



**DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS NA ATUALIDADE:
UMA ANÁLISE DA POSIÇÃO BRASILEIRA**

***INTERNATIONAL INVESTMENT LAW TODAY: AN ANALYSIS OF THE
BRAZILIAN STAND***

Fernanda Araújo Kallás e Caetano

Mestre e doutoranda em Direito Internacional pela Université de Paris II.

Professora do Centro Universitário UNA.

RESUMO

Este artigo aborda a evolução das formas de solução de controvérsias entre investidores particulares e Estados hospedeiros do investimento, desde a época em que a única possibilidade era a solução judicial interna até o desenvolvimento da arbitragem mista do Centro Internacional de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRDI). Seu foco principal é analisar as razões que levaram o Brasil a optar pela não adesão da Convenção de Washington de 1965 e pela não ratificação dos Tratados Bilaterais de Promoção e Proteção dos Investimentos (TBIs) que foram por ele assinados. Durante muitos anos, a posição brasileira foi justificada no fato de o país despontar-se no cenário mundial como país alvo dos investimentos estrangeiros ainda que sem garantir o recurso à arbitragem internacional mista. Não obstante, a estabilidade econômica e política brasileira não serviram apenas para angariar mais investimentos no nosso território, mas sim, impulsionar nossas empresas nacionais a desbravar mercados estrangeiros. Desprovidas do apoio de seu Estado nacional no sentido de promover, por meio de Tratados Bilaterais com o Estado hospedeiro, a internacionalização da demanda, essas

empresas encontram-se à mercê da solução judicial interna, para a solução das controvérsias que porventura venham a ser instauradas entre elas e o Estado hospedeiro. Em tempos em que institutos, como a nacionalização e expropriação, estão em voga, sobretudo nos países americanos, vale debruçar-se na busca de alternativas para a proteção do investimento. Nesse diapasão, o artigo desenvolve-se no sentido de encontrar estratégias particulares para a guarida, ao menos temporária, dos investimentos das empresas brasileiras no exterior. A solução definitiva depende, contudo, de uma reavaliação da posição do governo brasileiro na matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Direito internacional econômico. Direito internacional dos investimentos. Investimentos estrangeiros. Arbitragem mista. Convenção de Washington

ABSTRACT

This article approaches the evolution of possible solutions to the controversies between private investors and host States of investment, from the time when the only possibility was the internal justice solution, until the development of the mixed arbitration of the International Centre for Settlement of international Dispute (ICSID). The main aim of this article is to analyze the reasons which led Brazil to choose not to adopt The Convention of Washington of 1965 and the non-ratification of the Bilateral Promotion and Protection of investments Treaties (BITs) which were signed by Brazil. For many years the Brazilian position was justified by the fact that the country emerged in the international scenery as the target country of foreign investments even if without assuring the resources to the international mixed arbitration. Nevertheless, the economic and political stability of Brazil did not only serve to attract more investments to our country but also to boost our national companies to break into the foreign market.

Without the support of the national State to promote, through Bilateral Treaties with the E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH - Belo Horizonte, vol. III, n. 1, jul-2010. ISSN: 1984-2716. Disponível em: www.unibh.br/revistas/ecivitas/
e.mail de contato: ecivitas@unibh.br

host State, the internationalization of the demand, these companies find themselves at the mercy of internal judicial settlements for the solution of the controversies which may be introduced between them and the host State. At times when institutes, such as nationalization and expropriation are at vogue, especially in American countries, it is worthwhile to seek alternatives for the protection of investments. By these standards, the article is developed in the sense of finding key strategies for the protection, even if temporary, for the investments of the Brazilian companies abroad. The permanent solution depends, nevertheless, on the government carrying out another evaluation of its position on the matter.

