

UFES – UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
Programa de pós-graduação em Direito
Mestrado em Direito Processual

MÁRIO CEZAR PEDROSA SOARES

**OBSTÁCULOS A EFETIVIDADE DO LAUDO
ARBITRAL FINAL DO CIRCI -**

Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias
Sobre Investimentos do Banco Mundial:
As Imunidades Estatais

**VITÓRIA-ES
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MÁRIO CEZAR PEDROSA SOARES

**OBSTÁCULOS A EFETIVIDADE DO LAUDO
ARBITRAL FINAL DO CIRCI -**
Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias
Sobre Investimentos do Banco Mundial:
As Imunidades Estatais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo PPGDIR - UFES, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual .

Orientadora: Prof. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen

VITÓRIA-ES
2008

MÁRIO CEZAR PEDROSA SOARES

**OBSTÁCULOS A EFETIVIDADE DO LAUDO
ARBITRAL FINAL DO CIRCI -**

Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias
Sobre Investimentos do Banco Mundial:
As Imunidades Estatais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em, ____ de _____ de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr^a. Valesca Raizer Borges Moschen
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Orientadora

Prof. Dr^o. Marcelo Abelha Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Prof. Dr^o. Wagner Menezes
Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC

Dedico este trabalho a Juliana, minha esposa querida, pelo apoio, paciência e compreensão durante as jornadas de estudo.

Aos meus pais, Julio Cezar e Edna, que me proporcionaram o dom da vida.

À professora Valesca, que tanto colaborou na realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

À Professora Valesca Raizer Borges Moschen, pela paciência e dedicação atuando na condução e orientação desta dissertação.

Ao Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES e todos os envolvidos em sua implantação.

A todo corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDIR do Curso de Mestrado em Direito Processual, pelo empenho, incentivo e dedicação nas aulas ministradas.

Aos funcionários das bibliotecas da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, UVV – Centro Universitário de Vila Velha e USP – Universidade de São Paulo, pelo apoio incondicional, na busca das fontes de informações.

Aos colegas de escritório, que ao longo destes anos de estudo, apoiaram-me e tornaram-se presentes, auxiliando-me na consecução deste objetivo.

Aos colegas da primeira turma de Mestrado em Direito Processual da UFES e alunos especiais, que propiciaram engrandecedores debates.

A todos os familiares que me acompanharam e apoiaram na realização deste trabalho.

À Juliana, minha esposa, que pela imensa compreensão, durante os períodos de pesquisas, elaboração e escrita de minha dissertação, sendo sempre presente e carinhosa ao meu lado.

"A efetividade do injusto é, na verdade, a consagração da inefetividade do processo e da tutela jurídica."

J.J. Calmon de Passos

RESUMO

O estudo sobre a efetividade do laudo arbitral final proferido no âmbito do CIRCI – Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias relativas a Investimentos do Banco Mundial - se mostra atual, pois existe um enorme fluxo de investimento estrangeiro privado sendo aplicados em atividades, que antes eram monopólios dos Estados. Por meio das privatizações, o ente público passou a conceder ao particular, a possibilidade de exploração de atividades antes exclusivas do Estado. O Estado, por sua vez, passou a atuar como regulador de tais empreendimentos. Geralmente a relação Estado - investidor estrangeiro privado é de longo termo, pois os investimentos estrangeiros são projetos de grande aporte de capital e o retorno deste não é rápido. Estas relações são passíveis de alterações em sua contratação inicial, sejam por motivos políticos ou mercadológicos. Diante disso, os Estados nem sempre cumprem o avençado, utilizando o seu poder soberano para promover nacionalizações e expropriações sem o devido processo legal e sem justa compensação. Torna-se, assim, necessário um mecanismo confiável para a pacificação de tais conflitos, que tenha sua legitimidade reconhecida tanto pelo Estado quanto pelo investidor estrangeiro privado. Portanto, tal mecanismo deve ser isento, sem ser submetido a influências externas, e agir de forma célere e efetiva. Desta forma, o presente trabalho estudará a evolução dos investimentos estrangeiros, analisando os tratados de proteção e promoção existentes, bem como, os Acordos Bilaterais de Investimento, os contratos internacionais públicos, as partes envolvidas, bem como seus princípios e características. Por fim, far-se-á uma análise dos procedimentos do CIRCI e a efetividade do laudo arbitral final, proferido em seu âmbito em face da imunidade estatal, decorrente do poder soberano.

Palavras-Chaves: Procedimento arbitral – CIRCI – soberania – imunidades – efetividade – investimento estrangeiro – Estado.

