

MECANISMO COMPLEMENTAR DO ICSID: UMA ALTERNATIVA PARA INVESTIDORES BRASILEIROS?

José Augusto F. Costa, Ana Carolina C. Carregaro e Thiago P. de Andrade

ICSID ADDITIONAL FACILITIES: AN ALTERNATIVE
TO BRAZILIAN INVESTORS?

RESUMO

O BRASIL, POR RAZÕES DE POLÍTICA EXTERIOR, É RETICENTE À FIRMA OU RATIFICAÇÃO DE ACORDOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE INVESTIMENTOS, BEM COMO À SOLUÇÃO INTERNACIONAL DE CONTROVÉRSIAS ENTRE INVESTIDOR E ESTADO, INCLUSIVE NO SISTEMA DA CONVENÇÃO DE WASHINGTON DE 1965. O MECANISMO COMPLEMENTAR DO ICSID, NO ENTANTO, CRIA UMA ALTERNATIVA PARA OS INVESTIDORES BRASILEIROS NO EXTERIOR UTILIZAREM DE SISTEMA, DESDE QUE CUMPRIDAS ALGUMAS CONDIÇÕES.

PALAVRAS-CHAVE

INVESTIMENTO ESTRANGEIRO – ARBITRAGEM ENTRE INVESTIDOR E ESTADO – SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS – PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS – MECANISMO COMPLEMENTAR DO ICSID – CONVENÇÃO DE WASHINGTON DE 1965.

ABSTRACT

BRAZIL, FOR REASONS OF EXTERNAL POLITICS, DOES NOT SIGN OR RATIFY INTERNATIONAL AGREEMENTS ON INVESTMENTS, AS WELL AS TO THE USE OF INTERNATIONAL ARBITRATION SYSTEMS OF DISPUTE RESOLUTION BETWEEN INVESTOR AND STATE, INCLUDED THE SYSTEM ESTABLISHED BY THE WASHINGTON CONVENTION OF 1965. NEVERTHELESS, THE ICSID ADDITIONAL FACILITIES OFFER AN ALTERNATIVE TO BRAZILIAN INVESTORS ABROAD THAT ARE ALLOWED TO EMPLOY ITS SYSTEM, SINCE SOME CONDITIONS ARE FULFILLED.

KEYWORDS

FOREIGN INVESTMENT – INVESTOR-STATE ARBITRATION – DISPUTE RESOLUTION – PROMOTION AND PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENTS – ICSID ADDITIONAL FACILITIES – WASHINGTON CONVENTION OF 1965.

I. INTRODUÇÃO:

Eventos políticos recentes voltaram a levantar dúvidas sobre uma durável estabilidade democrática no mundo e, particularmente, na América do Sul.¹ A forte correlação entre a insegurança política, a jurídica e a econômica faz com que as possibilidades de estabilização de regimes mediante a juridificação internacional continuem, destarte, tendo grande importância para contra-arrestar as fragilidades dos sistemas políticos e jurídicos de muitos países.

De fato, o Brasil apresenta-se, sem maiores dúvidas, como uma das democracias mais estáveis da América do Sul. Esse fato favorece a formação de um clima favorável aos investimentos estrangeiros, apesar de imperfeições do marco regulatório e,

particularmente, da morosidade jurisdicional brasileira. Essa estabilidade política interna vem sendo esgrimida contra a adesão a acordos bilaterais e regionais de promoção e proteção de investimentos (APPRI), pois, estável politicamente, o país pouco se beneficiaria dos efeitos de proteção dos investimentos estrangeiros contra riscos políticos.²

Sem embargo, a posição do Brasil vem se tornando crescentemente complexa à medida que sua ação econômica se expandiu e, em alguns setores, tornou-se exportador de investimentos, embora continue como importador líquido de capitais. Em face de alguns países sul-americanos, para os quais investidores brasileiros exportam ativos, a situação é diferente daquela referente às relações com países industrializados e, efetivamente, os riscos políticos e a fragilidade dos sistemas jurisdicionais alie-nígenas podem afetar negativamente os investimentos brasileiros no exterior.

Sem discutir, no âmbito deste artigo, os méritos do posicionamento brasileiro com referência aos APPRI, é preciso ter claro que a proteção de investidores brasileiros no exterior pode ser menor do que a de outros investidores estrangeiros, estes cobertos por tratados bilaterais de investimento (TBIs) e têm à mão o recurso possível a instâncias arbitrais internacionais para solucionar controvérsias que tenham contra o Estado receptor dos investimentos.

Há, decerto, possibilidades de mitigar os riscos políticos e adaptar-se a suas peculiaridades institucionais. É possível, por exemplo, contratar seguros, não apenas perante seguradoras privadas, mas, inclusive, na Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (Miga).³ Por outro lado, principalmente quando se trata de setores em que o investimento depende de autorizações ou concessões específicas do Estado estrangeiro, como nos campos da exploração de recursos naturais e da oferta de serviços públicos, a arbitragem internacional entre investidor e Estado não deve ser descartada, pois pode representar um importante auxílio nos momentos de dificuldade política.⁴

Neste artigo, trataremos especificamente de uma das alternativas possíveis para a proteção dos investimentos brasileiros que envolvam contratos ou permissões específicas de governos estrangeiros – a utilização da arbitragem do Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID) nos termos de seu Mecanismo Complementar. Mesmo havendo outros mecanismos disponíveis, como as regras da Uncitral e instituições arbitrais privadas, como a CCI e a CCE, é preciso ressaltar que o sistema internacional de solução de controvérsias entre investidor e Estado do ICSID é o mais utilizado (UNCTAD, 2004, p. 7)⁵ e apresenta um conjunto de regras bastante claro e instrumentos juridicamente adequados para a solução de controvérsias entre investidores e Estados.