KEYWORDS: International Economic Law. International Investment Law. Foreign investments. Mixed Arbitration. Washington Convention.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2 AS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

2.1 Evolução das formas de solução de controvérsias no direito internacional dos investimentos: da solução judicial interna à arbitragem CIRDI

2.2 Manifestação do consentimento à arbitragem mista do CIRDI

3 A OPÇÃO BRASILEIRA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

3.1 O Brasil e a sua recusa de adesão à Convenção de Washington

3.2 Mecanismos suplementares da Convenção de Washington: uma opção ao investidor brasileiro.

4 CONCLUSÃO

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A peculiaridade do direito internacional dos investimentos decorre do fato de envolver, de um lado, investidores privados e, de outro, Estados hospedeiros dos investimentos estrangeiros. Verifica-se que durante muito tempo todo e qualquer conflito entre as referidas partes teve de ser submetido à jurisdição interna do Estado que hospedava o investimento até que uma solução mais célere e imparcial como a arbitragem fosse implementada. Estudaremos a seguir esta forma de solução de controvérsias passando, em seguida, à análise da posição brasileira.

2 AS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

2.1 Evolução das formas de solução de controvérsias no direito internacional dos investimentos: da solução judicial interna à arbitragem CIRDI

Em matéria de direito internacional de investimentos, é fácil perceber dois interesses opostos no que concerne à segurança das ações de ambas as partes de um contrato de investimento: enquanto o Estado vela pela sua soberania estatal (principalmente no que se refere a seus recursos naturais e minerais), o investidor busca incentivo e se preocupa com a proteção do capital que foi investido.

Em um primeiro momento, a solução de controvérsias acerca da questão estava condicionada aos tribunais internos do país onde o investimento foi realizado. A demanda só poderia *a priori* tornar-se internacional por meio da proteção diplomática,

depois de esgotada todas as vias de recurso interno do país. Ocorre que o esgotamento dos recursos internos só é exigido quando provado que esses recursos são efetivos. Nesse sentido, a indisposição de alguns tribunais internos em condenar seu próprio Estado criou para o investidor estrangeiro a possibilidade de ser protegido diretamente na via internacional por meio do exercício da proteção diplomática de seu país.

Vale ressaltar que, nos primeiros anos do século XX, o instituto da proteção diplomática era utilizado de forma abusiva por diversos países, sobretudo pelos Estados Unidos, contra os países que praticavam a nacionalização. Por outro lado, a solução oferecida pela Corte Internacional de Justiça e pela arbitragem interestatal não era muito bem vista pelos países que recepcionavam o investimento, já que, em sua maioria, elas priorizavam a aplicação do direito internacional à aplicação do direito interno do Estado hospedeiro, resultando na condenação desses Estados. Tal realidade levou alguns países latino-americanos a desenvolver teorias contrárias à internacionalização da demanda e, dentre elas, destacou-se a Doutrina Calvo¹.

A Doutrina Calvo (1868) foi a responsável pela criação da Cláusula Calvo, que aposta em diversos contratos de investimentos entre Estados e investidores privados, segundo a qual o investidor abdicava do direito ao exercício à proteção diplomática. Inúmeros contratos foram assinados nesses termos, no entanto, diante de seu descumprimento, principalmente ocorrido em razão das expropriações sem justa indenização praticadas pelos Estados hospedeiros, os Estados nacionais dos investidores não pensaram duas vezes em fazer uso do instituto da proteção diplomática.

A doutrina e diversos governos do hemisfério norte comungaram de um mesmo entendimento, declarando a nulidade da cláusula Calvo, sob a justificativa de que a renúncia à proteção diplomática não seria válida quando feita por um nacional do Estado, uma vez que esse direito não lhe é inerente. Corroborando tal assertiva tem-se o fato de que nem sempre o Estado endossa a demanda que lhe é postulada pelo nacional,

¹¹ LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003 a. pp.394-395

mas em alguns casos, exerce sua proteção sem que ele tenha nem sequer a requerido. Nos dizeres de REZEK, “a cláusula Calvo exprimia renúncia a uma faculdade alheia, sendo por isso nula de pleno direito”.² Nesse diapasão, a Cláusula Calvo só poderia ser válida se houvesse sido ratificada pelo Estado – não tendo a assinatura aposta pelo nacional valor jurídico.³

Cumprе salientar, ainda assim, que a solução apresentada pela proteção diplomática continuava sendo inconveniente para a maioria dos investidores, que ficavam à mercê do endosso por parte de seu Estado patrial, sofrendo, conseqüentemente, os efeitos da politização da demanda e da morosidade da solução internacional. A ocorrência cada vez mais frequente de medidas de nacionalização, expropriação, disposições fiscais e financeiras de caráter discriminatório, quebra de contrato e transferência de divisas fundamentavam a criação de um mecanismo de proteção mais favorável aos investimentos internacionais.

