decidir investir diretamente em um Estado estrangeiro, o empresário depara-se com diversas dificuldades práticas. Dentre essas dificuldades, pode-se citar aquelas relativas às ordens internas econômica e sócio-política do país hospedeiro. Contudo, não se pode esquecer, ainda, as dificuldades relativas às diferenças culturais e linguísticas, muitas vezes, determinantes para a conclusão de um negócio.

Neste panorama, uma das principais preocupações do investidor estrangeiro é com relação à segurança oferecida pelo Estado e o seu interesse em receber o investimento externo. Todas essas questões tornam-se ainda mais complexas se considerarmos que este investimento será feito na exploração de petróleo e gás.

Isso nos leva a considerar que as dificuldades não estão apenas ligas às inseguranças do investidor, mas também às incertezas do Estado hospedeiro que, muitas vezes, como é o caso do Brasil, é um Estado em desenvolvimento que depende dos investimentos estrangeiros para sustentar sua economia. Desta forma, deve-se considerar também as expectativas e os direitos do Estado, como representante de seu povo e cuja soberania sobre recursos naturais está atrelada não somente ao desenvolvimento do povo, mas também à questões extremamente práticas, como o equilíbrio financeiro e fiscal do país.

(FRIEDMAN, Thomas. *O mundo é plano: Uma breve história do século XXI*, Tradução de Cristiana Serra e S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005); Malcolm Waters, por sua vez, divide o fenômeno da Globalização em cinco fases: A fase germinal (Europa, de 1400 a 1750), A fase incipiente (Europa, de 1750 a 1875), A fase da decolagem (de 1875 a 1925), A fase da luta-de-hegemonia (de 1925 a 1969) e A fase incerta (1969-92) (*Globalization*, London: Routledge, 1995).

⁵ JAYME, Erik. *Droit International Prive de du nouveau millenaire:le droit internationale posmoderne*. Apud MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Novas perspectivas do Direito Internacional Privado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A fim de regular essa relação extremamente sensível, o Direito Internacional dos Investimentos irá criar regras padrões para a entrada e a permanência do investimento estrangeiro no país hospedeiro. Não à toa, verifica-se que, o Direito Internacional dos Investimentos, apesar de possuir um histórico pendular,⁶ tem sido renovado pela doutrina através de diversos estudos relacionados ao tema, neste íncio do século XXI.

A abertura dos mercados e das tecnologias de comunicação são cada vez mais intensas, de modo que o Direito Internacional dos Investimentos enfrenta constantemente novos desafios. Pra tanto, ele conta com a estrutura da arbitragem internacional de investimento que, em seu principal papel de solucionar conflitos entre investidor e Estado hospedeiro, é responsável pelo processo de criação e uniformização das regras do Direito Internacional de Investimentos.

Tal fenômeno ganha ainda mais destaque quando constatamos que o Direito dos Investimentos é caracterizado por ser um ramo não monolítico, ou seja, tem diversas fontes, dentre as quais, podemos citar a doutrina, os instrumentos internacionais e a arbitragem.⁷ Deste modo, faz-se imprescindível para a prática comercial que suas regras sejam harmonizadas.

A crescente utilização da arbitragem internacional para solução dos conflitos entre Estado hospedeiro e empresa privada tem se mostrado um importante fator de harmonização deste conjunto de regras. Por essa razão, o presente trabalho visa a verificar como a arbitragem internacional de investimentos tem funcionado como criadora e harmonizadora de um conjunto normativo, a chamada *lex petrolea*, dando foco às principais dessas regras.

Importa esclarecer que a *lex petrolea* é entendida como a especialização da *lex mercatoria* no âmbito do mercado do petróleo e gás. Sua criação se deve, especialmente, à arbitragem internacional, mas também a outras fontes, como a prática comercial e a criação de contratos modelos, como será brevemente visto em capítulo próprio. Contudo, destaca-se a arbitragem devido ao seu papel não apenas de criação, mas também de uniformização da *lex petrolea*.

Neste sentido, no presente trabalho, será analisado um conjunto de decisões que, cada vez mais, tem usado a equidade, os princípios gerais de direito, as práticas do comércio

⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado. Direito dos Investimentos e o Petróleo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1360/1148>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

⁷ Ribeiro, loc. cit.

internacional, os tratados internacionais e principalmente a internacionalização dos contratos como fonte de solução de casos concretos.

A escolha do tema se dá pela relevância do tema para a indústria do petróleo. Esta é, por um lado, a mais importante indústria a se servir desses estudos, e, por outro, uma das mais relevantes fontes de decisões arbitrais e jurisdicionais envolvendo questões relativas aos investimentos estrangeiros. Ademais, essa é uma indústria eminentemente internacional e está relacionada à exploração de minerais considerados estratégicos para o Estado, criando-se, assim, uma complexa relação entre o investidor e o Estado hospedeiro.

Ante o atual panorama fático e científico descrito acima, a pesquisa a ser desenvolvida tem por objetivo fornecer referências mínimas sobre o histórico do Direito Internacional dos Investimentos e seu processo de uniformização no Ocidente, especialmente no que se refere à indústria do petróleo.

No entanto, sem pretensão de esgotar o tema, o trabalho deverá iniciar-se com a definição de alguns conceitos essenciais para o completo entendimento do que virá a ser exposto posteriormente, com a finalidade de localizar o tema entre os diversos e interligados ramos do Direito. Isso se deve ao fato de que a separação rígida dos ramos do Direito Internacional Privado e Público só fazia sentido em uma sociedade internacional na qual não se vislumbrava tamanha atuação do Estado no mercado internacional, como agente econômico operando na economia de outros países através de suas empresas públicas ao mesmo tempo em que celebrava acordos de investimento para atrair investimentos estrangeiros. Tão pouco se conjecturava a participação cada vez mais intensa das empresas transnacionais e dos indivíduos no plano internacional.⁸

Mais do que uma questão teórica, a convergência do Direito Internacional Público e Privado, para o nosso tema, tem reflexos práticos de difícil assimilação, posto que, muitas vezes, será complicado definir até onde vai a atuação do Estado-agente econômico e a do Estado-soberano. Deste modo, a empresa privada que busca investir sob a proteção de algum acordo internacional celebrado pelo Estado hospedeiro deverá ter em vista o risco político de uma futura reviravolta governamental.

Assim, o trabalho traz, inicialmente, uma análise daquele que é um dos temas mais importantes do Direito Internacional Público — o poder soberano do Estado sobre seus

⁸ Sobre o tema ver: ALMEIDA, Bruno; RIBEIRO, Marilda. Do conflito aparente de normas no espaço à cinemática jurídica global: conteúdo do Direito Internacional Privado contemporâneo. v. 1, n. 20 (2011): *RFD-Revista da Faculdade de Direito*, p. 8.

recursos naturais. Esse tema nos permite navegar por águas, até o presente momento, pouco exploradas em nossas pesquisas, sendo considerado de suma importância para as empresas estrangeiras que pretendem celebrar contratos com o Estado. Nesta etapa, estudamos o conceito de soberania sobre os recursos naturais e o direito ao desenvolvimento dos povos, de modo a entendermos o papel do Estado na economia, especialmente, no mercado petrolífero. Vimos também como o Estado é agente ativo e passivo do direito ao desenvolvimento, que hoje não se resume apenas ao desenvolvimento econômico, mas também ao social, colocando os indivíduos como centro de suas preocupações.

Em seguida, optamos por analisar a “Contratação com o Estado” de modo a identificar algumas das limitações à soberania dos Estados comumente estabelecidas nos contratos internacionais. Ou seja, estudamos como o Estado atua no mercado internacional e as restrições a essa atuação. Para tanto, foi preciso, primeiramente, definir o conceito de contrato com o Estado, visto que, ao longo do tempo, este já adquiriu diversas conotações, passando a englobar por vezes contratos administrativos ou mesmo financeiros⁹. Na presente pesquisa, buscamos uma definição ampla de contratos com o Estado, apesar de nosso objeto de estudo limitar-se aos contratos de investimento. Ainda neste capítulo, examinamos qual é a lei aplicável aos contratos celebrados entre os Estados hospedeiros e as empresas internacionais, a maneira pela qual a cláusula de arbitragem é aplicada nesses casos, a proteção da imunidade de jurisdição do Estado, entre outros assuntos.

No terceiro capítulo, discorreremos sobre a arbitragem internacional propriamente. A fim de destacar sua importância no cenário internacional atual e o modo como tem sido relevante no processo de uniformização, a arbitragem foi estudada como uma ferramenta de interpretação de normas internacionais. Estruturalmente, foi primeiro dividida em arbitragem internacional pública e privada, para que então se pudesse chegar à definição de arbitragem de investimentos, uma vez em que esta tem, de um lado, o Estado soberano com todas as suas prerrogativas e, em regra, dificuldades políticas e econômicas, e, de outro, a empresa privada estrangeira, vulnerável perante o poder soberano do Estado, buscando proteger seus investimentos. Por essa razão, adotou-se a classificação de Guido Soares, conhecida como

⁹ HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional*. São Paulo: Aquarela S.A., 1989, p. 101.

classificação tripártide, que destaca a arbitragem entre Estados e particulares como uma terceira espécie.¹⁰

Numa última etapa, foi estudado o Direito Internacional dos Investimentos aplicado à indústria do petróleo, através do estudo de casos concretos. Nas palavras de Marilda Rosado,

[as] questões petrolíferas constituem um amplo campo de investigação que se presta perfeitamente à visão do internacionalista. Este interesse é compatível com o enfoque do Direito Internacional Privado, que recomenda a permanente visão comparatista, e que nos dará as ferramentas para lidar com os potenciais conflitos de leis emergentes das situações multiconectadas dos contratos da área do petróleo.¹¹

Acrescentamos ainda que, tendo o petróleo e o gás papel fundamental para a política estratégica de qualquer Estado, este tema tem importância para o internacionalista também publicita, uma vez que, como se verifica, há, no contexto em análise, atuação do Estado como ente soberano e não apenas como agente econômico.

Portanto, importa conhecermos as regras que regulam esse mercado a fim de conhecer as técnicas de solução de controvérsias e de previsão de conflitos, comuns nas atividades petrolíferas. Os modelos teóricos a serem utilizados são a análise doutrinária, documental e jurisprudencial.

A análise doutrinária desenvolver-se-á segundo o método histórico e a técnica da pesquisa bibliográfica utilizando como fonte a doutrina nacional e internacional, inclusive as dissertações e teses jurídicas.

A análise documental, por sua vez, se dará através do método histórico-comparativo e da pesquisa de documentos. Buscar-se-á na legislação internacional (principalmente nos Tratados e Convenções) as bases para o desenvolvimento do tema, utilizando-se, ainda, de artigos especializados.

Como fonte principal do estudo, por fim, serão analisadas as decisões judiciais e arbitrais. No que consiste à análise jurisprudencial, pode-se dizer que esta também se servirá do método histórico-comparativo, por meio da técnica da pesquisa bibliográfica e documental, buscando e analisando a jurisprudência e demais decisões judiciais. Deste modo, intenciona-

¹⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 625 apud RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as Joint Ventures na indústria do Petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

¹¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as Joint Ventures na indústria do Petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

se não apenas estudar laudos arbitrais, mas principalmente os comentários doutrinários a respeito dos mesmos.

Espera-se, portanto, que o trabalho, sob o ponto de vista da atuação do Estado, seja capaz de analisar a evolução histórica de temas fundamentais ao Direito dos Investimentos Internacionais, como a questão da indenização em caso de desapropriação, a submissão do Estado à Corte Arbitral e a lei aplicável aos contratos de investimento. Já sob o ponto de vista do investidor estrangeiro, espera-se que seja capaz de analisar os instrumentos de proteção ao investimento.

Nossas pesquisas se basearam não apenas nos laudos arbitrais das principais cortes internacionais, tais como ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), mas também e principalmente na coletânea de laudos analisados por diversos autores que hoje são referência no tema.

Por fim, esperamos contribuir para uma modesta atualização de pesquisas semelhantes na área, visto que os assuntos abordados envolvem problemas atuais, como a legitimidade de se internacionalizar o contrato de investimentos a fim de, muitas vezes, se afastar o direito nacional aplicando-se o direito internacional como forma de enviesamento das decisões elaboradas, frequentemente, por árbitros influenciados pela cultura jurídica ocidental. Tal aspecto só é discutido pela doutrina mais recente, como em “Direito do Petróleo” de Marilda Rosado¹². Outro exemplo abordado que se encaixa nessa linha de tema corrente é o valor a ser pago pelo Estado em caso de desapropriação, fator que sempre gera muita celeuma, etc.

Dado o exposto, a pesquisa que se pretende fazer não se conclui em si mesma, sendo apenas a atualização de um tema que exigirá de nossa doutrina uma renovação constante. Contudo, acreditamos ser este passo de fundamental importância não apenas por servir de coletânea de casos para estudos futuros, mas também por atualizar entendimentos acerca dos principais temas do Direito dos Investimentos Internacionais e da indústria do petróleo que, em seu próximo ciclo de interesse, há de trazer ainda mais novos questionamentos.

¹² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as Joint Ventures na indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 2ed, p. 21.

1 SOBERANIA SOBRE RECURSOS NATURAIS

1.1 Definição e Uma Breve História do Conceito de Soberania

Dentre os três elementos formadores do Estado (povo, território e poder soberano), trabalharemos neste capítulo com a noção de soberania. Para Carl Schmitt, soberano é aquele que decide pelo estado de exceção, ou seja, aquele que, em caso de urgência, está desobrigado a cumprir com a lei¹³. Nesta diretiva, Emer de Vattel afirma que “[t]oda nação que se governa por si mesma, sob qualquer forma que seja, sem dependência de nenhum estrangeiro, é um Estado soberano. Os seus direitos são exatamente os mesmos dos demais Estados”.¹⁴ Como é sabido, o conceito tradicional e rígido de soberania, no plano internacional, remete-nos à ideia de igualdade entre os Estados. Celso Mello ensina que já na Idade Antiga esta ideia fazia-se presente nas relações entre Atenas e Esparta, entre outras razões, pela concretização de tratados e pelo uso da arbitragem internacional entre as cidades-Estados.¹⁵

Contudo, será apenas na Idade Média que este conceito ganhará aspectos hoje conhecidos. Com o fim do feudalismo e o fortalecimento dos Estados, estes últimos surgem como potências máximas, em detrimento, dentre outras fontes de poder presentes, do poder da Igreja.

A doutrina aponta diversos fatores que contribuíram para o surgimento do Estado como potência soberana e dá especial destaque para o fortalecimento do comércio internacional - elemento impulsionador do Capitalismo e do Renascimento - que, segundo Celso Mello, ajudou a criar a política de poder que viria a presidir a formação do Estado moderno.¹⁶

Hans Kelsen, ao estudar o surgimento da Liga das Nações, afirma que, na Conferência de Moscou, de 1943, a expressão “igualdade soberana” define as duas principais

¹³ SCHMITT, Carl. *Teólogo de la política*. Seleção de textos: Hector Orestes Aguilar. México: Fondo de cultura econômica, p. 23.

¹⁴ VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 16.

¹⁵ MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário Direito e Globalização: A Soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v.1, p. 9.

características dos Estados no plano internacional, quais sejam: serem soberanos e iguais entre si. Além disso, ensina ainda que a igualdade é consequência da soberania entre os Estados e, no contexto do pós-guerra, foi inserida nos textos internacionais, presumindo uma existência harmônica entre o conceito de soberania e o respeito às regras internacionais. Isso porque, a autoridade suprema dos Estados, representada pelo conceito de soberania está, na verdade, submetida à lei internacional. Ou seja, para Kelsen, a soberania do Estado não pode ser absoluta, mas apenas relativa. A força do conceito de soberania, encontra-se nas hipóteses de intervenção entre Estados, pois, nesses casos, a soberania de um prevalecerá contra a de outro.¹⁷

O autor verifica ainda que mesmo o conceito de igualdade entre os Estados, no plano internacional, não significa dizer que entre eles há igualdade de direitos e deveres, mas apenas que os Estados têm a mesma capacidade de serem submetidos ao mesmo rol de deveres e direitos internacionais. Isso permite a determinados Estados a aquisição de diversos privilégios, reduzindo o conceito de igualdade a um conceito meramente tautológico do princípio da legalidade.¹⁸ Assim, segundo seu entendimento, a doutrina internacionalista busca agregar um valor a mais a este conceito, afirmando que a igualdade reflete-se na submissão do Estado ante uma decisão de órgão internacional do qual faça parte e na imunidade de jurisdição entre os Estados.

Neste sentido é que a doutrina hoje tem o conceito de soberania já em muito flexibilizado. Na prática, a soberania estatal nunca foi absoluta. Celso Mello ensina que, da forma como descrita, a soberania absoluta inviabilizaria a própria sociedade internacional, uma vez que a soberania, na realidade, apenas limita a interferência entre os Estados, mas nunca garantiu a autonomia total entre eles.¹⁹⁻²⁰

Concluindo, vale citar a definição de soberania elaborada por Celso Mello:

[...] feixe de competências que o estado possui e que lhe é outorgado pela ordem jurídica internacional. A soberania ou independência [...] é a única defesa que

¹⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 70-71.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Peace through law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944. Disponível em: <http://141.2.38.226/www.gesellschaftswissenschaften.uni-frankfurt.de/uploads/images/1261/Kelsen_Peace_through_Law.pdf>. Acesso em: 16 out. 2012, p. 20.

¹⁸ *Ibid.*, p. 4.

¹⁹ MELLO, 1999, p. 14.

²⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v.1, p. 367.

o Estado fraco possui em relação ao forte no plano internacional ao resguardá-lo da agressão, ou da intervenção praticada por outro estado.²¹

É de seu entendimento, portanto, que a soberania é o mais forte dos instrumentos de proteção do Estado fraco perante a ameaça de um Estado mais forte.

1.2 A Igualdade entre os Estados e a Autodeterminação dos Povos

A igualdade jurídica entre os Estados logo se viu esvaziada pela prática da dominação econômica de um país sobre o outro. Atualmente, muito se fala sobre o conceito da autodeterminação dos povos como instrumento para a efetiva igualdade entre os Estados, sendo a soberania sobre os recursos naturais um dos colorários deste conceito. O direito de autodeterminação surge como resposta teórica às descolonizações do século XIX na América e, posteriormente, reforça-se com as descolonizações mais recentes no continente africano, no Oriente e demais países ainda colonizados pelos europeus. Ainda assim, o que se viu na prática foi a dominância da ideia de descolonização e não de autodeterminação, uma vez que, em muitos dos movimentos de independência, não foi dado o devido respeito à vontade do povo.

Na verdade, já há muito a ideia da autodeterminação está ligada, por essência, à própria ideia de Estado – mais precisamente, ao seu elemento povo –, como pode ser visto em Hans Kelsen, quando afirma que o direito à autodeterminação dos povos está imbuído no sentimento de nacionalismo, especialmente quando este sentimento está baseado na existência de uma língua, religião, cultura e história comum daquele povo.²²

Mesmo assim, destaca-se em vários documentos internacionais o reconhecimento da soberania e da autodeterminação dos povos. A título de exemplo, temos a Carta da ONU:

Artigo 1: Os propósitos das Nações unidas são: [...] 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal. [...]

²¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 47.

²² KELSEN, 1944, p. 5.

Artigo 2: A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: [...] 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

Nota-se nos artigos acima a preocupação das Nações Unidas em equilibrar o poder soberano de cada Estado e a autodeterminação dos povos através dos conceitos de igualdade e não intervenção.

Na esteira do Direito Internacional, o Brasil prevê esses mesmos princípios em sua Carta Magna, especificamente nos arts 1º, I e Parágrafo Único e 4º, V:

Artigo 1º: A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos:

I - a soberania;

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Artigo 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

V - igualdade entre os Estados.

Fica clara na leitura dos artigos acima a construção do conceito de soberania do Estado brasileiro através dos conceitos aqui estudados, com base, especialmente no conceito de povo e igualdade entre os Estados.

1.3 Soberania Sobre os Recursos Naturais

1.3.1 Um breve comentário sobre a Soberania Territorial, Aérea e Marítima

Celso Mello ressalva que “o que mais nos interessa no princípio da soberania é especificamente a soberania permanente sobre os recursos naturais, por ser ela que lida diretamente com o DI do Desenvolvimento”²³. Dentro do tema da soberania sobre os recursos naturais, destaca-se a manifestação física do poder soberano do Estado através de seu poder

²³ MELLO, 1993, p. 205.

sobre o território e, conseqüentemente, sobre seus recursos.

O autor afirma ainda que, ao estudar o território como elemento de formação do Estado – ao lado da população, governo e soberania –, este possui duas características: é delimitado e estável. Citando Kunzz, Celso Mello explica que este conceito não deve ser encarado sob seu aspecto geográfico, mas sim jurídico, posto que é deste que se extrai “o domínio de validade da ordem jurídica de um determinado Estado soberano”.²⁴ Deste modo, o limite territorial é dado pelo próprio Direito Internacional. Por isso, afirma-se que, muito além de um espaço geográfico, o território é, portanto, um conceito jurídico bastante complexo.²⁵

René-Jean Dupuy, por sua vez, defende que o território é a “sede da independência” do Estado, de modo que seja primordial ao exercício do direito das gentes, o que permite a Celso Mello concluir que este conceito é, portanto, contrário ao efeito de desterritorialização decorrente da globalização.²⁶

Importante destacar o que nos ensina Ian Brownlie quando diferencia o exercício da soberania e da jurisdição sobre o território e a propriedade do mesmo, no sentido de que o “poder genérico de governar, administrar e dispor é *imperium*, uma capacidade reconhecida e delineada pelo Direito Internacional” distinta do “*dominium* tanto na forma de propriedade pública dos bens dentro do Estado quanto na forma de propriedade privada reconhecida como tal pelas leis”.²⁷ É primordial distinguir tais situações da hipótese de arrendamento do território feito pelo Estado, quando este cede a outro o direito de exercer em seu território dada competência mantendo para si a soberania sobre aquele território, uma vez que, nas palavras de Celso Mello, “a soberania [...] é um feixe de competências, é o conjunto de todas elas”.²⁸

Desta forma, pode-se afirmar atualmente que a soberania territorial se estende não apenas ao solo e ao subsolo terrestre, mas também ao mar territorial, às águas interiores, ao espaço aéreo sobrejacente ao mar territorial, ao leito e ao subsolo deste mar, além do espaço

²⁴ Id., 2004, v. 2, p. 1113.

²⁵ MELLO, 2004, v. 2, p. 1113.

²⁶ Rene-Jean Dupuy apud Ibid., p. 1113.

²⁷ BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6th ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 105-106.

²⁸ MELLO, 2004, v. 2, p. 1117.

aéreo sobrejacente aos Estados em toda a sua extensão. Vale observar, no entanto, que esta extensão não é pacífica na doutrina.

No que diz respeito à natureza jurídica do espaço aéreo, Celso Mello explica que, apesar da divergência doutrinária, na prática, as duas correntes terminam por dar a mesma solução ao problema da soberania do espaço aéreo: enquanto uma corrente defende a liberdade deste espaço, conciliada à possibilidade de certo controle que vise à preservação do Estado, a outra corrente defende a soberania do Estado com a ressalva da liberdade de passagem inocente.²⁹

Já quanto à soberania marítima, o cenário foi de indefinição por muitos anos, visto que os países não chegavam a um acordo. Porém, após diversas tentativas foi elaborada a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar em 1982, que delimitou o mar territorial em 12 milhas náuticas (ou 22 km) e a não soberania sobre o leito do mar, os fundos marinhos, e o seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional, definindo-os, portanto, como elementos do patrimônio comum da humanidade. Por essa razão, Celso Mello afirma se tratar de uma criação jurídica, utilizando-se da expressão “mar dos juristas”, e não geográfica.³⁰

1.4.2 Soberania Permanente Sobre os Próprios Recursos Naturais e a Nova Ordem Econômica Internacional

A ideia de uma soberania permanente sobre seus próprios recursos naturais surge muito recentemente na história. Segundo Marilda Rosado, o início da produção de petróleo em áreas *offshore* além dos limites do mar territorial do Estado, na década de 1950, foi um importante fator que levou os países a discutirem não só sobre a extensão do mar territorial, mas também sobre a extensão da soberania sobre os recursos naturais dos oceanos.³¹

Antes, no entanto, outro importante fator que levou à discussão e à positivação do princípio da soberania permanente foi a independência das ex-colônias americanas, no final do século XIX, uma vez que esses novos países buscaram sua soberania e o resgate do

²⁹ Ibid., p. 1308.

³⁰ MELLO, 2004, v. 2, p. 1182.

³¹ RIBEIRO, 2003, p. 124.

domínio sobre seus recursos naturais, anteriormente explorados pelas metrópoles. Já na Revolução de 1917 vislumbra-se a concretização deste poder soberano quando é feita a nacionalização de investimentos estrangeiros sem indenização.

É neste plano de fundo, portanto, que surge a chamada Nova Ordem Econômica Internacional³², na qual, segundo Celso Mello, as resoluções da ONU consagram a cooperação internacional e a soberania permanente sobre os recursos naturais. Tais elementos favoreceram o surgimento dessa nova ordem, que, por sua vez, estabelece que “o estado dentro de sua soberania tem o direito de escolher a sua forma de desenvolvimento e não pode mais lhe ser imposto o modelo ocidental”, apesar de reconhecer a interdependência econômica entre os Estados.³³

A Nova Ordem Econômica Internacional foi estabelecida por um conjunto de propostas elaboradas no âmbito da Assembleia Geral da ONU, através de diversos documentos, dentre os quais se destacam: a “Declaração de Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial”, como ficou conhecida a Resolução nº 3.201, de 01 de maio de 1974; o “Plano de Ação para o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial”, título dado à Resolução nº 3.202, 01 de maio de 1974 e a “Carta de Direitos e Deveres dos Estados”, nome dado à Resolução nº 3.281, 12 de dezembro de 1974.

Celso Mello observa que o conceito da Nova Ordem Econômica Internacional e seus fundamentos jurídicos foram objeto da obra de Bermejo de onde se extrai a seguinte definição: “[...] conjunto de princípios, de regras e de práticas privadas ou públicas que regem e organizam as relações econômicas entre os atores que hoje determinam a sociedade internacional: Estado, organizações internacionais e grupos transnacionais.”³⁴

Brigitte Stern, por seu turno, defende que a Nova Ordem Econômica Internacional decorre da “ideologia do desenvolvimento”, sendo o subdesenvolvimento “um produto da divisão do trabalho existente, que fez as economias do Terceiro Mundo [...] dependentes” e, por isso, deve-se “encorajar um desenvolvimento autocontrolado dos países subdesenvolvidos, fundado notadamente na exploração de seus próprios recursos e não na sua

³² MELLO, 1993, p. 207-208.

³³ Ibid, p. 207-208.

³⁴ BERMEJO, Romualdo. *Vers un Nouvel Ordre Économique International*. Fribourg: Editions Universitaires Fribourg, 1982 apud MELLO, Celso D. de Albuquerque (coord.), *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.1687.

exportação [...] que deve ser um desenvolvimento específico correspondente às necessidades de cada estado”.³⁵

Foi nesta conjuntura, portanto, que entre as décadas de 1960 e 1970, instaurou-se na Assembleia Geral da ONU a discussão relativa à soberania dos Estados sobre seus recursos naturais.³⁶

Celso Mello constata, inclusive, que foi iniciativa dos países latino-americanos, especialmente do Chile, em 1952, a positivação do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais através das resoluções da ONU.³⁷ A sugestão chilena ocorreu na circunstância da Comissão de Direitos Humanos, quando esta, após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, preparava a segunda parte da Carta Internacional dos Direitos Humanos e analisava como deveria ser incluído o direito de autodeterminação dos povos.

No mesmo ano, a Resolução da ONU nº 523 (VI), de iniciativa da Polônia, tratou indiretamente do uso de recursos naturais pelos países em desenvolvimento, tendo sido a primeira a declarar que esses países têm o direito de determinar livremente o uso de seus recursos naturais e a estabelecer que tais recursos devem ser usados da melhor forma para a realização dos planos de desenvolvimento econômico do país, de acordo com seus interesses nacionais.

O tema da soberania permanente no contexto da indústria do petróleo - que será melhor explorada em capítulo próprio -, segundo Marilda Rosado, surge com a declaração do árbitro francês René-Jean Dupuy, no caso “Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic”, em janeiro de 1977. Segundo o árbitro, a soberania não pode ser embasamento único para o ato de nacionalização e descumprimento de acordo entre o Estado e a empresa investidora. Em suas palavras:

[...] o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais não pode ser invocado pelo Estado que nacionaliza bens estrangeiros para descumprir obrigações livremente contraídas no exercício de sua soberania, no âmbito de ‘contratos

³⁵ STERN, Brigitte. *Um Nouvel Ordre Économique International?*. Paris, 1983, p. XXIV e XXV *apud* MELLO, 1993, p. 207-208.

³⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas Transnacionais e os Novos paradigmas do Comércio Internacional. *In: DIREITO*, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11.

³⁷ MELLO, 2004, v.1, p. 446.

internacionalizados'. Dupuy argumentou que a lei internacional era aplicável, pois o contrato era internacionalizado pelo simples fato de ter sido indicada a arbitragem e a ela ter-se submetido o Estado. Dessa posição resulta que um ato de nacionalização não pode prevalecer sobre um 'contrato internacionalizado', contendo cláusula de estabilização.³⁸

O conflito gerado pela nacionalização dos investimentos estrangeiros pelos países recentemente independentes, como forma de concretização do princípio da soberania permanente, contudo, advém desde a década de 1950 com a privatização da Anglo-Iranian Oil Company, em 1951, que, nas palavras de Nico Schrijver, foi o primeiro grande choque econômico entre o norte e o sul no período pós-guerra.³⁹

Apesar disso, foi apenas em 1962 que a ONU aprovou a Declaração sobre Soberania Permanente sobre Recursos Naturais (Resolução da ONU nº 1.803 (XVII), de 14 de dezembro de 1962).⁴⁰ A Resolução consegue, enfim, um equilíbrio entre o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais e as responsabilidades internacionais dos Estados nos atos de nacionalização que dividiam os países desenvolvidos de um lado e os países subdesenvolvidos de outro, de modo a aproximar a necessidade da soberania sobre os recursos naturais e o desenvolvimento econômico dos Estados. A Resolução declara ainda que a violação à soberania sobre seus recursos naturais é contrária à Carta das Nações Unidas de 1945 e impede o desenvolvimento da cooperação internacional e a manutenção da paz.⁴¹

Foi assim, portanto, que “o direito de autodeterminação dos povos e o direito à soberania permanente sobre os recursos naturais tornaram-se um dos pilares do novo Direito Internacional”, nas palavras de Marilda Rosado.⁴² Por sua tamanha importância, Brownlie defende ser o princípio da soberania permanente uma regra *jus cogens*.⁴³

Após a aprovação da Resolução nº 1.803/1962, foi assinada a “Declaração Conjunta dos Setenta e Sete Países”, em 1964, cujo objetivo principal era fortalecer o poder de

³⁸ RIBEIRO, 2003, p. 126-7.

³⁹ SCHRIJVER, Nico. *Sovereignty over Natural Resources*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 41.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 41-49.

⁴¹ SMITH, Ernest et al., *Materials on International Petroleum Transactions*. Colorado: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000, p 3-66 apud RIBEIRO, 2008, p. 12.

⁴² RIBEIRO, 2008, p. 12.

⁴³ BROWNLIE, Ian. Legal Status of Natural Resources in International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Leiden, Holanda, NL, v. 162, p. 247-318, 1979 apud *ibid.*, p. 13.

barganha desses 77 países diante das negociações no âmbito da ONU⁴⁴ e a cooperação sul-sul⁴⁵. Além disso, visava ao fortalecimento do princípio da soberania permanente e pretendia estender este direito a recursos ainda não definidos, como era o caso dos recursos marítimos. Ademais, os países membros objetivavam incluir o direito à participação na administração e nos lucros de companhias estrangeiras, bem como o de determinar unilateralmente a indenização em caso de nacionalização e o de dirimir quaisquer disputas com base no direito nacional⁴⁶ em oposição à internacionalização dos contratos de investimentos estrangeiros, tema melhor abordado adiante.

Outro importante documento da ONU sobre o assunto é a Resolução nº 2.158 (XXI), de 25 de novembro de 1966, uma vez que reafirma o caráter de direito inalienável do princípio da soberania sobre os recursos naturais. Tal iniciativa demonstra a necessidade da efetiva atuação da ONU em prol do exercício deste direito pelos Estados a fim de que estes conquistem seu desenvolvimento e possam, a partir daí, exercer a liberdade de escolha sobre o modo como seus recursos serão explorados, além de estabelecer a necessidade de que essa exploração seja sempre conduzida de acordo com a lei local.

Infelizmente, não é possível analisar cada uma das resoluções da ONU que direta ou indiretamente tratam do tema, mas vale apontar algumas delas. A declaração relativa a uma Nova Ordem Econômica Internacional - NOEI e o Programa de Ação relativo à instauração da NOEI (Resoluções nº 3.201 e 3.202 (S-VI), de 1º de maio de 1974 respectivamente) são importantes destaques por ressaltarem o respeito absoluto à soberania dos Estados sobre seus recursos naturais.

Por fim, resta-nos mencionar a Segunda Conferência Geral da UNIDO - Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO II), como último documento relevante para o objeto de estudo em questão, elaborado em 1975.

1.4.3 Definição de Recursos Naturais

⁴⁴ Atualmente, este grupo é composto por 132 países membros da ONU.

⁴⁵ G77. Disponível em: <http://www.g77.org/doc/>. Acesso em: 24 de fev. 2012.

⁴⁶ JACKSON, Robert. *Sovereignty*. Cambridge: Key Concepts, 2007, p. 166-167.

Não podemos deixar de ao menos delimitar algumas diretrizes quanto à definição de recursos naturais. Entretanto, como bem destaca Schrijver esta é uma tarefa difícil já que

recursos naturais passaram a ser objeto de uma variedade de disciplinas científicas. Isso faz com que uma definição seja desejável e difícil. Cada descrição do conceito será determinada pelo ângulo específico a partir do qual o objeto é estudado; o cientista natural vai enfatizar a geração de recursos vivos e não vivos, o economista, a abundância ou escassez de recursos e a sua exploração e distribuição a certo custo, o ecólogo, a ocorrência de certos minerais na crosta terrestre, o ambientalista, o valor intrínseco dos recursos naturais e a necessidade de seu uso sustentável, enquanto que o advogado vai estudar a sua posse e usufruto.⁴⁷

Nas ciências naturais, encontramos diversas definições, mas nos chamou a atenção aquela utilizada pela OMC no Relatório de 2010, em que encontramos o que podemos considerar um consenso sobre este conceito, segundo o qual, recursos naturais são “estoques de materiais existentes no ambiente natural que são escassos e economicamente úteis na produção ou consumo, tanto em seu estado bruto ou após passar por um mínimo de processamento” ressaltando que

outra forma de expressar a idéia de que os recursos naturais devem ser escassos e economicamente úteis é que eles devem possuir um preço positivo nos mercados e podem ser utilizados tanto como entradas na produção ou diretamente como fonte de utilidade para os consumidores.⁴⁸

Encontramos ainda diversas definições entre as quais se destaca aquela dada pela Convenção de Plataformas Continentais de 1958 e repetida na Convenção sobre Direito do Mar, de 1982:

[...] são os recursos minerais e outros recursos não vivos do leito do mar e subsolo bem como os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias, isto é, aquelas

⁴⁷ Tradução livre de: “natural resources have become the object of a variety of scientific disciplines. This makes a definition both desirable and difficult. Every description of the concept will be determined by the specific angle from which the object is studied; the natural scientist will emphasize the generation of living and non-living resources, the economist the abundance or scarcity of resources and their exploitability and distribution at certain cost levels, the ecologist the occurrence of certain minerals in the earth’s crust, the environmentalist the intrinsic value of natural resources and the need for their sustainable use, while the lawyer will study their ownership and usufruct rights”. (SCHRIJVER, 1997, p. 13).

⁴⁸ Tradução livre de: “stocks of materials that exist in the natural environment that are both scarce and economically useful in production or consumption, either in their raw state or after minimal amount of processing”, ressaltando que “[a]nother way of expressing the idea that natural resources must be scarce and economically useful is that they must command a positive price in markets and can be used either as inputs in production or directly as a source of utility to consumers.” (WTO. World Trade Report 2010. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/wtr10-2b_e.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2012).

que no período de captura estão imóveis no leito do mar ou no seu subsolo ou só podem mover-se em constante contato físico com esse leito ou subsolo.

Por sua vez, a Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, inclui dentro do poder soberano sobre os recursos naturais o direito sobre os recursos biológicos e genéticos, correspondendo os primeiros ao conceito de “recursos genéticos, organismos ou partes destes, populações, ou qualquer outro componente biótico de ecossistemas, de real ou potencial utilidade ou valor para a humanidade” e os últimos ao de “material genético de valor real ou potencial”.

Podemos encontrar nas resoluções da ONU expressões equivalentes a recursos naturais, como é o caso das expressões “riquezas naturais” e “atividades econômicas”. Contudo, para uma melhor orientação do presente trabalho nos limitaremos às diretrizes acima mencionadas do que seria, portanto, “recursos naturais” dando a esta expressão um sentido bastante amplo.