2. PANORAMA DA REGULAÇÃO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS

Nos contextos de insegurança política, instrumentos internacionais de proteção do investimento estrangeiro são essenciais para incentivar o fluxo positivo de capitais.

No entanto, ao contrário do comércio internacional, em que um amplo consenso foi formado, nunca se chegou a um concerto multilateral de vontades no tocante à promoção e proteção do investimento estrangeiro, o que se materializou no fracasso do Acordo Multilateral sobre Investimentos (MAI), projetado pela OCDE, em razão da falta de acordo entre os próprios membros dessa organização.⁶ Os principais pontos de discórdia entre os membros e os não-membros da OCDE que participavam da negociação do MAI diziam respeito às cláusulas de tratamento nacional (TN), tratamento da nação mais favorecida (NMF) e o procedimento de solução de controvérsias.⁷

Décadas antes, a Carta de Havana, que abarcava tanto os temas de comércio internacional como os de investimento estrangeiro, já havia sido abandonada, inicialmente pelos Estados Unidos⁸ e, logo, por seus demais signatários. No que se referia ao tema dos investimentos, refletindo a falta de consenso e os interesses de países em desenvolvimento em incrementar o controle sobre os investimentos estrangeiros, a Organização Internacional do Comércio apenas propunha diretrizes gerais e não contribuía de modo definitivo com a formação de um regime multilateral consistente.⁹

Restou, portanto, ao tema dos investimentos, o tratamento regional, setorial ou bilateral. Há, decerto, regras multilaterais no contexto da OMC (TRIMs e GATS), bem como no Tratado da Carta de Energia (ECT), que abrange, hoje, principalmente países europeus e asiáticos,¹⁰ mas pode, potencialmente, albergar outros países.¹¹ Entrementes, os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI), bilaterais ou regionais, ocupam a posição de protagonistas.

A predominância cabe, sem dúvida, aos TBIs, os quais somam cerca de 2.400 acordos firmados, dos quais pouco mais de 1.700 foram ratificados.¹² Esse fato se deve, em grande medida, à complexidade notável do tema, a qual deriva da imensa multiplicidade de aspectos e relações envolvidos em operações de investimento direto, as quais são muito mais complexas que as de comércio internacional.¹³ Embora os acordos de investimento apresentem uma notável uniformidade, há importantes divergências que impedem, até o momento, a formação de um consenso suficiente para conduzir à formação de um marco multilateral significativo.

Na América do Sul, seguindo-se as tendências liberalizantes dos anos 1980 e 1990, foram assinados e ratificados diversos TBIs. Resistências históricas significativas foram quebradas e além da, como veremos, mudança de postura em relação ao ICSID, os países aceitaram regimes com ampla proteção aos investimentos estrangeiros.

O Brasil seguiu esta tendência durante algum tempo e chegou a assinar pouco mais de uma dezena de TBIs, além dos Protocolos de Colônia e de Buenos Aires. Não ratificou, porém, nenhum desses acordos. Do mesmo modo, o Brasil é bastante resistente à negociação do capítulo referente aos investimentos no âmbito da

Alca, o qual segue as linhas estabelecidas no Capítulo XI do Nafta, bem como à sua discussão na OMC.¹⁴ Por fim, o Brasil não assinou a Convenção de Washington (CW) de 1965, a qual criou o ICSID.

Destarte, os investidores brasileiros no exterior tampouco podem desfrutar da proteção oferecida por esse tipo de acordo. Por conseguinte, especialmente em face dos riscos políticos de investir em países menos estáveis, o investidor brasileiro direto deve saber que não goza da mesma proteção do que os de países-membros de APPRIIs e do ICSID.

3. SURGIMENTO DA CONVENÇÃO DE WASHINGTON E DO MECANISMO COMPLEMENTAR:

A Convenção de Washington de 1965, que cria o ICSID, surge em um contexto de considerável instabilidade para os investimentos estrangeiros, notadamente os realizados por investidores de países industrializados, no que veio a ser chamado de terceiro mundo, especialmente por intermédio da expropriação de empresas estrangeiras, às quais passavam à administração pública local. Hoje, embora o panorama internacional já não seja marcado pelos riscos de nacionalizações generalizadas e as expropriações tendam a ser indenizadas, há outras classes de riscos que se apresentam como relevantes, como as referentes às dificuldades de câmbio e transferência de moeda conversível¹⁵ e às expropriações indiretas.¹⁶ Para contextualizar a criação da CW e do Mecanismo Complementar do ICSID é necessário, portanto, observar com maior detalhe as condições históricas de sua formação e de sua aplicação.

Se nos contextos coloniais a proteção do investimento se insere na integração jurídica e política entre metrópole e colônia,¹⁷ gerando consideráveis garantias aos investidores, a situação internacional posterior à Segunda Guerra Mundial não era, por várias razões, muito favorável à segurança dos investimentos estrangeiros em países subdesenvolvidos. Particularmente, a combinação da derrocada final das experiências coloniais européias, com o decorrente aparecimento de novos países independentes, com a possibilidade de instalação de governos revolucionários e socialistas, implicava uma componente de incerteza política, com a qual contribuíam as fragilidades dos sistemas jurídicos nascentes, bem como de uma América Latina fortalecida.¹⁸

Da nacionalização generalizada de ativos estrangeiros, especialmente no setor de exploração de recursos naturais, surgiram negociações e controvérsias entre investidores e Estados, com diversos casos levados à arbitragem *ad hoc*, muitas vezes pautados por princípios e regras de direito internacional público. Os Estados, apesar das resistências políticas internas, terminaram por se submeter à arbitragem internacional, conduzida, quase sempre, por importantes juristas e

acadêmicos europeus.¹⁹ Isto ocorria porque os países em desenvolvimento eram pressionados pela necessidade de manter seu território atrativo para investimentos estrangeiros, bem como por necessidades setoriais que empurraram as empresas nacionalizadas para a recomposição dos vínculos com os investidores estrangeiros, a fim de recuperar acesso às redes de distribuição, tecnologia, instrumentos de administração e capital.²⁰

É importante mencionar que a utilização da representação diplomática era particularmente complexa nesse contexto, pois a contraposição judicial de ex-metrópoles, em muitos casos os países dos investidores, e ex-colônias, os países receptores dos investimentos, poderia dar chacoalhadas perigosas em uma mistura já explosiva.²¹

Assim, a busca de instrumentos institucionais para facilitar a solução de controvérsias entre investidores e Estados pode ser vista, pelo menos a princípio, como de interesse tanto de países exportadores quanto importadores de investimentos.