Foi embasado nesta necessidade de imparcialidade e independência que surgiu a inspiração para a negociação da Convenção de Washington de 1965 que criou o Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (CIRDI), órgão ligado ao Banco Mundial. Esta convenção entrou em vigor em 14 de outubro de 1966 e se encontra, atualmente, ratificada por 144 países⁴. É importante ressaltar que o CIRDI não concilia ou arbitra as questões. Seu papel refere-se simplesmente à administração dos procedimentos de conciliação e arbitragem previstos na Convenção de Washington.⁵ Atualmente o CIRDI administra 124 arbitragens, sendo que a maioria envolve Estados latino-americanos.

Acordos de proteção de investimentos também podem ser firmados dentro do âmbito de processos de integração regional, conferindo aos investidores a possibilidade

² REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.298.

³ Vide CPJI, caso da Usina de Chorzow, competência, 26 de julho de 1927, Série A, n. 9.

⁴ http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home

⁵ SHIATA, Ibrahim. Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, n. 1, 1986.

de escolher a arbitragem como forma de solução das controvérsias. É o que acontece, a título exemplificativo, com o NAFTA, que possui regras detalhadas sobre o tema, e com o MERCOSUL, que possui dois acordos sobre investimentos celebrados em 1994: Entretanto, em que pese o fato de o Protocolo de Colônia, aplicável aos investimentos realizados entre os países membros, e de o Protocolo de Buenos Aires, que trata dos investimentos provenientes de demais Estados nos países do MERCOSUL, terem sido firmados no âmbito do MERCOSUL, nenhum deles encontra-se em vigor⁶.

A arbitragem do CIRDI é chamada de mista, pois permite o acesso direto dos particulares a um mecanismo de solução de controvérsias contra o Estado estrangeiro. Esse, por sua vez, filiando-se à solução arbitral do referido centro, renuncia às suas prerrogativas jurisdicionais. Em contrapartida, o Estado nacional do investidor, ao ratificar a Convenção de Washington, abdica-se do direito de proteger diplomaticamente suas empresas nacionais, salvo nos casos em que o Estado receptor do investimento resista em cumprir com o laudo arbitral proferido em seu desfavor. Ressalte-se, todavia, a validade desta dessa renúncia, uma vez que, no caso em comento, ela é realizada pelo próprio Estado detentor do direito à proteção diplomática.

2.2 Manifestação do consentimento à arbitragem mista do CIRDI

Um duplo consentimento deve ser manifestado para que um litígio seja submetido ao sistema de solução de controvérsias do CIRDI. Primeiramente, ambos os Estados, tanto o da nacionalidade do investidor quanto o hospedeiro do investimento hão de serem partes da Convenção de Washington de 1965. Em segundo lugar, tanto o investidor quanto o Estado hospedeiro têm de manifestar seu consentimento à solução arbitral da controvérsia em questão. Esse duplo consentimento gera, para os Estados signatários, uma garantia: a de que a simples ratificação da Convenção de Washington

⁶ No caso, o Protocolo de Colônia, firmado em 17 de janeiro de 1994, não foi ratificado por nenhum dos Estados partes, e o Protocolo de Buenos Aires, firmado em 5 de agosto de 1994, foi ratificado por todos os membros, exceto pelo Brasil, razão pela qual não se encontra em vigor.

não implica uma submissão imediata à arbitragem do CIRDI, mas, simplesmente, uma demonstração de abertura ao emprego dos procedimentos oferecidos pelo Centro.

A manifestação posterior normalmente tende a ocorrer por meio de uma cláusula compromissória aposta no contrato de concessão firmado entre o Estado e o investidor. Contudo, a fim de incentivar ainda mais o investimento em seu território, alguns dos membros da Convenção de Washington resolveram firmar entre si os chamados Tratados Bilaterais de Promoção e Proteção dos Investimentos (TBIs). Esses tratados trazem em seu teor uma cláusula compromissória geral, por meio da qual, ambos os Estados admitem, antecipadamente, a solução arbitral do CIRDI, para todos os contratos que vierem a ser celebrados com investidores que tenham nacionalidade do outro Estado parte. Nesses casos, diante de uma controvérsia, o investidor poderia imediatamente instaurar uma arbitragem no CIRDI independentemente de um consentimento adicional do Estado. Vale ressaltar, no entanto, que caso seja o Estado hospedeiro o autor da demanda, este continuará necessitando de um aceite do investidor privado à arbitragem. Esse aceite deverá ser apostado no contrato de investimento ou realizado por meio de um compromisso arbitral.