1.5 Soberania como Direito e Dever

Uma vez feito este histórico, passaremos a algumas questões levantadas pela doutrina, como a “titularidade” da soberania sobre os recursos naturais, interessando-nos discorrer sobre esta ser um direito do povo ou do Estado, se esse direito gera deveres e, em caso afirmativo, quais são eles.

Apesar de os Estados e as organizações internacionais serem os únicos sujeitos com personalidade jurídica no âmbito internacional, já há muito se fala da participação do indivíduo neste cenário. No caso da utilização dos recursos naturais, este debate não fica para trás, sendo possível afirmar que o titular do poder soberano sobre os recursos naturais não é outro senão o povo. Isso porque não apenas resoluções da ONU mencionam este direito como sendo do povo, a exemplo da Resolução nº 1.314/1958, mas também suas decisões, quando reconhece, em casos específicos, o direito de determinadas populações explorarem seus próprios recursos, como no caso do parecer consultivo do CIJ, em que foi consagrado o princípio da autodeterminação para territórios não autônomos⁴⁹ e, em 1974, no Decreto nº 01

⁴⁹ CIJ, Opinião Consultiva do Caso Sahara, de 1975. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/61/9467.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

do Conselho da ONU sobre a Proteção dos Recursos Naturais na Namíbia que vetava a exploração ou exportação de recursos daquele país sem a autorização prévia do Conselho, dentre outras previsões em defesa do interesse da população namibiana.⁵⁰

Diante disso e das definições de recursos naturais mencionadas acima, pode-se dizer que a soberania sobre recursos naturais dá aos Estados alguns direitos, sobretudo o direito ao desenvolvimento.

1.5.1 Direito ao Desenvolvimento

O desenvolvimento inicialmente era visto restritamente sob seu aspecto econômico, dando-se destaque ao seu aspecto social apenas com a evolução do conceito. Sobre isso Lier Pires comenta: “Historicamente, a questão do desenvolvimento tem sido abordada prioritariamente sob o prisma da teoria econômica e, em caráter subsidiário, pelas ciências sociais, notadamente a Sociologia.”⁵¹

A expressão “direito ao desenvolvimento” nasce em 1978 com Keba M’Baye.⁵² Em seguida, surge no âmbito da ONU o debate sobre o direito ao desenvolvimento como um direito humano fundamental, o que resultou na Declaração do Direito ao Desenvolvimento, de 1986 (Resolução nº 41/128, de 1986).

Não apenas neste, mas, em diversos outros documentos internacionais, reconhece-se o caráter inalienável do direito ao desenvolvimento, fruto, em primeiro plano, da soberania e, em segundo plano, da autodeterminação dos povos. A título de exemplo temos a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 e a Declaração de Viena, de 1993.

⁵⁰ SCHRIJVER, 1997, p. 147.

⁵¹ PIRES FERREIRA, L. Comentários iniciais sobre os impactos do direito internacional do desenvolvimento e do ordenamento jurídico-político do setor petrolífero brasileiro na construção do desenvolvimento nacional. *Revista Ibero-Americana de Direito Público, RIADP*: doutrina, pareceres, jurisprudência. Instituto Ibero-Americano de Direito Público – IADP (Capítulo brasileiro), Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, ano III, n. 9, p. 103, jan./mar. 2003. Apud FERREIRA, Lier Pires. *Direito internacional, petróleo e desenvolvimento: políticas de produção em áreas inativas com acumulações marginais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p 109.

⁵² ONU. E/CN.4/1334. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G78/123/19/PDF/G7812319.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 19 mar. 2012. M’BAYE, Kéba. "Le développement et les droits de l'homme", comunicação apresentada al Coloquio sobre el desarrollo y los derechos humanos, 7 a 12 septiembre de 1970, Organizado por la Comisión Internacional de Juristas y la Asociación Senegalesa de Estudios e Investigaciones Jurídicas, pág. 25: “Así se está elaborando ante nuestros ojos un nuevo derecho: el derecho al desarrollo.”

Sobre o direito ao desenvolvimento, a doutrina enfatiza o debate sobre quem são os seus credores e seus devedores. Celso Mello explica que o debate se dá devido ao fato de existirem diversos critérios para medir o desenvolvimento e o subdesenvolvimento.⁵³ Cláudia Moisés ressalta que a Assembléia Geral e a Comissão de Direitos Humanos da ONU vêm enfatizando a participação dos Estados como um requisito para a realização deste direito.⁵⁴ Allan Rosas, por outro lado, explica que, apesar de os países em desenvolvimento defenderem que os Estados são os sujeitos do direito ao desenvolvimento, o Grupo de Trabalho sobre o assunto na ONU não inclui os Estados como beneficiários deste direito, retomando o debate já apresentado sobre quem é titular deste direito.

Celso Lafer adota outra posição quanto ao tema, pois ao estudar sobre a Declaração de Viena entendeu que estatraz o indivíduo como sujeito principal do desenvolvimento, uma vez queeste direito está elencado no rol dos direitos humanos:

[...] reconheceu sem ambigüidades, o direito ao desenvolvimento, assegurando a devida ênfase, na tradição liberal dos direitos de primeira geração, à pessoa humana como sujeito central do desenvolvimento e titular de dignidade e valor, ao sublinhar que os direitos humanos reconhecidos internacionalmente não podem ser cerceados por falta de desenvolvimento.⁵⁵

Com base no acima exposto, conclui-se que, como credores do direito ao desenvolvimento, por um lado, temos o povo em si, por outro, a doutrina ainda traz os Estados em desenvolvimento, uma vez que se trata de um direito humano, mas que é estendido a esses países.⁵⁶

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), ocorrida no Cairo, em 1994, deu origem ao Programa de Ação da CIPD, iniciativa que enfatiza o caráter humano do direito a um desenvolvimento sustentável, pois coloca o homem no centro deste problema:

Os seres humanos estão no centro das preocupações quando o assunto é desenvolvimento sustentável. Eles têm direito a uma vida saudável e produtiva, em

⁵³ MELLO, 1993, p. 27.

⁵⁴ MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 53.

⁵⁵ LAFER, Celso. *Desafios: Ética e Política*. São Paulo: Siciliano, 1994, p. 209 apud *ibid.*, p. 54.

⁵⁶ MOISÉS, loc. cit.

harmonia com a natureza. As pessoas são o recurso mais importante e valioso de qualquer nação. Os países deveriam assegurar que todos os indivíduos têm a oportunidade de tirar o máximo de seu potencial. Eles têm o direito a um padrão de vida adequado para si e suas famílias, incluindo alimentação, vestuário, habitação, água e saneamento.⁵⁷

Já na Declaração do Rio, de 1992, nota-se que o mesmo segue a conclusão da doutrina e traz o Estado como um dos responsáveis por conquistar o desenvolvimento de seu povo, quando afirma que: “Todos os Estados e todas as pessoas devem cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza como um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável”.⁵⁸

O Programa de Ações, de 1995, da ICDP (International Conference on Population and Development), por sua vez, passa a elaborar um conteúdo ao direito ao desenvolvimento, afirmando que se trata de um direito humano inalienável e inafastável pela justificativa do subdesenvolvimento:

Princípio 3. O direito ao desenvolvimento é um direito universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais, e a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento. Embora o desenvolvimento facilite o gozo de todos os direitos humanos, a falta de desenvolvimento não pode ser invocada para justificar a redução de direitos humanos internacionalmente reconhecidos. O direito ao desenvolvimento deve ser realizado de modo a satisfazer equitativamente as necessidades de desenvolvimento e meio ambiente das populações das gerações presentes e futuras.”⁵⁹

Nas palavras de Keba M’Baye:

⁵⁷ Tradução livre de: “Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature. People are the most important and valuable resource of any nation. Countries should ensure that all individuals are given the opportunity to make the most of their potential. They have the right to an adequate standard of living for themselves and their families, including adequate food, clothing, housing, water and sanitation.”

⁵⁸ Tradução livre de: “All States and all people shall cooperate in the essential task of eradicating poverty as an indispensable requirement for sustainable development” “Todos os Estados e todas as pessoas devem cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza como um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável”.

⁵⁹ Tradução livre de: “Principle 3. The right to development is a universal and inalienable right and an integral part of fundamental human rights, and the human person is the central subject of development. While development facilitates the enjoyment of all human rights, the lack of development may not be invoked to justify the abridgement of internationally recognized human rights. The right to development must be fulfilled so as to equitably meet the population, development and environment needs of present and future generations.”
“Disponível em: <<http://www.unfpa.org/public/cache/offonce/home/sitemap/icpd/International-Conference-on-Population-and-Development/ICPD-Programme.jsessionid=CF52F2227A6254D24D622E6645E464E2.jahia01#ch2>>. Acesso em: 07 de mar. 2012.

O desenvolvimento é um direito coletivo, um direito dos povos. Mas, ele serve apenas para determinar o estado de desenvolvimento, os indicadores usados referem-se necessariamente ao indivíduo. Ele abordará o ‘produto interno bruto per capita’, o ‘ritmo de escolaridade’, a ‘taxa de natalidade’ ou ‘mortalidade’, a ‘idade média da população’, etc... conceitos que são necessariamente relativos à situação de cada homem e cada mulher.⁶⁰

Contudo, há quem afirme que foi, na verdade, apenas na Copenhagen Declaration on Social Development and Programme of Action of the World Summit for Social Development, realizada em 1995, que se trouxe pela primeira vez para os debates sobre o desenvolvimento o tema dos direitos sociais, posto que antes se discutia apenas os aspectos econômicos do direito ao desenvolvimento.⁶¹ Tal fato ganhou tamanho destaque que consta expresso no primeiro parágrafo do preâmbulo da Declaração:

Pela primeira vez na história, a convite das Nações Unidas, nos reunimos como chefes de Estado e de Governo para reconhecer a importância do desenvolvimento social e do bem-estar humano para todos e dar a esses objetivos a mais alta prioridade, tanto agora como no século XXI.⁶²

Sobre isto, Keba já defendia um estudo amplo do que seria o desenvolvimento:

[...] poderíamos ser tentados a considerar o desenvolvimento através de muitas facetas. Na verdade, nada nos impede de falar em desenvolvimento fisiológico, desenvolvimento econômico, desenvolvimento intelectual, desenvolvimento institucional, desenvolvimento moral e outras coisas mais? A lista continua e, então, podemos perguntar se é possível e se é desejável combinar tudo isso sob o termo mais ou menos incerto de direito ao desenvolvimento.⁶³

⁶⁰ Tradução livre de: “Le développement est donc un droit collectif, un droit des peuples. Mais il reste que pour déterminer l’état de développement, les indicateurs utilisés se réfèrent nécessairement à l’individu. Il sera question de « produit intérieur brut par tête d’habitant », de « rythme de scolarisation », de « taux de natalité » ou de « mortalité », de « moyenne d’âge de la population », etc..., autant de notions qui font appel nécessairement à la situation de chaque homme, et de chaque femme.” (M’BAYE, Keba. *Le Droit au Développement*. Disponível em: <<http://ethiopiennes.refer.sn/spip.php?article736>>. Acesso em: 18 de mar. 2012).

⁶¹ ALVES, J. A. Lindgren. A Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social e os paradoxos de Copenhague. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v.40, n. 1 Jan./June 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73291997000100006>>. Acesso em: 17 set. 2012.

⁶² Tradução livre de: “For the first time in history, at the invitation of the United Nations, we gather as heads of State and Government to recognize the significance of social development and human well-being for all and to give to these goals the highest priority both now and into the twenty-first century.” Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/conf166/aconf166-9.htm>>. Acesso em: 07 de mar. 2012.

⁶³ Tradução livre de: “on pourrait être tenté d’envisager le développement sous plusieurs facettes. En effet, rien ne nous empêche de parler du développement physiologique, du développement économique, du développement intellectuel, du développement institutionnel, du développement moral et que sais-je encore ? La liste pourrait être longue et on peut alors se poser la question de savoir s’il est possible et s’il est même souhaitable de

Portanto, o que se vê hoje na doutrina e nos fóruns internacionais sobre direito ao desenvolvimento é a junção da visão tradicional vinculada aos aspectos econômicos e da visão mais atual que enfatiza os direitos individuais e sociais, uma vez que o desenvolvimento econômico não é suficiente para garantir o desenvolvimento dos povos.⁶⁴⁻⁶⁵

Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel em 1998, em seu estudo sobre a relação entre o conceito de liberdade e o desenvolvimento, chega à mesma conclusão. A partir da análise dos tipos de liberdade, pôde inferir que o direito ao desenvolvimento é um direito humano e que não pode ser medido apenas pelo PIB do país, mas deve, sobretudo, levar em conta a realização das liberdades individuais que são, ao mesmo tempo, o objetivo final e o meio pelo qual o desenvolvimento é conquistado. Nesta linha de raciocínio, o autor esclarece:

A abordagem deste livro é [...] principalmente uma tentativa de ver o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Nesta abordagem, a expansão da liberdade é vista tanto como (1) o fim primário e (2) o principal meio de desenvolvimento.⁶⁶

A idéia é que as liberdades sejam desenvolvidas em conjunto, pois um tipo liberdade leva ao desenvolvimento de outra. Desta forma, por exemplo, “a não liberdade econômica pode produzir não liberdade social, assim como a não liberdade social ou política pode também promover a não liberdade econômica”.⁶⁷

Da mesma forma, Bresser Pereira afirma que o desenvolvimento não é outra coisa senão um processo de transformação econômica, política e social conjunta, pelo qual a melhora no padrão de vida da população tende a tornar-se automática e autônoma, motivo pelo qual não há como se falar em desenvolvimento econômico, político ou social

regrouper tout cela sous le vocable plus ou moins incertain de droit au développement.” (M'BAYE, Keba. *Le Droit au Développement*. Disponível em: < <http://ethiopiennes.refer.sn/spip.php?article736>>. Acesso em: 18 de mar. 2012).

⁶⁴ FERREIRA, Lier Pires. *Direito internacional, petróleo e desenvolvimento: políticas de produção em áreas inativas com acumulações marginais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p 98.

⁶⁵ Neste sentido, Lier Pires Ferreira ensina que a teoria da dependência, segundo a qual o estudo do desenvolvimento não se pode ater a modelos fixos de “ordenação de variáveis econômicas e sociais”, mas deve ser feito de modo a considerar as “razões da persistência histórica do subdesenvolvimento”, representou o primeiro esforço bem sucedido no sentido de retirar o foco da economia quanto ao tema do desenvolvimento. (Ibid., p. 116-119).

⁶⁶ SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Anchor Books, 1999, p. 36.

discriminadamente.⁶⁸

A Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (CNUCED), realizada em 1964, estabeleceu a base do que atualmente é chamado de Direito Internacional do Desenvolvimento, visto que foram adotadas novas regras sobre o comércio dos países em desenvolvimento. Hoje, esta Conferência tornou-se órgão permanente da ONU. Por essa razão, Lier Pires Ferreira afirma que o Direito Internacional do Desenvolvimento é “fruto das lutas e resistências dos países subdesenvolvidos contra a dominação dos países centrais”, de modo que “rompe com a clássica neutralidade axiológica assumida pelo DIP em favor de uma concepção política e moral”.⁶⁹ Assim, segundo o autor, seguindo a esteira de Antônio Celso Pereira, este é um direito finalista, que transcende o conteúdo econômico ao mesmo tempo em que visa ao desenvolvimento econômico, social, político e cultural das nações.⁷⁰

Em seu trabalho, Lier Pires Ferreira destaca a função da indústria petroleira como instrumento fundamental para o desenvolvimento de um Estado, na medida em que é uma indústria estratégica política e economicamente. Neste sentido, o autor estuda diversos teóricos do liberalismo. Destacamos seu estudo sobre Jack Donnelly quanto ao duplo papel do Estado de garantir liberdades e de buscar uma igualdade social, de modo que “as políticas públicas, sob essa perspectiva, são essenciais para assegurar que as minorias, em desvantagem ou privadas pelo mercado, sejam consideradas com o mínimo de respeito na esfera econômica”.⁷¹

Lier Ferreira não deixa de observar, contudo, que a afirmativa de que é papel do Estado a elaboração de políticas públicas é contraditória perante o fato de que o mercado mundial é um só e, portanto, o Estado não tem como elaborar suas políticas sem levar em conta a de outros.⁷² Por outro lado, não se pode deixar de observar que, enquanto o mercado é

⁶⁷ Tradução livre de: “[e]conomic unfreedom can breed social unfreedom, just as social or political unfreedom can also foster economic unfreedom” (SEN, 1999, p. 8, texto digital)

⁶⁸ BRESSER-PEREIRA, L. C. *Desenvolvimento e crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula*. 5. ed. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 32 *apud* FERREIRA, op. cit., p. 109.

⁶⁹ FERREIRA, 2011, p. 48.

⁷⁰ PEREIRA, A. C. A. *O Direito internacional do desenvolvimento como instrumento de mudança na sociedade internacional contemporânea*. 1988. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1988, p. 104 *apud* *ibid.*, p. 50.

⁷¹ DONNELLY, J. *International human right*. Colorado: Westview Press, 1998, p. 160 *apud* FERREIRA, op. cit., p. 216 (tradução livre).

⁷² *Ibid.*, p. 222.

global, não temos um governo que o seja, de forma que aos governos estatais cabe se adaptar econômica e politicamente para que o mercado interno de seu país desenvolva-se em conjunto com o mercado global. Destaca-se aqui não só a importância da soberania do Estado e o papel das organizações internacionais - especialmente da ONU- já analisados anteriormente, mas também o tema da globalização como fator de flexibilização do conceito e do exercício da soberania, igualmente já analisado.

1.5.2 O Desenvolvimento Econômico e os Recursos Naturais

Nesta tentativa de adaptar-se e sobrepor-se ao mercado global, os Estados se vêem obrigados a proteger e, ao mesmo tempo, negociar seus recursos naturais. Não apenas a doutrina, mas diversas resoluções da ONU correlacionam o uso dos recursos naturais e o desenvolvimento. A Resolução da Assembléia Geral 626/52, por exemplo, determina que os Estados têm o direito de explorar seus recursos naturais quando entendidos como proveitosos para seu progresso e seu desenvolvimento econômico.

A Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, por sua vez, determina em seu artigo 7º que os Estados têm direito à mobilização total de seus recursos para promover o desenvolvimento econômico, social e cultural. Já a Resolução 2.158/66 inovou estabelecendo que deve haver um esforço para o máximo desenvolvimento dos recursos naturais dos países em desenvolvimento e o fortalecimento de suas habilidades, de modo a exercerem efetivamente suas escolhas sobre como explorar e comercializar seus recursos.

1.5.3 O Desenvolvimento e a Proteção Ambiental

Nota-se que outro tema de grande importância para o uso dos recursos naturais em prol do desenvolvimento é a proteção ao meio ambiente, posto que serve tanto como objetivo, quanto limite do poder soberano sobre os recursos naturais. Neste contexto, o princípio da soberania territorial é limitado também pela soberania dos outros Estados limítrofes. Celso Mello afirma, portanto, que “[a] melhor concepção sobre esta questão é ainda aquela que aplica a teoria do direito de vizinhança. O Estado pode se utilizar do rio desde que não traga maiores danos aos

demais ribeirinhos”⁷³. A novidade atualmente é que este cuidado não se deve apenas com relação aos países vizinhos, mas também com relação a sua própria população, levando em conta inclusive o direito das futuras gerações.

Os autores Francisco de Assis Brito e João Bettencourt da Câmara apontam para a importância de uma diretriz política de caráter global, frente ao descumprimento das normas ambientais. Além disso, destaca-se que o desenvolvimento de país poderá, sem uma diretriz ambiental, acarretar na degradação desenfreada de seus recursos naturais.⁷⁴ Neste sentido, a Convenção-Quadro da ONU sobre Mudança de Clima, de 1992, afirma que os Estados têm direito soberano de explorar seus próprios recursos, conforme suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento.⁷⁵ Porém, devem ter a responsabilidade de velar pelas atividades que se realizam no âmbito de sua jurisdição ou sob seu controle sem causar danos ao meio ambiente de outros Estados e de zonas além dos limites de sua jurisdição, reafirmando o princípio da soberania do Estado na cooperação internacional para fazer frente à mudança climática.

Para ilustrar tal questão, temos a Carta de Direitos e Deveres dos Estados, que apresenta algumas regras gerais sobre como os Estados devem agir:

Art. 3: In the exploitation of natural resources shared by two or more countries, each State must co-operate on the basis of a system of information and prior consultation in order to to achieve optimum use of such resources without cause damage to the legitimate interest of others.

Art. 30: The protection, preservation and enhancement of the environment for the present and future generations is the responsibility of all States. All States shall endeavour to establish their own environmental and developmental policies in conformity with such responsibility. The environmental policies of all States should enhance and not adversely affect the present and future development potential of developing countries. All States have the responsibility to ensure that activities within jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction. All States should co-operate in evolving international norms and regulations in the field of the environment.

No mesmo sentido, a Declaração da NOEI determina que os Estados devem evitar o desperdício dos recursos naturais (art. 4, “q”). Por sua vez, a Resolução nº 3.326

⁷³ MELLO, 2004, v. II, p. 1207.

⁷⁴ BRITO, Francisco de Assis; CÂMARA, João Bettencourt da. *Democratização e gestão ambiental: em busca do desenvolvimento sustentável*. Petrópolis: Vozes, 1980, p. 30.

⁷⁵ Para o estudo mais aprofundado sobre os instrumentos internacionais mais importantes de proteção ambiental, ler ANDRADE, Roberto de Campos. *Desenvolvimento Sustentável e Direito Internacional*. In: AMARAL JR, Alberto (ORG.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri: Manole, 2005, p. 325-360.

(XXIX)/1974 afirma, em seu preâmbulo, que a exploração irracional dos recursos representa uma ameaça para o exercício da soberania permanente dos países em desenvolvimento.

Deste modo, nota-se que o Direito Ambiental Internacional gerou importantes mudanças para o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, agregando novos deveres ao Estado relativos à preservação do meio ambiente. Acerca do assunto, Ana Cristina Pereira alerta para o fato de diversas convenções trazerem limites à soberania territorial do Estado, como é o caso dos Princípios da Declaração de Estocolmo, de 1972, e da Declaração do Rio, de 1992. O Brasil, segundo a autora, é signatário de diversos tratados que criam restrições à soberania nacional, tais como o “[a]rtigo 194.2 da Convenção sobre Direito do Mar de 1982; Artigo XVI do Tratado de Cooperação Amazônica de 1978; Artigo 3 da Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992; Princípio 1(a) do Acordo Internacional de Madeiras Tropicais de 1994; e Artigo V do Tratado da Bacia do Prata de 1969”⁷⁶. Pela observação dos aspectos analisados, conclui-se que o Estado, atualmente, não é mais totalmente livre no uso de seu território.⁷⁷

1.6 Os Principais Desafios Atuais

1.6.1 Integração Regional

A mitigação do conceito clássico de soberania começa com a criação de organizações internacionais, como a Liga das Nações e, posteriormente, a Organização das Nações Unidas, nos períodos de pós-Guerra Mundial, de modo que a atuação dos Estados no plano internacional passou a se subordinar à ordem jurídica internacional.⁷⁸

Diante do exposto, é possível verificar os diversos desafios que os Estados, como

⁷⁶ PEREIRA, Ana Cristina. A Relativização da Soberania Brasileira na Floresta Amazônica à Luz do Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1350/1139>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

⁷⁷ Por outro lado, a autora afirma, em seu estudo específico sobre o tema, que o Brasil não tem qualquer responsabilidade internacional a responder perante o atual desflorestamento da amazônia (PEREIRA, 2010, texto digital).

entes soberanos, vêm enfrentando na conjuntura internacional atual. O primeiro que nos interessa é o processo de integração regional, que hoje exerce duas funções: a de fortalecer os países com interesses internacionais similares e a de promover a integração econômica entre estes. Infelizmente, não é possível aqui fazer uma digressão para tratarmos a fundo do tema sobre as organizações internacionais. Cabe-nos apenas apontar como estas têm mitigado o conceito clássico de soberania, uma vez que promovem a substituição de um direito estritamente estatal por regras supranacionais, concretizando o que se entende por soberania flexibilizada, já que o Estado passará a servir obediência a uma lei externa. Vale destacar que esta flexibilização sofre etapas, sendo em alguns casos bem avançada - como na União Europeia - enquanto em outros, ainda encontra-se em processo de evolução, como no MERCOSUL.

A fim de dar uma base teórica às organizações internacionais coerente com a ideia clássica de soberania, Andre Lupi explica a diferença entre o que seria uma efetiva transferência de soberania e, conseqüentemente, perda da mesma e, por outro lado, a mera delegação de poderes soberanos. Nos processos de integração, portanto, o que ocorre é somente este último ato que é, segundo o autor, precário.⁷⁹

Apesar de as organizações internacionais serem conhecidas como os únicos agentes internacionais com personalidade jurídica, além dos Estados, na sociedade internacional⁸⁰, entende-se que a personalidade jurídica da organização internacional é, em regra, derivada da vontade do Estado – principal agente internacional, cujos direitos e deveres são amplos devido ao princípio da soberania que apenas a ele é conferido.⁸¹ Portanto, diferentemente dos Estados, o poder atribuído a uma organização internacional para que possa concluir um tratado, por exemplo, não advém de sua soberania, posto que esta não é um de seus atributos, e sim das disposições específicas trazidas em seu tratado constitutivo.

⁷⁸ FERREIRA JUNIOR, Lier Pires. Estado e Soberania no Contexto da Globalização. In: GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (coord.). *Soberania: antigos e novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 164.

⁷⁹ LUPI, Andre Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 283.

⁸⁰ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 71-72.

⁸¹ DINH, Nguyen Q.; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: LGDJ, 2003, p. 607.

1.6.2 A Globalização e o Papel das Transnacionais

Outro desafio enfrentado pelos Estados na conjuntura atual é a flexibilização da soberania através da globalização, uma vez que sua atuação no comércio internacional, em um contexto em que a igualdade é meramente teórica, cria relações de dependência econômica e política. Ou seja, o Estado deixa de ser aquele descrito por Carl Schmitt, pois não há mais como se falar em um Estado completamente independente de outro. A dificuldade financeira decorrente da desigualdade entre os países que precisam cooperar para se sustentarem no mercado internacional- senão para sustentarem sua posição dominante - tem afetado não apenas os países mais pobres classicamente citados, como os africanos e latino-americanos, mas também diversos outros na Europa, como se vê nas recentes crises da zona do Euro.

A atuação das transnacionais cuja influência política supera, muitas vezes, o poder de barganha de muitos países também tem representado outro desafio para os Estados soberanos, especialmente, para os hospedeiros dos investimentos feitos por essas empresas. Neste sentido, Marilda Rosado ensina que a partir do século XX o tema das transnacionais ganha importante destaque. Em resumo, a autora explica como, em meados do século XX, a relação entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento permitiu às empresas daqueles primeiros o acesso a um novo mercado e às matérias-primas mais baratas e como isso evoluiu de forma a ensejar certa rivalidade entre as duas realidades, culminando nas nacionalizações da década de 1960:

Na década de 50 o investimento direto proveniente dos países desenvolvidos era a principal fonte de negócios internacionais, o que permitia às empresas transnacionais acesso a mercados e matéria prima através de subsidiárias e filiais, e criava para os países receptores de capital não somente o acesso ao capital financeiro, mas também a técnicas, administração e *know-how*. O período crítico da década de sessenta deu ensejo, por um lado, a radicalizações, que mantinham uma tendência de afirmação dos interesses dos países hospedeiros, por meio de nacionalizações de propriedades estrangeiras. Em compensação, já nessa época delineavam-se novas formas de cooperação com o capital internacional, como as *joint ventures* entre empresas internacionais e empresas locais.⁸²

⁸² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas Transnacionais e os Novos paradigmas do Comércio Internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (org). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3-4.

Celso Mello afirma serem as empresas transnacionais - cujo poder de decisão está disperso entre suas subsidiárias que atuam nos países estrangeiros, - aquelas capazes de influenciar a economia de vários países. Para tanto:

[...] a transnacional deve: a) ser uma grande empresa com enorme potencial financeiro; b) ter um patrimônio científico-tecnológico; c) dispor de administração internacionalizada; d) possuir unidade econômica e diversidade jurídica, através de subsidiárias ou filiais que têm diferentes nacionalidades.⁸³

Deste modo, conforme ensina Marilda Rosado, as transnacionais terminam por se sujeitarem a mais de um ordenamento jurídico e passam a ter, portanto, um “caráter anômalo”, que afetará a legitimidade de seu poder econômico e do seu direito à exploração de determinado setor da economia de certo Estado, e afetará ainda o direito aplicável em caso de responsabilidade pelos seus atos.⁸⁴

É fácil concluir que as empresas transnacionais influenciam diretamente as políticas econômicas dos Estados em que atuam. Assim, verifica-se que, apesar de soberano, o Estado, muitas vezes, dobra-se a pressões externas, permitindo ou mesmo autorizando a interferência estrangeira, ou através de normas internacionais ou através, ainda, da entrada e saída de investimentos estrangeiros.

A relação entre as empresas transnacionais e os Estados é tão complexa que a Resolução da ONU nº 2.158/66 estabelece que a exploração dos recursos naturais deve ser sempre feita de acordo com as leis locais e que todas as nações, especialmente as em desenvolvimento, têm o direito de assegurar e incrementar sua participação na administração de empresas parciais ou completamente operadas por capital estrangeiro.

Nas palavras de Antonio Celso Pereira:

[...] só resta às nações emergentes lutar para não serem desconectadas das redes de poder e dos centros de decisão de um mundo mergulhado na voragem globalizante e na contestação de um sistema político mundial consolidado em torno da hegemonia da República Imperial Norte Americana.⁸⁵

⁸³ MELLO, 1993, p. 104 apud *ibid.*, p. 9.

⁸⁴ RIBEIRO, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁵ PEREIRA, Antonio Celso Alves. Soberania e Pós-Modernidade. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *Brasil e Novos Desafios de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 620.

Diante do atual cenário, a doutrina questiona se a soberania não seria um entrave ao desenvolvimento do Direito Internacional, especialmente a soberania sobre os recursos naturais e a atual preocupação com a preservação do meio ambiente. Sob outro aspecto, a doutrina questiona-se mais uma vez sobre o papel da soberania dos Estados como empecilho para o desenvolvimento da cooperação internacional de modo mais global ao vislumbrar as limitações que tal princípio cria quando estamos diante de uma organização internacional sem poder coercitivo para fazer valer suas normas, visto que, no conflito político de interesses, muitas vezes, o país afasta as normas internacionais às quais está internacionalmente obrigado com o argumento de que está a proteger a soberania de seu Estado.

Como visto, no entanto, a soberania é como uma moeda de dois lados e se, por um aspecto, dá carta branca ao Estado para argumentar em prol do interesse nacional e afastar a norma internacional, por outro, cria obrigações internas e internacionais inerentes ao próprio princípio, como é o caso das regras relativas à preservação do meio ambiente e o respeito à soberania dos demais países, conseqüentemente, às suas fronteiras e às suas políticas externas.

O princípio da soberania é tão relevante para o Direito Internacional que, como poucas vezes se vê, as esferas pública e privada deste convergem a ponto de se confundirem. Sobre isso, Philip Jessup chega a defender a superação do hiato tanto hermenêutico como epistemológico que existe entre ambos os ramos do Direito Internacional.⁸⁶

Nas palavras de Marilda Rosado,

A bidimensionalidade clássica que contrapõe os ramos do Direito Internacional Público (enquanto conjunto de regras que regula as relações entre os Estados soberanos) e o Direito Internacional Privado (para tratar das questões privadas dotadas do elemento de intersistematicidade) não é suficiente para compreender a conjuntura das situações contemporâneas.

A doutrina afirma que essa convergência se deve em grande parte à atuação do indivíduo no âmbito internacional e à proteção à dignidade humana pela sociedade internacional, que hoje está positivada em diversos tratados sobre direitos humanos.⁸⁷ Assim

⁸⁶ JESSUP, Philip. *Direito Transnacional*. Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura 1965, p. 12 apud ROSADO, Marilda e ALMEIDA, Bruno. A Cinemática Jurídica Global: Conteúdo do Direito Internacional Privado Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 20, 2011. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1516/1646> >. Acesso em: 16 mar. 2012.

sendo, verificamos como o tema da soberania, na perspectiva de um princípio que cria obrigações ao Estado, influenciou este movimento de convergência e foi, ao mesmo tempo, afetado por essa nova perspectiva que inclui não apenas os Estados e as organizações internacionais dentre os sujeitos atuantes na sociedade internacional, mas também os indivíduos e, mais ainda, as empresas transnacionais.

⁸⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3-409 apud ROSADO, Marilda e ALMEIDA, Bruno. A Cinemática Jurídica Global: Conteúdo do Direito Internacional Privado Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 20, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1516/1646>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

2 CONTRATOS COM O ESTADO

O tema da soberania do Estado nos leva ao estudo de questões pragmáticas envolvendo a relação entre os investidores estrangeiros e o Estado hospedeiro, especialmente quando tomamos em consideração o desequilíbrio econômico entre o Estado – decorrente de seu poder legiferante – e a empresa privada.⁸⁸⁻⁸⁹

Em aula ministrada no Curso de Direito Internacional de Haia, em 2003, Charles Leben ensina que a expressão “contratos com o Estado” é utilizada por certos especialistas franceses de finanças públicas desde o início do século XX. O autor explica ainda que, apesar de a doutrina e a jurisprudência trazerem diferentes abordagens do que seja um contrato com o Estado, todos partem de um mesmo aspecto: “[...] um contrato concluído pelo Estado com uma pessoa privada estrangeira para uma operação econômica internacional (mais comumente de investimento, mas não necessariamente).”⁹⁰

Importa esclarecer que, por outro lado, autores como Gaston Jèze utilizam essa expressão como sinônima de “contratos de empréstimo público do Estado” (*contrats d’emprunt public d’Etat*). Estes são, na verdade, uma categoria de contratos de Direito Público⁹¹, ou seja, em que um Estado contrai uma dívida com pessoas privadas (nacionais ou estrangeiras). Trata-se, portanto, de uma situação na qual o Estado atua como entidade privada e, conseqüentemente, deixa de ter uma posição especial apoiada por seu Direito Público interno.

A atuação do Estado na comunidade internacional, em que se destaca a necessidade de cooperação e a reformulação de seu papel no próprio âmbito interno, em que deixa de ser um

⁸⁸ CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 24-25 apud RIBEIRO; ALMEIDA, 2011.

⁸⁹ Nesse sentido, vide entendimento de Celso Mello: “As empresas comerciais são hoje realmente uma força social atuante na vida internacional. O Direito não pode ignorar essa realidade. É de se lembrar que tais empresas são hoje muito mais poderosas do que inúmeros estados. É o caso do orçamento da General Motors, que é maior do que o orçamento de dezenas de estados em desenvolvimento.” (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Contratos entre Estados e Empresas Estrangeiras*. In: *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Oscar Tenório*. Rio de Janeiro: UERJ, 1977, p. 176-177 apud RIBEIRO, 2003, p. 25).

⁹⁰ LEBEN, Charles. *La théorie du contrat d’État et l’évolution du droit international des investissements*, Haia: Academie de Droit International de la Haye, 2003, p. 212. Tradução livre de: “un contrat conclu par l’Etat avec une personne privée étrangère pour une opération économique internationale (le plus souvent un investissement mais pas nécessairement).”

⁹¹ *Ibid.*, p. 215.

Estado intervencionista e passa a adotar uma postura de mero regulador, faz surgirem novas modalidades de contrato.

Entendemos, portanto, que o conceito de contrato deve ser, hoje, visto de modo mais amplo, para que possa englobar as diversas modalidades de contratação e aquisição de investimento com e para o Estado. Além disso, para caracterizar contrato com o Estado, acompanhando a doutrina dominante, entendemos ser necessário que uma das partes tenha *status* de pessoa jurídica de Direito Público.⁹² Por essa mesma razão, o Direito dos Investimentos faz-se imprescindível na busca do equilíbrio entre as partes, uma vez que, ou pelo poder soberano do Estado ou pelo poder econômico da empresa, haverá sempre assimetrias entre elas.⁹³

Diversos são os contratos a que este estudo se aplica, visto que igualmente várias são as possibilidades de contratação entre um Estado e um particular. Nas palavras de Marilda Rosado:

[...] dentre os contratos que podem ser firmados entre o Estado e o investidor estrangeiro, relevo especial é dado se não se trata apenas de uma compra e venda de produtos ou assistência técnica, mas sim da operação de um serviço público ou da exploração dos recursos naturais em determinado país. Diferentes em natureza são também os empréstimos e títulos lançados no exterior pelos Estados. Em geral, essas relações contratuais são mantidas com empresas dotadas de recursos financeiros e tecnologia, oriundas dos países industrializados, o que abre uma categoria distinta para as concessões modernas, bem afastadas daquelas concessões do início do século XX, as quais descreveremos, sucintamente, no tópico pertinente.⁹⁴

Nos contratos com a indústria do petróleo, a autora destaca que a participação do Estado dá-se de diversas maneiras, tendo em vista o interesse público, tais como: cobranças de tributos ou participação na partilha de lucros, delimitação de obrigações e responsabilidades para a empresa investidora, que pode incluir a transferência de tecnologia, o treinamento de mão-de-obra local, o respeito ao meio ambiente, dentre outras.⁹⁵

⁹² LEBEN, 2003, p. 210.

⁹³ HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional*. São Paulo: Aquarela S.A., 1989, p. 103.

⁹⁴ RIBEIRO, 2003, p. 105.