Nesse contexto, projeta-se e assina-se a CW, que criou, sob os auspícios do Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento, o ICSID.

Havia, porém, interesse de Estados e investidores no sentido de estender o acesso à jurisdição arbitral do ICSID a Estados não-signatários da CW, bem como a investidores oriundos destes Estados. A partir disso, em 1976, iniciou-se a edição do Mecanismo Complementar do ICSID (MC), cuja última publicação data de abril de 2006.²² O MC é uma autorização para que a Secretaria do ICSID amplie material e subjetivamente seu campo de ação.

Ao contrário da CW, que para qualquer modificação dependeria da adesão de todos os membros, o MC pode ser alterado por decisão do Conselho Administrativo do ICSID.

Importantes oscilações na compreensão econômica e jurídica do investimento estrangeiro ocorreram desde os anos 1960, especialmente no sentido de que a frustração com as técnicas de promoção do desenvolvimento pela aplicação de fundos públicos e com forte participação dos Estados levou à reconsideração jurídica de princípios outrora tidos como superados por grande parte da doutrina, bem como à criação e utilização de novos instrumentos para a regulação internacional dos investimentos estrangeiros.²³

Nesse sentido também se deslocaram as percepções jurídicas dos países latino-americanos. Nos anos 1960, preocupados com a manutenção da doutrina Calvo²⁴ e com a soberania econômica, deixaram de assinar a CW no que ficou conhecido como o “não de Tóquio”,²⁵ de modo que nesse tempo, no território da América do Sul, apenas a Guiana e a Guiana Francesa ficaram sob o seu vigor. Já nos anos 1980 e 1990, seguindo também uma onda de firmas de TBIs e protocolos regionais, houve intensa adesão à CW, conforme tabela abaixo:²⁶

064 : MECANISMO COMPLEMENTAR DO ICSID: JOSÉ A. F. COSTA, ANA C. C. CARREGARO E THIAGO P. DE ANDRADE

	ASSINATURA	RATIFICAÇÃO
ARGENTINA	1991	1994
BOLÍVIA	1991	1995
BRASIL	-	-
CHILE	1990	1993
COLÔMBIA	1993	1997
EQUADOR	1986	1986
GUIANA	1969	1969
GUIANA FRANCESA (FRANÇA)	1965	1967
PARAGUAI	1981	1983
PERU	1991	1993
SURINAME	-	-
URUGUAI	1992	2000
VENEZUELA	1993	199 ⁵

Dessa forma, no contexto para a formação do MC, havia, ainda, um grande número de países latino-americanos fora do sistema do ICSID. A necessidade de estender a conciliação e a arbitragem a esses países foi importante para sua criação em 27.09.1978, na 12.^a reunião do Conselho Administrativo do ICSID. Nesta, ficou decidido que o Secretariado do Centro admitiria algumas demandas que antes não eram aceitas, ora em razão da matéria, ora em razão das pessoas não serem abarcadas pela Convenção de Washington.²⁷

A idéia, primitivamente, seria de que o MC valeria provisoriamente, tendo seu funcionamento programado para cinco anos. Assim, seria possível divulgar os trabalhos do Centro mediante a extensão de suas atividades para casos que, de outro modo, não estariam em seu âmbito de competência. Todavia, com a crescente utilização do Mecanismo, em 26.09.1984, o Conselho Administrativo optou por sua manutenção por tempo indeterminado.²⁸

Assim, o MC se constitui hoje em uma importante alternativa para a solução de controvérsias entre investidores e Estados, alargando o âmbito das atividades do ICSID para alcançar países não-membros, bem como uma maior gama de controvérsias.

4. JURISDIÇÃO E ÂMBITO DO MECANISMO COMPLEMENTAR

O MC estende em dois sentidos o alcance do ICSID: em seu âmbito subjetivo e territorial, bem como em seu âmbito material.²⁹ Esses alargamentos servem para responder a reclamações contínuas, tanto de investidores quanto de órgãos governamentais ao redor do mundo, que, em busca de proteção de investimentos, mesmo que indiretos, não tinham à disposição o julgamento arbitral do ICSID.³⁰

Embora os laudos arbitrais não apresentem indícios de vinculação institucional com o próprio ICSID e, por conseguinte, com o Banco Mundial (BM), investidores e Estados interessados em utilizar o sistema de solução de controvérsias do Centro observam a sua ligação com o BM como vantajosa, repercutindo em maior reputação e confiabilidade.³¹

O regulamento do MC (RMC) apresenta, além de seu conteúdo geral, três anexos – A (AAR), B (ABR) e C (ACR) –, que lidam com o procedimento de produção de provas, a conciliação e a arbitragem, respectivamente. As principais regras sobre o âmbito subjetivo e objetivo, bem como para a orientação das atividades do Secretariado, encontram-se no RMC.

Como vimos, o MC amplia a atuação do ICSID para no sentido subjetivo, 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 CW] (grifo e T. dos AA.).

No tocante à ampliação do âmbito objetivo, permitem-se:

Artigo 2 (b) – procedimentos de conciliação e arbitragem para a solução de controvérsias de caráter jurídico que não sejam de competência do Centro *em razão de que não surgem diretamente* de um investimento, sempre que o Estado parte na controvérsia ou o Estado cujo nacional é parte na controvérsia seja um Estado Contratante (grifo e T. dos AA.).