É de suma importância salientar que, ao contrário do que ocorre com a legislação interna que pode ser alterada pelo Estado hospedeiro do investimento a seu bel-prazer, os Tratados Bilaterais de Investimentos dependem, para a sua alteração, de um novo acordo entre as partes e obrigam seu cumprimento integral até o seu prazo de vigência. O rol de proteção desses tratados é amplo, assegurando uma série de garantias ao investidor estrangeiro, dentre elas: o direito a um tratamento justo e equitativo; o direito a um tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos investidores nacionais do Estado hospedeiro ou aos investidores provenientes de outros países; uma justa e imediata indenização pela expropriação dos investimentos pelo Estado; o direito à livre transferência e repatriamento de lucros e a proteção contra medidas discriminatórias do Estado.

Mesmo depois de terem as partes aderido à Convenção de Washington e ao Tratado Bilateral de Investimento estão elas ainda livres para decidir se utilizarão ou não as dependências do Centro. Serve de exemplo o caso ARB/97/3 – Companhia de Águas Del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux *versus* República Argentina⁷, em que as partes, apesar de associadas ao CIRDI e tendo celebrado um Tratado Bilateral de Investimento, optaram pelo mecanismo de solução interno, afastando a jurisdição do Centro e os mecanismos de solução de controvérsias previstos no TBI.⁸

Entretanto, uma vez manifestado o consentimento à arbitragem CIRDI, caso apenas uma das partes resista a colaborar com o procedimento arbitral, a Carta constitutiva da organização prevê uma série de regras subsidiárias que permitirão a continuidade do procedimento, garantindo, como consequência, efeito útil ao tratado, já que, conforme o disposto no artigo 26, o consentimento exclui o recurso a qualquer outra medida judicial (SHIHATA: 1986).

3 A OPÇÃO BRASILEIRA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

3.1 O Brasil e a sua recusa de adesão à Convenção de Washington

Nos anos 60, preocupados com a soberania econômica e com a manutenção da Doutrina Calvo, os países latino-americanos haviam decidido que, como forma de protesto, não assinariam a Convenção de Washington. Esse movimento ficou conhecido como o “não de Tóquio”⁹. Mais tarde, porém, o movimento de liberalização

⁷ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>

⁸ TESHIMA, Márcia. Investimentos no Mercosul e sua proteção. Curitiba: Juruá, 2003.

⁹ LOWENFELD (2003B), P. 125. LOWENFELD, Andreas F. Investment agreements and international law. *Columbia Journal of Transnational Law*, Columbia, v.42, n. 123, 2003b.

mundial dos anos 90 faria com que esses mesmos países repensassem sua posição e decidissem pela adesão ao texto da Convenção.

Apesar da intensa adesão à arbitragem CIRDI, alguns países, dentre eles o Brasil, ainda resistem à ratificação da Convenção de Washington. No caso brasileiro, diversas foram as causas que justificaram essa posição. Uma delas, sem dúvida, fundamenta-se na má experiência vivida pela Argentina que, durante a crise que assolou o país em 2002, viu-se impossibilitada de dar cumprimento a todos os contratos celebrados com os investidores estrangeiros. Com uma celeridade dificilmente observada em qualquer via judicial interna, procedimentos arbitrais foram instaurados no Centro, findando-se daí a poucos meses com uma condenação final do Estado Argentino.

A internacionalização das demandas pode ser extremamente cruel para um Estado em crise, sobretudo quando as sentenças que o condenam são proferidas antes de sua reestruturação. Sob o ponto de vista do Estado brasileiro, a submissão a essa forma de solução de controvérsias deveria ser feita pelos países que necessitassem de um maior destaque perante os investidores estrangeiros. Em que pese a importância da estabilidade política e econômica do país e as vantagens fiscais oferecidas por ele aos investidores estrangeiros, a concordância dos Estados com a arbitragem CIRDI, demonstra-se, na atualidade, uma das maneiras mais eficazes de promoção do investimento estrangeiro no território estatal.