⁹⁵ Nesse sentido, Thomas Waelde ressalta que nos países em desenvolvimento tanto a legislação de petróleo como os contratos estão repletos de obrigações que procuram estender os benefícios da indústria petrolífera à sociedade como um todo. O autor acrescenta que em alguns países desenvolvidos tais obrigações não estão incorporadas diretamente na legislação de petróleo ou nas licenças, porém está implícito que novas licenças apenas podem ser concedidas se a empresa tiver apresentado no passado um atendimento satisfatório aos interesses da sociedade (WAEELDE, Thomas. *The Current Status of International Petroleum Investment*

Assim, temos de um lado o trabalho das empresas transnacionais que resultaram na criação do código de conduta aplicável às suas atividades no âmbito da ONU⁹⁶ e, de outro, o trabalho dos Estados, reunidos através da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), que deu origem à Declaração de Política Petrolífera para os Estados-Membros, em que se destaca a supervisão governamental da atividade do capital estrangeiro a fim de assegurar que ele seja usado no interesse do desenvolvimento nacional.

A definição do que venha a ser contrato com o Estado não tem apenas interesse didático. Estabelecê-la significa permitir que as partes definam questões fundamentais, como a lei aplicável ao contrato e o foro de eleição ou mesmo a corte de arbitragem competente para julgar eventuais conflitos relativos ao contrato.

2.1 Lei Aplicável

Antes de chegarmos ao estudo de casos, em que verificaremos o tema da lei aplicável, faz-se necessária uma breve análise da doutrina quanto ao assunto, uma vez que este talvez seja o aspecto mais polêmico no que se refere ao objeto contratos com o Estado. Entre as possíveis soluções para a definição da lei aplicável ao contrato, encontraremos quem defenda a aplicação do Direito interno do país hospedeiro do investimento, ou um Direito eleito pelas partes, o Direito Internacional, ou ainda, o Direito do contrato, que seria visto, para quem defende essa corrente, como um acordo quase internacional.⁹⁷

Como forma de resistência ao uso da diplomacia para a solução de controvérsias entre Estado e investidor estrangeiro, que, muitas vezes, significava a intervenção de um Estado sobre o outro, dominou, por muito tempo, a Doutrina Calvo. Segundo essa corrente, uma vez que o Estado é soberano, este não pode ser obrigado a se submeter a nenhuma lei que não a sua.

Regulating, Licensing & Taxing and Contracting. Dundee: CPMLP. Dezembro, 1994 apud RIBEIRO, 2003, p.28).

⁹⁶ Criou-se, inclusive, na ONU, um departamento voltado essencialmente para a análise da atuação das multinacionais. Apud RIBEIRO, 2003, p. 106.

⁹⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 116-117 apud RIBEIRO, 2003, p 107.

A principal tendência na doutrina é a da aplicação da lei nacional do Estado, de acordo com o entendimento da Corte Permanente de Justiça Internacional (Haia) e de diversas resoluções da ONU como visto no capítulo anterior. É inaceitável para um Estado o uso de outra lei de regência que não a territorial. No caso clássico decidido pela Corte de Justiça de Haia, envolvendo os empréstimos sérvios e brasileiros, de 1929, ficou determinado que, na ausência de estipulação, assumia-se que as relações seriam regidas pela lei doméstica do Estado contratante, já que não se tratava de contrato celebrado pelo Estado na condição de sujeito de Direito Internacional.⁹⁸ Celso Mello é um grande defensor desta corrente. Segundo o autor, o Direito Interno deve prevalecer, uma vez que o interesse público do Estado receptor é mais importante do que o interesse comercial da empresa. Defende, ainda, que o Direito Internacional dos Contratos não pode vir a se tornar uma arma dos países ricos contra os países pobres.⁹⁹

Contudo, há de se reconhecer uma evolução no sentido da internacionalização do contrato. Com a flexibilização do conceito de imunidade, que passa a ser afastado em caso de o Estado atuar em atividades antes restritas à iniciativa privada, parte dos autores questiona a Doutrina Calvo e defende a aplicação do Direito Internacional como Direito aplicável ao contrato entre o Estado e a empresa. Ou seja, a aplicação do Direito interno do Estado receptor dos investimentos não significa o afastamento do padrão mínimo de tratamento.¹⁰⁰ Para José Magalhães, o fato de o contrato ser regido pelo Direito nacional não afasta a proteção que a comunidade internacional assegura à parte privada, mesmo não estando essa proteção fundada em instrumento internacional.¹⁰¹

Neste mesmo sentido, temos o posicionamento de José Augusto Fontoura Costa:

[...] os contratos, que eram vistos como regidos, exclusiva ou primordialmente, pelo Direito interno do Estado, passaram a ser considerados como tendo, no mínimo, a interpretação e suplementação mediante padrões e princípios internacionais e, no

⁹⁸ O mesmo ocorreu no caso *Aramco v. Saudi Arábia*, em que o tribunal, na ausência de manifestação das partes quanto à lei aplicável, optou por aplicar a lei saudita. (BISHOP, Doak R. *International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea*. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol2/article2-3.html>>. Acesso em: 29 out. 2010).

⁹⁹ MELLO, 2004, v. I, p. 183-184.

¹⁰⁰ COSTA, 2010, p. 117 apud RIBEIRO, 2003, p. 108.

¹⁰¹ MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito Econômico Internacional: tendências e perspectivas*. 1. ed., 5ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2009, p. 305-306.

máximo, a fonte de validade e os limites à atuação estatal fundados no Direito Internacional.¹⁰²

Esse movimento pela internacionalização do contrato com o Estado fez-se presente na Resolução nº 1.803 (XVII) da Assembléia Geral, de 1926, da ONU, a qual criou a Comissão de Soberania do Estado sobre seus Recursos Naturais. Marilda Rosado nota que nos parágrafos 2º e 3º da Resolução a interseção entre a lei internacional e a lei territorial aparece de forma mais clara do que na própria Resolução nº 3.281, de 1974, da Carta de Deveres e Direitos Econômicos dos Estados.¹⁰³ Isso se deve, segundo José Carlos de Magalhães, ao fato desta segunda Resolução ter suprimido a necessidade de o Estado basear o ato de nacionalização ou desapropriação na ordem pública ou segurança nacional, uma vez que os países em desenvolvimento tinham maioria na Assembléia da ONU. Para os países desenvolvidos, a Resolução nº 1.803 “representava a codificação e o consenso internacional sobre a matéria”¹⁰⁴, tendo estes, em sua maioria, votado contra a aprovação da Resolução nº 3.281.

Portanto, fica claro, conforme destaca a doutrina, que esse processo de internacionalização do contrato objetiva a proteção da empresa estrangeira. Hermes Marcelo Huck demonstra que é justamente no momento da negociação do contrato que a empresa tem mais poder de barganha, o que torna mais fácil a adoção de cláusulas que elegem o Direito Internacional como o Direito aplicável. Em suas palavras: “É no momento da contratação que a posição do Estado se encontra enfraquecida, normalmente em decorrência da necessidade que tem de implementação do contrato em seu planejamento global.”¹⁰⁵

Segundo Marilda Rosado, F.A. Mann foi o primeiro a sustentar a “internacionalização” em caso de ausência de cláusula expressa sobre o direito aplicável. Philip C. Jessup foi além e propôs a criação do Direito Transnacional a ser utilizado nestes mesmos casos. Já Prosper Weil defende a elaboração de um Direito Internacional dos Contratos ou Direito Contratual Internacional, cujas fontes formais seriam as convenções internacionais, o costume, as decisões judiciais, a doutrina e os princípios gerais de direito;

¹⁰² COSTA, 2010, p. 123 apud RIBEIRO, 2003, p. 108.

¹⁰³ RIBEIRO, 2003, p. 109.

¹⁰⁴ MAGALHÃES, 2009, p. 300.

¹⁰⁵ HUCK, 1989, p. 47.

e como fontes materiais o Direito Internacional e o Direito Interno.¹⁰⁶ Segundo Guido Soares, esse direito permitiria uma solução às questões de controle sobre as ações das empresas privadas e sobre o crescimento da atuação comercial do Estado.¹⁰⁷

José Augusto Fontoura Costa destaca que a internacionalização tem como principal objetivo garantir a segurança jurídica da parte privada, assegurando-lhe as consequências de eventual ato ilícito internacional, qual seja, o rompimento do contrato feito unilateralmente pelo Estado.¹⁰⁸

Na prática, o que se vê atualmente é a utilização cada vez mais comum das cláusulas de escolha da lei aplicável. Nesta diretiva, Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer destacam que a lei eleita variará conforme o poder de barganha das partes envolvidas. A escolha da lei pode ficar entre a lei nacional e o Direito Internacional, passando por outras opções, como: princípios gerais do Direito, usos e costumes da indústria, Direito Natural, equidade, bem como uma combinação entre o Direito Nacional e o Direito Internacional.¹⁰⁹ Os autores afirmam, ainda, que essas cláusulas necessitam de interpretação, posto que podem não ser suficientes ao indicarem, por exemplo, a equidade.

Neste contexto, importa lembrar o preceito legal da ICSID, que, em seu art. 42, prevê que o Tribunal Arbitral deverá aplicar o Direito Nacional em caso de não haver regras claras quanto à lei aplicável ao contrato de investimento:

Article 42

(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

(2) The Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law.

(3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree.

¹⁰⁶ Ibid., p. 181 apud RIBEIRO, 2003, p. 12.

¹⁰⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. *Concessões de Exploração de Petróleo e Arbitragens Internacionais*. São Paulo: J. Bushatsky, 1977, p. 22 apud RIBEIRO, 2003, p. 13.

¹⁰⁸ COSTA, 2010, p. 120 apud RIBEIRO, 2003, p. 109.

¹⁰⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 74.

Por todos esses aspectos, pode-se dizer que, atualmente, esses contratos são, em regra, regidos pela lei nacional e sofrem, quando cabe ao caso, a internacionalização de suas regras. A problemática da lei aplicável ao contrato com o Estado, no entanto, parece longe de estar pacífica na doutrina ou na jurisprudência internacional por ainda ensejar diversas discussões.

Entre as mais relevantes para o presente trabalho, importa destacar a questão da norma que fundamenta a autonomia da vontade, que, por sua vez, serve de base para a cláusula de escolha da lei aplicável. Isto é, para que haja uma cláusula de eleição de foro é preciso que haja uma norma concedendo às partes autonomia para tanto. Neste sentido, José Augusto Fontoura Costa fala em um ordenamento base que pode ser tanto o ordenamento do Estado receptor do investimento, quanto o do Estado da parte privada ou o Direito Internacional ou mesmo, nenhum ordenamento, falando-se, nesta última hipótese, em uma autonomia total.¹¹⁰

Para a determinação do ordenamento base, o autor aponta três possíveis métodos: proposto por Prosper Weil, o primeiro método consiste em analisar a natureza do contrato e o seu centro de gravidade para a identificação do Direito Aplicável; o outro considera o caráter atributivo dos ordenamentos nacional e internacional, de modo a buscar nestes a norma instituidora da autonomia da vontade. Essa solução teria a desvantagem de apontar mais de um ordenamento base, gerando insegurança. Por fim, a terceira possibilidade seria a de definir a lei aplicável no processo de aplicação, ou seja, pelo próprio foro, o que seria, em princípio, o mesmo que aplicar, de uma vez, a *lex fori*, sendo na arbitragem, possível tanto a aplicação da lei de sua sede, como o Direito Internacional¹¹¹.

2.2 Cláusula de Estabilização

Após a Segunda Guerra Mundial, especialmente nas décadas de 1970 e 1980, devido às inúmeras nacionalizações, tornou-se necessária a criação de regras fundamentais de proteção ao investimento. No que concerne ao tema do contrato com o Estado, importa destacar a cláusula de estabilização.

¹¹⁰ COSTA, 2010, p. 121 apud RIBEIRO, 2003, p. 110.

¹¹¹ No que se refere à arbitragem, o autor lembra que é muito comum a aplicação da lei da sede para determinar as normas procedimentais, mas aponta para importantes precedentes de aplicação de normas e padrões do Direito Internacional para essas mesmas questões, como em *Topco/Calasiastic v. Líbia* e *Convenção Modelo das Nações*

Sua origem está relacionada ao período entreguerras, quando as cláusulas passam a ser usadas nos contratos de concessão entre empresas norte-americanas e países latino-americanos. Neste momento, o principal objetivo era evitar nacionalizações que rompessem com o estabelecido no contrato. Apesar de não impedirem a nacionalização, as cláusulas tinham o condão de torná-las atos ilícitos, obrigando o Estado a pagar uma indenização.¹¹² Peter D. Cameron esclarece que se trata de uma cláusula de suma importância em contratos de longo prazo e de grande investimento, cuja previsão minimiza o risco de o contrato ser rompido por algum ato do Estado.¹¹³ Inclusive, explica o autor, é por pretenderem assegurar a validade do contrato ante as mudanças e circunstâncias imprevisíveis que as partes o tornaram um instrumento tão complexo.¹¹⁴

Peter D. Cameron entende ser possível o Estado obrigar-se diante de uma cláusula de estabilização. Por essa razão, não obstante o Estado ainda tenha poder soberano para rever sua relação com o investidor, graças à cláusula, este tem o direito a uma indenização na hipótese daquele agir unilateralmente em seu prejuízo.¹¹⁵

Trata-se, portanto, da previsão de que não será aplicada ao contrato qualquer alteração realizada na lei nacional escolhida para regê-lo, a contar de sua data de celebração¹¹⁶⁻¹¹⁷

José Carlos de Magalhães defende que as cláusulas de estabilização, de direito aplicável e a arbitral são uma das garantias exigidas pelo investidor estrangeiro. Em suas palavras:

[...] a cláusula de estabilização legislativa, embora de efeito prático limitado, refere-se à intenção das partes de evitar dúvidas sobre a aplicação de leis editadas 'a posteriori' pelo Estado e que venham a afetar o cumprimento das obrigações reguladas no contrato.¹¹⁸

Unidas sobre Procedimento Arbitral por Mahmassani, no caso *Liamo v. Líbia*. (COSTA, 2010, p. 121 apud RIBEIRO, 2003.)

¹¹² CAMERON, D. Peter. *Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors*. Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), 2006, p. 15.

¹¹³ *Ibid.*, p. 12.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 18.

¹¹⁵ CAMERON, 2006, p. 25.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 27.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹¹⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na Arbitragem Privada. In: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 69-70.

O mesmo autor, desta vez em seu livro “Direito Econômico Internacional”, critica a utilização do termo estabilização legislativa e destaca que esta não visa apenas a evitar nacionalizações sem indenizações, mas sim uma série de atos do Estado que poderia vir a prejudicar a empresa.¹¹⁹ Essa pode ser definida como sendo a principal razão de sua aplicação atualmente.

A fim de ilustrar a aplicação prática da cláusula, menciona o caso *Barcelona Traction*, em que a empresa teria falido graças à ausência deliberada de créditos e à atribuição dos seus ativos no processo falimentar à concorrente espanhola, configurando, portanto, um desrespeito à legislação nacional.¹²⁰

O autor conclui, no entanto, que essa cláusula tem pouca serventia perante a supremacia político-institucional do Estado, que tem como única razão para respeitar tal cláusula o risco de perder credibilidade diante dos investidores internacionais que poderiam ser atraídos ao seu país.¹²¹ Sobre este mesmo risco, Peter D. Cameron ressalta a velocidade com a qual os investidores recorreriam à arbitragem em caso de o Estado agir unilateralmente contra eles.¹²²

Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer defendem duas definições possíveis para a cláusula de estabilização: ela pode ser vista como uma cláusula de escolha da lei aplicável, elegendo sempre a lei nacional do momento de assinatura do contrato, ou então, pode ser vista como a previsão de que qualquer alteração legal prejudicial ao investidor não será aplicada a ele.

Para Cameron, a inclusão da cláusula significa a intenção do Estado em não submeter o contrato à lei doméstica, mas a um sistema de autoridade que assegurará a validade da cláusula e do contrato.¹²³

Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer reconhecem, contudo, que o significado legal e os efeitos dessa cláusula ainda não são suficientemente claros: por um lado, há quem entenda que a cláusula proíbe qualquer alteração legislativa; por outro, há quem defenda que

¹¹⁹ Ibid., p. 304.

¹²⁰ Ibid., p. 304.

¹²¹ Ibid., p. 304.

¹²² CAMERON, op. cit., p. 24.

alterações são possíveis, mas que, quando prejudiciais ao investidor, devem vir acompanhadas de um programa de compensação.¹²⁴

O autor traz, ainda, dois limites à aplicação da cláusula de estabilização. O primeiro diz respeito à situação de que qualquer cometimento feito pelo Estado é limitado por seu ordenamento jurídico, infra e constitucional.¹²⁵ O segundo refere-se a questões fiscais, posto que, em regra, estas estão fora do escopo de atuação do Poder Executivo, que, por essa razão, não poderia assumir um compromisso relativo a atividades do Poder Legislativo.¹²⁶

Esse instrumento de proteção ao investidor é tão importante no cenário internacional que mesmo nos Tratados Bilaterais de Investimento (BITs, em inglês) – estudados mais a frente – trazem esses mecanismos de estabilização que variam entre livre conversão monetária e congelamento de um regime particular ou parte deste, passando pela concessão de algum direito especial ao investidor.¹²⁷

Concluindo, a cláusula de estabilização adquiriu com o tempo efeitos práticos importantes para a relação entre Estado receptor e investidor, uma vez que garante o pagamento de uma indenização, sem com isso limitar o poder soberano do Estado.

2.3 Imunidade do Estado

Toda essa preocupação com a efetividade do contrato com o Estado tem como uma das principais razões o princípio da imunidade de jurisdição, que preza pelo respeito à soberania dos Estados, uma vez que *par in parem non habet imperium* (entre iguais não há império), uma sentença estrangeira não pode obrigar outro Estado, nem este pode vir a ser julgado pelo Judiciário estrangeiro. Com o objetivo de amenizar e flexibilizar esse princípio, a doutrina e decisões internacionais defendem sua relativização, segundo a qual, em alguns casos, não haveria imunidade de jurisdição.¹²⁸

¹²³ CAMERON, 2006, p. 50.

¹²⁴ DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 75.

¹²⁵ Ibid., p. 13.

¹²⁶ Ibid., p. 14.

¹²⁷ Ibid., p. 40.

Com as nacionalizações da década de 1970, diversas decisões beneficiaram as empresas estatais que adquiriram os bens das empresas estatizadas, tendo em vista o princípio da imunidade e a teoria do *Act of State*.¹²⁹ Por outro lado, esclarecem Alain Pellet, Patrick Daillier e Nguyen Quoc Dinh que, em se tratando de atos de gestão comercial, as empresas do Estado não podem invocar a imunidade, bem como os Estados, quando agem como pessoa privada e assinam um contrato com cláusula compromissória.¹³⁰

Os mesmos autores citam a lei americana de 1976 e a lei britânica de 1978 que seguem esse mesmo sentido.¹³¹ A teoria da imunidade relativa foi adotada no Brasil com a AC nº 9.696.¹³²

Os atos estatais dividem-se, portanto, entre *ius gestionis* e *ius imperium*. Os primeiros seriam aqueles em que o Estado age como particular, contrapondo-se a atos que envolvem questões relativas à soberania. No que se refere aos contratos com o Estado, foi visto que esses não têm natureza clara, considerados contratos *sui generis*, posto que não se trata de simples contratos privados, tão pouco de contratos administrativos.

A fim de sanar dúvidas quanto à classificação dos atos, a doutrina criou dois critérios de distinção: um, pela natureza, outro, pela finalidade. Segundo o primeiro critério, se o ato também é praticado por um particular, tratar-se-ia de um ato de gestão. Por outro lado, segundo o critério da finalidade, importa saber se o ato tinha como objetivo algum assunto governamental.¹³³ É importante que se estabeleça com clareza qual o critério adotado, uma vez que um mesmo ato, dependendo do critério, poderá ser classificado como ato de império ou de gestão. Ilustrativamente, a doutrina cita o caso da compra de cigarros para o exército.¹³⁴

¹²⁸ TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131.

¹²⁹ Exemplos: Cass. civ., 2 de Maio de 1978, *Sté Algo c. Sté Sempac*, Bull., p. 138, ou civ. 1, 6 de Julho de 1990, *Republique islamique iraniene c. Framatome Bull.*, 1900, 1, p. 100 apud DINH ; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 463.

¹³⁰ Exemplos: Cass. civ., 19 de Março de 1979, *Sté Nat. Des Transports routiers c. Cie Algérienne de Transit et Affrètement Serres et Pilaire*, A.F.D.I., 1980, p. 858, ou Civ. 1, 4 de janeiro de 1995, *Office des céréales de Tunisie*, e Cass. civ. 1, 18 de Novembro de 1986, *Sté d'Etudes et d'Entreprises*, A.F.D.I., 1987, p. 915, ou Cass. Soc., 10 de Novembro de 1998, *Barrandon*, D. 1999, p. 157 apud DINH ; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 463.

¹³¹ DINH ; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 463.

¹³² TIBURCIO, 2006, p. 134.

¹³³ TIBURCIO, 2006, p. 131.

¹³⁴ DOLINGER, Jacob. A Imunidade Jurisdicional dos Estados. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, 1982 apud *ibid.*, p. 132.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como a Lei de Licitação, em seu art. 55, § 2º, estabelece uma norma positiva segundo a qual é obrigatória a cláusula de eleição do foro da sede da Administração Pública em contratos celebrados pela mesma.¹³⁵ As únicas exceções, que devem, por essa razão, serem interpretadas de modo restritivo são:

- a) licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento foi feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação;
- b) contratação de empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior;
- c) aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.¹³⁶

Quanto à doutrina brasileira, tradicionalmente, tem-se defendido a imunidade do Estado brasileiro perante toda e qualquer jurisdição estrangeira, independentemente da natureza ou da finalidade da questão. Coadunam com esse posicionamento Haroldo Valladão, Pontes de Miranda e Luiz Carlos Sturzenegger. Outras vertentes são defendidas, como no caso de Júlio Marino de Carvalho que sustenta ser possível a renúncia à imunidade, quando há autorização legal.¹³⁷

Encontramos, ainda, em trabalhos publicados por Jacob Dolinger, as seguintes conclusões:

- 1) a República Federativa do Brasil não pode firmar contrato com cláusula de eleição de foro estrangeiro;
- 2) a República Federativa do Brasil não pode firmar contrato com cláusula de arbitragem no exterior, em país que exija a homologação judicial do laudo;
- 3) a República Federativa do Brasil pode firmar contrato com cláusula de arbitragem no exterior, se nesse país não se exige a homologação judicial da decisão arbitral.¹³⁸

No entanto, posteriormente, o autor defende a inconstitucionalidade da legislação que autoriza o foro arbitral em casos envolvendo a Administração Pública.¹³⁹ Tendo, apenas em

¹³⁵ Art. 55, § 2: Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no §6º do art. 32 desta Lei.

¹³⁶ TIBURCIO, op. cit., p. 137.

¹³⁷ Ibid., p. 138-142.

¹³⁸ DOLINGER, 1982 *apud* TIBURCIO, 2006, p. 139.

2001, reconsiderado parcialmente sua posição, para defender que, em respeito ao princípio da reciprocidade, o Brasil deveria se submeter a jurisdição estrangeira em casos envolvendo atos de *ius gestionis*.¹⁴⁰

Quanto à possibilidade de cláusula de renúncia de imunidade em contrato celebrado com o Estado, o autor conclui que essa cláusula não é válida. Em suas palavras:

Sabemos que forte é a pressão atual dos credores estrangeiros para a inclusão de cláusulas de renúncia à imunidade jurisdicional, mas isto de nada lhes serve, pois em caso de eventual demanda judicial, qualquer sentença proferida por tribunal estrangeiro não será homologável e exequível no Brasil, por força das razões acima enumeradas.¹⁴¹

Sobre o assunto, Carmen Tiburcio conclui que a imunidade brasileira quanto a temas relativos à soberania é renunciável.¹⁴²

Por outro lado, a submissão do Estado a uma corte internacional ou mesmo arbitral é reconhecidamente uma solução que tem em vista encontrar um meio neutro de solução de controvérsias eficaz, posto que, neste caso, não haveria que se falar no princípio da imunidade de jurisdição.¹⁴³ No entanto, é necessário, antes de tudo, fazer uma distinção entre a arbitragem com base em um acordo internacional, como no caso da ICSID, e a arbitragem *ad hoc*. No próximo tópico, será analisado como as cláusulas de arbitragem têm sido postas em prática quando envolvem o Estado.

2.4 Cláusula de Arbitragem

A sedimentação da arbitragem como forma de solução de controvérsias em contratos envolvendo o Estado deve-se, sobretudo, ao fato de as relações jurídicas e econômicas criadas

¹³⁹ DOLINGER, Jacob. *A Dívida Externa Brasileira: solução pela via arbitral*, 1988, p. 77-8 apud TIBURCIO, 2006, p. 140.

¹⁴⁰ DOLINGER, Jacob. Em palestra proferida em 18 de junho de 2001, Brasília (Instituto Rio Branco em parceria com a Advocacia Geral da União e o Centro de Estudos de Direito Internacional – CEDI) apud TIBURCIO, 2006, p. 141.

¹⁴¹ TIBURCIO, 2006, p. 142.

¹⁴² *Ibid.*, p. 156.

¹⁴³ Sobre a posição do judiciário brasileiro quanto à imunidade de jurisdição, vide GARCIA, Marcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (Coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002.

por esses contratos deixarem de ser tratadas exclusivamente pelo Direito Administrativo interno e passarem a ser vistas como relações com importantes problemáticas relativas ao Direito Privado.¹⁴⁴

Apesar de o tema da arbitragem ser mais bem explorado em capítulo próprio, adiantaremos neste tópico do trabalho o que se refere aos contratos com o Estado. As cortes arbitrais têm jurisdição conferida pelas partes envolvidas no litígio. Esta jurisdição não vincula, portanto, o Estado à jurisdição do país em que a arbitragem se realiza, evitando-se, assim, a polêmica acerca do princípio da imunidade do Estado.¹⁴⁵ Destaca-se, ademais, que, sendo o Direito Internacional o direito aplicável ao conflito, trata-se de uma arbitragem internacional, o que, mais uma vez, afasta a competência do Poder Judiciário do país sede da corte arbitral.¹⁴⁶

Assim, cabe brevemente, fazer uma distinção entre os tipos de arbitragem: a) arbitragens entre Estados, basicamente caracterizadas pela aplicação do Direito Internacional Público, subdivididas em *ad hoc* e institucionais; b) arbitragens entre particulares, subdivididas em internas e internacionais; c) arbitragens entre Estados e particulares estrangeiros, regidas pelos usos e costumes do comércio internacional.¹⁴⁷

Nos contratos celebrados entre o Estado e empresas privadas, a arbitragem internacional é o único mecanismo aceitável por ambas as partes, pois assim evita-se o enviesamento do Poder Judiciário do país sede da empresa ou do próprio país envolvido na disputa. Conforme enunciam W. Laurence Craig, William W. Pakk e Jan Paulsson. No que diz respeito ao Estado, este prefere arbitragem para evitar a publicidade e a sua submissão a um tribunal estrangeiro.¹⁴⁸

¹⁴⁴ COSTA, 2010, p. 123 apud RIBEIRO, 2003, p. 108.

¹⁴⁵ MAGALHÃES, 2009, p. 306.

¹⁴⁶ Um caso interessante é o “Kuwait v. *American Independent Oil Company (AMINOIL)*”. Seu contrato previa que o tribunal arbitral seria composto por três membros, sendo o Presidente designado pelo Presidente da Corte Internacional de Justiça, indicando tratar-se de uma arbitragem internacional, cujo direito aplicável seria o Internacional. No entanto, em relação ao direito processual, foi decidido que este seria o Direito francês, posto que o contrato determinava que as partes não teriam direito a recurso, “exceto os que a lei do local da sede da arbitragem considera irrenunciáveis”. (*International Legal Materials*, v. XXI, n. 5, set. 1982, p. 979 apud MAGALHÃES, 2009, p. 307).

¹⁴⁷ SOARES, 2002, p. 650 apud RIBEIRO, 2003, p. 108.

¹⁴⁸ CRAIG, W. Laurence; PARK, William W.; PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Nova York: Oceana; Paris: ICC, 1985, p.17 apud RIBEIRO, 2003, p. 109.

John S. Dzienkowski explica que as empresas privadas buscam evitar, com a cláusula de arbitragem, que o único foro possível seja o tribunal local; argumentos sobre *act of state*, questões políticas e imunidade de jurisdição; que a natureza litigiosa da solução judiciária abale a relação entre as partes e até impeça futuros negócios; e a publicidade dos processos judiciais.¹⁴⁹

Vale, a título de exemplo, citar a cláusula de arbitragem atualmente usada pela ANP em seus contratos de exploração assinados com os licitantes:

Arbitragem “ad hoc”

1.1 Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2, deverá submeter essa disputa ou controvérsia a processo arbitral “ad hoc”, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e em consonância com os seguintes preceitos:

(a) A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

(b) Serão três os árbitros. Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente.

(c) A cidade do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral.

(d) O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa. As Partes poderão, todavia, instruir o processo com depoimentos ou documentos em qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem, sem necessidade de tradução oficial.

(e) Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras.

(f) A sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes.

Havendo necessidade de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, ou outras medidas acautelatórias, a Parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na legislação brasileira aplicável.

Em seu trabalho sobre o Multilateral Agreement on Investments (MAI) elaborado pela Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Stefan D’Amarasinha e Juliane Kokott mostram como está se tornando cada vez mais comum a utilização da arbitragem e afirmam que todos os BITs contêm cláusula de arbitragem.¹⁵⁰ Por essa razão é que a inclusão de uma cláusula de arbitragem em um acordo multilateral de investimento seria bem vinda.¹⁵¹ Os autores apenas alertam para a necessidade de clareza quanto ao

¹⁴⁹ DZIENKOWSKI, John S. Dispute Resolution in International Petroleum Transactions. In: SMITH, Ernest E. et al. *Materials on International Petroleum Transactions*, op. cit., p. 128-130 apud RIBEIRO, 2003, p. 107.

¹⁵⁰ D’AMARASINHA, Stefan; KOKOT, Juliane. Chapter 4: Multilateral Investment Rules Revisited. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 148.

¹⁵¹ Ibid., p. 148.

procedimento adotado a cada caso e mencionam o Nafta como exemplo, uma vez que este prevê tanto a possibilidade da arbitragem via ICSID, como pela UNCITRAL.¹⁵²

2.5 Breves Comentários sobre os Aspectos Ambientais e Trabalhistas

As polêmicas em torno dos investimentos estrangeiros não têm se limitado a questões sobre lei aplicável ou cláusula de arbitragem. Atualmente, as obrigações das empresas investidoras ante as problemáticas ambientais e trabalhistas têm se tornado o centro de diversos debates em fóruns internacionais.

Stefan D'Amarasinha e Juliane Kokott afirmam que as divergências entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento consistiram em um dos fatores que levaram ao insucesso da criação do MAI pela OECD.¹⁵³

Segundo os autores, padrões de proteção ao meio ambiente e aos trabalhadores estão de acordo com o próprio Direito Internacional Público. No entanto, eles reconhecem que, diante das divergências, a criação de uma *soft law* sobre o tema poderia ser suficiente para atender, ao menos dois objetivos: a criação de proibições gerais e de um senso de responsabilidade corporativa.¹⁵⁴

Ainda na linha de seu estudo sobre a criação do MAI, os autores salientam que, inicialmente, não havia nenhuma menção a estes temas, até que por pressão de ONGs, passaram a ser referidos no preâmbulo e inclusive uma cláusula relativa ao assunto foi proposta. Além disso, era exigido, na versão de 1998, que os Estados não reduzissem padrões mínimos de proteção ao meio ambiente e aos trabalhadores¹⁵⁵, como forma de estimular a entrada de investimentos. Por fim, concluem que o MAI não foi capaz de criar interligações entre o investidor estrangeiro, o meio ambiente e obrigações trabalhistas, por não instituir qualquer obrigação relativa ao tema.¹⁵⁶ Para piorar o quadro legislativo, observam ainda que, em regra, os BITs trazem apenas normas marginais sobre o tema.¹⁵⁷

¹⁵² Ibid., p. 148.

¹⁵³ D'AMARASINHA; KOKOT, 2008, p. 146.

¹⁵⁴ Ibid., p. 146.

¹⁵⁵ Ibid., p. 146.

Outro aspecto negativo está no fato de que mudanças na legislação interna que visem à proteção ao meio ambiente, por exemplo, podem significar uma expropriação indireta, sendo causa de compensação para o investidor que se vê economicamente prejudicado com a nova lei ambiental, o que termina por desestimular o Estado a criar proteções envolvendo o meio ambiente.¹⁵⁸ O uso de tal proteção foi julgado em alguns casos, tais como: *Metal v. The United Mexican States*; *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA. v United Mexican States*; *Methanex v. United States* e *Myers, Inc v Canadá*.¹⁵⁹ Para evitar esse tipo de consequência negativa, os autores acreditam ser necessária a criação de um acordo multilateral.¹⁶⁰

Peter D. Cameron explica que a relutância de muitos governos em limitar as obrigações dos investidores àquelas estabelecidas no momento de assinatura dos contratos é objeto de muitas controvérsias. O autor mostra como a linguagem do contrato muitas vezes se utiliza de expressões que permitem uma interpretação ampla das obrigações dos Estados diante da proteção ao meio ambiente. Ele ilustra seu trabalho com o exemplo do contrato de concessão de exploração de petróleo do Governo de Trindade e Tobago que, no final da cláusula de proteção ao ambiente, utiliza a seguinte expressão: “padrões que podem ser aplicado de tempos em tempos”.¹⁶¹ Por essa razão, o autor explica que algumas empresas, especialmente as exploradoras de petróleo, buscam fazer uma interpretação extensiva deste tipo de cláusula a fim de evitar futuros litígios relativos ao tema,¹⁶² sobretudo por lidarem com contratos de longo prazo.

Novamente, a título de exemplo, cabe citar a cláusula de proteção ao meio ambiente presente no contrato de concessão celebrado pela ANP na Décima Rodada de

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 146.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 146.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 147.

¹⁵⁹ *Metal vs. Estados Unidos do México*, 30 de agosto de 2000, ICSID Caso n° Arb(AF)/97/1, 40 ILM 35 (2001); *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA. Vs. Estados Unidos do México*, 29 de maio de 2003, laudo, ICSID Caso n° Arb(AF)/00/2; *Methanex v. Estados Unidos da América*, 7 de agosto de 2002 (1st Partial Award), UNCITRAL; *SD Myers, Inc v Canadá*, NAFTA Arbitration, 40 ILM 1408 (2001). D'AMARASINHA; KOKOT, 2008, p. 147.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 147.

¹⁶¹ Tradução livre de: “standards that may be applicable from time to time”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 378.

¹⁶² *Ibid.*, p. 378.

Licitações devido a sua posição de destaque por passar a prever a responsabilidade por danos e prejuízos em seu texto:

Meio Ambiente

Controle Ambiental

O Concessionário adotará, por sua conta e risco, todas as medidas necessárias para a conservação dos reservatórios e de outros recursos naturais, e para a proteção do ar, do solo e da água de superfície ou de sub-superfície, sujeitando-se à legislação e regulamentação brasileiras sobre meio ambiente e, na sua ausência ou lacuna, adotando as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo a respeito. Dentro desse princípio, e sem com isto limitar sua aplicação, ficará o Concessionário obrigado, como regra geral, e tanto no que diz respeito à execução das Operações quanto à devolução e abandono de áreas e remoção e reversão de bens, a preservar o meio ambiente e proteger o equilíbrio do ecossistema na Área da Concessão, a evitar a ocorrência de danos e prejuízos à fauna, à flora e aos recursos naturais, a atentar para a segurança de pessoas e animais, a respeitar o patrimônio histórico-cultural, e a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e a praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelos órgãos competentes.

1.2 O Concessionário também zelará para que as Operações não ocasionem quaisquer danos ou perdas que afetem outras atividades econômicas ou culturais na Área da Concessão, tais como agricultura, pecuária, indústria florestal, extrativismo, mineração, pesquisas arqueológica, biológica e oceanográfica, e turismo, ou que perturbem o bem estar das comunidades indígenas e aglomerações rurais e urbanas.

O Concessionário enviará, sempre que solicitado pela ANP, cópia dos estudos efetuados visando obtenção das licenças ambientais.

Concessionário informará imediatamente à ANP e às autoridades estaduais e municipais competentes a ocorrência de qualquer derramamento ou perda de Petróleo ou Gás Natural, bem como as medidas já tomadas para enfrentar o problema.

Responsabilidade por Danos e Prejuízos

Sem prejuízo do disposto no parágrafo 21.1 e na conformidade deste, o Concessionário assumirá responsabilidade integral e objetiva por todos os danos e prejuízos ao meio ambiente e a terceiros que resultarem, direta ou indiretamente, das Operações e sua execução, bem como do seu abandono e da remoção e reversão de bens nos termos dos parágrafos 18.8 a 18.19, obrigando-se a repará-los e a indenizar a União e a ANP, nos termos dos parágrafos 2.2 e 2.3, por toda e qualquer ação, recurso, demanda ou impugnação judiciais, juízo arbitral, auditoria, inspeção, investigação ou controvérsia de qualquer espécie, bem como por quaisquer indenizações, compensações, punições, multas ou penalidades de qualquer natureza, relacionados ou decorrentes de tais danos e prejuízos.