Observa-se, desse modo, que a competência do ICSID nos termos do MC não admite sobreposição à constituída nos termos estritos da CW. Como deflui dos textos mencionados, o Secretário-Geral não poderá aceitar a submissão de casos já cobertos pela CW, mas apenas os que, em razão de seu sujeito ou de seu objeto, estejam fora de seu âmbito. Portanto, se a controvérsia a ser submetida à conciliação ou à arbitragem surgir diretamente de um investimento e for entre um Estado Contratante e um nacional de outro Estado Contratante, tal disputa não poderá ser submetida ao ICSID nos termos do MC. Essa regra se complementa pelo Artigo 4 (2) (b), segundo a qual o Secretário não deverá aprovar a submissão do caso se não houverem as partes aceitado “a jurisdição do Centro conforme o Artigo 25 da CW (em substituição ao MC), caso ao tempo do início do procedimento houverem sido cumpridos os requisitos *ratione personae* do mencionado Artigo” (T. dos AA.). No mesmo sentido, o Artigo 4 (4) esclarece:

066: MECANISMO COMPLEMENTAR DO ICSID: JOSÉ A. F. COSTA, ANA C. C. CARREGARO E THIAGO P. DE ANDRADE

Se, no caso de uma solicitação baseada no Artigo 2 (b), houverem sido cumpridos os requisitos jurisdicionais *ratione personae* do Artigo 25 da CW e, a juízo do Secretário Geral, for provável que a Comissão de Conciliação ou o Tribunal de Arbitragem, conforme for o caso, sustentarem que a controvérsia surge diretamente de um investimento, o Secretário Geral pode condicionar sua aprovação da solicitação a que as duas partes convençionem submeter qualquer controvérsia preferencialmente à jurisdição do Centro” (T. dos AA.)³².

Há, entretanto, uma possibilidade de sobreposição de jurisdições, uma vez que fica ao arbítrio do Secretário-Geral exigir, ou não, o compromisso de submeter o caso à jurisdição da CW, caso a controvérsia surja “diretamente” de um investimento. De fato, há uma franja de imprecisão considerável e, muitas vezes, tanto em virtude da variedade de fundamentos quanto na de pedidos, cumulativos e alternativos, é perfeitamente possível que uma mesma controvérsia envolva aspectos “direta” e “indiretamente” referentes a um investimento. Nesse caso, poderia ser mais adequado manter a unidade do procedimento em torno do MC do que transferi-lo, em parte, para o regime da CW. Isso, no entanto, pode conduzir a problemas em termos de execução do laudo arbitral, sujeita a maiores garantias no sistema da CW.

Cabe esclarecer, ainda, que pelo menos uma das partes deve ser um Estado Contratante ou um nacional de um Estado Contratante, não podendo o ICSID decidir sobre controvérsias de um nacional de um Estado não-membro contra outro Estado não-membro.

Por fim, o âmbito do MC também abarca os procedimentos para a produção de provas, mencionados pelo Artigo 2 (c).

Assim, de acordo com o disposto no Regulamento do Mecanismo Complementar (RMC), este implica três ampliações do âmbito jurisdicional do ICSID:

- a) Procedimentos de produção de provas (*fact-finding*);
- b) Conciliação ou arbitragem para a solução de controvérsias em que apenas uma das Partes é membro ou que o investidor seja nacional de Estado-membro da CW; e,
- c) Conciliação ou arbitragem para a solução de controvérsias que não surjam diretamente de um investimento, contanto que ou o Estado receptor ou o Estado do nacional demandante seja parte da CW.

Assim, a criação do MC permitiu um incremento do número de casos arbitrais iniciados, como se pode inferir de sua utilização pelos países do Nafta.

Com efeito, entre os membros do Nafta, apenas os Estados Unidos são signatários da CW. Canadá e México não o são.³³ Por essa razão, a previsão do Art. 1.120, 1, a do NAFTA ainda não pode ser utilizado,³⁴ pois, dos três membros do acordo, apenas um é membro do ICSID. Deve-se destacar, a esse respeito, que eventuais casos envolvendo investidores do México ou Canadá contra esses Estados seriam impossíveis no

sistema do ICSID, já que estariam excluídos do MC. Vale lembrar que diversos casos já foram, inclusive, julgados³⁵ e há outros em curso.³⁶

5. PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS

No sistema da CW, não existem procedimentos independentes para a produção de provas. Nesse sentido, uma das novidades criadas pelo MC é, exatamente, a criação desse procedimento, o qual pode desempenhar tanto um papel de preparação para uma posterior conciliação ou arbitragem, quanto para facilitar a ocorrência de soluções negociadas entre as partes. É um estágio antecedente à disputa que tem por finalidade o ajustamento da vontade das partes visando uniformizar as questões fáticas, facilitando uma eventual controvérsia arbitral.³⁷

Levando-se em conta sua finalidade eminentemente preventiva, os procedimentos de produção de provas servem para o Secretariado-Geral fazer a seleção das disputas que poderão fazer parte do MC, não aceitando a submissão de controvérsias sobre comerciais ordinárias (Artigo 4 (3) do RMC). Deste motivo decorre que, na produção de provas, não há qualquer forma de restrição *ratione personae* para sua utilização³⁸. Já no tocante aos requisitos de matéria o melhor entendimento é o que preceitua a similaridade de requisitos ao sistema de todo o MC³⁹.

A solicitação para que se inicie o procedimento de produção de provas deve ser feita por escrito, em um dos idiomas oficiais do ICSID (espanhol, francês ou inglês), ao Secretariado (AAR, Artigo 1), a qual indicará, precisamente, a identidade e o endereço das partes, mencionará o acordo entre as partes que prevê dito procedimento e apresentará os fatos a serem examinados (AAR, Artigo 2 (1)). O Secretário-Geral, entendendo que o pedido se ajusta às disposições do MC, ordenará o registro da solicitação, notificando as partes (AAR, Artigo 3).