ABSTRACT

The study about the effectiveness of the final award uttered in the ambit ICSID – International Centre for the Settlement of Investment Disputes of the World Bank is current because a great flow of private foreign investment exists in activities that used to be monopolies of States. On the one hand, by means of privatizations, the public entity granted the private sector a chance to exploit and invest in areas that were exclusive of the State. On the other hand, the State plays an important role, acting as a regulator in this process. Usually, there is a long-term relationship between the recipient State and the foreign investor because the investors, at the outset, need to disburse a great amount of resources; and most often, the expected profits will not come in so fast. Many times the contracts between the State and the foreign investor are easily modifiable in favor of the States, either by political or market reasons. Governments still breach what they previously accorded, using its sovereignty and eminent domain power to expropriate private property, or to cancel concessions without just compensation. Nevertheless, it is necessary the implementation of reliable mechanisms for the pacification of such relationships representing the legitimate interests of both the State and the foreign investor. Additionally, in order to achieve a better result, it is mandatory that any regulatory institute be independent, impartial, not subject to outside influence, fast, and effective. Therefore, the present work will study the following topics: 1) the evolution of the foreign investments, analyzing the protection and promotion treaties; 2) the Bilateral Investment Treaties (BITs) of and the respective contractual issues; 3) the parties involved in this process; and 4) the procedures of the ICSID. In sum, the major objective here is to assess how effective is the decision rendered in arbitration against sovereign states coupled with their governmental immunity system and the mechanisms adopted by the ICSID.

Word-keys: Procedure by arbitration – ICSID - sovereignty - immunities - effectiveness - foreign investment - State.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- AAA – American Arbitration Association
- ALCA – Área de Livre Comércio das Américas
- Apud – citado por
- BENELUX – Bélgica, Países Baixos (Netherlands) e Luxemburgo (Comunidade Económica Regional)
- BIRD – Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (Banco Mundial)
- BITS – Bilateral Investment Treaties (Tratados Bilaterais sobre Investimento)
- CCI – Câmara de Comércio Internacional, de Paris.
- CE – Comunidade Européia
- CEE – Comunidade Económica Européia
- CF – Constituição Federal
- CIJ – Cour International de Justice
- CIADI – El Cento Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
- CIRCI - Centro Internacional de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos
- CIRDI - Centre pour lê reglement dês differends relatifs aux investissements
- CPJI – Cour Permanente de Justice International
- DIP – Direito Internacional Público
- ETNs - Empresas Transnacionais
- EMNs - Empresas Multinacionais
- ECOSOC – Economic and Social Council (Conselho Económico e Social das Nações Unidas)
- ed. Edição
- EUA – Estados Unidos da América
- FMI - Fundo Monetário Internacional
- FDI – Foreign Direct Investment
- FMI – Fundo Monetário Internacional
- g.n. – grifo nosso
- GATS – General Agreement on Services
- GATT – General Agreement on Tariffs and Trade
- IBRD- International Bank for Reconstruction and Development
- ICC – International Chamber of Commerce (Câmara de Comércio Internacional-CCI)

ICJ – International Court of Justice (CIJ)
ICSID – International Centre for the Settlement of Investment Disputes
IDA – International Development Association
IDE - Investimento Direito Estrangeiro
LCA – London Court of Arbitration
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil
MAI - Multilateral Agreement on Investments
MERCOSUL – Mercado Comum do Sul
MIGA – Multilateral Investment Guarantee Agency
NAFTA - North American Free Trade Agreement
UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development
OCDE - Organização para a Cooperação e de Desenvolvimento Econômico
OEA – Organização dos Estados Americanos
OECE – Organização Européia de Cooperação Econômica (atual OCDE)
OIC – Organização Internacional do Comércio
OMC - Organização Mundial do Comércio
ONU – Organização das Nações Unidas
OPEP – Organização dos Países Exportadores de Petróleo
PPP – Parcerias Público-Privadas
SOBEET – Sociedade Brasileira de Estudos de Empresas Transnacionais e da Globalização Econômica
TCE – Tratado da Comunidade Européia
TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Européias
TNC – Transnational Corporation (empresa transnacional)
TPI – Tribunal de Primeira Instância
TRIMS - Trade Related Investment Measures

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
-------------------------	-----------

PARTE I**INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E ESTADO**

CAPÍTULO I – INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS: Gênese de um conceito	21
---	-----------

1.1 O impacto da globalização econômica para os Estados	22
--	-----------

1.2 O conceito de Investimento Estrangeiro	28
---	-----------

1.2.1 Investimento Estrangeiro de <i>Portfólio</i>	30
--	----

1.2.2 Investimento Estrangeiro Direto	31
---	----

1.3 A Regulamentação Internacional dos Investimentos Estrangeiros	35
--	-----------

1.3.1 Os Tratados Multilaterais	37
---------------------------------------	----

1.3.2 Os Acordos Bilaterais de Investimento	44
---	----

CAPÍTULO II – OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO ENTRE ESTADO E INVESTIDOR ESTRANGEIRO PRIVADO	47
--	-----------

2.1 O principal contratante privado estrangeiro: as sociedades empresárias transnacionais	48
--	-----------

2.1.1 A denominação utilizada: sociedades empresárias transnacionais ou multinacionais?	48
---	----

2.1.2 Definição de sociedades empresárias transnacionais	49
--	----

2.1.3 A nacionalidade das sociedades empresárias transnacionais	52
---	----

2.2 Contratos Públicos Internacionais	57
--	-----------

2.3 Características dos Contratos Públicos Internacionais de Investimento	62
--	-----------

2.4 Os princípios nos Contratos Públicos Internacionais	64
--	-----------

2.4.1 O princípio da autonomia da vontade	64
---	----

2.4.2 O princípio da isonomia e da consensualidade das partes ..	67
--	----

2.4.3 O princípio da força obrigatória dos contratos em face do princípio da mutabilidade essencial	68
---	----

PARTE II

O PROCEDIMENTO ARBITRAL DO CIRCI - Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos do Banco Mundial