O respeito aos direitos fundamentais está acima dos interesses particulares dos Estados em desenvolvimento e desenvolvidos, pois se trata de interesse público.¹⁶³ A criação de um acordo internacional, incluindo normas relativas ao meio ambiente, ao trabalho, bem como a outras áreas, seria uma forma importante de tornar o direito dos investimentos internacionais coerente com o direito internacional relativo aos demais ramos do Direito. Visto que essas demais áreas do Direito são também instrumentos de estímulo à entrada de investimentos

¹⁶³ D'AMARASINHA; KOKOT, 2008, p. 147.

estrangeiros, é necessário que se evite uma corrida desenfreada por investidores em detrimento dos direitos humanos, o que seria alcançado pelo acordo multilateral.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Ibid., p. 147-148.

3 DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS E SEUS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO AO INVESTIDOR ESTRANGEIRO: O USO DA ARBITRAGEM

3.1 O Direito Internacional dos Investimentos

3.1.1 Conceito de Investimento

Vimos que a cláusula de arbitragem nos contratos com o Estado é uma forma de amenizar a discrepância de poderes entre o Estado e a empresa privada. Dessa forma, restamos, antes de adentrarmos no estudo de casos, uma breve análise sobre o que é a arbitragem internacional de investimentos como forma de proteção ao investidor dentro do escopo do Direito do Investimento Internacional.

Segundo Marilda Rosado, o Direito do Investimento Internacional foi desenvolvido na primeira metade do século XX, como uma resposta às necessidades do pioneiro investidor industrial.¹⁶⁵ Desta forma, o Direito do Investimento Internacional tem por objetivo o estabelecimento de regras que visam ao equilíbrio nas relações entre os investidores e os Estados hospedeiros de investimentos. Atualmente, conta com um corpo normativo extenso, composto por mais de 200 BITs e diversos acordos multilaterais de investimento, apesar de sua origem estar ligada ao Direito Costumeiro Internacional.¹⁶⁶

Optamos por analisar o Direito do Investimento Internacional a partir de seu objeto central, como faz grande parte da doutrina: estudando o próprio investimento estrangeiro. Para isso, buscamos trazer diversos estudos, pois permitirão que, sob uma perspectiva jurídica, econômica e histórica, se possa compreender o que seja o investimento estrangeiro protegido pelo Direito do Investimento Internacional.

¹⁶⁵ RIBEIRO, Marilda. Direito dos investimentos e petróleo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de et al. (Org.). Direito do petróleo e de outras fontes de energia. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 411.

¹⁶⁶ RYAN, Christopher M. Meeting Expectations: Assessing the Long Term Legitimacy and Stability of International Investment Law. *University of Pennsylvania International Law Journal*, v. 29:3, 2008, p.725.

Devido à grande variedade de fontes e perspectivas encontradas nas definições legais e doutrinárias sobre o assunto, decidimos estudá-lo por autor e organização internacional.

O próprio FMI (Fundo Monetário Internacional), ao elaborar seus relatórios, define o que são os investimentos. Segundo o *Balance of Payments Manual*, são cinco as categorias de investimento: (a) os investimentos diretos, (b) os investimentos em carteira, (c) os instrumentos financeiros derivados (exceto reservas) e opções de ações, (d) outros investimentos, e (e) ativos de reserva.¹⁶⁷

Na doutrina como um todo, discute-se muito a inclusão de investimentos em carteira no escopo do Direito Internacional dos Investimentos, não sendo uma dúvida que o investimento direto está incluído neste escopo – discutindo-se apenas o significado de investimento direto – e que os demais investimentos não estão incluídos. Desta forma, destacamos as definições e distinção elaboradas pelo FMI sobre esses dois tipos de investimento: direto e de carteira.

Tendo em vista que as modalidades de investimentos são definidas, entre outros aspectos, pela relação que há entre as partes envolvidas no investimento, a primeira distinção entre as duas modalidades em destaque se dá pelo fato de, no investimento direto, o investidor ter controle ou certo grau significativo de influência na empresa que recebe o investimento e ter uma relação duradoura com esta. Bem como no caso dos fundos, os investidores diretos podem fornecer contribuições adicionais, como *know-how*, tecnologia, gestão e *marketing*.¹⁶⁸

Em contraste com os investidores diretos, os investidores de portfólio normalmente têm um papel menos importante na tomada de decisão da empresa. Contudo, podem ter influência significativa para os fluxos futuros e para a volatilidade do preço e volume das ações da empresa, fornecendo liquidez e flexibilidade.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Segundo o relatório: The functional categories are built on the classification of financial assets and liabilities discussed in Chapter 5, but with an additional dimension that takes into account some aspects of the relationship between the parties and the motivation for investment. The functional categories are designed to facilitate analysis by distinguishing categories that exhibit different economic motivations and patterns of behavior. While linked to the classification of financial assets and liabilities, the functional categories highlight features that are particularly relevant for understanding cross-border financial flows and positions. For example, a loan can appear under direct investment or other investment, but the different nature of the relationship between the parties in these two cases has analytical significance because the risks and motivations behind the transaction may be different.

¹⁶⁸ FMI. *Balance of Payments and International Investment Position Manual*. 6th ed. Washington, D.C, 2009. chapter 6. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/chap6.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

¹⁶⁹ FMI, loc. cit.

Sob outra perspectiva, Christoph Schreuer e Rudolf Dolzer ensinam que o termo “investimento” tem origem nas ciências econômicas. Deste modo, o conceito de investimento direto consiste em: (a) transferência de fundo; (b) um projeto de longo prazo; (c) o objetivo de um retorno financeiro regular; (d) a participação de uma pessoa no gerenciamento do projeto e (e) um risco.

Destarte, o investimento direto se distingue do portfólio (que não conta com a participação de uma pessoa no gerenciamento do projeto), da transferência de valores relativa a uma compra (pois não conta com o gerenciamento pessoal do projeto, nem mesmo com a contínua remuneração de lucro) e do investimento financeiro de curto prazo.¹⁷⁰

No Direito, o termo investimento surge nos tratados internacionais no lugar do tradicional “property, rights and interests”. Devido a sua origem econômica, o termo investimento ainda tem em seu uso jurídico algo de obscuro.¹⁷¹ Estudaremos o tema com base nos Acordos Internacionais de Investimento – sigla BIT, em inglês – que são acordos celebrados entre Estados em que se estabelecem regras de atuação e proteção de investimentos de um país para com outro através de suas empresas públicas e até mesmo privadas.

Nosso estudo priorizará os acordos bilaterais de investimento em detrimento dos acordos multilaterais, tendo em vista que esses últimos não obtiveram o sucesso e a ampla utilização dos primeiros.

A fim de esclarecer, portanto, o seu próprio significado, cada BIT trará uma definição dos investimentos ali protegidos. A título de exemplo, podemos citar o BIT entre a Argentina e os Estados Unidos:

1. For the purposes of this Treaty, a) "investment" means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation: (i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges; (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof; (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value and directly related to an investment; (iv) intellectual property which includes, inter alia, rights relating to: literary and artistic works, including sound recordings, inventions in all fields of human endeavor, industrial designs, semiconductor mask works, trade secrets, know-how, and confidential business information, and

¹⁷⁰ DOLZER, Rudolf. The notion of investment in recent practice. In: CHARNOVITZ, Steve et al. (Eds). *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano*. Cambridge University Press, 2005, p. 261-275 apud DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 60.

¹⁷¹ DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 60.

trademarks, service marks, and trade names; and (v) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law...

Art 1, do Tratado Bilateral entre os Estados Unidos da América e a República Argentina sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, de 1991.

Um exemplo de acordo bilateral que muito se aproxima da concepção econômica do termo investimento é o caso do BIT entre a Ucrânia e a Dinamarca, de 1992, art. 1:

The term "investment" shall mean every kind of asset connected with economic activities acquired for the purpose of establishing lasting economic relations between an investor and an enterprise irrespective of the legal form including joint ventures and including any share of the capital to which the investor are entitled as well as any capital appreciation and in particular, but not exclusively...

Apesar de os BITs possuírem sua própria definição para investimento, os tribunais têm optado por interpretar o aludido termo, contido no art. 25 da ICSID, autonomamente. Os tribunais têm também rechaçado o argumento dos Estados hospedeiros sobre o emprego da expressão “*in accordance with host state law*” nas acepções de investimento. Segundo os Estados, a expressão significaria dizer que a própria definição de investimento depende da lei interna do país. Contudo, para os tribunais, a aplicabilidade da mesma restringe-se apenas à legalidade dos investimentos, que devem ser feitos de acordo com a lei interna dos países hospedeiros.¹⁷²

Exemplo de BIT que traz a expressão acima e que já foi objeto de disputa arbitral é o realizado entre a Itália e a Argélia em 1991:

Os ativos e outras contribuições listados acima devem ser investidos em conformidade com as leis do Estado Contratante onde o investimento foi feito, após a entrada em vigor do presente Acordo. Os investimentos de uma pessoa natural ou jurídica de um Estado Contratante, realizados no território do outro Estado antes da entrada em vigor do presente Acordo devem ser feitos de acordo com as leis e regulamentos em vigor no momento, podendo, a pedido, ser ajustadas às disposições do presente Acordo as leis do Estado Contratante em vigor na data de assinatura do presente Acordo. Qualquer alteração na forma de investimento e reinvestimento dos ativos e insumos acima não afeta o seu carácter de investimentos, desde que essas mudanças cumpram com a legislação do Estado Contratante onde o investimento foi ou é realizado.¹⁷³

¹⁷² DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 65.

¹⁷³ Tradução livre de: “I beni patrimoniali e gli altri apporti sopra indicati debbono essere stati investiti in conformità delle leggi dello Stato Contraente sul territorio del quale essi investimenti siano effettuati, dopo l'entrata in vigore del presente Accordo. Gli investimenti di una persona fisica o giuridica di un Stato Contraente, effettuati sul territorio dell'altro Stato prima dell'entrata in vigore del presente Accordo ed effettuati in conformità delle leggi e dei regolamenti al tempo vigenti, possono beneficiare, a richiesta, delle disposizioni del presente Accordo dopo un loro adeguamento alla legislazione di questo ultimo Stato Contraente, applicabile alla data di firma del presente Accordo. Ogni modifica nella forma di investimento e di reinvestimento dei beni

Em que pese não se perceber uma conceituação exclusiva, três são os elementos essenciais dos investimentos: natureza, origem e destino. Há que se atentar, contudo, para o caráter dinâmico e mutável do conceito, em razão da influência que exercem os interesses perseguidos pelos envolvidos no tema (v.g. o investidor, o Estado da nacionalidade do investidor e o Estado receptor do investimento).

Sob uma perspectiva econômica e histórica, Sornarajah estuda a definição e evolução do termo “investimento”, destacando a necessidade de distinguir os tipos de investimentos protegidos pelos BITs daqueles excluídos de seu escopo. Segundo o autor, inicialmente, a preocupação legal era com relação somente à proteção de bens tangíveis do estrangeiro, pois esses eram os bens que poderiam ser tomados/expropriados pelo Estado hospedeiro.¹⁷⁴

Apenas com o crescimento dos investimentos internacionais e a evolução desta área do Direito, é que os tratados passaram a proteger também os bens intangíveis, que, inicialmente, limitavam-se às obrigações contratuais¹⁷⁵. Com o tempo, a proteção aos referidos bens passou a incluir, entre outros direitos, a proteção à propriedade intelectual, bem como os direitos adiministrativos dos investidores relativos ao poder fiscalizador e regulador dos Estados hospedeiros.¹⁷⁶

Para o autor, portanto, o conceito de investimentos diretos se resume à transferência de ativos tangíveis ou intangíveis de um país para outro, tendo como objetivo a geração de riqueza sob o controle total ou parcial de seu proprietário.¹⁷⁷

Assim sendo, ficam excluídas outras formas de investimento, como o portfólio que, segundo ele, não está incluído no conceito de “share” mencionado comumente nos BITs. Ao fazerem uso do termo “share”, os tratados referem-se exclusivamente a determinada participação societária de um estrangeiro e não a uma ação comprada por um não residente

patrimoniali e degli apporti sopra indicati, non pregiudica la loro caratteristica di investimenti a condizione che queste modifiche siano conformi alla legislazione dello Stato Contraente sul cui territorio l'investimento è stato od è realizzato.”

¹⁷⁴ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, 2004, p. 12.

¹⁷⁵ O autor explica que a inclusão das obrigações contratuais no escopo de proteção do investimento estrangeiro não significa dizer que surge automaticamente uma responsabilidade do Estado sempre que este rompe com um contrato celebrado com o investidor estrangeiro, pois é senso comum que o rompimento pode se dar por boas razões. Contudo, a inclusão das obrigações contratuais no conceito de investimento estrangeiro significa que até o rompimento do contrato, o Estado hospedeiro tem um dever internacional. *Ibid.*, p. 15.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 15 e 19.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 5.

fora do país hospedeiro.¹⁷⁸ Segundo Sornarajah, também estão excluídos do conceito de investimento, os empréstimos, posto que estes, apesar de beneficiarem a economia do país hospedeiro, não geram lucros diretamente nem refletem a entrada de pessoal no país.¹⁷⁹

Conclui, por fim, que há uma tendência ampliativa no conceito de investimento trazido pelos tratados bilaterais, cujo objetivo não é outro senão a extensão da proteção ao investidor. Esse objetivo tem sido realizado graças também à aplicação do conceito nas cortes arbitrais e à doutrina.¹⁸⁰

Luiz Olavo Baptista, por sua vez, afirma que, para uma melhor definição de investimento estrangeiro, deve-se observar três elementos discriminadores: durabilidade, finalidade (ligada ao controle do investidor sobre o capital investido) e a transferência de valores através das fronteiras.¹⁸¹ Desta forma, o autor faz uma observação bastante interessante sobre como podemos, ou melhor, devemos distinguir o investidor daquele mero “rendeiro”.

Logo, para sabermos quem é o investidor e, conseqüentemente, qual é o investimento que merece a proteção dos acordos internacionais e da arbitragem internacional de investimento, devemos analisar o objetivo financeiro do estrangeiro. Se ele é um mero “rendeiro” que investe em ações com o objetivo exclusivo de receber uma renda, sem se envolver com o processo produtivo da empresa que está recebendo o investimento, não estará incluído no conceito de investimentos para a proteção do Direito Internacional dos Investimentos.

Contudo, se tivermos um empreendedor cujo objetivo ao investir na bolsa é, além de almejar o lucro do capital, colocar seus recursos a serviço da empresa, seu capital estará protegido pelo Direito e a arbitragem internacionais de investimento.¹⁸² Isso se deve ao fato de o Direito Internacional dos Investimentos ter por objeto o investimento produtivo e não englobar investimentos que, na realidade, são apenas aplicações financeiras.

¹⁷⁸ Ibid., p. 6.

¹⁷⁹ Ibid., p. 21.

¹⁸⁰ SORNARAJAH, 2004, p. 9.

¹⁸¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Investimentos Internacionais no Direito Comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 34-35.

¹⁸² Ibid., p. 32.

José Augusto Fontoura Costa afirma, entretanto, que não é sempre clara a distinção entre os casos clássicos de investimento em portfólio dos casos de investimento internacional. Há, segundo o autor, uma zona cinzenta entre os dois conceitos onde se encontra “uma verdadeira miríade de formas jurídicas”, envolvendo a atividade empresarial e modulações de objetivos nem sempre claros.¹⁸³

Sob uma perspectiva bastante distinta, Denis Barbosa estuda os investimentos por três ângulos: (a) subjetivo: segundo o qual o investidor deve ser uma pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior; (b) objetivo: segundo o qual o investimento apenas se concretiza com sua entrada no país de (i) bens, máquinas e equipamentos, sem dispêndio inicial de divisas ou de (ii) recursos financeiros ou monetários; e (c) finalidade: que deve ser a produção de bens físicos ou a aplicação em atividades econômicas.

Alguns autores, como Alberto Xavier, adotam uma visão mais restritiva, focando seu estudo na questão do controle de entrada e remessas do capital estrangeiro e analisando, por conseguinte o registro deste capital no Banco Central Brasileiro.

Isso nos leva a verificar a importância de uma definição legal do conceito, especialmente no Brasil, onde não há nenhum tratado bilateral de investimento em vigor. Desta forma, para concluir, passamos a analisar a nossa legislação que se resume precariamente à Lei n. 4.131, de 03 de setembro de 1962. Em seu artigo 1º, a lei define capital estrangeiro como sendo

os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Importa ainda mencionar a definição de investimento externo estabelecida pelo Banco Central Brasileiro, órgão responsável por registrar toda a movimentação financeira do país. Segundo a Circular n. 2.997, de 2000, art. 2º, é

investimento externo direto, para os fins e efeitos desta Circular, as participações, no capital social de empresas no País, pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, integralizadas ou adquiridas na forma da legislação em vigor, bem como o capital destacado de empresas estrangeiras autorizadas a operar no País, observado o disposto no art. 10 desta Circular.

¹⁸³ COSTA, 2010, p.33 apud RIBEIRO, 2003.

De acordo com a Receita Federal do Brasil, o investimento direto possui duas características essenciais: é constituído pela posse de 10%, ou mais, das ações ordinárias ou do direito a voto em determinada empresa e resulta de decisões de longo prazo, não sendo afetado por conjuntura de curto prazo.

Em oposição, investimentos em carteira ou portfólio caracterizam-se pela posse de menos de 10% das ações ordinárias ou do direito a voto.¹⁸⁴ Isso corrobora a doutrina analisada anteriormente quanto à necessidade de controle sobre o processo produtivo da empresa onde o investimento é feito para caracterizá-lo como um investimento protegido pelo Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros.

3.1.2 Histórico

Entendido o conceito e objeto do Direito dos Investimentos Internacional, faremos um breve histórico deste ramo do Direito. Segundo Marilda Rosado, a evolução do comércio internacional está atrelada diretamente ao fluxo dos investimentos internacionais, de modo que pode ser vista desde os primórdios da navegação e das conquistas na América. A sua extensão, contudo, só foi verificada com o início da expansão das multinacionais, no século XIX.¹⁸⁵

De acordo com a autora, durante a primeira fase histórica dos investimentos, entre os anos de 1870 e 1914, o investidor estrangeiro não contava com nenhuma proteção em face do Estado hospedeiro, sendo apenas viável o caminho diplomático para a solução de eventuais conflitos.¹⁸⁶

Inclusive, segundo Sornarajah, o Direito dos Investimentos Internacional surge no âmbito da proteção diplomática de cidadãos no exterior e de lesão causada pelo Estado

¹⁸⁴ RECEITA FEDERAL DO BRASIL. O Investimento Direto Estrangeiro – IDE. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/IDE/IDEBrasilCuba/ide.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

¹⁸⁵ MUCHLINSKI, Peter. Policy Issues. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Cristoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 3- 48 apud RIBEIRO, 2003, p. 14.

¹⁸⁶ SORNARAJAH, 2004, p.19.

estrangeiro, posto que este ramo do Direito ganha a atenção que hoje tem não somente por envolver fluxo de capital, mas também de pessoas.¹⁸⁷

Desta forma, o Direito dos Investimentos surge sob a ótica de duas doutrinas: uma defensora de uma proteção ao estrangeiro superior aos direitos garantidos ao nacional e outra defensora da igualdade de tratamento. Em ambos os casos, o que se visava era a proteção do fluxo de investimento e do livre comércio.¹⁸⁸

Nos séculos XVIII e XIX, portanto, os investimentos estrangeiros se realizavam no contexto do colonialismo, sem necessitar de um regime especial de proteção, uma vez que os investidores estrangeiros, na época, eram justamente os protegidos pelo Estado metrópole.¹⁸⁹ Para além da relação de investimento dentro das colônias, nas palavras de Sornarajah: “O poder era do árbitro final nas disputas relativas a investimento estrangeiro neste período”¹⁹⁰.

Segundo o autor, o uso da força ainda era presente mesmo depois da Segunda Guerra Mundial. Nesta circunstância, o uso da força justifica-se como forma de proteger os investimentos. O autor explica ainda que foi apenas por conta da relação entre os Estados Unidos e seus vizinhos latino-americanos que a doutrina, de fato, ganhou força e o sentido que hoje vemos.¹⁹¹

De acordo com Marilda Rosado, é neste plano de fundo que surge a doutrina Calvo, criada pelo jurista argentino Carlos Calvo. Esta doutrina nasce em um momento conturbado de disputas entre os Estados Unidos e seus vizinhos em decorrência de atos de expropriação contra os investidores estrangeiros norte americanos. Em favor dos países latino-americanos, a doutrina defende que não há responsabilidade do Estado hospedeiro por perda ou prejuízo que o investidor venha a ter em decorrência de problemas internos ou guerras civis.¹⁹² Sobre o assunto, Sornarajah explica que, enquanto os países latino-americanos defendiam a aplicação da lei local para reger os investimentos estrangeiros, sob o principal argumento do princípio

¹⁸⁷ RIBEIRO, 2008, p. 11 apud *ibid.*, p. 56.

¹⁸⁸ SORNARAJAH, *op.cit.*, p.37.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 38.

¹⁹⁰ Tradução livre de: “Power was the final arbiter of foreign investment disputes in this earlier period” SORNARAJAH, 2004, p. 20.

¹⁹¹ *Ibid.*, p.21.

¹⁹² RIBEIRO, 2010, p. 14-15.

da soberania; os Estados Unidos defendiam a aplicação de padrões internacionais de proteção.¹⁹³

O autor faz ainda uma observação crítica à doutrina do Direito Internacional do Investimento bastante interessante. Em sua visão, a doutrina nasce e se consolida em um momento em que muitas disputas entre Estados hospedeiros e investidores estrangeiros simbolizavam apenas um rechaço daqueles primeiros à elite empresária estrangeira. Contudo, com o passar do tempo, muitas dessas disputas passaram a representar e a ser efetivamente um instrumento de transformação e reforma econômica nos países mais pobres. Sua crítica se deve ao fato de não ter sido melhor feita e estudada a distinção desses tipos de disputa e, conseqüentemente, de terem sido aplicados os mesmos princípios que se aplicaram àquelas primeiras a essas últimas.¹⁹⁴

Foi no desenrolar desta trama, que surgiu a doutrina Drago. Segundo Marilda Rosado, esta doutrina nasceu no início do século XX com o objetivo de limitar o uso da força pelos Estados cujos investidores sofriam prejuízos em outros países que se recusavam a se submeter à arbitragem ou mesmo a cumprir o laudo arbitral.¹⁹⁵

Ainda nesta conjuntura, surgem as tão famosas disputas entre os países europeus e os Estados Unidos de um lado, e os países árabes produtores de petróleo de outro. Segundo Sornarajah, esse movimento coletivo das nações produtoras contra o domínio das grandes empresas exploradoras fez surgir novos princípios de modo que fica difícil imaginar uma nova onda de nacionalismo como foi visto naquelas décadas.¹⁹⁶ Isso porque a partir deste momento, o nacionalismo fruto de uma reforma econômica não é mais visto como um desrespeito ao Direito Internacional.¹⁹⁷

Contudo, o autor entende que, com o passar dos anos, surge uma segunda fase na história do Direito Internacional do Investimento: um período de racionalização dos Estados. Diante deste quadro, os Estados passam a adotar condutas antagônicas: internamente, agem de forma pragmática, assinando acordos bilaterais de investimento e promovendo a entrada

¹⁹³ SORNARAJAH, op.cit, p.21.

¹⁹⁴ Ibid., p. 22.

¹⁹⁵ HERSHEY, Amos S. The Calvo and Drago Doctrines. *American Journal of International Law*, v. 1, 1907, p. 31 apud RIBEIRO, 2003, p. 15.

¹⁹⁶ SORNARAJAH, 2004, p. 23.

¹⁹⁷ MOISÉS, 1998, p. 53 apud ibid., p. 51.

estrangeira, de outro lado, em fóruns internacionais, adotam posturas nacionalistas de proteção aos recursos naturais e à soberania.¹⁹⁸

Em seu trabalho, Marilda Rosado detalha de forma mais precisa a história recente. De acordo com a autora, com a crise de 1929, ocorrem diversas expropriações sem o pagamento de qualquer indenização aos proprietários prejudicados, surgindo, como reação, a imperiosa “indenização imediata, adequada e efetiva” em prol do investimento estrangeiro expropriado.¹⁹⁹

Em contrapartida, com o fim da Segunda Guerra Mundial, voltam a crescer os investimentos estrangeiros em razão do fortalecimento das empresas transnacionais, especialmente por conta do fluxo de capital entre os países capitalistas e comunistas e os países do terceiro mundo sob influência dos primeiros.²⁰⁰

Já na década de 1970 há significativa retração dos investimentos em virtude da crise do petróleo mencionada, o que levou a uma maior ingerência do Estado no controle de seus recursos naturais. A partir deste conturbado período, surge uma etapa de “flexibilização jurídica” dos países em desenvolvimento a fim de atrair o capital estrangeiro.²⁰¹ Desta forma, em um movimento claramente cíclico, os investimentos estrangeiros voltam a crescer, sendo estimulados pelas políticas liberais. Assim, surgem os blocos regionais e a Organização Mundial do Comércio se fortalece como defensora do livre comércio.²⁰²

Segundo Marilda Rosado, verificou-se a quadruplicação dos investimentos estrangeiros entre as décadas de 1990 e 2000. Assim como Sornarajah, a autora constata um crescimento vertiginoso de tratados bilaterais de investimentos, que passaram de 500 em 1990 a 2000 no ano de 2000 e de 2500 em 2005.²⁰³ Para Sornarajah, foi neste contexto que se aproveitou para incluir cláusulas de arbitragem, o direito de entrada e estabelecimento, entre outras proteções ao investidor nos acordos bilaterais.²⁰⁴ Marilda Rosado entende que este

¹⁹⁸ SORNARAJAH, loc. cit.

¹⁹⁹ RIBEIRO, 2010, p. 15.

²⁰⁰ Ibid., p. 16.

²⁰¹ RIBEIRO, 2010, p. 16.

²⁰² SORNARAJAH, 2004, p. 25.

²⁰³ RIBEIRO, loc. cit.

²⁰⁴ SORNARAJAH, loc. cit.

crescimento deveu-se, sobretudo, à necessidade de os países em desenvolvimento abrirem seus mercados para conseguir recursos e pagarem suas dívidas externas.²⁰⁵ Desta forma, Sornarajah prevê que os instrumentos criados neste cenário ainda se preservarão por muitos anos.²⁰⁶

3.1.2.1 Um Breve Comentário sobre a Situação Brasileira

O Brasil tem sido destaque no mundo pelo seu desenvolvimento e estabilidade econômicos nos últimos anos. Apesar das divergências políticas que esta afirmação possa desencadear, neste tópico do trabalho, nosso objetivo é apenas evidenciar o crescimento dos investimentos estrangeiros no país de modo a justificar porque tal pesquisa tem tamanha importância para o Brasil.

De acordo com pesquisas, a participação dos investidores estrangeiros representa 1/3 dos negócios na Bovespa e no BMF.²⁰⁷ Já com relação ao investimento estrangeiro direto, seu volume de entrada saltou de 122.250 dólares americanos, em 2000, para 669.670 dólares americanos em 2011.²⁰⁸ Os valores de saída de capital do país deste mesmo tipo de investimento também saltaram no período descrito, mostrando um Brasil cada vez mais inserido e interdependente do comércio internacional.²⁰⁹ A atratividade de investimentos no Brasil justifica-se, entre outros fatores, por sua localização estratégica na América Latina e pelo tamanho de seu mercado doméstico.²¹⁰

Segundo Leonardo Bornacki de Mattos, Francisco Carlos da Cunha Cassuce e Antônio Carvalho Campos, a história recente de atração de investimento direto no Brasil pode ser

²⁰⁵ RIBEIRO, loc.cit.

²⁰⁶ SORNARAJAH, loc. cit.

²⁰⁷ INVESTMAX. Consulta acerca do volume de negócios da BOVESPA&BMF. Disponível em: <<http://www.investmax.com.br/iM/content.asp?contentid=567>>. Acesso em: 29 de jan. 2013.

²⁰⁸ UNCTAD - United Nations Conference on trade and development. Disponível em: <<http://unctadstat.unctad.org/TableView/tableView.aspx>>. Acesso em: 30 de jan. 2013.

²⁰⁹ UNCTAD - United Nations Conference on trade and development. Disponível em: <<http://unctadstat.unctad.org/TableView/tableView.aspx>>. Acesso em: 30 de jan. 2013.

resumida da seguinte forma: no pós-Segunda Guerra Mundial e com a abertura do mercado brasileiro, a grande atração de investimento se concentrou na indústria manufatureira, sofrendo uma queda com a instabilidade econômica de 1980 e voltando a crescer, nos padrões mencionados acima, graças ao programa de privatização, principalmente nas atividades de serviços públicos e de infraestrutura, patrocinados pelo governo²¹¹, bem como a assinatura do Tratado de Assumpção, que criou o MERCOSUL, e o Plano Real de 1994, que estabilizou a economia.²¹²

Contudo, a economia brasileira, quanto mais inserida no comércio internacional, mais depende de fatores externos para manter-se atrativa. A inclusão do Brasil, pela International Finance Corporation do Banco Mundial, entre os países que possuem “padrões contábeis de qualidade internacionalmente aceitáveis”²¹³, por exemplo, favorece a manutenção do país na lista dos mais procurados pelos investidores.

Sob outro ponto de vista, Jeswald W. Salacuse analisou a influência dos acordos internacionais como fatores de atração de investimento e concluiu que:

- os países-sede de empresas multinacionais podem encontrar mecanismos que desestimulem ou desencorajem investimentos nos países com os quais não mantenham acordos;
- a participação em acordos bilaterais constitui apenas uma de diversas medidas de fortalecimento de confiança (confidence building measures) que podem ser utilizadas para promover a atração de investimentos no país receptor;
- um tratado bilateral, com regras claras e coercitivas para proteger o investidor estrangeiro, reduz os riscos que este teria na ausência de tais regras;
- essa redução de riscos incentiva investimentos;

²¹⁰ UNCTAD - United Nations Conference on trade and development. *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*. New York and Geneva, 2012. Disponível em: <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>>.

²¹¹ MATTOS, Leonardo Bornacki de; CASSUCE, Francisco Carlos da Cunha; CAMPOS, Antônio Carvalho. Determinantes dos Investimentos Diretos Estrangeiros do Brasil, 1980-2004. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 39-60, jan./abr. 2007, p. 41. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rec/v11n1/a02v11n1>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

²¹² COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E CARIBE (CEPAL) *Investimento estrangeiro na América latina e no Caribe*. Documento informativo, 2004. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/brasil/default.asp>>. Acesso em: 14 jul. 2013 apud ibid.

²¹³ “A survey of the third world” apud BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p.30. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0018.pdf>>. Acesso em: 29 de jan. 2013.

- no mínimo, a assinatura do acordo, constitui sinal claro aos investidores de que seu investimento será bem-vindo.²¹⁴

Apesar da visível influência que estes tratados parecem exercer, o Brasil não é signatário de nenhum BIT em vigor até o momento, apesar de já tê-los negociado em diversas ocasiões²¹⁵.

É comum também considerar o risco-país como fator de atração, ou melhor, repulsão dos investidores. Neste aspecto, o relatório da FIAS e do Banco Mundial faz um alerta importante: o Brasil ainda precisa melhorar e muito. Especialmente quanto à burocracia e à morosidade dos processos administrativos internos, o Brasil é posto em classificações baixas de atratividade: entre os 47 países monitorados pelo Anuário da Competitividade Mundial (World Competitiveness Yearbook), o Brasil ficou em último lugar; já o Relatório de Competitividade Global do Fórum Econômico Mundial – FEM classifica o Brasil em 46º lugar entre os 59 países pesquisados quanto ao tempo gasto com a burocracia governamental etc.²¹⁶

Essa conjunção de fatores extremamente positivos e negativos se explica, segundo o relatório mencionado, pelo fato de até então os investimentos estrangeiros diretos no Brasil voltarem-se para o mercado interno, onde seus competidores também sofrem com os mesmos gastos burocráticos de tempo e dinheiro. Contudo, o fator morosidade afasta os investidores que visam à instalação, por exemplo, de fábricas aqui no Brasil com foco não apenas no mercado interno, mas também nos mercados estrangeiros, posto que nestes, o fator burocrático prejudica a competitividade de seus produtos.²¹⁷

²¹⁴ SALACUSE, Jeswald W. *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign investment in Developing Countries*, 24 Int'l Law. 655, 1990, p. 674 apud BARRETO Filho, Fernando Paulo de Mello, Op.cit. p. 35. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0018.pdf>>. Acesso em: 29 de jan. 2013.

²¹⁵ O Brasil tem BIT assinados com oito países: Chile, Finlândia, Holanda, Venezuela, Cuba, Dinamarca, República da Coreia e Portugal.

²¹⁶ FIAS, Corporação Financeira Internacional; BANCO MUNDIAL. *Barreiras Jurídicas, Administrativas e Políticas aos Investimentos no Brasil*. Volume II. *Barreiras Administrativas aos Investimentos no Brasil: O caso de São Paulo e Rio de Janeiro*. Maio de 2001. p. x. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186403960425/06V2.pdf>>. Acesso em: 29 de jan. 2013.

²¹⁷ Segundo o relatório, esse foi o principal fator que levou a Intel a excluir o Brasil de sua lista de candidatas a abrigar uma fábrica de chips há alguns anos, optando pela Costa Rica. FIAS, Corporação Financeira Internacional; BANCO MUNDIAL. *Barreiras Jurídicas, Administrativas e Políticas aos Investimentos no Brasil*. Volume II *Barreiras Administrativas aos Investimentos no Brasil: O caso de São Paulo e Rio de Janeiro*. Maio de

Em vista dos argumentos apresentados, verifica-se que o Brasil ainda precisa se consolidar como país atrativo aos olhos do investidor estrangeiro para que esse momento econômico não passe a ser, em nossa história, apenas algo conjuntural. Para isso, o Brasil precisa assegurar algumas proteções ao investidor que aqui se encontra, o que irá naturalmente atrair novos investimentos. Isso só será possível quando o Brasil criar vontade política de reduzir o seu custo administrativo e participar da evolução do Direito Internacional do Investimento através da assinatura e entrada em vigor de BITs.

3.2 Os Instrumentos do Direito Internacional dos Investimentos para Proteção ao Investidor

Os acordos bilaterais de investimento – que, junto com a arbitragem, são um dos principais meios jurídicos de proteção e equilíbrio da relação Estado hospedeiro e investidor estrangeiro – trazem uma estrutura semelhante independente dos países signatários. Isso se deve ao fato de refletirem sempre as mesmas e mais importantes normas do Direito Internacional de Investimento.

Por esta razão, estudaremos os principais meios de proteção ao investidor no Direito Internacional de Investimento (entre os quais, a arbitragem) através do estudo de alguns BITs.

Segundo Marilda Rosado, esses tratados apresentam uma estrutura básica e contêm disposições sobre: (i) escopo de aplicação; (ii) condições para a entrada do investimento estrangeiro; (iii) padrão de tratamento dos investimentos estrangeiros; (iv) transferências financeiras; (v) condições operacionais para o investimento; (vi) proteção contra a expropriação; (vii) reparação das perdas e; (viii) solução de controvérsias.²¹⁸ Nota-se que, mais do que uma estrutura básica, há uma verdadeira reprodução dos acordos que seguem os mesmos modelos dependendo do país envolvido. É o caso dos modelos seguidos pela Inglaterra com países como a Angola (2002), Bolívia (1988), Egito (1976), Equador (1994 e 1999), Gana(1990) e Líbano (2002), que guardam pouquíssimas diferenças entre si.

2001, p. ix. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186403960425/06V2.pdf>. Acesso em: 29 de janeiro de 2013.

²¹⁸ SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BIT's Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n.1, Winter 2005, p. 6 e 7 apud RIBEIRO, 2010, p 16-17.

Neste sentido, Kenneth J. explica que os modelos são similares por se basearem nos mesmos instrumentos internacionais:

Vários fatores são responsáveis pela uniformidade entre os BITs. A maioria dos BITs entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento tem sido negociada com base em modelos elaborados pelos Estados desenvolvidos. Os próprios modelos são semelhantes, pois os autores, muitas vezes, inspiram-se em fontes comuns, tais como o Projeto de Convenção sobre a Proteção da Propriedade Estrangeira, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OECD, sigla em inglês), de 1967.²¹⁹

A partir desta estrutura, é fácil observar os três objetivos fundamentais dos BITs: a promoção, a proteção e a liberalização do investimento, de acordo com Marilda Rosado.²²⁰ Esses objetivos referem-se às três etapas de atuação que se espera do Estado hospedeiro: que antes do investimento entrar no país, haja incentivos à sua entrada (promoção); que esta entrada seja possibilitada de modo livre (liberalização) e; que, uma vez feito o investimento, este seja protegido de interferências governamentais em geral (proteção).²²¹

Desta forma, a autora defende que, com a multiplicação dos BITs e acordos regionais sobre o tema, já se pode afirmar que deles surgiu um conjunto de princípios reguladores do Direito Internacional dos Investimentos.²²² Como referência sobre quais seriam esses princípios mínimos²²³ podemos citar Nicolaas Schrijver. Para ele, tais *standards* são constituídas pelos seguintes postulados:

- (i) respeito à lei interna do Estado hospedeiro: em princípio, um investidor estrangeiro tem de aceitar e respeitar as leis e costumes do país em que reside e investe;
- (ii) vedação de tratamento ao investidor estrangeiro abaixo do mínimo exigido no âmbito internacional: o Estado hospedeiro deve garantir um padrão razoavelmente seguro e propício aos investidores;

²¹⁹ Tradução livre de: “Several factors account for the uniformity among BITs. Most BITs between developed and developing states have been negotiated on the basis of models drafted by the developed states. The models themselves are similar because the drafters often drew upon certain common sources, such as the 1967 Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) Draft Convention on the Protection of Foreign Property”. SALACUSE; SULLIVAN, 2005, p. 6 e 7 apud RIBEIRO, 2010, P. 17.