A parte solicitada pode obstar o procedimento com fundamento nas objeções apresentadas, *numerus clausus*, no Artigo 4 do AAR: a) que a parte não está obrigada a participar do procedimento ou b) que os fatos estão total ou parcialmente fora do âmbito do acordo entre as partes. Busca-se um acordo entre as partes para a continuidade do procedimento, à falta do qual solicita-se às partes a nomeação de um comissário especial para decidir sobre as objeções. Caso isso não ocorra em 30 dias, é possível solicitar ao Presidente do Conselho Administrativo do ICSID ou a outra autoridade a nomeação de um comissário especial (AAR, Artigo 5).

Forma-se, então, um Comitê para a realização dos trabalhos necessários à produção de provas, nos termos convencionados pelas partes e estabelecidos no AAR (Artigos 7 a 13). Apresentadas as explicações, ouvidas as testemunhas, se houver, e produzidas as provas, o Comitê delibera para a redação de um informe, que se limitará a conclusões sobre fatos, não contendo quaisquer recomendações às partes.

6. SUBMISSÃO AO PROCEDIMENTO DE ARBITRAGEM

Em virtude da utilização relativamente escassa da conciliação do ICSID para o tratamento de controvérsias entre investidores e Estados, não trataremos, no âmbito deste artigo, das especificidades próprias deste sistema de solução de disputas. Limitar-nos-emos, portanto, ao tratamento da arbitragem, fazendo apenas algumas observações esparsas a respeito da conciliação, a qual, *mutatis mutandis*, segue regras similares às da arbitragem.

É imprescindível, para o início de um procedimento, a autorização do Secretário-Geral do ICSID. Embora seja recomendável, não é obrigatório que essa autorização seja anterior ao início dos trabalhos, visto que, apesar de poder ser dada a qualquer tempo, uma denegação ao final importaria em custos e esforços inúteis para as partes⁴⁰.

A solicitação de arbitragem, que pode ser feita por um Estado ou por um nacional de um Estado, deve ser realizada por escrito, em um idioma oficial do ICSID, ao Secretariado, devendo ser datada e assinada pelo solicitante ou seu representante autorizado (ACR, Artigo 2).

A solicitação deverá conter as identificações precisas das partes e seus endereços, especificar o fundamento do consentimento para a arbitragem, indicar a data da aprovação pelo Secretário, conter informações sobre a controvérsia e seu montante e, caso a parte solicitante seja uma pessoa jurídica, de que todas as ações internas necessárias para a autorização do pedido foram realizadas (ABR, Artigo 3 e ACR, Artigo 3).

No que se refere ao consentimento para a arbitragem, o Estado pode fazê-lo das seguintes maneiras:

1. Em face da controvérsia, por compromisso arbitral;
2. No contrato de que seja parte, por cláusula compromissória;
3. Nos termos de lei sobre investimentos estrangeiros; ou
4. Em acordo internacional de investimento.

Pelo menos nas hipóteses 3 e 4 a autorização escrita para que o investidor inicie o procedimento arbitral contra o Estado é dada sem que se tenha em vista um conflito concreto e, portanto, o âmbito de competência do tribunal arbitral se estabelece tendo em conta, como critérios cumulativos, a definição legal ou convencional de investimento e o âmbito de aplicabilidade do MC.

Por outro lado, a adesão do investidor à arbitragem internacional de investimentos pode ser feita:

1. Por compromisso arbitral;
2. Por cláusula compromissória; ou
3. Nas hipóteses 3 e 4 acima, pelo início do procedimento.

Depois de analisar a presença dos requisitos necessários para que se possa iniciar a arbitragem, o Secretário-Geral autoriza a inscrição no registro de arbitragem,

notificando-se as partes desse ato e enviando, ademais, uma cópia da solicitação e dos documentos anexos à outra parte na controvérsia (ABR, Artigo 4 e ACR, Artigo 4).

O tribunal será composto em conformidade com o ajustado entre as partes, devendo, no entanto, ser os árbitros sempre em número ímpar. Caso não exista ajuste prévio nesse sentido, o tribunal será composto por três árbitros, sendo dois deles nomeados cada qual por uma única parte e o terceiro, presidente do tribunal, pelas partes de comum acordo. Se o tribunal não tiver sido constituído em 90 dias contados do envio da notificação, ou em outro prazo ajustado pelas partes, o Presidente do Conselho Administrativo do ICSID, atendendo pedido de qualquer das partes, nomeará os árbitros faltantes. Exceto se houver autorização expressa das partes, não poderá ser nomeado árbitro pessoa que operou, anteriormente, como conciliador ou membro de um comitê de produção de provas (ACR, Artigo 6).⁴¹

Cabe esclarecer, aqui, que as listas compostas por indicações dos Estados Contratantes da CW não têm qualquer relevância para o MC, sendo os árbitros livremente escolhidos pelo Presidente, respeitadas as restrições referentes à participação em procedimentos anteriores (ACR, Artigo 6 (5)), à nacionalidade dos árbitros (Artigo 7) e aos requisitos mínimos (Artigo 8).

O ACR estabelece restrições para a nomeação de árbitros de nacionalidade do Estado ou da mesma nacionalidade do investidor que sejam partes na controvérsia. Nesse sentido, a maioria dos árbitros não pode ser de um Estado, a menos que sejam nomeados de comum acordo pelas partes. A nomeação pelo Presidente não deverá recair sobre pessoas de nacionalidade de qualquer das partes na controvérsia (ACR, Artigo 7).