Não obstante, o Brasil é, atualmente, um dos principais destinos mundiais do investimento estrangeiro. Certamente, o fato de apresentar-se como uma das democracias mais estáveis da América do Sul contribui para as estatísticas. Ademais, a legislação interna brasileira não se esquivava do cumprimento de suas obrigações nos casos em que o investimento venha a ser tomado pelo poder público. Observe-se, nesse sentido, que a própria constituição brasileira garante a justa indenização em caso

de expropriação.¹⁰ Nesse diapasão, segundo a diplomacia brasileira, não existiria razões evidentes para que uma garantia extra fosse concedida aos investidores.

A verdade é que o temor brasileiro em ratificar a Convenção de Washington demonstra-se infundado. Como já visto, a simples ratificação da referida convenção não significa uma submissão imediata à arbitragem CIRDI. Ratificar essa Convenção simplesmente demonstraria ao resto do mundo que o Brasil aceita as normas internacionais em matéria de investimento estrangeiro.

Sem embargo, outra seria a situação decorrente da ratificação de Tratados Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos. Ao ratificar os TBIs, sob os ditames da arbitragem CIRDI, o governo brasileiro estaria automaticamente aceitando a competência exclusiva desse órgão na resolução das controvérsias entre o nosso país e os investidores nacionais do outro Estado parte (do tratado). Vale ressaltar, que a despeito de o Estado brasileiro ter assinado 14 TBIs de 1994 a 1998, não chegou a ratificar nenhum deles.

3.2 Mecanismos suplementares da Convenção de Washington: uma opção ao investidor brasileiro.

A extrema prudência brasileira a respeito da assinatura da Convenção de Washington e da ratificação dos TBIs pode ter efeito contrário. É de suma importância atentar-se para o fato de que, na atual conjuntura mundial, o Brasil deixa o posto de país exclusivamente hospedeiro de investimentos estrangeiros para tornar-se o país da nacionalidade dos investidores.¹¹ Em 2006, pela primeira vez em nossa história, o valor

¹⁰ Art. 5º, XXIV, CF: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

¹¹ Alguns países já vivenciaram esse fenômeno de mudança de posição no direito internacional dos investimentos. Foi o que ocorreu, a título exemplificativo, com os Estados Unidos no litígio *Loewen versus Estados Unidos*, arbitrado no âmbito do NAFTA, onde, encontrando-se excepcionalmente no pólo passivo da demanda, como país hospedeiro do investimento, sofreu diretamente as consequências oriundas da profunda segurança jurídica garantida ao investidor pela Convenção de Washington. Vide E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH - Belo Horizonte, vol. III, n. 1, jul-2010. ISSN: 1984-2716. Disponível em: www.unibh.br/revistas/ecivitas/ e.mail de contato: ecivitas@unibh.br

investido por empresas nacionais em outros países superou o aqui investido por empresas estrangeiras. Os investimentos no exterior de empresas como a Petrobras, Odebrecht, Vale do Rio Doce, Embraer e Gerdau corroboram tal assertiva.

Nesse sentido, ao preservar-se da via arbitral no que concerne aos litígios com investidores estrangeiros, o Estado Brasileiro acaba por negligenciar proteção a empresas nacionais que possuam investimentos fora do nosso território. Sob a ótica das empresas brasileiras com interesses no exterior, os Tratados Bilaterais de Promoção e Proteção dos Investimentos mostram-se fundamentais, pois asseguram os investidores nos casos de expropriação, nacionalização ou qualquer outro abuso cometido por parte dos países receptores dos nossos investimentos.

Diante do exposto, resta a questão de saber qual atitude deveria ser tomada, atualmente, pelas empresas brasileiras a fim de preservar seus investimentos no estrangeiro?

Muitas delas, diante do impasse, trataram de fazer uso do “*forum shopping*” e começaram a contratar com Estados por meio de subsidiárias instaladas em países que ratificaram a Convenção de Washington e Tratados Bilaterais de Investimentos com o país que virá a hospedar o investimento.