²²⁰ Ibid., p.64 apud RIBEIRO, 2010, P. 17

²²¹ SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. “Do BIT’s Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain” In Harvard International Law, vol. 46, n.1, Winter 2005, p. 64, Apud RIBEIRO, 2010, p 17.

²²² RIBEIRO, 2010, p 12.

²²³ Marilda Rosado esclarece que os padrões mínimos de proteção ao investimento segundo a doutrina varia de acordo com o autor, não cabendo no presente trabalho debater esta listagem. Ibid., p. 13.

(iii) possibilidade das medidas de expropriação: o Estado hospedeiro reconhecidamente pode interferir na propriedade privada, do investidor, desde que obedeça a certos requisitos do Direito Internacional.²²⁴

Analisaremos brevemente algumas das principais cláusulas e princípios de proteção ao investimento, entre as quais, encontra-se a cláusula arbitral que será estudada mais profundamente adiante.

A primeira e, certamente, a mais importante, é a cláusula contra a expropriação. Os BITs costumam usar diferentes termos quando se referem à medidas expropriatórias, como “nacionalização” e “desapropriação”. Em geral, os BITs buscam abranger o maior número de casos possível em suas cláusulas de expropriação, ao mesmo tempo em que não trazem uma definição do que seriam essas medidas expropriatórias.²²⁵ Desta forma, verificamos que a construção do conceito se dá, em realidade, através dos laudos arbitrais que serão analisados no próximo capítulo. Aqui, cabe apenas ilustrar tal mecanismo de proteção com uma cláusula tipicamente presente em BITs:

(1) Investments of investors of either Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation") in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of that Party on a non-discriminatory basis and against prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall amount to the market value of the investment expropriated immediately before the expropriation or before the impending expropriation became public knowledge, whichever is the earlier, shall include interest at a normal commercial rate until the date of payment, shall be made without delay, be effectively realizable and be freely transferable. The national or company affected shall have a right, under the law of the Contracting Party making the expropriation, to prompt review, by a judicial or other independent authority of that Party, of his or its case and of the valuation of his or its investment in accordance with the principles set out in this paragraph.

(2) Where a Contracting Party expropriates the assets of a company which is incorporated or constituted under the law in force in any part of its own territory, and in which investors of the other Contracting Party own shares, it shall ensure that the provisions of paragraph (1) of this Article are applied to the extent necessary to guarantee prompt, adequate and effective compensation in respect of their investment to such nationals or companies of the other Contracting Party who are owners of those shares.²²⁶

²²⁴ SCHRIJVER, Nicolaas Jan. *Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties in an Interdependent World*. 1995, p.164 apud RIBEIRO, 2010, p 13.

²²⁵ DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. Klumer Academic Publishers, 1995, p. 99.

²²⁶ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Lebanese Republic for the promotion and protection of investments. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/lebanon_uk.pdf>.

A cláusula de tratamento nacional, por sua vez, prevê que o Estado hospedeiro dê ao investidor estrangeiro o mesmo tratamento legal, administrativo, etc. que é dado aos investimentos de seus próprios cidadãos e empresas. Esta cláusula tem por objetivo garantir as mesmas oportunidades de concorrência.

Já a cláusula da nação mais favorecida garante aos Estados signatários do acordo que estes receberão no território da outra parte o mesmo tratamento que os demais Estados não signatários recebem. Isso quer dizer que nenhum Estado poderá receber vantagens que não sejam também oferecidas ao Estado signatário. No âmbito da OMC, são previstas quatro exceções a essa regra: antidumping e medidas compensatórias, uniões aduaneiras e zonas de livre comércio, cláusula de habilitação (*enabling clause*) e *waivers*²²⁷ – além das exceções gerais previstas no artigo XX do GATT.

A distinção entre os dois princípios fica clara com a leitura do texto extraído do BIT entre a Inglaterra e o Líbano, de 2002:

Cláusula de Tratamento Nacional:

(1) The treatment granted by each Contracting Party to investments of the other Contracting Party within its territory shall not be less favourable than that granted by each Contracting Party to the investments made within its territory by its own investors, or than that granted by each Contracting Party to the investments made within its territory investors of any third State, if this latter treatment is more favourable.

Cláusula de Nação mais Favorável:

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own investors or to investors of any third State.

O princípio da liberdade de meios e fundos de transferência consiste em permitir que o investidor estrangeiro transfira para fora e para dentro seus recursos financeiros sem barreiras arrazoáveis impostas pelo Estado hospedeiro. Isso inclui a transferência de lucro e outros capitais. Tais regras, no entanto, raramente são abordadas por tribunais arbitrais. Abaixo segue um exemplo encontrado no BIT entre Holanda e África do Sul, de 1995:

²²⁷ BONATO, Adriana Breier. *Cláusula da Nação Mais Favorecida: um Estudo sobre as Principais Controvérsias que a envolvem no Âmbito da OMC*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_2/adriana_bonato.pdf>.

The Contracting Parties shall guarantee to investors of the other Contracting Party, the free transfer of all payments relating to an investment. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without restriction or delay. Such transfers include in particular though not exclusively:

- (a) profits, interest, dividends and other current income;
- (b) funds necessary
 - i. for the acquisition of raw or auxiliary materials, semi-fabricated or finished products, or
 - ii. to replace capital assets in order to safeguard the continuity of an investment;
- (c) additional funds necessary for the development of an investment;
- (d) funds in repayment of loans;
- (e) royalties or fees;
- (f) net earnings of natural persons;
- (g) the proceeds of sale or liquidation of the investment;
- (h) payments arising under Article 7.

Outra cláusula de proteção ao investidor de suma importância, mas que gera ainda muito debate, é a famosa *Fair and Equitable Treatment*. Segundo Rudolf Dolzer, ainda não está claro se este princípio seria de fato uma regra costumeira do Direito Internacional do Investimento. Contudo, esta é uma cláusula comumente encontrada nos acordos bilaterais e, como será visto, uma das mais invocadas nas disputas arbitrais envolvendo o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro.

De acordo com a cláusula, os Estados devem manter ambientes estáveis e previsíveis consistentes com as expectativas razoáveis dos investidores. A abrangência deste conceito e seu âmbito de aplicação podem variar de acordo com a redação da cláusula. Por essa razão, Jean Kalicki e Suzana Medeiros alertam para o fato de muitas vezes o acordo não delimitar ou tampouco esclarecer a extensão dessa proteção.²²⁸

Diante disso, conclui-se que a cláusula em análise está presente nos tratados de investimento justamente para abrigar questões que não se encaixam em cláusulas mais específicas e para estabelecer um cenário de referência valorativo ao árbitro e às partes envolvidas.

Por fim, vale mencionar ainda o princípio da legítima expectativa, que nada mais é do que uma subcategoria do *Fair and Equitable Treatment*.²²⁹ A razão desta proteção se encontra

²²⁸ KALICKI, Jean e MEDEIROS, Suzana. Fair, Equitable and Ambiguous: What is Fair and Equitable Treatment in International Investment Law? *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, v. 22, n. 1, Spring 2007, p. 25- 26 apud RIBEIRO, 2010, p 18.

²²⁹ SCHREUER, Christoph; KRIEBAUM, Ursula Kriebaum. At What Time Must Legitimate Expectations Exit? In: WERNER, Jacques; ALI, Arif Hyder (eds). *A Liber Amicorum: Thomas Walde - Law Beyond Conventional Thought*. London: Cameron May, 2009. p. 265-276 apud TELLEZ, Felipe Mutis. *Conditions and Criteria For The Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law: 2012 ICSID Review Student*

no fato de o investidor necessitar de uma base legal estável definida pelo Estado hospedeiro para que possa tomar suas decisões e, conseqüentemente, estabelecer suas expectativas. Segundo este princípio, o investidor estrangeiro estaria protegido de atos unilaterais por parte do Estado hospedeiro que viessem a alterar significativamente as condições de seu investimento ou atividade.

Como forma de se proteger a legítima expectativa, no costume internacional aplica-se o instituto do estoppel segundo o qual a parte não pode alegar fato contrário a um ato próprio (*non concedit venire contra factum proprium*). Desta forma, o investidor fica protegido de alterações unilaterais nas condições de proteção do seu investimento.

Contudo, é importante observar que, por ser ampla, a redação dos BITs contém muitas vezes termos imprecisos, o que pode influenciar o investidor a criar ilimitadas expectativas. Por isso, é importante delimitá-las, pois nem todas serão legítimas.²³⁰

3.3 A Arbitragem Internacional como Meio de Proteção e Equilíbrio

3.3.1 A Importância e as Vantagens da Arbitragem

A arbitragem é um dos principais aspectos a ser negociado nos contratos com o Estado e nos acordos entre os Estados. Isso se deve ao fato de que, em caso de desrespeito ao acordo celebrado, a última alternativa do investidor será recorrer a uma instituição neutra, capaz tanto de analisar o caso sob a perspectiva do Direito Internacional quanto de obrigar o Estado a respeitar as normas do acordo celebrado. Esta instituição não é outra senão a corte arbitral.

Por essa e outras razões, cada vez mais se tem feito uso da arbitragem, que atualmente é o meio de solução de controvérsias mais utilizado fora do Poder Judiciário.²³¹ Pelo seu

Writing Competition. Disponível em: <<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/early/2012/10/26/icsidreview.sis018.full#fn-2>>.

²³⁰ PANDYA, Abhijit P. G.; MOODY, Andy. Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future. *Tilburg Law Review*, v.15, n.1, 2010–11, p. 93-119 apud TÉLLEZ, Felipe Mutis. *Conditions and Criteria For The Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law: 2012 ICSID Review Student Writing Competition*. Disponível em: <<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/early/2012/10/26/icsidreview.sis018.full>>.

²³¹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 19.

crecente uso, passou a ser responsável pela consolidação e construção das principais regras do comércio internacional – traduzidas nas convenções internacionais ou adotadas pelos agentes do comércio através dos costumes e princípios gerais. Com a sistematização e uniformização interpretativa dessas normas vemos a constituição de uma jurisprudência internacional de forte impacto para os agentes do comércio internacional.

Isso ganha ainda mais relevo na indústria do petróleo, pois, segundo Carmen Tiburcio e Jacob Dolinger, por ser uma indústria eminentemente internacional, em que a arbitragem torna-se um dos meios mais adequados para a solução dos seus conflitos, terminam por exercer um papel fundamental no processo de uniformização, e mesmo de criação, da chamada *lex petrolea*.²³²

Em seu trabalho, Carmen Tiburcio e Jacob Dolinger afirmam ainda que não seria prática a utilização do Poder Judiciário de outro Estado para dirimir esses conflitos, uma vez que, em regra, envolvem o Estado hospedeiro, que se utilizaria frequentemente do princípio da imunidade de jurisdição. Além disso, os autores mostram que tal preferência é tão importante que diversos são os países que adotam cláusulas de arbitragem em seus contratos de concessão²³³, como é o caso do Brasil. Os autores destacam ainda que em outros contratos entre as empresas petroleiras, especialmente o Joint Venture Agreement, também são encontradas as cláusulas arbitrais.²³⁴ Nos casos de Acordos Bilaterais de Investimento, a presença da cláusula de arbitragem é uma unanimidade. Inclusive, poucos são os casos de cláusulas de arbitragem presentes em BITs que tratam de conflitos envolvendo apenas partes privadas. Em geral e de acordo com o foco do presente trabalho, as cláusulas dizem respeito a conflitos entre o Estado hospedeiro e o investidor privado.²³⁵ Por esta presença tão marcante, a arbitragem se tornou hoje um porto seguro para o investidor estrangeiro, habituado a resolver seus conflitos em cortes arbitrais e temeroso em se arriscar em um Poder Judiciário potencialmente enviesado.

²³² DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 20.

²³³ Ibid., p. 442. Os autores citam os seguintes países: Angola, Bolívia, Qatar, China, Dinamarca, Dubai, Egito, Filipinas, Holanda, Iêmen, Indonésia, Irã, Malásia, Nigéria, Noruega, Omã, Peru, Reino Unido, Rússia, Tailândia, Trinidad Tobago e Venezuela.

²³⁴ Ibid., p. 442.

²³⁵ UNCTAD - United Nations Conference on trade and development. *Bilateral investments treaties 1995–2006: trends in investment rulemaking*. New York and Geneva, 2007. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf>, p 99-100.

Segundo René David, a arbitragem é, portanto, “a técnica que visa a solucionar questões de interesse entre duas ou várias pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – os quais têm poderes resultantes de convenções privadas e decidem, com base nessa convenção, sem estar investidos dessa missão pelo Estado”.²³⁶

No que concerne às vantagens da arbitragem, William F. Fox Jr. entende que a procura por essa modalidade de solução de conflitos ocorre na tentativa de se evitar os longos processos judiciais, posto que o Poder Judiciário está sempre às voltas com infinitos recursos e com a lentidão causada pela grande quantidade de demandas judiciais.²³⁷ Além disso, a arbitragem oferece um tratamento confidencial, protegendo os segredos comerciais das partes em litígio. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio destacam, ainda, o fato de os árbitros serem escolhidos tendo em vista seu conhecimento na área comercial de dado conflito, o que os torna aptos a elaborar um laudo de melhor qualidade comparativamente ao juiz.²³⁸

A doutrina cita ainda a vantagem de escolha do local da arbitragem como forma de buscar um país neutro, evitando-se assim, sentenças enviesadas.²³⁹ Muito se fala também sobre buscar-se um procedimento menos dispendioso. No que se refere a esta última vantagem, Luke Nottage destaca que esta é relativa, visto que, em alguns casos, o processo arbitral pode ser tão dispendioso quanto o processo judicial.²⁴⁰ Destaca-se ainda, a possibilidade de as partes escolherem a lei a ser aplicada, inclusive optando pela utilização do princípio da equidade. Por isso tudo, Gary Born afirma que a arbitragem internacional traduz maior segurança às partes.²⁴¹

²³⁶ René David apud GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem Internacional. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). *A Arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 163-164.

²³⁷ FOX JR., William F. *International Commercial Agreements – Kluwer Law & Taxation Publishers, The Netherlands*. Apud GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem Internacional. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). *A Arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 166.

²³⁸ DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 49.

²³⁹ MOVSESIAN, Mark L. *International Commercial Arbitration and International Courts*. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 12, n. 2, 2008; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. 2nd ed., Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 2; e FOX JR., William F. *International Commercial Agreements – Kluwer Law & Taxation Publishers, The Netherlands*. Apud GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem Internacional. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). *A Arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 166.

²⁴⁰ NOTTAGE, Luke R. *The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration*. Sydney: Sydney Law School Research, 2006.

²⁴¹ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. 2nd ed., Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 2.

3.3.2 Arbitragem e suas Classificações

Nesta etapa do trabalho, faremos uma breve consideração acerca dos tipos de arbitragem a fim de configurar o que é a tão chamada arbitragem de investimento.

Em primeiro lugar, temos a classificação que divide a arbitragem em nacionais e internacionais. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio lembram a importância da distinção entre estes dois tipos de arbitragem, posto que a nacionalidade da mesma:

- (i) “determina a lei que regula a arbitragem, que será, em princípio, a lei dessa nacionalidade”²⁴²;
- (ii) “determina o tribunal estatal que poderá vir a ter jurisdição sobre o processo arbitral, caso uma intervenção se faça necessária; e”²⁴³
- (iii) “identifica o procedimento a ser seguido para a execução do laudo arbitral, pois normalmente um laudo proferido internamente é mais facilmente executável do que um proferido alhures.”²⁴⁴⁻²⁴⁵

A arbitragem será internacional segundo, basicamente, os mesmos critérios de diferenciação entre um contrato internacional e nacional, ou seja, quando está conectada a mais de um ordenamento jurídico, seja por aspectos subjetivos – nacionalidade das partes –, seja por aspectos objetivos, como o local de celebração ou execução do contrato. Além disso, a arbitragem internacional tem ainda a particularidade de necessitar de homologação judicial para a sua execução.

No Brasil, o STF sempre homologou laudo arbitral proferido no exterior, o que permitia à doutrina concluir que o critério adotado era o geográfico. Tal fato, posteriormente, passou a ser expresso na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a Lei de Arbitragem (art. 34). A Lei-Modelo da Uncitral sobre Arbitragem internacional traz a seguinte definição, que é mais ampla e coerente com a realidade comercial:

²⁴² DOLINGER; TIBURCIO, op.cit, p. 91.

²⁴³ DOLINGER; TIBURCIO, op. cit., p. 91.

²⁴⁴ LEW, Julian D. M. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. New York: Oceana Publications, 1978, p. 13 apud DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 91.

²⁴⁵ Os autores mencionam que alguns países adotam o critério da lei aplicável para determinar a nacionalidade da arbitragem, sendo a arbitragem chamada de transnacional, internacional ou estrangeira, quando a lei aplicável não é doméstica. (DOLINGER,; TIBURCIO, 2003, p. 91-92).

An arbitration is international if:

- (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or
- (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:
 - (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;
 - (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or
- (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.

A arbitragem internacional pode ser pública ou privada. A arbitragem pública internacional envolve questões de Direito Internacional Público e as partes nela envolvidas são necessariamente Estados soberanos. Já na arbitragem internacional privada, uma das partes deverá ser ou uma empresa privada ou pessoa física. A outra parte no conflito poderá ser um Estado soberano, mas este estará agindo como agente econômico e não como agente público. Neste tipo de arbitragem as questões envolvidas são das mais diversas, podendo envolver Direito Contratual e até mesmo Direito do Consumidor. O mais comum são arbitragens envolvendo o Direito Comercial. Neste caso, chamamos de arbitragem comercial internacional.

A arbitragem internacional de investimento é um tipo híbrido, pois envolve partes privadas (os investidores) de um lado, e Estados soberanos, atuando como agentes públicos, de outro. A partir deste momento, passaremos a estudar suas principais características.

3.3.3 A Arbitragem de Investimentos

3.3.3.2 Conceito

A arbitragem de investimento é um fenômeno recente na história e surgiu como uma combinação entre a arbitragem comercial (a arbitragem privada) e a arbitragem pública. Esse fenômeno se deve, principalmente, a duas razões: o crescimento do volume de investimentos feitos por empresas multinacionais em um número cada vez maior de países e a necessidade de proteção a esses investimentos ante a instabilidade política e legislativa de determinados governos.

Com os investimentos, porém, surgiram as disputas. Desta vez, contudo, as disputas são entre os investidores – empresas privadas – e Estados soberanos – como agentes públicos. Além disso, em geral, as regras de solução desses conflitos encontram-se pré-definidas em acordos bilaterais entre o Estado soberano, parte da disputa, e o Estado do qual o investidor é nacional, os já mencionados BITs.

A principal característica da arbitragem de investimento, sem dúvida, é o fato de seu escopo limitar-se ao “investimento”. Daí, a doutrina afirmar que a definição de “conflitos de investimento” é um dos temas mais controversos no âmbito da arbitragem,²⁴⁶ pois a finalidade de atuação de determinada corte arbitral dependerá, sobretudo, da definição de investimento que o acordo entre as partes estabeleceu.

Portanto, o primeiro passo para determinar se a arbitragem de investimento é aplicável ao caso concreto é a definição de quais tipos de investimentos estão cobertos por aquela corte arbitral ou acordo bilateral.

Para evitar maiores controvérsias, os BITs têm buscado utilizar uma definição ampla de conflitos. A título de exemplo, encontramos as seguintes acepções em diferentes BITs:

For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority (if any such authorization exists) to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.
US-Argentina BIT, 1994

Any dispute between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement
Canada-China BIT, 2012

Desta forma, podemos afirmar que a arbitragem de investimento difere-se da arbitragem pública por envolver em um dos polos uma parte privada e difere-se da arbitragem comercial por duas características principais: (1) as partes envolvidas são necessariamente o Estado hospedeiro do investimento e o investidor e (2) tem fundamento legal ou em um tratado de investimento, como os BITs, ou na lei de investimentos do país onde o conflito se desenvolveu que estabelece a arbitragem de investimento como uma proteção ao investidor ou, ainda, em um acordo de investimentos entre as partes envolvidas no conflito.

²⁴⁶ AKGUL, Zeynep. *The Development of International Arbitration on Bilateral Investment Treaties: Disputes Between States and Investor, ICSID Cases Against Turkey Regarding Energy Sector*. Dissertation (master of law) - University of Exeter School of Law, 2008.

3.3.3.3 Regras

Com o crescimento do número de conflitos, esses passaram a contar com regras próprias e bem específicas, cuja estrutura encontra-se estabelecida em cortes arbitrais hoje com um rol de experiência bastante consolidado, como é o caso da ICSID.

Seguindo a estrutura dos BITs e da própria ICSID, verifica-se que, antes de se estabelecer a arbitragem, as partes devem buscar uma conciliação amigável. Se as negociações diretas falharem, as partes deverão, então, comunicar o início da arbitragem à outra parte. Além disso, como regra, a nomeação dos árbitros se dá por escolha das partes, que devem eleger um terceiro árbitro, cuja nacionalidade não seja a mesma das partes envolvidas, para ser o Presidente da corte.²⁴⁷

Por fim, os BITs costumam enumerar as cortes arbitrais passíveis de serem eleitas pelas partes para a solução do conflito. Entre elas, costuma-se mencionar a ICC²⁴⁸ e a ICSID²⁴⁹⁻²⁵⁰. Serão essas as cortes que definirão o procedimento detalhado da arbitragem.

A título de ilustração, trazemos um breve estudo sobre as regras de procedimento da ICSID, uma das cortes arbitrais de investimento mais importante de todo o mundo. Contudo, antes de prosseguirmos, é importante esclarecermos que a ICSID tem dois corpos normativos: um estabelecido pela Convenção da ICSID (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*) e outro, pelas *Additional Facility Rules*.

Iremos tratar das regras estabelecidas por aquele primeiro corpo legal, pois é o mais praticado entre os casos da ICSID. Esse corpo normativo é composto, entre outros instrumentos legais, pela própria ICSID, pela *Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings* (“*Institution Rules*”) e pela *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings* (“*Arbitration Rules*”). Lembramos apenas que, o segundo corpo

²⁴⁷ Por exemplo, BIT entre Chile e Alemanha, de 1997.

²⁴⁸ Por exemplo, BIT entre Albânia e Croácia, de 1993.

²⁴⁹ Por exemplo, BIT entre Argentina e Canadá, de 1991.

normativo é aplicado no caso de uma das partes não ser Estado membro da ICSID ou não ser nacional de um país membro.

Desta forma, verifica-se que o procedimento arbitral na ICSID inicia-se sempre com uma notificação ao Secretário-Geral daquele órgão, que fará uma análise com o objetivo de verificar se a ICSID tem jurisdição para o julgamento do caso proposto.²⁵¹ Como se observa pela redação do art. 36 da Convenção da ICSID, não há limite de tempo para que seja feita essa notificação.²⁵² Porém, usualmente nos acordos entre os Estados, um prazo é estabelecido.²⁵³

O Secretário-Geral é quem notifica a parte adversária sobre a implementação do caso. Neste momento, não é solicitado que a parte responda a notificação, mas comumente o faz.²⁵⁴ Neste caso, a parte que iniciou o processo (autor) é chamada a se manifestar também, especialmente quando a outra parte (ré), em sua manifestação voluntária, questiona a jurisdição da ICSID.²⁵⁵

Em seu art. 36 (2), a ICSID estabelece o conteúdo do requerimento que é feito ao Secretário-Geral. É importante observar que, neste estágio, não são requeridas provas dessas informações. Além disso, informações adicionais também podem ser incluídas na solicitação,

²⁵⁰ É ainda possível e bastante comum encontrar BITs estabelecendo a possibilidade de arbitragem ad hoc. Nesses casos, a corte arbitral a ser estruturada, muitas vezes, deve seguir as regras da UNCITAD, como é o caso do BIT entre Suécia e Bolívia, de 1990.

²⁵¹ SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Cambridge: University of Cambridge, 2001, p. 444.

²⁵² ICSID. “Article 36: (1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party. (2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to arbitration in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings. (3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.”

²⁵³ NAFTA, Capítulo XI, art. 20: “Submission of a Claim to Arbitration: 1. Except as provided in Annex 1120.1, and provided that six months have elapsed since the events giving rise to a claim, a disputing investor may submit the claim to arbitration under:” e BIT entre Estados Unidos e Bolívia, de 1998, art. IX: “3. a. Siempre y cuando el nacional o la sociedad en cuestión no haya sometido la diferencia para su resolución según el inciso a) o el b) del párrafo 2, y hayan transcurrido tres meses a partir de la fecha en que surgió la diferencia, dicho nacional o sociedad podrá someter la diferencia para su resolución mediante el arbitraje vinculante”.

²⁵⁴ SCHREUER, 2001, p. 453.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 450.

de acordo com a Rule 2.²⁵⁶ Nesta oportunidade, é importante indicar qualquer acordo relevante entre as partes envolvidas no conflito, a língua e outros detalhes sobre o processo que já tenham sido acordados entre as partes, bem como a indicação de advogados, etc.²⁵⁷

Apesar da exigência quanto a essa formalidade, há ainda a possibilidade de comunicação informal com a ICSID para consulta prévia e eventuais correções à solicitação.²⁵⁸

Uma vez admitido o caso naquela corte, o Secretário-Geral fará o registro do caso e notificará as partes, conforme o Rule 7.²⁵⁹ Esse registro traz diversas consequências para as partes: a partir do registro, a solicitação de instalação do painel arbitral já não poderá mais ser retirada e passará a contar o prazo de 90 dias para a instalação do mesmo, com a indicação dos árbitros.²⁶⁰ Infelizmente, muitas vezes, esse prazo não é respeitado, podendo levar até mais de um ano para que a composição do painel seja definida.²⁶¹

²⁵⁶ INSTITUTION RULES. “Rule 2: Contents of the Request: (1) The request shall: (a) designate precisely each party to the dispute and state the address of each; (b) state, if one of the parties is a constituent subdivision or agency of a Contracting State, that it has been designated to the Centre by that State pursuant to Article 25(1) of the Convention; (c) indicate the date of consent and the instruments in which it is recorded, including, if one party is a constituent subdivision or agency of a Contracting State, similar data on the approval of such consent by that State unless it had notified the Centre that no such approval is required; (d) indicate with respect to the party that is a national of a Contracting State: (i) its nationality on the date of consent; and (ii) if the party is a natural person: (A) his nationality on the date of the request; and (B) that he did not have the nationality of the Contracting State party to the dispute either on the date of consent or on the date of the request; or (iii) if the party is a juridical person which on the date of consent had the nationality of the Contracting State party to the dispute, the agreement of the parties that it should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of the Convention; (e) contain information concerning the issues in dispute indicating that there is, between the parties, a legal dispute arising directly out of an investment; and (f) state, if the requesting party is a juridical person, that it has taken all necessary internal actions to authorize the request...”

²⁵⁷ SCHREUER, 2001, p. 457.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 457.

²⁵⁹ INSTITUTION RULES. “Rule 7: Notice of Registration: The notice of registration of a request shall: (a) record that the request is registered and indicate the date of the registration and of the dispatch of that notice; (b) notify each party that all communications and notices in connection with the proceeding will be sent to the address stated in the request, unless another address is indicated to the Centre; (c) unless such information has already been provided, invite the parties to communicate to the Secretary-General any provisions agreed by them regarding the number and the method of appointment of the conciliators or arbitrators; (d) invite the parties to proceed, as soon as possible, to constitute a Conciliation Commission in accordance with Articles 29 to 31 of the Convention, or an Arbitral Tribunal in accordance with Articles 37 to 40; (e) remind the parties that the registration of the request is without prejudice to the powers and functions of the Conciliation Commission or Arbitral Tribunal in regard to jurisdiction, competence and the merits; and (f) be accompanied by a list of the members of the Panel of Conciliators or of Arbitrators of the Centre.”

²⁶⁰ ICSID. “Art. 38: If the Tribunal shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 36, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. Arbitrators appointed by the

Apesar da regra da ICSID permitir a nomeação de um só árbitro, geralmente, opta-se por três. Em raros casos, de grande complexidade, as partes utilizam-se de até cinco árbitros. Porém, qualquer número ímpar acima deste não é financeiramente viável, pois aumentaria em muito o custo do processo arbitral.²⁶² Ademais, como regra, a maioria dos árbitros deve ser de nacionalidade distinta daquela de qualquer uma das partes.²⁶³

No caso de se optar por três árbitros, aplica-se a regra geral de constituição de processos arbitrais comuns: cada parte nomeia um árbitro e o terceiro - escolhido por comum acordo - será o presidente da corte. A nomeação dos árbitros deve respeitar a Rule 3 da *Arbitration Rules*, que determina que uma das partes comunique à outra sua indicação para árbitro e para presidente e institui que, em resposta, a outra parte indique seu árbitro e concorde com a indicação ou nomeie novo presidente.²⁶⁴ Qualquer alteração no quadro de árbitros deve seguir as regras dos artigos 56 a 58, ICSID, que estabelecem, entre outros exemplos, como ocorrem a vacância e a expulsão de árbitros.²⁶⁵

Chairman pursuant to this Article shall not be nationals of the Contracting State party to the dispute or of the Contracting State whose national is a party to the dispute.”

²⁶¹ Esse foi o caso de: *Manufacturers Hanover Trust Co vs. Egito*, cuja data de registro é 15 de junho de 1989 e a data de constituição do Tribunal é de 02 de julho de 1990 e do caso *Tradex vs. Albânia*, cuja data de registro é de 08 de dezembro de 1994 e a de constituição do Tribunal é de 03 de janeiro de 1996.

²⁶² SCHREUER, 2001, p. 472.

²⁶³ ICSID. “Art. 39: The majority of the arbitrators shall be nationals of States other than the Contracting State party to the dispute and the Contracting State whose national is a party to the dispute; provided, however, that the foregoing provisions of this Article shall not apply if the sole arbitrator or each individual member of the Tribunal has been appointed by agreement of the parties.”

²⁶⁴ INSTITUTION RULES. “Rule 3, Appointment of Arbitrators to a Tribunal Constituted in Accordance with Convention Article 37(2)(b)(1) If the Tribunal is to be constituted in accordance with Article 37(2)(b) of the Convention: (a) either party shall in a communication to the other party: (i) name two persons, identifying one of them, who shall not have the same nationality as nor be a national of either party, as the arbitrator appointed by it, and the other as the arbitrator proposed to be the President of the Tribunal; and (ii) invite the other party to concur in the appointment of the arbitrator proposed to be the President of the Tribunal and to appoint another arbitrator;(b) promptly upon receipt of this communication the other party shall, in its reply: (i) name a person as the arbitrator appointed by it, who shall not have the same nationality as nor be a national of either party; and (ii) concur in the appointment of the arbitrator proposed to be the President of the Tribunal or name another person as the arbitrator proposed to be President; (c) promptly upon receipt of the reply containing such a proposal, the initiating party shall notify the other party whether it concurs in the appointment of the arbitrator proposed by that party to be the President of the Tribunal. (2) The communications provided for in this Rule shall be made or promptly confirmed in writing and shall either be transmitted through the Secretary-General or directly between the parties with a copy to the Secretary-General.”

²⁶⁵ ICSID. “Article 56: (1) After a Commission or a Tribunal has been constituted and proceedings have begun, its composition shall remain unchanged; provided, however, that if a conciliator or an arbitrator should die, become incapacitated, or resign, the resulting vacancy shall be filled in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter III or Section 2 of Chapter IV. (2) A member of a Commission or Tribunal shall continue to

Por fim, a Convenção da ICSID traz exigências quanto à qualificação dos árbitros que podem não constar na lista de árbitros do instituto se nomeados por acordo entre as partes.²⁶⁶ Desta forma, os árbitros devem ter caráter moral, conhecimento legal, comercial, financeiro ou industrial e comprometimento em fazer um julgamento imparcial.²⁶⁷

Quanto aos poderes e funções do tribunal arbitral, destaca-se a competência que este tem para julgar sua própria jurisdição. Ou seja, aplica-se aqui o princípio da competência-competência, segundo o qual o painel de árbitros é o único competente para analisar a sua competência.²⁶⁸

Esse princípio assegura a autonomia da cláusula compromissória e fortalece a arbitragem internacional, pois garante que os árbitros julguem a própria competência sem a intervenção do Poder Judiciário²⁶⁹. Além deste efeito importante com relação aos tribunais nacionais, o art. 41 da ICSID tem o propósito de evitar tanto que a parte ré negue a jurisdição do tribunal quanto os conflitos com os demais órgãos de decisão, como o Secretário-Geral e a

serve in that capacity notwithstanding that he shall have ceased to be a member of the Panel. (3) If a conciliator or arbitrator appointed by a party shall have resigned without the consent of the Commission or Tribunal of which he was a member, the Chairman shall appoint a person from the appropriate Panel to fill the resulting vacancy. Article 57: A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. A party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of an arbitrator on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Section 2 of Chapter IV. Article 58: The decision on any proposal to disqualify a conciliator or arbitrator shall be taken by the other members of the Commission or Tribunal as the case may be, provided that where those members are equally divided, or in the case of a proposal to disqualify a sole conciliator or arbitrator, or a majority of the conciliators or arbitrators, the Chairman shall take that decision. If it is decided that the proposal is well-founded the conciliator or arbitrator to whom the decision relates shall be replaced in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter III or Section 2 of Chapter IV.”

²⁶⁶ ICSID. “Article 40: (1) Arbitrators may be appointed from outside the Panel of Arbitrators, except in the case of appointments by the Chairman pursuant to Article 38. (2) Arbitrators appointed from outside the Panel of Arbitrators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14.”

²⁶⁷ ICSID. “Article 14: (1) Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators. (2) The Chairman, in designating persons to serve on the Panels, shall in addition pay due regard to the importance of assuring representation on the Panels of the principal legal systems of the world and of the main forms of economic activity.”

²⁶⁸ ICSID. “Article 41: (1) The Tribunal shall be the judge of its own competence. (2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.”

²⁶⁹ TIBURCIO, 2006, p. 291-305.

Corte Internacional de Justiça cujo poder de interpretação da Convenção está previsto no art. 64.²⁷⁰⁻²⁷¹

Importante observar, contudo, que uma vez tomada a sua decisão final, na qual será incorporada a decisão relativa à sua competência, o laudo arbitral, e, conseqüentemente, a questão preliminar relativa à competência do tribunal poderão ser revistos de acordo com as normas de revisão estabelecidas pela ICSID.²⁷²⁻²⁷³

Observa-se, ainda, que é possível a prorrogação da competência caso nenhuma das partes conteste a jurisdição da Corte. Isso não quer dizer que a análise da jurisdição dependa sempre de manifestação das partes. Se a disputa não se tratar de um investimento, por exemplo, a corte deve negar jurisdição para solucionar aquele caso, pois, antes de mais nada, as regras de arbitragem da ICSID se aplicam somente em caso de a disputa se referir precisamente a um investimento.²⁷⁴

Christoph Schreuer observa que, apesar de a ICSID fazer uma clara distinção entre jurisdição e competência, diversos casos mostram haver confusão entre os termos. Essa confusão traz conseqüências irrelevantes, pois o tratamento feito a um é aplicado ao outro. Ou seja, a competência e a jurisdição do Tribunal podem ser questionadas tanto pelo próprio quanto pelas partes.²⁷⁵ É muito importante a manifestação do tribunal quanto à sua jurisdição mesmo que as partes não o façam, visto que a ausência de dada declaração poderá deixar o laudo vulnerável à futura anulação.²⁷⁶ Desta forma, os árbitros podem julgar sua competência de três formas: através de uma decisão preliminar, na própria decisão de mérito e ainda, caso considere-se incompetente, em decisão final sem julgamento de mérito.²⁷⁷

²⁷⁰ SCHREUER, 2001, p. 522.

²⁷¹ ICSID. “Article 64: Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement.”

²⁷² SCHREUER, op. cit., p. 529.

²⁷³ As regras de revisão da ICSID estão previstas em sua Sessão 5.

²⁷⁴ SCHREUER, op. cit., p. 535.

²⁷⁵ Ibid., p. 537.

²⁷⁶ Ibid., p. 542.

²⁷⁷ Ibid., p. 543.