É interessante observar que nesse artigo se fala em “Estado Contratante”, expressão definida como se referindo aos Estados que sejam parte da CW (Artigo 1 (4) do RMC). Isso, em princípio, poderia parecer excluir da limitação o Estado não-parte da CW ou o investidor de nacionalidade de um Estado não-parte da CW. Entretanto, deve-se interpretar a norma que restringe a escolha de árbitros em função de sua nacionalidade como abrangendo Estados Contratantes, bem como Estados não-membros da CW, o que decorre tanto da interpretação sistemática, conforme a qual não faria sentido privilegiar os Estados não-membros da CW, como da aplicação do princípio da isonomia.

Os requisitos para ser árbitro se referem ao “elevado caráter moral e reconhecida competência nos campos do direito, do comércio, da indústria ou das finanças, nos quais se possa confiar que exercerão um critério independente”. Deve-se mencionar, no entanto, que, geralmente, os árbitros têm formação jurídica.

O Tribunal será tido por constituído e o procedimento por iniciado assim que o Secretário-Geral notificar as partes de que os árbitros aceitaram suas nomeações (ACR, Artigo 13).

070 : MECANISMO COMPLEMENTAR DO ICSID: JOSÉ A. F. COSTA, ANA C. C. CARREGARO E THIAGO P. DE ANDRADE

O lugar da arbitragem deve ser um Estado que seja parte da Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (ACR, Artigo 19), também conhecida por Convenção de Nova Iorque de 1958⁴², que vigora no Brasil a partir do Decreto 4.311, de 23.07.2002. Essa exigência tem como finalidade oferecer uma maior segurança para a execução do laudo, uma vez que nas arbitragens decorrentes diretamente do sistema da CW os laudos são claramente definitivos, à exceção do mecanismo de anulação da própria convenção, não sendo sujeitos a apelação ou a outros procedimentos de revisão (CW, Artigo 53). Por outro lado, no sistema da CW os laudos podem ser executados em qualquer dos Estados Contratantes (Artigo 54), excetuados os casos nos quais o direito da execução reconhece a imunidade (Artigo 55). A utilização da Convenção de Nova Iorque como garantidora dos efeitos dos laudos do MC do ICSID decorre do amplo âmbito territorial, no qual se estende sua validade, buscando reduzir incertezas a respeito de sua aplicação.⁴³ O lugar da emissão do laudo será o mesmo da arbitragem (ACR, Artigo 20 (3)).

O regime da arbitragem e da conciliação é bastante detalhado no ABR e no ACR, permitindo aos usuários do sistema importantes garantias a respeito da correção e da validade dos procedimentos.

7. POSSIBILIDADES DE UTILIZAÇÃO PELO BRASIL E POR INVESTIDORES BRASILEIROS DO SISTEMA ICSID

É comum encontrar, na doutrina brasileira, a afirmação de que o Brasil, por não ser signatário da Convenção de Washington, não pode figurar em uma controvérsia no âmbito do sistema ICSID. Verdade, mas há exceções.

Como pudemos perceber no desenrolar do presente artigo, o Brasil não figurará como parte em uma arbitragem da CW, mas há possibilidade de figurar como parte do MC. Basta para isso emitir, por meio de alguma das formas de submissão a esta jurisdição, como exposto acima, sua aceitação em figurar como parte da arbitragem e, desta maneira, como parte que é da Convenção de Nova York, se submeter aos ditames do laudo arbitral.

Todavia, tal fato parece pouco provável. Nesse sentido, destaque-se que uma das principais razões alegadas para a não-ratificação dos Tratados Bilaterais de Investimento seria a aceitação da arbitragem como forma de solução de controvérsias, avocando uma competência jurisdicional, que se propugna, própria do Estado brasileiro (AZEVEDO, 2001, p. 8). Juridicamente é perfeitamente possível, mesmo que politicamente improvável.

Por outro lado, há a possibilidade de que investidor brasileiro que faça investimentos no exterior faça uso do MC, ingressando com procedimento de *fact-finding*, conciliação ou arbitragem contra Estado estrangeiro. Para que isto seja possível,

acumulam-se duas condições: o Estado receptor do investimento deve ser parte da CW e deverá aceitar especificamente a jurisdição sob o MC em qualquer das formas apontadas no tópico 5. Neste caso pode-se vislumbrar uma forma de arbitragem no âmbito do ICSID, envolvendo investidor brasileiro sem que o Estado brasileiro intervenha consentindo ou emitindo qualquer forma de manifestação, ou seja, sem que qualquer juízo político informe as decisões do agente privado.

Essa alternativa para a solução de controvérsias em matéria de investimento, portanto, pode ser ativada por investidores que tenham contratos com Estados ou pessoas jurídicas de direito público – como autarquias, fundações públicas ou entes federados – e, ainda, empresas públicas podem fazer constar dos instrumentos contratuais cláusula que submeta, potencialmente, as controvérsias que possam derivar deste à jurisdição do ICSID nos termos do MC.

Pode-se notar que tanto o Estado brasileiro quanto o investidor brasileiro podem ser partes de arbitragem no MC do ICSID, incluindo-se a via independente de intervenção do Estado brasileiro.

Vale lembrar, mesmo que fora do âmbito específico deste artigo, que em casos mais específicos e sujeitos a sérias discussões jurídicas seria possível que empresas brasileiras com sócios estrangeiros, ainda que minoritários, oriundos de Estados-membros da CW, pudessem se valer deste fato para levar uma controvérsia ao ICSID. É possível até mesmo que o fato seja levado sob os auspícios da CW, se tanto o sócio ou acionista estrangeiro da empresa brasileira e o Estado receptor do investimento forem membros da CW e houver submissão por lei, tratado ou contrato.

8. CONCLUSÃO

Conforme pôde ser observado, fica claro que, mesmo que o Brasil continue a relutar essa forma de procedimento de solução de controvérsias e continue a obstar a ratificação dos TBIs e mesmo as possíveis negociações do tema na Alca ou no âmbito da OMC, ainda sim não terá como se distanciar do objeto. Tanto pelo intenso fluxo de investimentos que recebe quanto pelo fluxo de investimentos que faz no exterior, consolidando-se como uma potência média.