Esse foi, inclusive, o caso da Petrobras quando da contratação da exploração de hidrocarbonetos na Bolívia. A atuação da empresa brasileira em território boliviano foi coordenada pela PIB-BV, subsidiária incorporada segundo as leis da Holanda.¹² Verifica-se, assim, que a segurança do investimento brasileiro estava galgada no TBI existente entre a Holanda (onde se localizava a filial da Petrobras) e a Bolívia, ambos

RUBINS, Noah. “Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l’arbitrage relatif à l’investissement: l’affaire Loewen c. États-Unis” in LEBEN, Charles; NOUVEL, Yves; BEN HAMIDA, Walid; CRÉPET DAIGREMONT, Claire, FADLALLAH, Ibrahim; ESCOBAR, Alejandro A.; RUBINS, Noah; YALA, Farouk; WAELDE, Thomas W.; HOBBER, Kaj; ROMERO, Eduardo Silva; VERHOEVEN, Joe. *Le contentieux arbitral transnational relative à l’investissement*. Paris: Anthemis, 2006.

¹² Vide COSTA, Larissa. *Arbitragem Internacional e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Lawbook, 2007.

Estados partes da Convenção de Washington. Graças a essa estratégia, a Petrobras teria meios para utilizar-se da arbitragem do CIRDI, não fosse o acordo firmado com a Bolívia fixando o valor da indenização em US\$ 112 milhões pela nacionalização das duas refinarias operadas pela empresa. Dificilmente haveria tamanho estímulo da parte do Estado boliviano se a solução da controvérsia estivesse fadada à solução judicial interna - caso semelhante não aconteceu com as empresas Odebrecht e Furnas Centrais Elétricas quando expulsas do território do Equador¹³. Não obstante, vale atentar-se para o fato de que essa é uma solução temporária, já que alguns tribunais arbitrais não têm aceitado essa prática e os mais recentes TBIs já possuem, inclusive, cláusulas vedando o “*forum shopping*”.

Outra opção, talvez até mais adequada, seria fazer uso do Mecanismo Suplementar oferecido pelo CIRDI às disputas em que o Estado receptor do investimento, ou o Estado de origem do investidor, não sejam membros da Convenção de Washington¹⁴. Cabe ressaltar, todavia, que para que o referido mecanismo seja utilizado, ao menos uma das partes deve ser um Estado contratante ou um nacional de um Estado contratante da Convenção de Washington. O Mecanismo Suplementar não se preza a solução das controvérsias entre nacionais de Estados não membros e demais Estados que igualmente não tenham ratificado a Convenção de Washington.

Quando criado em 1978, a ideia era de fazer valer o Mecanismo Suplementar, em caráter provisório, por cinco anos. O objetivo precípua era divulgar os trabalhos do Centro mediante a extensão de suas atividades para os casos que não estariam sob a sua competência. Passados cinco anos, contudo, a crescente utilização do Mecanismo fez

¹³ É importante atentar-se para o fato de que, se a Convenção de Washington tivesse sido ratificada pelo Brasil, empresas brasileiras poderiam ter se valido da via arbitral do Centro para processar, só na América Latina, a Bolívia, o Paraguai, o Chile, o Peru, o Equador, a Argentina, o Uruguai e a Colômbia – todos Estados partes da referida Convenção.

¹⁴ O Mecanismo Suplementar amplia a atuação do CIRDI, permitindo-se: “Artigo 2 (a) – procedimentos de conciliação e arbitragem para a solução de controvérsias de caráter jurídico que surjam diretamente de um investimento, que não sejam de competência do Centro em razão de que o Estado parte na controvérsia ou o Estado cujo nacional é parte na controvérsia não seja um Estado Contratante” (da Convenção de Washington).

com que o Conselho Administrativo optasse por sua manutenção por tempo indeterminado.¹⁵

A adesão do investidor à arbitragem internacional do Mecanismo Suplementar pode ser feita por compromisso arbitral ou por cláusula compromissória. Quando o Estado hospedeiro prevê a solução arbitral nos termos de sua lei interna sobre investimentos estrangeiros ou em acordo internacional de investimentos, a adesão do investidor à arbitragem manifesta-se pelo fato de ter dado início ao procedimento.