Outro tema de suma importância em qualquer arbitragem internacional é a lei aplicável. Os BITs comumente prevêm a aplicação das Regras de Arbitragem da UNCITRAL.²⁷⁸ Desta forma, a ICSID não é o instrumento para determinação da lei aplicável, sendo apenas um corpo de normas processuais. Neste corpo, a única referência relativa à lei aplicável é o art. 42, que serve como guia aos árbitros.²⁷⁹

O artigo divide em três partes o trabalho dos árbitros: primeiro, eles devem determinar se houve escolha da lei aplicável pelas partes; essa escolha pode ser feita tanto por um ordenamento legal determinado, quanto pelo princípio da equidade, o que deverá ser determinado pelo árbitro; e, por fim, o árbitro poderá recorrer a uma lei residual - caso a escolha das partes não seja suficiente para a solução do conflito - que poderá ser ou a lei do Estado hospedeiro ou o Direito Internacional.²⁸⁰

Em seu trabalho, Christoph Schreuer mostra que a má aplicação deste artigo pode incorrer na nulidade do laudo arbitral.²⁸¹ A escolha da lei aplicável pelas partes, sob as regras da ICSID, é bem livre. Pode-se, por exemplo, combinar mais de um ordenamento jurídico e, até mesmo, pode ser o contrato um sistema legal por si só. Contudo, há limites para a escolha da lei, que são: uma mínima relação entre a lei escolhida e as partes envolvidas, a ordem pública internacional e a ordem pública interna do Estado hospedeiro.²⁸²

Inclusive, a escolha da lei aplicável poderá ser também tácita e nas seguintes situações: quando houver referência à lei do país hospedeiro no BIT ou em outro acordo entre as partes envolvido no conflito, quando uma das partes se submeter à lei eleita pela outra parte sem manifestação em contrário e quando houver menção a tratado em que haja cláusula de eleição da lei aplicável.²⁸³ Esses e outros temas são recorrentes nas disputas entre Estados

²⁷⁸ Exemplos de BITs: entre Albania e Bulgária, de 1994; entre Austrália e Arménia, de 2002 e; entre Bélgica e Argentina, de 1990.

²⁷⁹ ICSID, “art. 42: (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable. (2) The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law. (3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute ex aequo et bono if the parties so agree.”

²⁸⁰ SCHREUER, 2001, p. 555.

²⁸¹ Ibid., p. 555-558.

²⁸² Ibid., p. 566-570.

hospedeiros e investidores estrangeiros. Por essa razão, serão mais bem abordados no próximo capítulo através do estudo de casos.

Entre outros aspectos, importa observar que, na ausência da escolha de que lei será empregada no conflito, o art. 42 determina ser aplicada a lei do Estado hospedeiro. Segundo Christoph Schreuer, essa vitória do Estado hospedeiro se deve ao fato de que, normalmente, a relação de investimento está mais conectada à lei do Estado hospedeiro do que a qualquer outra. Além disso, a menção à lei do Estado hospedeiro inclui suas regras de conflito de lei, de modo que, caso haja mais conexão com outro ordenamento jurídico, poderá ser feito o reenvio. Apesar disso, a lei estatal ainda assim terá sua aplicação limitada pelo Direito Internacional.²⁸⁴

Em seu artigo 43, o ICSID estabelece também liberdade de escolha sobre a forma de produção das provas durante o processo arbitral. Caso as partes não estabeleçam regras próprias, a Convenção traz duas determinações: “(a) convocar as partes a produzir documentos ou outras provas, e (b) visitar os lugares relacionados à disputa e realizar as investigações que pareçam apropriadas”.²⁸⁵

Se uma das partes não for capaz de apresentar defesa, a ICSID estabelece que seu silêncio não valerá como pena de confissão a favor da outra parte e que deverá ser dado prazo razoável para a sua defesa. Excepcionalmente, não será dado este prazo especial, caso os árbitros verifiquem que a parte não tem, propositalmente, a intenção de se defender no tribunal arbitral. Essa é uma questão de fundamental para o estudo da arbitragem, pois, como será visto, o laudo arbitral internacional, em regra, precisará ser homologado para ter força executória contra aquele que saiu derrotado no processo arbitral. Diantedisto, muitas vezes, a parte que não aceitar a jurisdição da corte arbitral pode se negar a participar ativamente do processo. Para evitar injustiças, este artigo busca um meio termo entre a chance de um prazo mais largo para a parte que não se apresenta e a não prolongação demasiada do processo.²⁸⁶

²⁸³ Ibid., p. 573-581.

²⁸⁴ SCHREUER, 2001, p. 556.

²⁸⁵ Tradução livre de: “(a) call upon the parties to produce documents or other evidence, and (b) visit the scene connected with the dispute, and conduct such inquiries there as it may deem appropriate”.

²⁸⁶ ICSID. “Art. 45: (1) Failure of a party to appear or to present his case shall not be deemed an admission of the other party’s assertions. (2) If a party fails to appear or to present his case at any stage of the proceedings the other party may request the Tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award. Before rendering an award, the Tribunal shall notify, and grant a period of grace to, the party failing to appear or to present its case, unless it is satisfied that that party does not intend to do so.”

Os artigos 46 e 47 da ICSID trazem dois temas de suma importância. O primeiro trata das chamadas Reclamações Auxiliares, que incluem as reclamações incidentais, adicionais, bem como as reconvenções. Segundo o art. 46 da ICSID, juntamente com a Rule 40 da *Arbitration Rules*, a corte arbitral tem poder para julgar essas Reclamações Auxiliares, caso as partes não tenham acordado o contrário. Desta forma, o artigo busca evitar a instauração de mais de um processo arbitral para tratar de temas relacionados.²⁸⁷ Essa previsão não tem como objetivo estender a jurisdição da ICSID, mas apenas delimitar a competência do tribunal de modo a englobar todas as questões envolvidas em determinada disputa. Por essa razão, as Reclamações Auxiliares são apenas permitidas depois de “passarem” pela análise do art. 25 da ICSID (artigo relativo à jurisdição da ICSID)²⁸⁸, ou seja, as reclamações devem surgir diretamente do investimento objeto da relação submetida ao tribunal.²⁸⁹ Eis alguns exemplos de reclamações: custos relativos a contratos com terceiros, mas cujo propósito é permitir o investimento em questão, juros sobre o pedido e custos processuais.²⁹⁰

Já o artigo 47 da ICSID²⁹¹, bem como a Rule 39 da *Arbitration Rules*, trata de medidas de urgência. Apesar de polêmico, esse instrumento tem previsão em diversos acordos

²⁸⁷ Decisão do Caso n. ARB/01/3, Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentina, Washington, D.C., 14 de janeiro de 2004.

²⁸⁸ ICSID. “Article 25: (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. (2) “National of another Contracting State” means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention. (3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required. (4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).”

²⁸⁹ STEINGRUBER, Andrea M.. *Consent in International Arbitration*. OUP Oxford: Oxford, 2012, p. 201.

²⁹⁰ UNCTAD - United Nations Conference on trade and development. *Dispute Settlement*. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add4_en.pdf>. Acesso em: 18 de fev. 2013, p. 29.

internacionais, como: International Chamber of Commerce Rules of Arbitration (Art. 23), de 1998; Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (Art. 32), de 2006; CAMCA Arbitration Rules (Art. 23), de 1996; UNCITRAL Arbitration Rules (Art. 26), de 1976 e UNCITRAL Model Law, de 1985, alterada em 2006 (Chapter IV A)²⁹².

O propósito deste artigo, segundo Christoph Schreuer, é induzir o comportamento das partes de modo a levar o processo a um bom resultado, garantindo a produção de provas, preservando os direitos de cada uma das partes, salvaguardando o resultando e sua eventual implementação e mantendo a paz.²⁹³

De acordo com Karen Lee, as medidas de urgência são excepcionais e devem ser deferidas apenas em caso de urgência, para evitar danos irreparáveis e preservar o *status quo*. O art. 47 menciona que os direitos das partes devem ser preservados, mas, como bem mostra Karen Lee, a interpretação do que sejam esses direitos deve limitar seu escopo. Desta forma, a autora defende que esses direitos devem ser lidos como “os direitos relativos à disputa”.²⁹⁴

Esse instrumento é de tal importância que pode ser solicitado e aplicado antes mesmo de o tribunal estar constituído.²⁹⁵ Apesar disso, como se observa pela própria redação do artigo 47, essas medidas de urgência são apenas recomendadas pelo tribunal, ou seja, não têm qualquer força de obrigar as partes.

Nos arts. 48 e 49, a ICSID trata da elaboração do laudo arbitral. O primeiro deles aborda diversos assuntos relacionados ao laudo, como sua forma, motivação, possibilidade de opinião de terceiros, etc. Diferentemente de outros artigos aqui estudados, este não pode ser afastado pelo acordo entre as partes. Portanto, é considerado obrigatório. Inclusive, sua aplicação não se limita ao laudo arbitral do processo principal, mas se estende ao processo de anulação também (art. 52 da ICSID).

Já o art. 49²⁹⁶ trata de dois assuntos específicos: a forma como o laudo será enviado às partes e eventuais retificações e suplementações no laudo após o envio do mesmo. Esse

²⁹¹ ICSID. “Art. 47.: Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.”

²⁹² SCHREUER, 2001, p. 757.

²⁹³ SCHREUER, 2001, p. 757.

²⁹⁴ LEE, Karen. *ICSID Reports*: Volume 13, p. 330-331.

²⁹⁵ WAIBEL, Michael et al. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Kluwer Law International, 2010, p. 90.

procedimento simplificado de revisão só é permitido dentro de 45 dias após a distribuição do laudo, deve se referir apenas a pequenas correções e a decisão sobre tal correção fará parte do laudo final.

Outros processos de revisão estão previstos na Sessão 5, intitulada “Interpretation, Revision and Annulment of the Award”, da ICSID, e detalhadas nas Rules 50 a 55 das *Arbitration Rules*. O primeiro artigo desta sessão, o art. 50 da ICSID²⁹⁷, versa sobre os conflitos entre as partes com relação à interpretação do laudo arbitral (o que não se confunde com os conflitos entre Estados membros da ICSID sobre a interpretação da Convenção – art. 64). Como pode ser extraído da leitura do artigo, não há limite temporal para as partes enderçarem um pedido de instauração de processo de interpretação. Isso significa dizer que, além de não haver limite de tempo, poderá haver sucessivos processos de interpretação, contanto que seja caracterizado o conflito entre as partes quanto à interpretação.²⁹⁸ Em seu parágrafo segundo, o art. 50 estabelece que, apenas constituído o Tribunal, este poderá suspender a execução da sentença arbitral na pendência de sua decisão. Observa-se ainda a possibilidade de outro tribunal (ou seja, outra composição de árbitros), que não aquele que elaborou o laudo em questão, decidir sobre sua interpretação, tendo em vista questões práticas como a morte de algum árbitro, etc.

Já o processo de revisão do laudo está previsto no art. 51 da ICSID²⁹⁹. Diferentemente do processo de interpretação, a revisão consiste em uma alteração relevante no laudo original

²⁹⁶ ICSID. “Art. 49: (1) The Secretary-General shall promptly dispatch certified copies of the award to the parties. The award shall be deemed to have been rendered on the date on which the certified copies were dispatched. (2) The Tribunal upon the request of a party made within 45 days after the date on which the award was rendered may after notice to the other party decide any question which it had omitted to decide in the award, and shall rectify any clerical, arithmetical or similar error in the award. Its decision shall become part of the award and shall be notified to the parties in the same manner as the award. The periods of time provided for under paragraph (2) of Article 51 and paragraph (2) of Article 52 shall run from the date on which the decision was rendered.”

²⁹⁷ ICSID. “Article 50: (1) If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General. (2) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter. The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision.”

²⁹⁸ SCHREUER, 2001, p. 866.

²⁹⁹ ICSID. “Article 51: (1) Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant’s ignorance of that fact was not due to negligence. (2) The application shall be made within 90 days after the discovery of such fact and in any event within three years after the date on which the award was rendered. (3) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter. (4)

perante a descoberta de fatos desconhecidos no tempo de elaboração do laudo. Este processo distingue-se também pelo fato de impor o limite temporal de 90 dias após a descoberta de tal fato e, em qualquer caso, dentro de três anos após a data de emissão da sentença arbitral. Além disso, o art. 51 prevê a automática manutenção da execução do laudo, caso a parte requeira que assim seja. De modo similar à previsão do art. 50, no processo de revisão, prioriza-se que este seja feito pelo mesmo Tribunal que elaborou o laudo original. É importante observar ainda que qualquer outro procedimento (pedido de anulação, suplementação, etc.) deverá ser feito em pedido distinto. Apesar de a ICSID não trazer essas regras, as *Arbitration Rules* estabelecem que o Secretário-Geral poderá negar o registro de um pedido de revisão, caso não vislumbre claramente que o fato alegado é novo e que afeta o laudo arbitral na parte apontada pelo requerente³⁰⁰.

Por fim, a ICSID prevê o processo de anulação em seu art. 52³⁰¹. Infelizmente, no presente trabalho, não nos cabe analisar detalhadamente todos esses processos, em especial o processo de anulação, que necessitaria de um aprofundamento maior, porém, analisaremos o artigo de modo breve.

The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Tribunal rules on such request.”

³⁰⁰ “Rule 50 The Application: (1) An application for the interpretation, revision or annulment of an award shall be addressed in writing to the Secretary-General and shall: (c) state in detail: (ii) in an application for revision, pursuant to Article 51(1) of the Convention, the change sought in the award, the discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, and evidence that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant, and that the applicant’s ignorance of that fact was not due to negligence.”

³⁰¹ ICSID. “Article 52: (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based. (2) The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered. (3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1). (4) The provisions of Articles 41-45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapters VI and VII shall apply mutatis mutandis to proceedings before the Committee. (5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request. (6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.”

Em relação à anulação de um laudo, qualquer uma das partes pode solicitá-la através de um pedido por escrito ao Secretário-Geral com base apenas em uma ou mais das seguintes circunstâncias: (a) quando o Tribunal não for devidamente constituído; (b) quando o Tribunal tiver manifestamente excedido as suas competências; (c) quando houver corrupção por parte de um membro do tribunal; (d) quando houver uma partida séria de uma regra fundamental do processo, ou (e) quando o prêmio não for capaz de indicar os motivos em que se baseou.

Aqui, a ICSID também estabelece um prazo temporal de 120 dias após a data de emissão da sentença. Caso a motivação do pedido seja uma acusação de corrupção, a parte tem até 120 dias após a descoberta de tal corrupção e, em qualquer caso, três anos após a data em que a sentença foi proferida.

Para o julgamento do pedido de anulação - diferentemente dos processos de revisão e interpretação - será instaurado um comitê *ad hoc* de três árbitros, que devem ser distintos daqueles que compuseram o tribunal original e de nacionalidade diferente daquela das partes envolvidas.

Da mesma forma que ocorre com o processo de revisão, se o requerente solicitar a suspensão da execução da sentença, esta será suspensa provisoriamente até que o Comitê decida sobre esse pedido.

Uma vez anulada a sentença arbitral, a pedido de qualquer das partes, será instaurado um novo processo arbitral, com um novo tribunal constituído em conformidade com as previsões gerais da ICSID.

Concluindo essa breve análise das regras de arbitragem da ICSID, chegamos à última sessão da Convenção: a sessão sobre reconhecimento e execução do laudo, um dos temas mais polêmicos da arbitragem internacional.

Esta sessão é dividida em três artigos, que abordam os seguintes temas: art. 53³⁰² (força coercitiva do laudo), art. 54³⁰³ (execução do laudo) e art. 55³⁰⁴ (imunidade do Estado).

³⁰² ICSID. “Article 53: (1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention. (2) For the purposes of this Section, “award” shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50, 51 or 52.”

³⁰³ ICSID. “Article 54: (1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state. (2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose

Quanto à força coercitiva do laudo, esta é inerente ao conceito de arbitragem. Se a arbitragem é baseada em um acordo entre as partes, este acordo inclui uma promessa de respeitar a decisão do árbitro. Importa observar, contudo, que esta força coercitiva não se aplica às medidas provisórias do art. 47, nem mesmo às decisões preliminares sobre jurisdição. Com relação ao Estado hospedeiro como parte envolvida na arbitragem, essa força coercitiva irá obrigar seu órgão interno, designado pelo próprio Estado, a ser o responsável por implementar o laudo.

Essa força coercitiva significa dizer que nenhum obstáculo, processual ou material, justificará a execução do laudo. Essa força só será interrompida com uma suspensão da execução do laudo. Se uma das partes não cumprir com o laudo, a parte prejudicada poderá se defender das seguintes maneiras: através do reconhecimento e execução, em conformidade com o art. 54; pela proteção diplomática, prevista no art. 2, ou ainda, de acordo com o art. 64, através de recurso ao Tribunal Internacional de Justiça – ICJ (apenas para o caso de a parte ser um Estado). Além disso, o laudo não poderá ser revisto nem pelas cortes nacionais dos Estados envolvidos, nem pela ICJ.

Quanto à execução do laudo, o art. 54 da ICSID, estabelece que todos os seus Estados membros reconheçam as sentenças proferidas nos termos da Convenção e, sendo assim, devem fazer cumprir as obrigações pecuniárias impostas pelas sentenças dentro de seus territórios, como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado. Desta forma, a execução da sentença arbitral será regida pelas leis relativas à execução de decisões em vigor no Estado em cujo território essa execução é almejada.

O art. 55 da ICSID traz o tema da imunidade estatal que, por muito tempo, foi usado pelos Estados como argumento para se esquivar de responder ao tribunal arbitral (através da imunidade de jurisdição) e até mesmo para executar o laudo (através da imunidade de execução). Por se tratar de uma arbitragem híbrida, envolvendo um Estado soberano e uma parte privada, este tema é de suma importância para a arbitragem internacional de investimento. Contudo, neste momento, nos caberá somente analisar os aspectos trazidos pela ICSID sobre o assunto. De acordo com o art. 54 (1), a imunidade do Estado será aplicada à

a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation. (3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.”

execução de uma sentença ICSID da mesma forma que esta é aplicada à execução de um acórdão de um tribunal nacional. Isso justifica a ressalva feita no art. 55 de não conceder imunidade ao Estado, mas simplesmente se referir à situação prevalecente no âmbito do ordenamento jurídico do Estado em que a execução é solicitada. O art. 55 tão pouco congela a lei sobre a imunidade de Estado em termos temporais, mas refere-se à lei de imunidade de execução e à forma que esta vem evoluindo ao longo do tempo. Resta observar, portanto, que este artigo não trata de imunidade de jurisdição, mas apenas de execução.

Assim, a ICSID busca tornar a arbitragem internacional de investimento um meio eficiente e próspero de solução de controvérsias, equilibrando as forças entre o Estado soberano hospedeiro do investimento e a empresa privada estrangeira investidora.

³⁰⁴ ICSID. “Article 55: Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.”

4 **LEX PETROLEA: ESTUDO DE CASOS**

A prática comercial tem fundamental importância para a construção da *lex mercatoria*. A *lex mercatoria* é resultado do questionamento de juristas sobre o fenômeno do comércio internacional. Tal conceito surge como referência aos costumes mercantis e logo ganha uma maior abrangência, tornando-se um grupo de normas próprias para o comércio internacional.³⁰⁵ Segundo Bernardo M. Cremades, a *lex mercatoria* consiste em quatro elementos: os usos comerciais, os contratos-tipo, a regulamentação profissional dada pela própria associação representativa e a jurisprudência arbitral.³⁰⁶ Irineu Strenger ensina que a elaboração destas normas visa a liberar o comércio dos entraves do Direito Nacional³⁰⁷ e, por esta mesma razão, a doutrina destaca o princípio da autonomia da vontade como o princípio basilar de todo o Direito do Comércio Internacional.

Historicamente, foi na Idade Média, portanto, que surgiu um corpo de normas cujo objetivo era regular o comércio transfronteiriço. Os costumes comerciais eram confirmados e recebiam tratamento legal através das cortes mercantis, em geral, formadas por membros da classe mercantil.³⁰⁸ Assim, como lembra Irineu Strenger, esse conjunto de regras, constituído exclusivamente para regular um grupo de pessoas e os institutos que lhes interessavam, passou a ser chamado de *statuto mercatorum* ou *jus mercatorum*.³⁰⁹⁻³¹⁰

Marcos Baccega, no entanto, afirma que o Direito do Comércio Internacional tem sua origem antes mesmo do Direito Romano clássico, sendo, de início, vedado aos não romanos. Apenas com o passar do tempo, foi permitida a participação de estrangeiros, surgindo, então,

³⁰⁵ STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 23.

³⁰⁶ CREMADES, Bernardo M. Afianzamiento y garantías en el comercio internacional. In: REGIMEN JURIDICO DE LAS GARANTIAS CONTRACTUALES EN EL COMERCIO INTERNACIONAL. Madrid: Centro de Estudios Comerciales, p. 9-34, 1981 apud *ibid.*, p. 22.

³⁰⁷ STRENGER, 1996, p. 24.

³⁰⁸ Stoecker apud STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: LTr, 2005, 8ªed, p. 792.

³⁰⁹ Apud STRENGER, 2005, p. 792. Irineu Strenger disserta ainda sobre a consolidação deste Direito na França, onde, em 1807, é criado o Código Comercial como aperfeiçoamento deste grupo de normas originário do Direito Comercial. Para tanto, vide STRENGER, 2005, p.793-794.

³¹⁰ O *jus mercatorum* é visto como o antecedente da *lex mercatoria*, estudada adiante; assim como a *Lex Rhodia* ou a Lei do Mar de Rodes (300 a.C.), adotada pelos gregos e troianos, segundo Roberto Luiz Silva, em *Direito internacional público*, 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24.

o que viria a se tornar a preocupação do Direito Internacional: o conflito de leis. Isso porque, como será visto posteriormente, no Império Romano, existia um regime legal para os romanos (*ius civile*) e outro para os estrangeiros (*ius peregrinum*). O *ius gentium* nasceu somente com o desenrolar das relações pessoais e comerciais entre os diferentes povos.³¹¹

Apesar das divergências doutrinárias acerca do surgimento da *lex mercatoria*, entende-se que esta surgiu, de fato, com a regulamentação através das cortes mercantis presentes nos portos europeus – especialmente na França e na Itália. Essas cortes aplicavam a então chamada *lex mercatoria*.

Embora tenha tido uma imensurável importância no período em que despontou, a *lex mercatoria* encontra-se em uma fase de declínio, com o fortalecimento do Estado-Nação e a imposição do Direito Nacional. Como visto, na Idade Média, os Estados europeus encontravam-se enfraquecidos pelo poderio dos senhores feudais. No entanto, como a História ensina, é com o fortalecimento do comércio e da classe burguesa que o Estado-Nação retoma seu espaço. Neste contexto, surgem Estados como Portugal, Espanha e Itália sob o poder monárquico e absolutista de seus reis. Deste modo, as relações comerciais internacionais deixam de ser reguladas pela *lex mercatoria* e passam a ser reguladas pelo Direito Nacional aplicável a cada caso.

Conclui-se que, apesar de a *lex mercatoria* ser identificada pela fidelidade aos costumes mercantis e por sua aplicação através de cooperativas dos próprios mercadores, com a codificação europeia e o desenvolvimento do *Common Law*, muito se perdeu destas características. O Direito Comercial passou a ser criado e aplicado pelo próprio Estado. Neste início do século XXI, a *lex mercatoria* volta a ganhar espaço com o grande desenvolvimento do mercado internacional, ainda que encontre limitações impostas pelo Direito Nacional.³¹² Nas palavras de Amílcar de Castro, é da natureza do comércio internacional o choque entre a *lex mercatoria*, traduzida no conceito de costume, e o Direito Nacional.³¹³

Por esta razão, o que hoje se encontra no cenário internacional é a busca por um equilíbrio entre os dois corpos normativos de modo que, diante deste antagonismo entre o comércio internacional e a idéia de Estado-Nação, o Direito encontre as soluções jurídicas

³¹¹ BACCEGA, Marcus. O comércio, suas funções e sua relevância para o Direito Internacional Público. In: AMARAL JUNIOR, Alberto. *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 5.

³¹² AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 58-60.

capazes de conciliar os dois fenômenos. Desta forma, se permitir-se-á não apenas o desenvolvimento do mercado internacional, de forma que este siga o fluxo natural de seu dinamismo, mas o fortalecendo de suas bases, sem se esquecer do equilíbrio econômico nacional, posto que o Estado deve se preservar diante de interesses externos, protegendo-se através de normas de polícia, Direito da Concorrência, entre outros meios.

Além da definição de Goldman, transcrita acima, Irineu Strenger traz, ainda, outras muitas conceituações de *lex mercatoria* a fim de mostrar que seu conteúdo é de difícil delimitação, apesar de a doutrina reconhecer um mínimo comum, por entender que as diferenças estão apenas no ponto de vista adotado. A partir deste estudo, ele sintetiza, então, as diversas doutrinas em três correntes:³¹⁴ a primeira define a *lex mercatoria* como uma ordem jurídica autônoma, criada pelas partes envolvidas no caso concreto, independente do Direito;³¹⁵ a segunda entende que a *lex mercatoria* é, em verdade, um conjunto de normas consolidadas e suficientes para a solução do caso concreto, substituindo o Direito aplicável³¹⁶ e, por fim, a terceira define a *lex mercatoria* como um complemento à lei nacional aplicável e um meio de consolidação dos usos e costumes mercantis.

Assim, conclui-se que as definições mencionadas são amplas, pois abrangem todas as diretrizes da *lex mercatoria* e inclusive destacam seu caráter internacional. Sendo esta a última especialmente importante para a ênfase que a doutrina comumente dá ao princípio da autonomia da vontade no Direito do Comércio Internacional. Princípio este que muito bem se desenvolve no próprio ambiente do comércio internacional que, por ser baseado em princípios consagrados por todo o mundo, garante que a diversidade de agentes não seja um obstáculo para o seu desenvolvimento.³¹⁷ O autor vai além e afirma que a diversidade de agentes é a própria base do princípio da autonomia.³¹⁸ As definições, de modo geral,

³¹³ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 466.

³¹⁴ MUSTILL, Lord Justice Michael. *The new lex mercatoria: the first twenty-five years*. In: BOS, Maarten; BROWNIE, Ian. *Liber amicorum for Lord Wilberforce*. Oxford: Clarendon Press, 1987 apud STRENGER, 1996, p. 78.

³¹⁵ LOQUIN, Eric. *L'amiable composition en droit comparé et international*. Paris: Librairies Techniques, 1980, p. 308-309 apud STRENGER, 1996, p. 77.

³¹⁶ LANGEN, Eugen. *Transnational Commercial Law*. Leiden: A.W.Sijthoff, 1973, p. 33. apud STRENGER, 1996, p. 76.

³¹⁷ STRENGER, 1996, p. 77.

³¹⁸ STOECKER, Christoph. *The lex mercatoria: to what extent does it exist?* *Journal of International Arbitration*, v. 7, n. 1, p. 101-125, mar. 1990 apud STRENGER, 1996, p. 78.

demonstram sempre certo grau de insatisfação com o Direito interno que, por sua vez, é visto como entrave para a solução de problemas comerciais no âmbito internacional. Por fim, percebe-se, através destas definições, que a *lex mercatoria*, por sua natureza, tem caráter metanacional, o que quer dizer que esta é desvinculada de uma ordem jurídica nacional. Por assim ser, possibilita a liberdade de procedimentos visando a atender os anseios do comércio internacional.³¹⁹

No que se refere às fontes da *lex mercatoria*, Irineu Strenger aponta para aquelas tradicionalmente citadas (como as cláusulas contratuais, os contratos-tipo, a jurisprudência arbitral e as normas emanadas de entidades especializadas), mas acrescenta a própria atividade comercial e o surgimento de novas tecnologias como criadores espontâneos de usos e regras. Por esta mesma razão, afirma que a *lex mercatoria* é, então, um processo em contínua elaboração e, assim, define *lex mercatoria* como: “um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz”.³²⁰

Por fim, resta entender como a *lex mercatoria* deve ser aplicada por uma corte quando lhe falta respaldo jurisdicional de um Estado. O que a doutrina afirma é que, nesta hipótese, a *lex mercatoria* tem força vinculativa. Irineu Strenger afirma que a *lex mercatoria* tem natureza “quase-legal”. Esta força vinculativa advém do fato de que o Direito Nacional não logra solucionar os conflitos que surgem no âmbito do comércio internacional, dentre outras razões, pelo fato de este evoluir com uma velocidade muito acima daquela das leis internas.³²¹ Ao mesmo tempo, a força vinculativa da *lex mercatoria* ganha reforço, visto que a evolução de suas regras nasce precisamente da atividade comercial e, por esta mesma razão, é reconhecida pelos agentes comerciais.

Assim sendo, a *lex mercatoria*, muitas vezes, é usada para preencher o vazio da lei aplicável. Mais comumente, verifica-se tal utilização em cortes arbitrais. Irineu Strenger, citando Lando, destaca que, ao aplicar a *lex mercatoria*, os árbitros terminam por encontrar menos divergências entre si.³²²

³¹⁹ STRENGER, op. cit., p. 78-81.

³²⁰ STRENGER, 1996, p. 82 e 124.

³²¹ Ibid., p. 145-147.

³²² LANDO, Ole. The *lex mercatoria* in international commercial arbitration. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 34, part 4, out. 1985, p. 743 e 747 apud STRENGER, 1996, p. 146-147.

No entanto, a realidade comercial varia conforme a área de especialização. Deste modo, passa-se a falar sobre o fenômeno da especialização da *lex mercatoria*, descrito por Michael Bonell da seguinte forma:

[...] tratando-se, na maioria parte, de produção normativa local ou setorial, ao invés de usos ou regras de comércio internacional, deveria-se falar dos usos ou regras próprios de um ou outro setor do comércio.³²³

Essa especialização, segundo Camilo Leguízamo, dá-se através da importância particular que os agentes econômicos dão a uma ou outra fonte normativa – que pode ser a própria prática, os contratos-tipo e outros – e da sua aplicação pelos mesmos.³²⁴

Desta forma, cada setor produtivo acaba se especializando na uniformização de suas regras, o que não poderia deixar de ocorrer com o setor petrolífero, uma vez que este é essencialmente internacional. Foi assim que se formou uma verdadeira *lex petrolea*, que segue os mesmos moldes da *lex mercatoria* em termos formais, diferenciando-se por tratar de um conjunto de princípios e práticas profissionais próprio do setor petrolífero. Os temas relativos à indústria do petróleo são um amplo campo de estudo que serve perfeitamente aos interesses do internacionalista.³²⁵ Marilda Rosado lembra, ainda, que a importância desta indústria não está apenas em seu volume comercial, mas também no aspecto estratégico que guarda em si. Em suas palavras:

Após a primeira guerra mundial, o petróleo adquiriu, além da importância econômica anterior, uma relevância estratégica ainda maior. A partir de então, as relações de poder entre os países passaram definitivamente a ter no petróleo um de seus principais elementos.³²⁶

Por esta razão, o presente trabalho traz um estudo de casos relativos à indústria do petróleo.

³²³ Tradução livre de: “” (BONELL, Michael Joachim. La moderna lex mercatoria tra mito e realtà. SAGGI, p. 321 apud LEGUÍZAMO, Camilo Armando Franco. De la Lex Mercatoria a la Lex Constructionis. *Revist@ e-Mercatoria*, v. 6, n. 1, 2007, p. 12).

³²⁴ LEGUÍZAMO, Camilo Armando Franco. De la Lex Mercatoria a la Lex Constructionis. *Revist@ e-Mercatoria*, v. 6, n. 1, 2007, p. 13.

³²⁵ RIBEIRO, 2003, p. 20.

³²⁶ RIBEIRO, op. cit., p. 33.

Doak Bishop, verifica que, ao longo de 25 anos, um número crescente de laudos arbitrais relativos à indústria do petróleo tem adotado uma regra costumeira aplicável à indústria, a denominada *lex petrolea*.³²⁷

Clarissa Brandão explica que a indústria do petróleo passa a ter um caráter essencialmente internacional quando as empresas exploradoras deixam de figurar como explorador individual e passam a vender seus produtos a terceiros, gerando o volumoso comércio que, hoje, se vê entre os países produtores e consumidores.³²⁸

No âmbito do comércio internacional petrolífero, a lei estrangeira teve sempre que conviver com a aplicação de uma “verdadeira *lex mercatoria* específica da área petrolífera”. A indústria tem sofrido grande influência da globalização da economia e da cultura contemporânea³²⁹ e segundo Thomas Wälde, que coaduna com esse posicionamento ao afirmar que a indústria do petróleo é globalmente interdependente, o que se verifica pela facilidade com que os investimentos internacionais são feitos e pelas opções estratégicas das empresas petrolíferas.³³⁰

Como exemplo, podemos mencionar o cenário nacional brasileiro, no qual muitas dessas regras surgiram do contrato de concessão, com a expressão *boas práticas da indústria do petróleo*.³³¹ Clarissa Brandão lembra, ademais, que a *lex petrolea* é composta tanto por normas de Direito Público quanto de Direito Privado. Neste sentido, pretende-se estudar como a consolidação desta *lex petrolea* é feita, através das organizações internacionais especializadas na área do petróleo e da arbitragem internacional.

Inclusive, a primeira decisão a usar a expressão *lex petrolea* foi a do caso *Arabian American Oil Co. (ARAMCO) vs. Arábia Saudita*, de 1958, em que se defendeu a aplicação de princípios gerais, costumes e as boas práticas da indústria.³³² Doak Bishop destaca, em seu estudo sobre a jurisprudência envolvendo a indústria do petróleo, o caso *Government of the*

³²⁷ BISHOP, R.D. *International Arbitration of Petroleum Disputes: the Development of a 'Lex Petrolea'*. Dundee, Scotland: Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy, 1997, p. 1 apud RIBEIRO, 2003.

³²⁸ ALVES, Clarissa Brandão Cardoso. *Lex Petrolea*. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, v. 1, p. 246, 2006.

³²⁹ RIBEIRO, 2003, p. 25.

³³⁰ WAELDE, Thomas W. *The Current Status of International Petroleum Investment: Regulating, Licensing & Taxing and Contracting*. *CEPMLP Journal*, University of Dundee, v. 1, n.5, July 1995, p. 5 apud *ibid*.

³³¹ RIBEIRO, *op. cit.*, p. 23.

³³² RIBEIRO, *loc. cit.*

State of Kuwait v. American Independent Oil Co., em que o Governo do Kuwait defendeu que algumas disputas haviam criado “a customary rule valid for the oil industry – a *lex petrolea* that was in some sort a particular branch of a general universal *lex mercatoria*”.³³³ -

³³⁴ A doutrina cita, ainda, muitos casos em que a mesma idéia foi adotada, demonstrando como, atualmente, a *lex petrolea* é amplamente reconhecida. Interessa ao presente trabalho verificar, portanto, a maneira pela qual, em alguns desses casos, tem sido aplicada e construída a *lex petrolea* através da criação de um Direito Internacional dos Investimentos e através da arbitragem internacional.

Apesar das vantagens já apresentadas, os autores Marcelo Oliveira Mello e Carlos César Borromeu de Andrade verificam que há um impasse quando o assunto é a cláusula de solução de controvérsias nos contratos internacionais de exploração e produção de petróleo. Para eles, o Estado busca sempre submeter suas controvérsias à jurisdição de seus próprios tribunais e à sua legislação nacional, enquanto as companhias petrolíferas preferem locais com forte tradição no setor petrolífero, como a Inglaterra e os estados do Texas, Louisiana ou Nova York, nos EUA.³³⁵ Segundo os autores, a arbitragem é uma boa solução para este impasse ao permitir que o Governo eleja sua lei ou mesmo uma lei neutra para conciliar os conflitos. Neste sentido, os autores notam que a cláusula se tornou muito usual nos contratos denominados “*joint operating agreements*”.³³⁶

Além disso, Thomas Waelde observa que

³³³ Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Co. (AMINOIL), Award of 24 May 1982, 21 International Legal Materials (ILM) (1982) p. 976 at p. 1036, Yearbook IX (1984) p. 71 at p. 87 apud BISHOP, R. Doak. International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a *Lex petrolea*. International Energy & Minerals Arbitration, Paper n. 2, p. 1137 (Rocky Mt. Min. L. Fdn. 2002).

³³⁴ Recomenda-se, para o estudo dos casos, ler BISHOP, 2002.

³³⁵ No tocante à lei aplicável, vale mencionar o entendimento apresentado por Ernest Smith, no sentido de que nas relações comerciais internacionais, as transações envolvendo petróleo, gás natural, carvão e minerais sólidos são regidas primordialmente pela lei nacional. Entretanto, enuncia Smith, as partes podem escolher a lei que regerá internamente a *joint venture*, e cita como exemplo a hipótese de três multinacionais terem formado uma *joint venture* para obter a concessão para exploração de petróleo na Tailândia. Segundo ele, os direitos relativos à concessão serão regidos pela lei tailandesa, mas podem as partes estabelecer que o *joint operating agreement* seja regido pela lei da principal parte do contrato ou por uma que seja familiar às partes, como a Lei do Texas ou de Oklahoma (SMITH, Ernest et al. Business and Commerce. In: _____. *Materials on International Petroleum Transactions*. Colorado: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000. cap. 2, p. 68-69 apud RIBEIRO, 2003).

³³⁶ MELLO, Marcelo Oliveira; ANDRADE, Carlos Cesar Borromeu de. Arbitragem nos Contratos Comerciais e Petrolíferos Internacionais. In: GARCEZ, José Maria Rossani, (coord.). *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 157-159 apud RIBEIRO, 2003.

[...] a relutância das tradicionais companhias da indústria do petróleo em se submeterem à arbitragem ou a processos judiciais entre elas, principalmente entre as empresas freqüentemente envolvidas em *joint ventures*. Segundo o autor, essa tendência continuará existindo entre as grandes empresas petrolíferas, contudo, acrescenta que com a inserção de novos “*players*”, ou seja, pequenas empresas da Ásia, Rússia, América Latina, originadas dos processos de privatização, essa “*club mentality*” da indústria do petróleo deverá ser distorcida, ao menos até esses novos “*players*” estarem completamente integrados.³³⁷

O autor nota, ainda, que as disputas entre empresas estrangeiras e Estados hospedeiros têm mudado de foco, uma vez que tradicionalmente diziam respeito à nacionalização de recursos pelo Estado hospedeiro e atualmente relacionam-se com o exercício de poderes regulatórios.³³⁸ Pretende-se, no estudo de casos, fazer apontamentos relativos a esta observação.