Por outro lado, as decisões do ICSID gozam de importante impacto nas relações internacionais, atualmente, haja vista a vultosa quantia envolvida em seus laudos arbitrais. As tão comentadas vantagens do sistema arbitral (tecnicismo de suas decisões, imparcialidade dos árbitros, sigilo das informações e segredos industriais, isonomia das partes, entre outras) trazem ao investidor brasileiro um importante fator de segurança na realização de seu investimento, já que poderá contar com a proteção jurídica de seus ativos.

Este artigo teve por escopo demonstrar a viabilidade de investidores brasileiros contarem com o suporte de uma importante ferramenta jurídica, que pode lhes

072 : MECANISMO COMPLEMENTAR DO ICSID: JOSÉ A. F. COSTA, ANA C. C. CARREGARO E THIAGO P. DE ANDRADE

prover segurança jurídica e eficácia de um órgão internacional com competência específica na matéria que é utilizada por vários investidores, sem que para isso seja necessária a intervenção da diplomacia nacional, que em muitas situações não se envolve (nem deveria), em assuntos privados de brasileiros no exterior.

: ARTIGO APROVADO (19/06/2007) : RECEBIDO EM 14/12/2006

NOTAS

1 CASTAÑEDA (2006).

2 AZEVEDO (2001).

3 A agência Miga vem oferecendo uma resposta à crise da energia na América Latina, securitizando diversos investimentos, tais quais a Cefla Capital Services do Brasil Ltda., TermoCabo, Ltda., Cachoeira Paulista Transmissora de Energia Ltda., em favor de grandes empresas holandesas e espanholas. Disponível em: <<http://www.miga.org/index.cfm?aid=44> >. Acesso em: 15 ago. 2006.

4 SCHREUER (2006).

5 De 1994 a 2004, de 54 casos conhecidos de arbitragens iniciadas entre investidor e Estado, 39 o foram no ICSID.

6 PICCIOTTO (1998) e STERN, (2000).

7 TREBILCOCK e HOWSE (1999), p. 358.

8 THORSTENSEN (2001), p. 30.

9 LOWENFELD (2003a), p. 404-407.

10 Para um quadro de membros, veja-se, conforme consulta em 10 jul. 2005, <<http://www.encharter.org/index.jsp?psk=03&ptp=tDetail.jsp&pci=37&pti=20>>.

11 MORENO (2003).

12 UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2005/10.

13 SORNARAJAH (1992), p. 3-10.

1 Os países em desenvolvimento que compõe o G 20, liderados pelo Brasil e Índia, deram preferência à negociação do tema agricultura, deixando de fora das negociações da Rodada de Doha os temas de investimento e concorrência.

15 VANDEVELDE (2000), p. 488-489.

16 SCHREUER (2005a).

17 SORNARAJAH (1992), p. 9-12.

18 LOWENFELD (2003a), p. 405-407.

19 DEZALAY E GARTH (1996), p. 18-29.

20 PETER (1986), p. 7-9.

21 FATOUROS (1999), p. 53.

22 ICSID, 2006.

23 LOWENFELD (2003a), p. 387-389.

24 Na formulação de Lowenfeld (2003a, p. 394-395): “No que se refere aos direitos de investidores estrangeiros, muitos dos países latino-americanos, inclusive o México, invocam os escritos do jurista argentino do século XIX Carlos Calvo, que defendia a posição de que, conforme o Direito Internacional, os estrangeiros não dispõem de mais direitos do que os cidadãos do Estado receptor. Alguns Estados estenderam ainda mais a doutrina Calvo, exigindo que os proprietários de terras ou estabelecimentos comerciais constituíssem pessoas jurídicas no país receptor e renunciassem a qualquer forma de proteção por seu país de origem” (T. dos AA.). Vale ressaltar que a tendência à utilização da lição da doutrina Calvo ainda é invocada na prática do investimento internacional. Um estudo sobre a atual situação é encontrado em Schreuer (2005b).

25 LOWENFELD (2003b), p. 125.

26 Disponível em: <<http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>>. Acesso em: 12 jul. 2005.

27 BROCHES (1979), p. 250.

28 SCHREUER (1996), p. 327.

29 COLLIER E LOWE (1999), p. 62.

30 BROCHES (1979), p. 374.

31 GOLSONG(1986), p. 42.

32 Tanto do texto em espanhol quanto do em inglês, a tradução mais imediata da última oração seria: “o Secretário-Geral pode condicionar sua aprovação da solicitação a que as duas partes convençionem submeter qualquer controvérsia em primeira instância (‘en primera instancia’ e ‘in the first instance’) à jurisdição do Centro”. Como a expressão inglesa “in the first instance” tem, correntemente, o uso equivalente ao de primeiramente ou em primeiro lugar, optamos por traduzir como “preferencialmente”, o que faz mais sentido no contexto do artigo.

33 Em sua tese de doutorado, Sonia Rodríguez Jiménez alerta para as notáveis ausências latinas de México e Brasil ao sistema ICSID. Por meio de uma análise dos casos julgados perante a Corte, o conturbado julgamento Metalclad (Caso n. (AF)/91/1) é citado como um dos responsáveis pelas ausências (RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, [s.d.], p. 537).

34 “Artigo 1.120: Submissão a uma arbitragem:

1. Salvo no caso previsto no Anexo 1120.1, e contanto que ao menos 6 meses tenham se passado desde os fatos ensejadores de um pedido, um investidor litigante pode submeter o pedido a uma arbitragem perante:

- (a) a Convenção ICSID, se tanto a Parte litigante quanto a Parte do investidor sejam membros da Convenção;
- (b) ao Mecanismo Complementar do ICSID, se ou a Parte litigante ou a Parte do investidor, porém não ambas, seja membro da Convenção ICSID; ou,
- (c) as regras de Arbitragem da UNCITRAL” (T. dos AA.).