Essa arbitragem regida pelo Mecanismo Suplementar difere-se da arbitragem ordinária prevista na Convenção de Washington, sobretudo no que concerne à execução dos laudos arbitrais, que deverá ser feita aos auspícios da Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, também conhecida por Convenção de Nova York de 1958, que vigora no Brasil a partir do Decreto 4.311 de 23 jul. 2002. Dessa forma, faz-se necessário que o local da arbitragem seja um Estado parte da Convenção de Nova York. Essa exigência visa a oferecer maior segurança à execução do laudo, uma vez que, nas arbitragens decorrentes diretamente do sistema da Convenção de Washington, os laudos podem ser executados em qualquer dos Estados Contratantes (Artigo 54). Já no caso da utilização do Mecanismo Suplementar, o amplo alcance territorial da Convenção de Nova York vem reduzir as incertezas a respeito da execução desses laudos de caráter excepcional.¹⁶

A utilização do Mecanismo Complementar pelo Estado Brasileiro, embora juridicamente possível, mostra-se politicamente improvável. A razão que justifica a não ratificação dos Tratados Bilaterais de Investimentos pelo Estado brasileiro é basicamente a mesma que fundamentou a sua não adesão à Convenção de Washington, qual seja, a indisposição à abdicação da competência judicial interna em prol da arbitragem transnacional. Não obstante, a sua utilização pelo investidor brasileiro é

¹⁵ SCHREUER, Christian. Commentary on the ICSID Convention. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Baltimore: John Hopkins University, v. 11, n.2, p.318-492. 1996. p. 327.

¹⁶ COSTA, CARREGARO E ANDRADE, P. 70. COSTA, José Augusto F.; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. de; Mecanismo Complementar do ICSID: Uma alternativa para investidores brasileiros? *Revista DireitoGV*. V.3 n.2. jul./dez. 2007. p. 059-076.

perfeitamente possível e para fazê-la não depende ele do aval do Brasil nem da intervenção da diplomacia nacional: basta que o Estado receptor do investimento seja parte da Convenção de Washington e aceite especificamente a jurisdição do CIRDI sob os ditames do Mecanismo Complementar!

4 CONCLUSÃO

Ao final desta breve exposição, resta-nos indagar até quando essas duas alternativas provisórias apresentadas continuarão a ser oferecidas aos investidores brasileiros. Certo é que, mais cedo ou mais tarde, o Brasil terá de se posicionar adequadamente no âmbito da arbitragem internacional mista, assumindo sua nova posição de país nacional de investidores.

Destarte, conclui-se pela necessidade da adesão brasileira à Convenção de Washington e, por oportuno, pelas assinaturas e ratificações de Tratados Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos com os países que sejam os principais destinos dos nossos investidores privados, sobretudo com àqueles que têm uma política e legislação instáveis, conferindo, assim, maior segurança às empresas nacionais em sua atuação transfronteiriça.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTA, José Augusto F.; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. de; Mecanismo Complementar do ICSID: Uma alternativa para investidores brasileiros? *Revista DireitoGV*. V.3 n.2. jul./dez. 2007.

COSTA, Larissa. *Arbitragem Internacional e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Lawbook, 2007.

LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003 a.

LOWENFELD, Andreas F. Investment agreements and international law. *Columbia Journal of Transnational Law*, Columbia, v.42, n. 123, 2003b.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2010. 429p.

RUBINS, Noah. “Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l’arbitrage relatif à l’investissement: l’affaire Loewen c. États-Unis” in LEBEN, Charles; NOUVEL, Yves; BEN HAMIDA, Walid; CRÉPET DAIGREMONT, Claire, FADLALLAH, Ibrahim; ESCOBAR, Alejandro A.; RUBINS, Noah; YALA, Farouk; WAELDE, Thomas W.; HOBER, Kaj; ROMERO, Eduardo Silva; VERHOEVEN, Joe. *Le contentieux arbitral transnational relative à l’investissement*. Paris: Anthemis, 2006.

SCHREUER (1996), P. 327. SCHREUER, Christian. Commentary on the ICSID Convention. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Baltimore: John Hopkins University, v. 11, n.2, p.318-492. 1996.

SHIATA:1986. SHIATA, Ibrahim. Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, n. 1, 1986.

TESHIMA:2003. TESHIMA, Márcia. Investimentos no Mercosul e sua proteção. Curitiba: Juruá, 2003. p. 21-34.