Verifica-se que a maioria dos países adotam a arbitragem como meio de solução de controvérsias nos contratos de exploração e produção de petróleo, demonstrando que esta é a realidade da maioria deles. Cabendo citar alguns exemplos:

Dinamarca, Dubai, Noruega, Omã e Reino Unido, que adotam contratos de concessão e licenças; e Bolívia, Peru, Venezuela, Trinidad e Tobago, China, Indonésia, Malásia, Tailândia, Filipinas, Angola, Nigéria, Holanda, Rússia, Irã, Catar e Iêmen, que adotam modelos de partilha de produção, associação e outros. Em contraposição, os Estados que prevêem a jurisdição estatal como meio de solução de controvérsias são a minoria: Argentina, Estados Unidos, Equador e Colômbia.³³⁹

Terri Griffiths e Timothy Tyler, por seu turno, destacam os custos mais baixos, a celeridade e a confidencialidade da arbitragem.³⁴⁰ Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio

³³⁷ WAELDE, Thomas. *The Role of Arbitration in the Globalization of Energy Markets (Introduction to Future Book on International Energy Arbitration)*, p.4. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/article6-18.html>>. Acesso em: 29 maio 2002 apud RIBEIRO, 2003.

³³⁸Ibid., p. 7 apud RIBEIRO, 2003.

³³⁹ MELLO, Marcelo Oliveira. *Arbitraje en Contratos de Concesión para E&P*. In: REUNION AIPN, 1, Buenos Aires, 26 abr. 2002. [*Palestras Apresentadas*] Houston, Texas: AIPN, 2002 apud RIBEIRO, 2003.

³⁴⁰ GRIFFITHS, Terri; TYLER, Timothy. *Arbitrating International Oil and Gas Disputes: Practical Considerations*. Disponível em: <<http://www.interarbitration.net/resources/mbparticles.asp>>. Acesso em: 29 maio 2002, p.190. É importante destacar, no tocante às vantagens da arbitragem, o entendimento de Henry P. de Vries, citado por John S. Dzienkowski: “The advantages attributed to domestic arbitration — speed, economy, and informality — are reversed in international disputes. Delays increase because of distance and difficulties of communication and language; expense is greater because of administration and arbitrators’ fees; costs to the parties are higher because of the added counsel, translators, interpreters, and transportation. Uncertainties as to foreign procedural systems and interim measures add to the complexity of the procedure. If the basic question of international arbitration is no longer one of the legal effectiveness but of desirability, the emphasis may be more on necessity than on desirability.” Apesar de citar esse entendimento que questiona as vantagens da arbitragem internacional, John S. Dzienkowski conclui a favor da arbitragem: “Nonetheless, it is generally perceived that

defendem o uso da arbitragem internacional como a forma de solução de conflitos mais adequada ao caráter internacional da indústria do petróleo que, muitas vezes, envolve mais de um Estado, pessoas jurídicas de direito público, bem como de direito privado de diferentes nacionalidades.³⁴¹

Por fim, importa destacar a observação de Peter. D. Cameron sobre o fato de que na área do petróleo o regime jurídico não oferece a cláusula de estabilização. O mesmo autor analisa que, apesar disso, as empresas investidoras parecem não ter dificuldades.³⁴²

Como exemplo, vemos no caso do Brasil, que a Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP) é responsável pela concessão de blocos para a exploração e produção de petróleo. Nos contratos com a Agência, os particulares se submetem à cláusula de arbitragem. Já com relação à lei aplicável, é prevista a aplicação da lei brasileira e conforme bem observado por Peter D. Cameron, a exemplo do Brasil, não há cláusula de estabilização nos contratos de concessão celebrados pela ANP com empresas privadas.

A metodologia adotada para o estudo dos casos foi a separação por temas diversos, selecionados conforme sua relevância e presença nos laudos arbitrais analisados, sem pretensão, com isso, de esgotar todos os temas possíveis de serem debatidos em sede arbitral no que se refere ao Direito Internacional dos Investimentos e a *Lex Petrolea*.

Dentre os casos arquivados na ICSID, cresce o número daqueles que envolvem a indústria do petróleo e energia, em geral. De acordo com o Relatório de Casos da ICSID, nos anos de 2012 e 2011, 25% dos casos registrados sob a Convenção ICSID e as “Additional Facility Rules” se referem a disputas no setor de petróleo, gás e mineração.³⁴³

4.1 Casos envolvendo a definição de investimentos

arbitration is a more effective and timely dispute resolution mechanism than litigation in the international context.” (DZIENKOWSKI, John S. Dispute Resolution. In: SMITH, Ernest E. et al. 2000, p. 129 apud RIBEIRO, 2003).

³⁴¹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado: Parte Especial. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 441.

³⁴² CAMERON, D. Peter. *Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors*. Association of International Petroleum Negotiators (AIPN). 2006, p. 12.

³⁴³ ICSID. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>>.

Em primeiro lugar, faz-se imprescindível estudar o conceito de investimentos com base nos diversos laudos arbitrais e observar sua evolução no Direito Internacional. Como visto anteriormente, este é um conceito que enseja grande celeuma doutrinária e, por não posuir uma orientação singular nos tratados internacionais, sua definição no caso concreto torna-se de suma importância. Além disso, como já acenado, a ICSID prevê, em seu art. 25, uma definição de investimentos³⁴⁴, porém, não é a única, pois os BITs também o fazem, ensejando, desta forma, dúvidas quanto a sua aplicação e interpretação.³⁴⁵

Essa questão, entretanto, passa antes pelo princípio de que as partes têm o ônus de provar os fatos nos quais fundamentam a sua reclamação. Princípio este previsto no art. 24 (1) da UNCITRAL. Desta forma, caberá às partes a prova de que o tribunal arbitral é competente para dirimir o conflito. Logo, estas deverão provar que se trata de uma disputa diretamente relacionada a um investimento.³⁴⁶

A fim de ilustrar a controvérsia relacionada ao tema, podemos citar o caso *CSOB vs. Eslováquia*, no qual, diante do chamado “double keyhole approach” ou, como será visto a frente, “double barreled test”, os árbitros verificaram: (1) a necessidade de aplicar ou não o BIT segundo sua definição de investimentos e, (2) se fosse o caso de se aplicar o BIT e, portanto, sua cláusula arbitral, a necessidade de analisar se a corte era competente para julgar o presente caso segundo a definição de investimentos estabelecida pelo art. 25 da ICSID. Neste caso, a problemática decorrente dos diferentes conceitos de investimentos presentes e suas consequências práticas foram afastadas quando as partes concordaram em se submeter à arbitragem da ICSID.³⁴⁷

Já no caso **Malayisan Historical Salvors**, o tribunal entendeu que o objeto a ser julgado não se enquadrava na definição de investimentos segundo a ICSID, concluindo não

³⁴⁴ A afirmação de que o art. 25, da ICSID, traz uma definição de investimento é controvertida. Para autores como Jean-Pierre Harb, este artigo apenas trata do tema da jurisdição, sem definir o conceito de investimento. HARB, Jean-Pierre. *Definition Of Investments Protected By International Treaties: An On-Going Hot Debate. Mealey's International Arbitration Report*, Int'l Arb QL, Rev. 17, 2011 p. 1. Disponível em: <http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/604505cb-9eee-44ca-aa5a-9609bd158521/Presentation/PublicationAttachment/7d12dbb7-ec79-435c-87ec-9b0257e2cbe5/ar_paris_investmentsprotected_bytreaties_aug11.pdf>

³⁴⁵ DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 61.

³⁴⁶ HARB, 2011 p. 1.

³⁴⁷ *CSOB vs. Eslováquia*, Decision of Jurisdiction, 24 de maio de 1999, 14 ICSID Rev-FILJ (1999) 251. Segundo análise de DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 62.

ser de sua competência julgá-lo e nem mesmo analisar o escopo de aplicação definido pelo BIT.³⁴⁸

Seguindo orientação definida nos estudos de Jean-Pierre Harb, faz-se relevante estudarmos o que o autor chama de “as marcas do ‘Teste de Salini’”, que, segundo seu entendimento, trata-se de uma tentativa de definição uniforme do termo investimento de longo prazo nos tratados internacionais. Isso se deve ao fato de, muitas vezes, o requerente se sentir obrigado a atender as características de um investimento definido por tribunais arbitrais, mesmo que as decisões desses tribunais não sejam vinculativas. As marcas do teste Salini foram explicitadas primeiramente pelo tribunal em **Fedax N.V vs. Venezuela** da seguinte forma:

As características básicas de um investimento têm sido descritas como envolvendo certa duração, certa regularidade de lucro e retorno, assunção de risco, um compromisso substancial e significativo para o desenvolvimento do Estado hospedeiro.³⁴⁹

Estes critérios foram aplicados consistentemente por tribunais e foram utilizados expressamente em várias decisões. De acordo com o estudo elaborado por Jean-Pierre Harb, dentre os tribunais que empregaram esta mesma definição, podemos citar: **Salini vs. Morocco**, **Joy Mining vs. Egypt**, **Jan de Nul vs. Egypt**, **Malaysian Historical Salvors vs. Malaysia**, **L.E.S.I.-DIPENTA vs. Algeria**, **Bayindir vs. Pakistan** e **Kardassopoulos vs. Georgia**.³⁵⁰

Infelizmente, o escopo do presente trabalho não nos permite estudar as decisões que tratam de cada uma das “marcas de Salini”, mas podemos concluir que, de acordo com o

³⁴⁸ *Malaysian Historical Salvors vs. Malásia*, Award on Jurisdiction, 17 de maio de 2007. Segundo análise de DOLZER; SCHREUER, loc. cit.

³⁴⁹ *Fedax N.V. v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction of 11 July 1997, ICSID Case No. ARB/96/3, § 43. Tradução livre de: “The basic features of an investment have been described as involving a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and significance for host State’s development.”

³⁵⁰ *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco* ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001; *Joy Mining Machinery v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, 6 August 2004; 46. *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006; *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award, 17 May 2007; *L.E.S.I. - DIPENTA v. Algeria*, ICSID Case No. ARB/03/8, Award, 10 January 2005; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanyai A.S. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005; *Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007.

estudado, essas são: a duração do contrato, a regularidade de lucro e retorno, a assunção de risco pelo investidor, a contribuição do investidor e o desenvolvimento econômico do Estado hospedeiro.³⁵¹

A regra elaborada no caso **Salini**, contudo, não tem sido aplicada com unanimidade. Algumas jurisdições se afastaram das características estudadas acima, enquanto outras aplicaram somente algumas destas. O árbitro, no caso **Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd vs. Malásia**, antes de concluir que não havia investimento segundo definição presente no BIT envolvido, declarou:

[...] as marcas clássicas de Salini não são uma lista de pendências que, se for totalmente desmarcada, levará automaticamente à conclusão de que não se trata de um investimento. Se qualquer uma dessas características estiver ausente, o tribunal hesitará (e provavelmente declinará) da constatação de um ‘investimento’. No entanto, mesmo se todas elas estiverem presentes, o tribunal ainda analisará a natureza e o grau de sua presença, a fim de determinar se, em uma avaliação holística, o tribunal está convencido de que há um ‘investimento’ segundo a ICSID.³⁵²

Dentre outros críticos às marcas de Salini, destacam-se os árbitros que questionam a obrigatoriedade de se seguir as características definidas pelo Teste de Salini, enquanto a própria Convenção da ICSID evitou trazer uma definição fechada de investimento. Neste sentido, o tribunal arbitral **Alpha Projektholding GmbH vs. Ucrânia** se recusou a aplicar estritamente o teste Salini como se fosse uma ‘definição universal’ de investimento, ao abrigo da Convenção ICSID, posto que os elementos do Teste de Salini não são encontrados no artigo 25 (1) da Convenção ICSID.³⁵³

³⁵¹ De acordo com o caso *Salini vs. Marrocos*, o investimento deve ser feito com duração de, no mínimo, dois anos. Com relação ao risco assumido, este se refere apenas ao risco econômico do investimento, que poderá ou não ter sucesso. Esse risco não inclui, portanto, o mero descumprimento de uma obrigação, posto que está presente em qualquer contrato, inclusive em uma simples compra e venda. Já quanto à contribuição do investidor, essa poderá ser financeira, mas também de know-how. No que se refere ao desenvolvimento econômico do Estado hospedeiro, isso se deve, sobretudo, ao fato de os BITs, bem como os demais tratados internacionais, regularem o investimento estrangeiro tendo como finalidade a cooperação internacional para o desenvolvimento econômico dos países envolvidos. HARB, 2011 p. 9-11.

³⁵² Tradução livre de: “the classical Salini hallmarks are not a punch list of items which, if completely checked off, will automatically lead to a conclusion that there is an ‘investment’. If any of these hallmarks are absent, the tribunal will hesitate (and probably decline) to make a finding of ‘investment’. However, even if they are all present, a tribunal will still examine the nature and degree of their presence in order to determine whether, on a holistic assessment, it is satisfied that there is an ICSID ‘investment’”.

³⁵³ *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Award 8 November 2010, § 311.

Em busca de uma alternativa, diversos tribunais começaram a fazer uso parcial do Teste de Salini³⁵⁴, enquanto outros passaram até mesmo a adotar o entendimento de que, dependendo da instituição arbitral, o conceito de investimento poderia ser mais amplo ou restrito³⁵⁵.

Como alternativa ao Teste de Salini, Jean-Pierre Harb estudou o Teste do “Cano Duplo” ou “Double Barrelled”. Segundo o autor, a ambiguidade da noção de investimento é enfatizada pelo fato de existirem diferenças notáveis entre as definições fornecidas pelos BITs e por não haver unanimidade de critérios “objetivos” de investimento no âmbito do artigo 25 da Convenção ICSID. Esta conjuntura se agravou com o surgimento de decisões defendendo que o conceito de investimento depende do instituto arbitral eleito pelas partes.³⁵⁶

Segundo o teste do “Cano Duplo”, os árbitros devem buscar uma conciliação entre a definição de investimento encontrada no BIT aplicável ao caso concreto e aquela trazida pela ICSID. Neste sentido, em **C.O.B. vs. Eslováquia**, o tribunal arbitral considerou que

um acordo entre as partes que descrevem sua operação como um investimento, não é, como tal, conclusivo para definir se o litígio envolve um investimento nos termos do artigo 25 (1) da Convenção. O conceito de um investimento, como enunciado nessa disposição, é de natureza objetiva, na qual as partes podem chegar a um acordo sobre uma definição mais precisa ou restritiva de sua aceitação da jurisdição do Centro, mas não podem optar por enviar as disputas para o Centro, que não estejam relacionadas a um investimento.³⁵⁷

³⁵⁴ Consortium Groupement LESI-Dipenta v. People’s Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8, Award of January 10, 2005, § 13-15; Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award of May 8, 2008, § 231 - 235; Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, § 99-111; Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Case, Award dated 26 November 2009, § 207.

³⁵⁵ Mytilineos Holdings S.A. v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia, Partial Award on Jurisdiction, 8 September 2006, § 111-125.

³⁵⁶ HARB, 2011, p. 13.

³⁵⁷ Tradução livre de: “an agreement of the parties describing their transaction as an investment is not, as such, conclusive in resolving the question whether the dispute involves an investment under Article 25(1) of the Convention. The concept of an investment as spelled out in that provision is objective in nature in that the parties may agree on a more precise or restrictive definition of their acceptance of the Centre’s jurisdiction, but they may not choose to submit disputes to the Centre that are not related to an investment.” In: Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4 - Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, § 68.; see also Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11 - Award on Jurisdiction, 6 August 2004, § 50: “the parties to a dispute cannot by contract or treaty define as investment, for the purpose of ICSID jurisdiction, something which does not satisfy the objective requirements of Article 25 of the Convention.”

Já no caso **GEA vs. Ucrânia**, o tribunal, primeiro, determinou que o contrato de conversão de combustível nafta era um investimento de acordo com a definição do BIT entre Alemanha e Ucrânia e, em seguida, considerou que o referido contrato constitui um investimento nos termos do artigo 25 da Convenção ICSID, acrescentando que “ele também satisfaz todos os elementos da definição objetiva que são comumente aplicados nos termos do artigo 25.”³⁵⁸

Por fim, vale a pena mencionar uma outra perspectiva estudada por Jean-Pierre segundo a qual a definição de investimento na arbitragem internacional ganha relevo no momento em que se discute a possibilidade de cumprimento do laudo arbitral como se um investimento fosse. Para o autor, o laudo só poderá ser executado como tal se o conflito no qual se deu referir-se diretamente a investimento.³⁵⁹

Neste sentido, o autor cita o caso **Saipem vs. Bangladesh**, no qual o tribunal decide em

concorda[r] com Bangladesh no que diz respeito à questão de os direitos decorrentes do laudo do ICC surgirem apenas indiretamente do investimento. Na verdade, o ponto de vista contrário significaria dizer que o laudo arbitral em si não constitui um investimento nos termos do artigo 25 (1) da Convenção ICSID, o que o Tribunal não está preparado para aceitar. [...] Como já mencionado, a noção de investimento nos termos do artigo 25 da ICSID deve ser entendida como abrangendo todos os elementos da operação, que não é só a arbitragem da ICC, mas também nomeadamente o Contrato, a sua construção em si e o Dinheiro Retido [...]. Assim, de acordo com a jurisprudência anterior, o Tribunal considera que o presente litígio surge diretamente do investimento global.³⁶⁰

Temos ocorrência análoga em **Frontier Petroleum Services Ltd. vs. República Tcheca**, no qual “por se recusar a reconhecer e executar a sentença final em sua totalidade, o

³⁵⁸ Tradução livre de: “it also satisfies all the elements of the objective definition that are commonly applied under Article 25”. In: *GEA v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16, 31, March 2011, § 150-151.

³⁵⁹ HARB, 2011.

³⁶⁰ Tradução livre de: “agrees with Bangladesh that the rights arising out of the ICC Award arise only indirectly from the investment. Indeed, the opposite view would mean that the Award itself does constitute an investment under Article 25(1) of the ICSID Convention, which the Tribunal is not prepared to accept. [...] as already mentioned, the notion of investment pursuant to Article 25 of the ICSID must be understood as covering all the elements of the operation, that is not only the ICC Arbitration, but also inter alia the Contract, the construction itself and the Retention Money (see above No. 110). Hence, in accordance with previous case law, the Tribunal holds that the present dispute arises directly out of the overall investment.” *Saipem v. Bangladesh*, § 113-114 apud *ibid*.

Tribunal entende que o Reclamado estaria afetando a gestão, uso, gozo ou alienação pelo Requerente do que restava de seu investimento original.”³⁶¹

Já no caso envolvendo **Romak e Uzbequistão**, o tribunal UNCITRAL entendeu que não procedia a alegação de Romak de que o direito (dinheiro) que lhe é conferido pelo contrato e pelo laudo arbitral constitui um investimento no âmbito do BIT envolvido. Neste sentido, o tribunal decidiu que a sentença arbitral discutida estava indissolúvelmente ligada à operação subjacente – um contrato de compra e venda – e que, por essa razão, a cristalização dos direitos respectivos (a decisão de arbitragem) não pode ser considerada como um investimento em si.³⁶²

Esse entendimento, contudo, é controverso. Em decisões como a do tribunal arbitral no caso **GEA vs. Ucrânia**, adotou-se uma abordagem mais rigorosa, segundo a qual “o laudo da ICC poderia ser caracterizado como diretamente decorrente da conversão do contrato ou dos produtos, o Tribunal considera que o fato de o laudo ser sobre direitos e obrigações decorrentes de um investimento não o torna equivalente ao próprio investimento”.³⁶³ Jean-Pierre Harb observa que segundo este tribunal, o laudo não é um investimento, mas um mero instrumento legal que prevê a alienação de direitos e obrigações decorrentes de uma relação contratual. Para o autor, o assunto mostra-se ainda nebuloso, mas com tendência a um isolamento total do instrumento jurídico dos direitos originais legais, conforme o último caso analisado.

4.2 Casos envolvendo a soberania do Estado

Outro grande tema que envolve a indústria do petróleo e a arbitragem é a questão da soberania do Estado perante um tribunal arbitral, conforme estudado em capítulo anterior. Neste sentido, Marilda Rosado destaca a difícil tarefa do árbitro internacional em conciliar os princípios de proteção ao investidor e o argumento da soberania do Estado. A autora verifica

³⁶¹ Tradução livre de: “by refusing to recognize and enforce the Final Award in its entirety, the Tribunal accepts that Respondent could be said to have affected the management, use, enjoyment, or disposal by Claimant of what remained of its original investment.”

³⁶² Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Case, Award dated 26 November 2009. Disponível em: <<http://www.pca-cpa.org/>>, § 211.

³⁶³ GEA v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16, 31 March 2011, § 162.

que, embora o Estado se submeta à arbitragem internacional, isso não pode querer dizer que o mesmo se submete à internacionalização de seu contrato.³⁶⁴ Apesar disso, reconhece uma tendência à aplicação do Direito Internacional, mesmo quando o contrato prevê que seja adotada a Lei interna.³⁶⁵

No caso **ARAMCO**, o Tribunal rejeitou a alegação da Arábia Saudita, entendendo que teria sim competência para julgar a questão, sem com isso ofender a soberania do país, uma vez que este assumiu tal compromisso arbitral no contrato.³⁶⁶ Esta é, hoje, uma regra clara para a validade da arbitragem internacional, sem a qual não teria sido possível o seu desenvolvimento.

No caso **Texaco Overseas Petroleum Co. (TOPCO) & Califórnia Asiatic Oil Co. vs. Líbia**, de 1979, devido a ausência do Estado na corte arbitral, esta decidiu por delimitar sua própria competência baseando-se em precedente da Corte de Justiça, na Convenção da ICSID e nas regras de arbitragem da ICC. Nas palavras de José Alberto Bucheb: “[...] a decisão foi fundamentada, também, na regra costumeira de direito internacional que confere ao árbitro a autoridade para definir sua própria competência”.³⁶⁷

O tema da imunidade do Estado, decorrente de sua soberania, sempre foi presente nas arbitragens internacionais de investimento. Segundo Iyabo Adebisi, a arbitragem de investimento só pode ser bem sucedida quando ambas as partes, particularmente o Estado, comprometem-se a se submeter à jurisdição do processo arbitral. A preocupação de um investidor nesta fase é a de que o Estado, com o qual se encontra em litígio, pode querer invocar seu direito à imunidade soberana e, assim, recusar-se a se submeter à arbitragem.³⁶⁸ No entanto, como reconhecido pelos tribunais europeus anteriormente, observou-se que quando um Estado entra no mercado, deve receber o mesmo tratamento dado a particulares e,

³⁶⁴ RIBEIRO, 2003, p. 142.

³⁶⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado Sá. Solução de Controvérsias na Indústria do Petróleo. In: LEMES, Selma Ferreira ; CARMONA, Carlos Alberto ; MARTINS, Pedro Batista, coord. (Org.). Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, p. 377.

³⁶⁶ BUCHEB, José Alberto. *A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 89.

³⁶⁷ BUCHEB, 2002, p. 90.

³⁶⁸ ADEBIYI, Iyabo. *Is The Doctrine Of Sovereign Immunity A Threat To Investment Arbitration?* Dundee: CEPMLP, jun. 2009, p. 7.

assim, restringi-se a aplicação do princípio da imunidade.³⁶⁹ Essa é a chamada imunidade relativa, segundo a qual, dependendo da natureza e da finalidade dos atos praticados pelo Estado, esse deve receber o mesmo tratamento que o particular. Isso, contudo, não é unânime, mas sim bastante polêmico no caso de litígio envolvendo um Estado hospedeiro em uma arbitragem internacional de investimento, devido à própria natureza da arbitragem, conforme estudado em capítulo anterior.

Com o intuito de aplicar essa nova doutrina da imunidade aos casos de arbitragem de investimento, os tribunais começaram a diferenciar os litígios emergentes da conduta governamental – que permita o exercício de imunidade – dos litígios decorrentes de uma transação comercial, em que a imunidade não é concedida. Assim foi feito no caso **Trendtex Trading Corp vs. Banco Central da Nigéria**³⁷⁰, em que se decidiu não aplicar a imunidade soberana por se tratar de uma transação comercial.

Além disso, as cortes arbitrais têm entendido que o próprio Estado, ao entrar de bom grado e ao assinar um acordo de arbitragem, estaria aceitando a jurisdição de um tribunal arbitral para cumprir uma sentença final e vinculativa. Consequentemente, o Estado estaria, portanto, renunciando a sua imunidade. Esse entendimento é polêmico se a renúncia foi feita através da cláusula arbitral presente no BIT, uma vez que, em regra, a doutrina entende que a renúncia deve ser feita para o caso específico.³⁷¹

Esta, contudo, foi a posição adotada no caso entre **Libyan American Oil Company (LIAMCO) vs. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya**³⁷², em que o tribunal rejeitou o argumento jurisdicional da Líbia e considerou que o país tinha renunciado a imunidade soberana ao concordar expressamente com a cláusula de arbitragem e a cláusula de eleição de lei nos atos de concessão. Ou seja, neste caso, além da arbitragem prevista em possível BIT, determinante foi a presença da cláusula arbitral no contrato cujo objeto era o investimento ora em conflito.

³⁶⁹ SORNARAJAH, M. *The settlement of Foreign Investment Disputes*. The Hague, London: Kluwer Law International, 2000, p. 291 – 292.

³⁷⁰ (1977) Q.B 529.

³⁷¹ TIBURCIO, 2006.

³⁷² 482 F. Supp. 1175, 1178 (DDC 1980).

A decisão acima se tornou um importante precedente, influenciando outras decisões como a do caso **Ipitrade International, S.A vs. Nigéria**³⁷³, em que o tribunal confirmou a visão de que a cláusula de arbitragem em contrato de venda de cimento, estabelecendo a ICC de Paris como câmara responsável pela solução de eventuais conflitos, constitui uma renúncia à imunidade do Estado. No caso, a Nigéria recusou-se a participar da arbitragem em razão da alegada imunidade soberana, de modo que o laudo foi elaborado de forma unilateral.³⁷⁴

Outro tema intrinsicamente ligado à questão da soberania e à efetiva execução do laudo arbitral é a imunidade de execução, que apresenta um conceito distinto da imunidade anteriormente trabalhada, ou seja, da imunidade de jurisdição. Por se tratar de conceitos distintos, aquela regra costumeira da imunidade relativa aos casos de o Estado atuar como agente econômico não se aplica à imunidade de execução.

Por exemplo, no caso da **AIG Capital Partners Inc vs. Cazaquistão**³⁷⁵, a propriedade do investidor estrangeiro havia sido apreendida e expropriada pelo Estado hospedeiro, o que o levou à arbitragem contra o Estado. A decisão, baseada nas regras da ICSID deu ganho de causa ao investidor que, por sua vez, procurou executar a sentença, logrando fazê-lo contra os bens do Estado litigante através de títulos detidos no Reino Unido. Isso se deu apesar de todos os argumentos trazidos pelo Estado, dentre os quais: o fato de os títulos não serem propriedade do Estado e sim da instituição financeira responsável e o fato de a posse dos títulos não caracterizar um ato mercantil do Estado que, ao adquirir os títulos, agia conforme um Estado soberano, estando, portanto, protegido pela imunidade de jurisdição.³⁷⁶

Apesar de os conceitos de imunidade de jurisdição e de imunidade de execução não poderem ser confundidos, alguns tribunais têm defendido a ideia de que, no caso de o Estado se comprometer à arbitragem, este não só renuncia a sua imunidade de jurisdição, mas também a sua imunidade de execução, como ocorreu no caso **Creighton vs. Qatar**³⁷⁷, em que a Corte de Cassação francesa tomou sua decisão com base no artigo 24 da ICC Arbitragem Rules.

³⁷³ 465 F. Supp. 824 (D.D.C. 1978).

³⁷⁴ ADEBIYI, 2009, p.8.

³⁷⁵ (2006) 1 W.L.R. 1420.

³⁷⁶ ADEBIYI, 2009, p.10.

Contudo, Iyabo Adebisi reconhece haver uma limitação à execução contra o Estado, uma vez que, a depender do tipo de propriedade a ser executado, em algumas jurisdições, o interesse do Estado é protegido, o que quer dizer que as suas propriedades não serão expostas ou passíveis de execução. Essas propriedades são as utilizadas para atividades ligadas estritamente ao exercício da soberania do Estado, enquanto aquelas utilizadas para usos comerciais não estão sob o abrigo desta proteção.³⁷⁸

No caso **Alcom Ltd vs. República da Columbia**³⁷⁹, esse princípio foi direta e claramente aplicado quando o tribunal entendeu que caberia à outra parte provar que o bem do Estado sob execução era para uso comercial, bastando, por parte do Estado, a afirmativa de que o seu bem – no caso, a conta bancária do seu embaixador – não era para uso comercial.

Embora este seja um tema de suma importância para a arbitragem internacional de investimento, uma vez que está diretamente relacionado à sua efetividade, em geral é abordado pelas cortes de jurisdição nacionais e não pelas arbitrais, posto que envolve conflito atinente a um laudo já emitido. Por essa razão, nos restringimos aos casos ora expostos sem adentrarmos nos debates realizados pelas cortes nacionais.

4.3 Casos envolvendo a validade da cláusula arbitral

Quanto à validade e à autonomia da cláusula arbitral, José Bucheb traz em seu estudo o caso **TOPCO vs. Líbia**, de 1979, em que, com base em precedentes da Corte Internacional Permanente de Justiça nos casos **Lena-Goldfields** e **Losinger**, a corte entendeu que a cláusula tem sim autonomia, consagrando entendimento hoje consolidado na doutrina e na maior parte da legislação internacional.³⁸⁰ No mesmo sentido, o Tribunal Arbitral do caso **NIOC vs. Elf. Aquitaine**, de 1986, entendeu que “constitui princípio de direito internacional,

³⁷⁷ Creighton Ltd (Cayman Islands) v Minister of France and Minister of Internal Affairs and Agriculture of the Government of the State of Qatar (2000) XXV Yearbook Commercial Arbitration 458, decision of the Cour de Cassation of July 6, 2000.

³⁷⁸ ADEBIYI, op. cit., p.11.

³⁷⁹ (1984) A.C. 580

³⁸⁰ Vide a Lei Modelo da UNCITRAL, art. 16(1), que, conforme já estudado, influenciou diversas legislações nacionais.

universalmente reconhecido, que a cláusula arbitral permanece válida, mesmo na hipótese de alegação de nulidade do contrato, por uma das partes”.³⁸¹

Mesmo não sendo um tema controvertido atualmente, a independência da cláusula arbitral com relação à validade do contrato é fundamental para a boa prática da arbitragem, posto que eventual entendimento contrário reduziria drasticamente a aplicação das cláusulas de arbitragem.

Sobre o tema, temos o caso de 1973, entre **BP Exploration CO. e Líbia**, em que ficou estabelecido que o término do contrato de concessão não afetava a validade da cláusula arbitral.³⁸² Já em 1975, em **Texaco vs. Líbia**, os árbitros aplicaram o princípio da autonomia da cláusula arbitral ao defender que a nulidade do contrato não a afeta.³⁸³ Neste mesmo sentido, em 1977, a corte do caso **LIAMCO vs. Líbia** entendeu se tratar de um princípio internacionalmente reconhecido.³⁸⁴

O princípio ora em análise não garante apenas a jurisdição da corte arbitral, mas também afasta qualquer outra, de modo que, ao ser aplicado, as cortes arbitrais afastam eventuais processos iniciados nas jurisdições nacionais. Essa foi a decisão do caso entre **LETCO vs. Libéria**, no qual a corte arbitral entendeu ser de má-fé a atitude do governo líbero de entrar com ação judicial nas cortes nacionais, cobrando multa pelo ato.³⁸⁵

É importante entender que a independência da cláusula arbitral não significa dizer que esta será sempre válida. O significado deste princípio está restritamente ligado ao fato de que a validade da cláusula será avaliada de modo separado da análise relativa à validade do contrato. Portanto, em diversos casos será possível verificar a não validade de determinada cláusula arbitral. Em **SPP vs. Egito**, a corte arbitral da ICSID entendeu que só teria competência para julgar o caso na hipótese de as partes não terem acordado nenhuma outra forma de solução de conflito entre elas. A corte entendeu ainda que somente ela poderia analisar a própria competência. Contudo, ao examinar os acordos entre as partes, concluiu estar a questão da jurisdição *sub judice*, pois tinha ainda que se decidir sobre a possível competência da ICC. Uma vez que ficou estabelecido não existir a competência da ICC para o

³⁸¹ BUCHEB, 2002, p. 93.

³⁸² British Petroleum Exploration CO. vs República Árabe da Líbia, 53 I.L.R. 297 (1973).

³⁸³ Texaco Overseas Petroleum vs. República Árabe da Líbia, 17 I.L.M. (1975).

³⁸⁴ LIAMCO vs. República Árabe da Líbia, Laudo de 12 de abril de 1977.

juízo do caso, a corte da ICSID passou a analisar sua própria competência, concluindo ser o único competente para o caso.³⁸⁶

Feita essa análise breve sobre um dos princípios mais importantes para a história e consolidação da arbitragem, resta-nos concluir que a cláusula arbitral garante o respeito ao instituto ora estudado. A cautela com a qual é aplicada assegura que até hoje o princípio seja aplicado por todas as grandes cortes arbitrais e diversos tribunais nacionais.

4.4 Casos envolvendo a cláusula de escolha da lei aplicável

Outro tema estudado pela doutrina e que merece especial destaque no presente trabalho é a escolha da lei material aplicável. Em consonância com a conclusão de Marilda Rosado, Road Bishop afirma que “apesar de se reconhecer a possibilidade de as partes selecionarem a lei governamental aplicável ao contrato, a prática moderna prefere genericamente uma abordagem que desnaturalize a Lei aplicada substancialmente e que aplique princípios gerais do Direito”.³⁸⁷

Desta forma, Marilda Rosado destaca que as cláusulas de escolha de lei aplicável nos contratos com o Estado estão presentes nos contratos petrolíferos desde o final da década de 1920, quando consagradas pela declaração do Instituto de Direito Internacional na sessão de Atenas, 58, parte II:

[...] poderiam ser regidos ou pelos vários sistemas jurídicos domésticos, ou pelos princípios comuns a esses sistemas, ou pelos princípios gerais do Direito, ou os princípios gerais aplicados nas relações econômicas internacionais, ou pela lei internacional, ou por uma combinação dessas fontes.³⁸⁸

³⁸⁵ LETCO vs. Libéria, ICSID ARB/83/, laudo de 31 de março de 1986.

³⁸⁶ SPP vs. República do Egito, ICSID Case No. ARB/84/3.

³⁸⁷ Tradução livre de: “Although recognizing that the parties may select the governing Law in the agreement, modern practice generally prefers an approach that denationalizes the applicable substantive Law and applies general principles of law” BISHOP, 1997, p. 2-12.

³⁸⁸ Annuaire de L' Institut de Droit International, 195apud GARCIA-AMADOR, F.V. *The Emerging International Law of Development: a New Dimension of International Law*. New York: Oceana Publications, 1990, p. 167 apud RIBEIRO, 2003.

Neste sentido, a autora observa que, de um total de 23 contratos publicados pela OPEP, entre 1966 e 1968, nove continham cláusulas de escolha de lei, referindo-se aos princípios gerais do Direito e do Direito Internacional.³⁸⁹

No caso **Petroleum Development, Ltd. vs. Abu Dhabi**, de 1963, as partes não estabeleceram com clareza qual a lei material deveria ser aplicada, mas apenas “que o acordo deveria ser executado de acordo com os pressupostos de cooperação e sinceridade de propósitos entre as partes e que sua interpretação dar-se-ia em consonância com o princípio da razoabilidade”.³⁹⁰ Desta forma, a corte entendeu estarem afastadas as leis nacionais dos países envolvidos, no entanto, optou por aplicar os princípios da legislação inglesa, por entender que são universalmente reconhecidos e utilizados.³⁹¹

No caso já mencionado, **Government of the State of Kuwait vs. American Independent Oil Co**, a corte arbitral, para julgar o mérito, decidiu pela aplicação da lei do foro combinada com os princípios gerais do direito.³⁹²

No caso **American International Group Inc. vs. Irã e no Iná Corp. vs. Irã**, os árbitros, apesar de reconhecerem o direito à expropriação, estabeleceram critérios para a indenização utilizando-se de parâmetros internacionais.³⁹³

No caso **Sapphire International Petroleum vs. National Iranian Oil Co. (NIOC)**, os árbitros fundamentaram sua decisão na *lex petrolea*, mais precisamente, nos princípios da boa-fé e da cooperação, conforme previa o art. 38 do contrato,³⁹⁴ afastando a lei nacional do Estado hospedeiro e aplicando aquilo que eles chamam de “normas de direito comum às nações civilizadas”³⁹⁵. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio afirmam que uma das razões para o afastamento da lei interna, segundo os árbitros, era que a previsão, no contrato, da aplicação

³⁸⁹ Ibid., p. 169 apud RIBEIRO, 2003

³⁹⁰ BUCHEB, 2002, p. 100.