35 Como casos importantes já julgados, temos: Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos – Caso n. ARB (AF)/91/1; Robert Azinian e outros v. Estados Unidos Mexicanos – Caso n. ARB (AF)/97/2; Marvin Roy Feldman Karpa

074 : MECANISMO COMPLEMENTAR DO ICSID: JOSÉ A. F. COSTA, ANA C. C. CARREGARO E THIAGO P. DE ANDRADE

v. Estados Unidos Mexicanos – Caso n. ARB (AF)/99/1; Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos – Caso n. ARB (AF)/00/2; Ethyl Corporation v. Canadá; S.D. Myers, Inc v. Canadá; Mondev International Ltd. v. Estados Unidos da América – ARB (AF)/99/2.

36 Corn Products International, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos – ARB (AF)/04/1; Sunbelt Water, Inc. v. Canadá; Methanex Corporation v. Estados Unidos da América.

37 SCHREUER (1996), p. 335.

38 Schreuer alerta que tal entendimento é implícito, pois não há nenhum requisito para a utilização deste procedimento. Dessa forma, não haveria nenhum impedimento para sua utilização, como a necessidade de quaisquer das partes serem membros da Convenção de Washington. Da mesma lição partilha P. Rambaud (Note sur l'extension du système CIRDI. 29 *Annuaire Français de Droit International*. 1983: 290, 297). Pensa serem presentes os mesmos requisitos *ratione personae* do MC, P. Toriello (The Additional Facility. p. 77-78).

39 SCHREUER (1996), p. 336.

40 SHIHATA E PARRA (1999), p. 345.

41 Na Conciliação as regras são bastante semelhantes, falando-se, no entanto, de uma Comissão de Conciliação e não de um tribunal. À diferença do ACR, o Artigo 6 do ABR não dispõe sobre o impedimento de conciliadores.

42 Aprovada pelo Decreto Legislativo 52, de 25.04.2002.

43 BROCHES (1979), p. 252 e GOLSONG (1986), p. 42, que também alerta para um possível julgamento mesmo sem a adesão à convenção de Nova York, valendo-se do exemplo do Tratado Estados Unidos-Panamá que em seu artigo VII(3)(d), prevê a obrigatoriedade de as pabrasileiros ou estrangeiros? se for referente aos segundos, trocar por estes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Déborah Bithiah de. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Estudo da Consultoria Legislativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

BROCHES, A. The “additional facility” of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 4, 1979.

CASTAÑEDA, Jorge G. Latin America's left turn. *Foreign Affairs*, New York, v. 85, Mar.-Jun. 2006.

COLLIER, John; LOWE, Vaughan. *The settlement of disputes in international law: institutions and procedures*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

DEZALAY, Yves; GARTH, Briant G. *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago: Chicago University Press, 1996.

FATOUROS, Arghyrios A. International Investment Agreements: Recent Trends in Law and Policy. In: SYMPOSIUM FOR LEAST DEVELOPED COUNTRIES. *International Investment Agreements and their Implications for Least Developed Countries*. Geneva: UNCTAD, 1999.

GOLSONG, Heribert. Dispute settlement in recently negotiated bilateral investment treaties – the reference to the ICSID additional facility. In: BOS, Adriaan; SIBLESZ, Hugo (Org.). *Realism in law making: essays on international law in honour of Willem Riphagen*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

HOBÉR, Kaj. Has the proliferation of BITs gone too far? Is it now time for a multilateral investment treaty? *The Journal of World Investment and Trade*, v. 5, n. 1, p. 93-95, fev. 2004.

ICSID. *ICSID Additional Facility Rules*. Washington: ICSID, 2006.

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

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

MANCIEUX, Sébastien. *Investissements Étrangers et Arbitrage entre États et Ressortissants d'Autres États: Trente Années d'Activité du CIRDI*. Paris: Litec, 2004.

- MORENO Blesa, Lidia. En qué medida contribuye el Tratado sobre la Carta de la Energía a garantizar la seguridad de los aprovisionamientos energéticos en la Unión Europea?, *Direito internacional e da integração*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- PETER, Wolfgang. *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- PICCIOTTO, Sol. Linkages in international investment regulation: the antinomies of the draft multilateral agreement on investment. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, n. 19, 1998.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. *El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de inversiones: aspectos jurisdiccionales y competenciales*. [s.d.]. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca.
- 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.
- . The concept of expropriation under the ECT and other investment protection treaties. 2005a. Mimeografado. Revisto em 20 maio 2005.
- . *Calvo's Grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration: law and practice of international courts and tribunals*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005b. v. 1.
- . Investment protection and international relations. 2006. Mimeografado.
- SHIHATA, Ibrahim F.I.; PARRA, Antonio R. The experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Baltimore: John Hopkins University, n. 14, 1999.
- SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- . 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- STERN, Brigitte. How to regulate globalization. In: BYERS, M. (Org.). *The role of law in international politics*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. 2. ed. Londres: Routledge, 1999.
- UNCTAD. Occasional Note – International Investment Disputes on the Rise. UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2. 2004.
- VANDELDE, Kenneth J. The economics of Bilateral Investment Treaties. *Harvard International Law Journal*, v. 41, 2000.

José Augusto Fontoura Costa

PROFESSOR DO Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos e do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas.
Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP

Ana Carolina Costa Carregaro

Advogada
Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Direito Internacional Econômico da Universidade Católica de Santos
Co-fundadora do Grupo de Estudos de Direito Internacional (GEDI) da Universidade Católica de Santos

Thiago Pedrosa de Andrade

Advogado
Mestrando em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos
Membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional (GEDI) – UNISANTOS