³⁹¹ Ibid., p. 100.

³⁹² DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 445.

³⁹³ RIBEIRO, 2003, p. 145.

³⁹⁴ DI PIETRO, Domenico. Applicable Law under Article 42 of the ICSID. In: WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. London: Cameron May, 2005, p 231.

³⁹⁵ DI PIETRO, 2005, p. 232.

do princípio da boa-fé para a execução do mesmo era incompatível com a aplicação estrita de um direito interno.³⁹⁶

Em seu estudo, Domenico Di Pietro traz, além dos casos já mencionados – **Abu Dhabi** e **Sapphire** – o caso **Lena Goldfield**. Neste último, a cláusula de eleição da lei aplicável não se diferencia muito daquela prevista no primeiro caso: “as partes basearam suas relações em relação a este contrato no princípio da confiança e boa fé, bem como na razoável interpretação dos termos do contrato”.³⁹⁷ A diferença entre os casos está no fato de que, neste último, não se discutiu a confiabilidade da lei nacional, permitindo à corte arbitral a aplicação da lei nacional soviética e do próprio direito internacional. Assim, decidiu-se pela aplicação da lei soviética apenas para assuntos específicos, posto que o contrato era internacional e deveria, portanto, seguir a norma internacional de modo geral. Sobre o caso **ARAMCO**, Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio explicam que o compromisso arbitral estabelecia como lei aplicável a temas sob jurisdição da Arábia Saudita a lei deste país; no entanto, para assuntos que estivessem fora de sua jurisdição, a escolha da lei era livre. Desta forma, o Tribunal optou por aplicar regras de Direito Internacional Privado, especificamente o *dépeçage*, possibilitando assim, que a cada parte fosse aplicada a norma mais apropriada. Por exemplo, no que concernia aos efeitos do contrato de concessão aplicou-se “o Direito Internacional Público e os costumes do Direito Marítimo e dos negócios que envolvem a indústria do petróleo (*lex petrolea*)”.³⁹⁸

No caso **British Petroleum (BP) vs. Líbia** também fizeram uso da *lex petrolea*, no entanto, foi para a complementação de lacunas do direito líbio.³⁹⁹ Isso porque o contrato previa expressamente a combinação dos princípios comuns ao direito líbio e ao direito internacional, sendo aplicados os princípios gerais de direito na ausência daqueles. Destarte, rejeitaram a tese defendida pela BP de que deveriam ser adotadas as regras de Direito Internacional Público.⁴⁰⁰

No já mencionado caso **TOPCO vs. Líbia**, de 1979, os árbitros também tiveram que decidir quanto ao direito material aplicável. Segundo José Bucheb, R. Doak Bishop afirma

³⁹⁶ DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 448.

³⁹⁷ Tradução livre de: “the parties base their relations with regard to this agreement on the principle of good will and good faith, as well as on reasonable interpretations of the terms of the agreement”.

³⁹⁸ DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 446-447.

³⁹⁹ ALVES, 2006, p. 248.

⁴⁰⁰ BUCHEB, 2002, p. 104-105.

que este caso é paradigma quanto à internacionalização do direito, posto que os árbitros decidiram pela aplicação dos princípios da lei líbia apenas no que estes se assemelham ao direito internacional, ponderando que “contratos entre Estados soberanos e entidades privadas podem ser ‘internacionalizados’, no sentido de poderem ser interpretados à luz do direito internacional público”.⁴⁰¹

No caso **LIAMCO vs. Líbia**, o tribunal utilizou-se do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e da lei líbia para determinar o sentido de “princípios de direito internacional” e de “princípios do direito líbio” respectivamente, concluindo que ambos reconheciam o princípio da equidade, dentre outros, fazendo assim, uso desses.⁴⁰² Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio mostram que o árbitro defendeu o uso dos princípios gerais do Direito Internacional por entender que não seria justo aplicar somente a lei de um dos países, se as partes eram de países distintos.⁴⁰³

Por outro lado, Jacob Dolinger verificou que, nos contratos petrolíferos, vem surgindo o fenômeno da “desinternacionalização”, no sentido de que os Estados hospedeiros têm buscado afastar qualquer jurisdição estranha à sua.⁴⁰⁴ Nesta diretiva, o autor cita a decisão aprovada na 16ª Conferência da OPEP, realizada em Viena, em junho de 1968:

Ressalvada regra diversa contida no jurídico do país signatário, todas as divergências que ocorram entre o governo e os operadores serão submetidas exclusivamente à jurisdição dos competentes tribunais nacionais ou às Cortes regionais especializadas.⁴⁰⁵

Nesta mesma linha, Domenico Di Pietro questiona a aplicação da lei internacional uma vez que esta, por não reconhecer o investidor particular como um sujeito de direito internacional, não é clara quanto à proteção dos acordos celebrados entre o Estado hospedeiro e o particular.⁴⁰⁶ Até mesmo quando há eleição da lei aplicável, os autores e os árbitros têm

⁴⁰¹ BISHOP, 2002, p. 15 apud *ibid.*, p. 105-106.

⁴⁰² BUCHEB, *op. cit.*, p. 106-107.

⁴⁰³ DOLINGER; TIBURCIO, *op. cit.*, p. 451.

⁴⁰⁴ DOLINGER, 1982, p. 66-67.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p.66-67 apud RIBEIRO, 2003, p. 210.

⁴⁰⁶ DI PIETRO, 2005, p. 229.

defendido a internacionalização do caso. Inclusive, isso foi feito tanto no caso **SPP vs. Egito**, quanto no caso **Amco Asia Corporation vs. Indonésia**.⁴⁰⁷

Desta forma, resta-nos observar criticamente o futuro de tal tendência, uma vez que alguns autores – ainda que a minoria – já o vêm fazendo.

4.5 Casos envolvendo a cláusula de estabilidade

Como visto anteriormente, a cláusula de estabilidade gera diversas incertezas, uma vez que não está claro, em sua definição teórica, se esta proíbe qualquer alteração legislativa ou se apenas veta algumas alterações e, em caso afirmativo desta segunda hipótese, não se sabe quais seriam as alterações.⁴⁰⁸

Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer mostram que essa incerteza permeia também os tribunais internacionais. No caso **Texaco v. Líbia**, o tribunal defendeu o princípio do *pacta sunt servanda* e a capacidade soberana de o Estado obrigar-se, expressa na decisão do caso **Wimbledon** da Corte Internacional Permanente de Justiça, no sentido da continuação do contrato de concessão e do não reconhecimento do direito à expropriação.

Contudo, no caso **Liamco v. Líbia**, foi decidido que a cláusula de estabilização não tira do Estado o direito à expropriação, posto que isso significaria uma interferência na soberania do Estado. Nos casos **Aminoil v. Kuwait** e **Amoco International Finance v. Iran**, também ficou entendido que a cláusula de estabilização não significava renúncia ao direito de expropriação, com a diferença, porém, que esta tinha como principal efeito o cálculo de uma indenização. Essas duas últimas decisões tiveram voto contrário, mostrando que a jurisprudência ainda não é pacífica.⁴⁰⁹ Já na opinião de Peter D. Cameron, os laudos arbitrais recentes mostram consistência, apesar de não conhecer um caso que tenha aplicado diretamente a cláusula de estabilização.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ SPP vs. Egito, Amco Asia Corporation vs. Indonésia.

⁴⁰⁸ DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 75.

⁴⁰⁹ DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 76.

⁴¹⁰ CAMERON, 2006, p. 25.

Para entender o tema mais a fundo, é necessário estudar a própria cláusula debatida. No caso **Liamco vs. Líbia**, a cláusula de estabilidade é considerada pela doutrina⁴¹¹ um bom exemplo devido sua redação:

(1) O Governo da Líbia, A Comissão e a autoridade provinciana apropriada irá tomar as medidas necessárias para assegurar que a Empresa desfrute de todos os direitos conferidos nesta Concessão. Os direitos contratuais expressamente criados por esta Concessão deverão ser excepcionados por mútuo acordo das partes. (2) Esta concessão deverá, durante sua validade, ser construída de acordo com a Lei de Petróleo e Regulamentos em vigor na data de execução do contrato de alteração pelo qual este parágrafo segundo será incorporado no Acordo de Concessão. Qualquer alteração or revogação de tais Regulamentos não deverão afetar os direitos contratuais da Empresa sem o seu consentimento.⁴¹²

Desta forma, verifica-se que o principal objetivo da cláusula é afastar do governo o poder unilateral de alterar as normas aplicáveis ao investimento estrangeiro, estabelecendo a necessidade de um acordo entre as partes.⁴¹³ Comumente, questiona-se nas disputas arbitrais como seria possível combinar esta cláusula com o poder soberano do Estado.

Embora a “soberania” seja um argumento invariavelmente invocado nas disputas arbitrais, os árbitros têm sempre defendido que a cláusula de estabilização não pode ser declarada nula apenas com base na soberania do Estado.⁴¹⁴ Neste sentido, no laudo arbitral da **Texaco**, o árbitro-único declarou:

Não é necessário morar em qualquer grande extensão sobre a existência e o valor do princípio segundo o qual um Estado pode, no âmbito de sua soberania, assumir compromissos internacionais com uma parte privada Isto resulta da competência discricionária do Estado nesta área... O resultado é que um Estado não pode invocar a sua soberania para desconsiderar os compromissos livremente assumidos através

⁴¹¹ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials And Commentary*. The Hague: Kluwer Law International, 2005 , p. 293.

⁴¹² Texto original: “(1) The Government of Libya, the Commission and the appropriate provincial authorities will take all steps necessary to ensure that the Company enjoys all the rights conferred by this Concession. The contractual rights expressly created by this Concession shall not be altered except by mutual consent of the parties. (2) This Concession shall through out the period of its validity be construed in accordance with the Petroleum Law and the Regulations in force on the date of execution of the agreement of amendment by which this paragraph (2) was incorporated into this Concession Agreement. Any amendment to or repeal of such Regulations shall not affect the contractual rights of the Company without its consent.” (BISHOP; CRAWFORD; REISMAN, 2005, p.293).

⁴¹³ Abdullah Faruque classifica as cláusulas de estabilidade em: cláusulas de estabilidade strito sensu, cláusulas de intagibilidade e cláusulas de estabilidade econômica. Para uma leitura aprofundada do tema: FARUQUE, Abdullah. Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses: Legal Protection vs. Functional Value. *Journal of International Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, v. 23, issue 4, p. 317–336, 2006.

⁴¹⁴ FARUQUE, 2006.

do exercício dessa mesma soberania, e não pode, através de medidas pertencentes à sua ordem interna, tornar nulos os direitos do contratante que cumpriu com suas diversas obrigações contratuais.⁴¹⁵

O tribunal arbitral em **Revere Copper** também reconheceu que

para satisfazer as aspirações do seu povo, o Governo pode, por determinados períodos de tempo, impor limites aos poderes soberanos do Estado, tal como acontece quando ele embarca em financiamento internacional através da emissão de títulos de longo prazo do governo nos mercados estrangeiros.⁴¹⁶

Uma interpretação extrema sobre os efeitos da cláusula de arbitragem, com base no princípio do *pacta sunt servanda*, sustenta que a cláusula de estabilização proíbe qualquer forma de nacionalização por parte do Estado. Este foi o ponto de vista aprovado pelo tribunal arbitral no caso **Texaco**.⁴¹⁷ Esta linha de raciocínio, contudo, foi descartada em arbitragens subsequentes, nas quais se defendeu que a nacionalização é um ato lícito e que uma cláusula de estabilização não pode revogar esse direito do Estado.⁴¹⁸ No caso **Aminoil**, o laudo arbitral define ser necessário que qualquer limitação ao direito à nacionalização seja expressa no acordo entre as partes, não podendo ser extraída diretamente da cláusula de estabilização, pois essa cláusula deve ser interpretada restritivamente.⁴¹⁹

Outra implicação decorrente do laudo **Aminoil** é que uma cláusula de estabilização pode ser válida como uma limitação temporária ao poder soberano do Estado, se for restringida a um período relativamente curto. Por outro lado, uma cláusula de estabilização

⁴¹⁵ Laudo: Texaco, 17 ILM 1, 23-24 (1978), par. 66 e 68. Tradução livre de: “There is no need to dwell at any great length on the existence and value of the principle under which a State may within the framework of its sovereignty, undertake international commitments with respect to a private party. This results from the discretionary competency of the State in this area ... The result is that a State cannot invoke its sovereignty to disregard commitments freely undertaken through the exercise of this same sovereignty, and cannot through measures belonging to its internal order make null and void the rights of the contracting party which has performed its various obligations under the contract.”

⁴¹⁶ Revere cobre, 17 ILM 1321, 1831 (1978). Tradução livre de: “in order to meet the aspirations of its people, the Government may for certain periods of time impose limits on the sovereign powers of the State, just as it does when it embarks on international financing by issuing long term government bonds on foreign markets.”

⁴¹⁷ Texas Overseas Petroleum Co. (“Texaco”) E California Asiatic Oil Co. vs. Governo da Libyan Arab Republic, 17 I.L.M. 3 (1978).

⁴¹⁸ LIAMCO, 20 I.L.M. 1 (1981), 62 I.L.R. 140 (1981).

⁴¹⁹ AMINOIL, 21 I.L.M. 1051-53 (1982).

para um período excessivamente longo, como 60 anos, pode justificadamente ser violada em função de profundas mudanças sociais e econômicas no país de acolhimento.⁴²⁰⁻⁴²¹

Além dos efeitos sobre o princípio da soberania, a cláusula de estabilização tem importante função na internacionalização do contrato. A presença da cláusula em questão, para alguns doutrinadores e árbitros, é um importante indicador de que o contrato foi internacionalizado. No laudo Texaco, por exemplo, o árbitro Professor Dupuy definiu que a presença da cláusula de estabilização mudou a natureza jurídica das concessões petrolíferas líbias e converteu-as em contratos internacionalizados.⁴²² Semelhantemente, em 1979, a corte arbitral de **AGIP** decidiu que era necessário aplicar o direito internacional em conjunto com a lei congoleza, com base na cláusula de estabilização.⁴²³ Isso porque, segundo especialistas, a própria essência da cláusula de estabilização proíbe o Estado de modificar unilateralmente o contrato, sendo assim, o direito internacional prevalece sobre a lei do país.⁴²⁴

Por outro lado, o laudo arbitral do caso **ARAMCO** rejeitou a alegação feita pela empresa privada de que o contrato de concessão deveria ser equiparado a um tratado internacional. O tribunal considerou que o contrato de concessão deveria ser regido pela lei da Arábia Saudita, porque, em sua opinião, esta era a lei do país com o qual o contrato tinha uma conexão mais próxima, a menos que outra lei fosse designada pela conduta conclusiva das

⁴²⁰ De acordo com Abdullah Faruque, o laudo AMINOIL recebe muitas críticas da doutrina, como a de Higgins, que considera a interpretação dos árbitros implausível (HIGGINS, Rosalyn. *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law. Recueil des Cours*, v. 176. The Hague: Martinus Nijhoff, 1982, p. 259-304). Para Tasan, o tribunal tornou a cláusula de estabilização supérflua, privando-a de qualquer significado específico (TASON, Fernando R. *State Contracts and Oil Expropriations: The Aminoil-Kuwait Arbitration. Virginia Journal of International Law*, v.24 p. 323, 344-45, 1984) apud FARUQUE, 2006.

⁴²¹ Sobre o tema, ver o Relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre a Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais, parágrafo 68, UN Doc E/C/119 (1981): “A recurrent provision, even in very recent contracts, is the freezing of the tax regime applicable at the time of the negotiation. Some of the freezing clauses negotiated at present tie the hands of the Government for a very long period. Long and comprehensive ‘freezing’ clauses seem to run counter to the principle of permanent sovereignty over natural resources, although it may be conceivable that provisions to stabilize the fiscal regime for a reasonable period, so as to assure loan repayment, for example, can be found acceptable under specific conditions.”

⁴²² Texaco, 17 I.L.M. 3 (1978).

⁴²³ AGIP, 21 I.L.M. 726, 727-28 e 736 (1982).

⁴²⁴ LILLICH, Richard B. *The Law Governing Disputes under Economic Development Agreements: Re-examining the Concept of Internationalisation*. In: LILLICH, Richard B., BROWER, Charles N. (eds). *International Arbitration in the Twenty First Century: Towards “Judicialisation” and Uniformity*. Irvington, N.Y.: Transnation Publishers, 1933, p. 61-79.

partes.⁴²⁵ O Tribunal Permanente de Justiça Internacional já decidiu, inclusive, que qualquer contrato que não seja celebrado entre Estados deverá ser baseado na lei local.⁴²⁶

A principal consequência jurídica pela violação de uma cláusula de estabilização é a obrigação de pagar uma indenização. Esta proposição é igualmente aplicável se o contrato é celebrado com a autoridade do Estado ou com uma empresa estatal. O tribunal **Aminoil** reconheceu isso, afirmando que

estas disposições estão longe de ter perdido todo o seu valor e eficácia, uma vez que, por implicitamente exigir que a nacionalização não terá qualquer caráter confiscatório, reforçam a necessidade de uma indenização adequada, como condição.⁴²⁷

Por fim, a cláusula arbitral nos leva a um último debate no que diz respeito à sua aplicação: valor da indenização a ser paga quando é violada. Há um consenso, nos laudos estudados, de que a relevância de uma cláusula de estabilização não é outra senão a de garantir que os danos – e em alguns casos, uma maior quantidade de compensação – sejam ressarcidos.

Quanto ao tema, no laudo **Texaco**, o árbitro ordenou a restituição integral do dano, citando a cláusula de estabilização como um dos fatores que justificariam tal compensação⁴²⁸. Já em **Liamco vs. Líbia**⁴²⁹, a presença de uma cláusula de estabilização foi um dos fatores que levaram os árbitros a determinar uma “compensação equitativa”. Enquanto em **Aminoil**, embora o tribunal tenha rejeitado tanto o pedido do investidor por uma restituição integral quanto o método de cálculo do valor sugerido pelo governo anfitrião através do valor líquido contábil do investimento, reconheceu que o objetivo do investidor estrangeiro deve ser a obtenção de uma “taxa de retorno razoável”, levando em consideração a expectativa legítima das partes.⁴³⁰

⁴²⁵ *Arábia Saudita v ARAMCO*, 27 ILR 165-67 (1963).

⁴²⁶ 1929 PCIJ (Ser.A) n ° 20, em 41.

⁴²⁷ *AMINOIL*, 21 I.L.M. 1023 (1982). Tradução livre de: “these provisions are far from having lost all their value and efficacy on that account since, by impliedly requiring that nationalisation shall not have any confiscatory character, they reinforce the necessity for a proper indemnification as a condition of it.”

⁴²⁸ *Texaco*, 17 I.L.M. 3 (1978).

⁴²⁹ *LIAMCO*, 62 I.L.R. 217-18 (1981).

⁴³⁰ *AMINOIL*, 21 I.L.M. 1037 (1982), para. 159.

Diante de tal divergência, a doutrina concluiu que o valor da compensação a ser pago dependerá, em última análise, da legalidade das medidas tomadas pelo Estado envolvido na disputa. A este respeito, deve ser feita uma distinção entre as medidas legais e ilegais. Se as medidas legislativas ou regulamentares tomadas pelo Estado não são discriminatórias, mas violam a estabilização do contrato, a compensação que se torna exigível é calculada com base no valor justo de mercado, o que inclui desconto para ganhos futuros. Se, no entanto, as medidas tomadas pelo Estado são ilícitas (por exemplo, não foram tomadas para uma finalidade pública ou são discriminatórias), a compensação deve incluir tanto a perda real quanto os lucros futuros como medida punitiva.⁴³¹

⁴³¹ FARUQUE, 2006.

CONCLUSÃO

São muitos os pontos sensíveis na relação entre Estado hospedeiro e investidor estrangeiro. Como visto, o Estado hospedeiro é, ao mesmo tempo, soberano naquilo que se refere aos seus recursos naturais, enquanto depende do comércio internacional para sustentar sua economia cada vez mais interdependente. Já o investidor, tem grande poder de barganha negocial ao levar seu negócio ao país estrangeiro, através da atuação de grandes grupos empresariais transnacionais, contudo, se submete a riscos políticos e financeiros incertos.

Por isso, verificou-se a importância de um estudo, ainda que breve, relativo à soberania do Estado sobre seus recursos naturais, tendo em vista que esta soberania não está apenas ligada a um mero direito-dever do Estado, mas sim ao desenvolvimento dos povos, sendo este majoritariamente entendido como um Direito Humano, atrelado ao desenvolvimento social e financeiro do país. Nosso estudo passou ainda pelo tema da contratação com o Estado, onde se concretiza essa relação entre o agente público e o agente privado. É através da celebração do contrato que o Estado garante prerrogativas mínimas ao interesse público, mas concede direitos importantes ao investidor estrangeiro ou nacional.

Dentre esses direitos está a aplicação da cláusula arbitral que surge como meio neutro de solução das possíveis controvérsias, oferecendo, antes de mais, segurança à ambas as partes da relação. Ou seja, antes mesmo de ser um meio alternativo de solução de controvérsia eficaz, ágil, sigiloso, etc., a arbitragem coloca-se como um importante fator de atração do investidor. Isso deve ao fato de a arbitragem reduzir aqueles riscos e incertezas para ambas as partes.

Conforme explicado na parte introdutória deste trabalho, buscou-se no presente trabalho, estudar a arbitragem internacional de investimento sob o aspecto teórico e o prático. Esse estudo nos permite afirmar que a arbitragem ganhou relevância inestimável para o equilíbrio da relação entre Estado e investidor, o que transformou por completo a perspectiva do presente trabalho.

Inicialmente, nossa intenção era focar nos casos concretos, sendo assim, o trabalho seria esquematizado de forma que os capítulos teóricos antecedentes ao estudo destes casos tratassem cada um de um tema em paralelo: primeiro, a soberania sobre os recursos naturais; posteriormente, a contratação com o Estado e; por fim, separadamente, a arbitragem

internacional de investimento. Contudo, ao longo da elaboração desta proposta, estes temas ganharam forma, tornando-se fácil perceber uma forte ligação entre eles.

Deste modo, decidimos por realizar um trabalho cujos enfoques são a arbitragem internacional de investimento e o estudo de casos concretos. Para evitar uma visão demasiada privatista, que é própria de nossa formação acadêmica e, principalmente, a fim de refletir sobre a atual visão convergente entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, trouxemos, na linha de frente, o tema da soberania do Estado e seu papel como agente econômico, funilando o tema até chegarmos à arbitragem internacional.

Uma vez construído este panorama teórico, foi possível, então, estudar os casos concretos de arbitragem que envolvem a indústria do Petróleo. Estes não apenas ganharam grande destaque na doutrina nacional e internacional, mas foram os grandes responsáveis por estabelecerem as regras e práticas do comércio internacional próprios da indústria, ou seja, a *lex petrolea*.

Apesar de vários serem os temas com os quais poderíamos trabalhar ao eleger os casos concretos, acreditamos ter trazido aqueles que são, para o Direito Internacional e para a indústria do petróleo, os mais importantes e polêmicos e que, por essa razão, mereciam uma revisão doutrinária.

Desta forma, foi possível verificar como as regras de arbitragem – ilustradas através do estudo particular das principais regras da ICSID – são aplicadas pelas cortes arbitrais internacionais diretamente.

Por essa razão, podemos afirmar que a arbitragem internacional de investimento se tornou um importante meio de proteção ao investidor. Conseqüentemente, a arbitragem é hoje um fator de grande relevância para a atração dos mesmos, o que nos permite concluir também que esta é igualmente importante para o investidor e para o Estado.

Essa importância fez crescer a sua prática e com ela vieram as críticas. Não podemos deixar de mencionar quem diz haver uma crise da arbitragem de investimento. Essas críticas questionam, sobretudo, a legitimidade do regime internacional de investimentos adotado pelas cortes arbitrais. Dentre outras diversas críticas, destacamos aquelas que afirmam que os tribunais *ad hoc* produzem regras inconscientes, enquanto outros criticam a reduzida

aplicação da lei estatal, afirmando ser este um sistema enviesado a favor do investidor estrangeiro⁴³².

Essas críticas podem ser divididas em críticas processuais e substanciais. Quanto às primeiras, essas visam a mecanismos mais eficientes de proteção processual, questionando principalmente a transparência do processo arbitral e culminam em um grande e importante questionamento: o quão legítima é a decisão dos árbitros em uma arbitragem de investimento?

Para entendermos o tom desta crítica, segue abaixo um trecho da *New York Times* sobre o assunto onde se divulga exatamente o tom das críticas:

Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a small number of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments has led to national laws being revoked, justice systems questioned and environmental regulations challenged.⁴³³

A outra vertente das críticas foca os aspectos substanciais. Em geral, essas críticas são feitas por governos latino-americanos e são relativas à ampla interpretação feita das suas obrigações contratuais. William Burke-White corrobora com esta crítica ao analisar o caso da Argentina, nos anos 2000, quando esta se encontrava em crise econômica e não pôde invocar o argumento da necessidade e segurança, tornando esses instrumentos de proteção do Estado praticamente sem aplicação.⁴³⁴

Apesar de controversa, segundo Michael Waibel e outros, a crise na arbitragem internacional é real e inegável.⁴³⁵ Um exemplo na doutrina que discorda com as atuais críticas e nega, ainda mesmo, a existência de uma crise é o autor Tim Nelson que, através de uma análise histórica, verifica que o instituto da arbitragem entre Estado hospedeiro e investidor estrangeiro não é frágil, tendo superado mudanças na economia e na política mundial, inclusive revoluções e revoltas civis.⁴³⁶

⁴³² WAIBEL, Michael et al. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Zuidoostsingel: Kluwer Law International, 2010, p. xxxviii.

⁴³³ DEPALMA, Anthony. NAFTA's Powerful Little Secret: Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too far, Critics Say. *New York Times*, 11 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html?pagewanted=all&src=pm>>. Acesso em: 15 de fev. 2013.

⁴³⁴ BURKE-WHITE, William. The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System. In: Waibel, Michael, op. cit., p. 420.

⁴³⁵ WAIBEL, Michael et al., 2010, p. 560.

Neste sentido, José Miguel Júdice afirma que as arbitragens da ICSID são instrumentos de uma política mundial de desenvolvimento econômico-social, de modo que sofrem flutuação entre épocas mais favoráveis aos investidores e outras mais favoráveis aos Estados, muitas vezes, devido à evolução da conjuntura econômica mundial, ao mesmo tempo em que tendem a corrigir os movimentos pendulares automatizados, umas vezes sendo mais conservadoras e outras mais inovadoras na interpretação dos tratados.

A nosso ver, a estrutura atual do Direito Internacional dos Investimentos, apesar de todo aperfeiçoamento que se faça necessário, especialmente diante de um momento de crise econômica no mundo inteiro, é uma estrutura satisfatória e legítima, que tem todas as ferramentas necessárias para atender às demandas que se façam presentes, como foi possível averiguar através do estudo de casos. Além disso, como apreendido acima, a cada crise que se segue, a arbitragem mostra ser o instrumento mais adequado a adaptar-se às necessidades circunstanciais, enquanto consolida aquelas que são as principais normas protetivas da relação Estado hospedeiro-investidor estrangeiro.

⁴³⁶ NELSON, Tim. History Ain't Changed: Why Investor-State Arbitration will Survive the "New Revolution". In: WAIBEL, Michael et al., 2010, p. 25.

REFERÊNCIAS

- ADEBIYI, Iyabo. *Is the doctrine of sovereign immunity a threat to investment arbitration?* Dundee: CEPMLP, jun. 2009.
- AKGUL, Zeynep. *The Development of International Arbitration on Bilateral Investment Treaties: Disputes Between States and Investor, ICSID Cases Against Turkey Regarding Energy Sector*. Dissertation (master of law) - University of Exeter School of Law, Exeter, 2008.
- ALVES, Clarissa Brandão Cardoso. Lex petrolea. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 239-254, jun. 2006.
- ALVES, J. A. Lindgren. A cúpula mundial sobre o desenvolvimento social e os paradoxos de Copenhague. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v.40, n. 1, jan./jun. 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73291997000100006>>. Acesso em: 17 set. 2012.
- ALMEIDA, Bruno Rodrigues; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. A cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 20, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1516/1646>>. Acesso em: 16 mar. 2012.
- ALMEIDA, Bruno; RIBEIRO, Marilda. Do conflito aparente de normas no espaço à cinemática jurídica global: conteúdo do Direito Internacional Privado contemporâneo. *RFD-Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 20, 2011.
- AMARAL JR, Alberto (Org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri: Manole, 2005.
- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- BACCEGA, Marcus. O comércio, suas funções e sua relevância para o Direito Internacional Público. In: AMARAL JUNIOR, Alberto. *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BANCO MUNDIAL. *Barreiras jurídicas, administrativas e políticas aos investimentos no Brasil*. Volume II Barreiras Administrativas aos Investimentos no Brasil: O caso de São Paulo e Rio de Janeiro. [S.l.: s.n], maio 2001. p. ix. Disponível em:<<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186403960425/06V2.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2013.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999. p.30. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0018.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

BISHOP, Doak R. *International arbitration of petroleum disputes: the development of a lex petrolea*. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol2/article2-3.html>>. Acesso em: 29 out. 2010.

BISHOP, R. Doak. *International arbitration of petroleum disputes: the development of a lex petrolea*. International Energy & Minerals Arbitration, Paper n. 2 (Rocky Mt. Min. L. Fdn. 2002).

BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign investment disputes: cases, materials and commentary*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

BONATO, Adriana Breier. *Cláusula da nação mais favorecida: um estudo sobre as principais controvérsias que a envolvem no âmbito da OMC*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_2/adriana_bonato.pdf>.

BORN, Gary B. *International commercial arbitration: commentary and materials*. 2nd ed. Ardsley: Transnational Publishers, 2001.

BRITO, Francisco de Assis; CÂMARA, João Bettencourt da. *Democratização e gestão ambiental: em busca do desenvolvimento sustentável*. Petrópolis: Vozes, 1980.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6th ed. New York: Oxford University Press, 2003.

BUCHÉB, José Alberto. *A Arbitragem Internacional nos contratos da indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

Cameron, D. Peter. *Stabilisation in investment contracts and changes of rules in host countries: tools for oil & gas investors*. Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), 2006.

CAMERON, Peter D. *International energy investment law: the pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CIJ. *Opinião consultiva do caso sahará*, de 1975. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/61/9467.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

D'AMARASINHA, Stefan; KOKOT, Juliane. Chapter 4: multilateral investment rules revisited. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DEPALMA, Anthony. *NAFTA's powerful little secret: obscure tribunals settle disputes, but go too far, critics say*. New York Times, 11 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html?pagewanted=all&src=pm>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

DI PIETRO, Domenico. Applicable law under article 42 of the ICSID. In: WEILER, Todd (ed.). *International investment law and arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. London: Cameron May, 2005.

DINH, Nguyen Q.; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: LGDJ, 2003.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph. *Principles of international investment law*. New York: Oxford. University Press, 2008.

DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. *Bilateral investment treaties*. Klumer Academic Publishers, 1995.

FARUQUE, Abdullah. Validity and efficacy of stabilisation clauses: legal protection vs. functional value. *Journal of international arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, v. 23, issue 4, 2006.

FERREIRA JUNIOR, Lier Pires. Estado e soberania no contexto da globalização. In: GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (coord.). *Soberania: antigos e novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

FERREIRA, Lier Pires. *Direito internacional, petróleo e desenvolvimento: políticas de produção em áreas inativas com acumulações marginais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIAS, Corporação Financeira Internacional; BANCO MUNDIAL. *Barreiras jurídicas, administrativas e políticas aos investimentos no Brasil*. Volume II. Barreiras Administrativas aos Investimentos no Brasil: O caso de São Paulo e Rio de Janeiro. Maio de 2001. p. x. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186403960425/06V2.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

FMI. *Balance of payments and international investment position manual*. 6th ed. Washington, D.C, 2009. chapter 6. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/chap6.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem internacional. In: GARCEZ, José Maria Rossani(coord.). *A Arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GARCIA, Marcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (Coord.). *A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002.

HARB, Jean-Pierre. *Definition of investments protected by international treaties: an on-going hot debate*. Mealey's International Arbitration Report, Int'l Arb QL, Rev. 17, 2011 p. 1. Disponível em: <http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/604505cb-9eee-44ca-aa5a-9609bd158521/Presentation/PublicationAttachment/7d12dbb7-ec79-435c-87ec-9b0257e2cbe5/ar_paris_investmentsprotected_bytreaties_aug11.pdf>

HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: Aspectos de Direito Internacional*. São Paulo: Aquarela S.A., 1989.

ICSID. Disponível em:

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics> Acesso em: 13 abr. 2013.

INVESTMAX. *Consulta acerca do volume de negócios da BOVESPA & BMF*.

Disponível em: <<http://www.investmax.com.br/iM/content.asp?contentid=567>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

JACKSON, Robert. *Sovereignty*. Cambridge: Key Concepts, 2007.

KELSEN, Hans. *Peace through law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944. Disponível em: <http://141.2.38.226/www.gesellschaftswissenschaften.uni-frankfurt.de/uploads/images/1261/Kelsen._Peace_through_Law.pdf>. Acesso em: 16 out. 2012.

LEBEN, Charles. *La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements*, Haia: Academie de Droit International de la Haye, 2003

LEE, Karen. *ICSID Reports: Volume 13*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Leguízamo, Camilo Armando Franco. *De la lex mercatoria a la lex constructionis*. *Revist@ e-Mercatoria*, v. 6, n. 1, 2007.

LILLICH, Richard B. The law governing disputes under economic development agreements: re-examining the concept of internationalisation. In: LILLICH, Richard B., BROWER, Charles N. (eds). *International arbitration in the twenty first century: towards "judicialisation" and uniformity*. Irvington, N.Y.: Transnation Publishers, 1933.

LUPI, Andre Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

M'BAYE, Keba. *Le droit au développement*. Disponível em:

<<http://ethiopiennes.refer.sn/spip.php?article736>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

- MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*. 1. ed., 5ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2009.
- MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na arbitragem privada. In: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- MATTOS, Leonardo Bornacki de; CASSUCE, Francisco Carlos da Cunha; CAMPOS, Antônio Carvalho. Determinantes dos investimentos diretos estrangeiros do Brasil, 1980-2004. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, jan./abr. 2007, p. 41. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rec/v11n1/a02v11n1>>. Acesso em: 29 jan. 2013.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque (coord.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v.1.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização: A Soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v.1.
- MOISÉS, Claudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- NELSON, Tim. *History ain't changed: why investor-state arbitration will survive the "new revolution"*. In: WAIBEL, Michael et al., 2010.
- NOTTAGE, Luke R. *The procedural lex mercatoria: the past, present and future of international commercial arbitration*. Sydney: Sydney Law School Research, 2006.
- ONU. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/conf166/aconf166-9.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2012.
- ONU. E/CN.4/1334. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G78/123/19/PDF/G7812319.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 19 mar. 2012.
- PEREIRA, Ana Cristina. A relativização da soberania brasileira na floresta amazônica à luz do direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1350/1139>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. Soberania e Pós-Modernidade. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *Brasil e novos desafios de direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *O investimento direto estrangeiro – IDE*.

Disponível em:

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/IDE/IDEBrasilCuba/ide.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (org). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e o petróleo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1360/1148>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e petróleo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de et al. (Org.). *Direito do petróleo e de outras fontes de energia*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1.

RODRIGUES, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RYAN, Cristopher M. Meeting expectations: assessing the long term legitimacy and stability of international investment law. *University of Pennsylvania International Law Journal*, v. 29:3, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teólogo de la política*. Seleção de textos: Hector Orestes Aguilar. México: Fondo de cultura econômica.

SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a commentary on the convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. Cambridge: University of Cambridge, 2001.

SCHRIJVER, Nico. *Sovereignty over natural resources*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 1999, p. 36. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito internacional público*. 2. ed. rev, atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SORNARAJAH, M. *The International law on foreign investment*. Cambridge University Press, 2004.

SORNARAJAH, M. *The settlement of foreign investment disputes*. The Hague, London: Kluwer Law International, 2000.

STEINGRUBER, Andrea M. *Consent in international arbitration*. OUP Oxford: Oxford, 2012.

STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: Ltr, 1996.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2005, 8ªed.

TÉLLEZ, Felipe Mutis. *Conditions and criteria for the protection of legitimate expectations under international investment law: 2012 ICSID Review Student Writing Competition*. Disponível em: <<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/early/2012/10/26/icsidreview.sis018.full>>.

UNCTAD - United Nations Conference on trade and development. *Bilateral investments treaties 1995–2006: trends in investment rulemaking*. New York and Geneva, 2007. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf>.

UNCTAD - United Nations Conference on trade and development. *Dispute settlement*. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add4_en.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2013.

UNCTAD - United Nations Conference on trade and development. *World investment report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*. New York and Geneva, 2012. Disponível em: <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>>.

UNFA. Disponível em: <http://www.unfpa.org/public/cache/offonce/home/sitemap/icpd/International-Conference-on-Population-and-Development/ICPD-Programme;jsessionid=CF52F2227A6254D24D622E6645E464E2.jahia_01#ch2>. Acesso em: 07 mar. 2012.

VATTEL, Emer de. *O Direito das gentes*. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

WAIBEL, Michael et al. *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*. Zuidpoelsingel: Kluwer Law International, 2010.

WTO. World Trade Report 2010. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/wtr10-2b_e.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2012.