CAPÍTULO III – DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL MISTA À CRIAÇÃO DO CIRCI	74
3.1 A evolução dos procedimentos para a resolução de controvérsias entre o Estado e o investidor estrangeiro privado .	75
3.2 A criação de um mecanismo específico para a resolução de controvérsias relativas a investimentos entre Estado e o investidor estrangeiro privado	84
3.3 A sistemática de funcionamento do CIRCI	89
3.3.1 A jurisdição arbitral do CIRCI	96
a) Premissa <i>Ratione Personae</i> ;	98
b) Premissa <i>Ratione Voluntatis</i> ;	100
c) Premissa <i>Ratione Materiae</i>	102
3.3.2 A exclusividade dos procedimentos arbitrais do CIRCI	104
3.3.3 As leis aplicáveis ao procedimento arbitral do CIRCI: procedimentais e materiais	106
CAPÍTULO IV – A EFETIVIDADE DO LAUDO ARBITRAL FINAL PROFERIDO POR MEIO DOS PROCEDIMENTOS DO CIRCI	108
4.1 Obstáculos à efetividade do laudo arbitral final: as imunidades decorrentes do poder soberano do Estado hospedeiro	109
4.2 Os princípios das imunidades de jurisdição e de execução do Estado hospedeiro	114
4.3 A quebra do paradigma da imunidade absoluta estatal	116
4.3.1 As atividades estatais comerciais e de caráter público	121
4.3.1.1 A distinção entre atos de gestão/comerciais e atos de caráter público exercidos pelo Estado	124
4.3.2 A submissão do Estado aos procedimentos arbitrais	

internacionais e a renúncia tácita a imunidade de jurisdição	125
4.3.3 A submissão do Estado aos procedimentos arbitrais internacionais e a renúncia tácita a imunidade de execução	130
4.4 A (des)necessidade da homologação judicial do laudo arbitral final proferido no CIRCI e a sua efetividade	133
4.5 A efetividade do laudo arbitral final nos demais países signatários da Convenção do CIRCI não participantes da disputa	143
4.6 O não cumprimento do laudo arbitral final e a responsabilidade internacional do Estado	145
CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS	153

INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, ocorreu um movimento mundial de redução das barreiras comerciais e de investimentos. A participação ativa do Estado nesse processo evolutivo da economia, causou grandes alterações no direito internacional, “atividades que na situação anterior eram monopólio de fato dos Estados, hoje estão em mãos de pessoas de direito privado”¹, esta relação nem sempre é pacífica, existindo a necessidade de procedimentos efetivos para a resolução de eventuais disputas.

Os grandes grupos empresariais privados, chamados de sociedades empresárias transnacionais privadas inserem-se nesse contexto. Realizam investimentos em diversos setores da economia de um determinado Estado, proporcionando melhor qualificação profissional, transferência de tecnologias, trazendo conseqüentemente, desenvolvimento nos aspectos econômicos e sociais.

No presente estudo dar-se-á ênfase à análise da **sociedade empresária transnacional privada**, visto que, o volume de investimentos é bem maior do que os realizados por pessoas físicas.

Com a quebra dessas barreiras, devido à pressão da globalização econômica, resultou em uma reforma do Estado, aceitando receber mais investimentos internacionais privados. Essas sociedades empresárias privadas buscam mercado fora de seus países sedes, seja adquirindo grupos locais ou abrindo novas filiais, mas principalmente por uma busca contínua por maiores lucros, sendo que, em suas economias locais, o mercado, por vezes, já se encontra consolidado ou estagnado.

Outro fator relevante para a abertura de novos mercados é a preservação do posicionamento no cenário mundial visando o enfrentamento da concorrência. Para

¹ SOARES, Guido Fernando Soares. **Das imunidades de jurisdição e de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 11.

Magalhães², “este objetivo pode ter sido um dos principais fatores que causaram o aparecimento da estratégia empresarial que resultou na empresa multinacional”.

Motivado por este aumento de investimentos estrangeiros advindos da iniciativa privada, o Estado viu-se tentado a conceder a este investidor privado, não nacional, a possibilidade de atuar em setores antes exclusivos, vislumbrando o desenvolvimento da economia local, bem como, a sua modernização. Passa este, a ser o **agente regulador** de tais empreendimentos, setores tais como: telecomunicações, energia elétrica, recursos naturais minerais, manutenção de rodovias, aviação civil dentre outros.

A falta de tecnologia de ponta, mão-de-obra qualificada, recursos financeiros, podem ser considerados a mola propulsora dos investimentos estrangeiros internacionais, principalmente, pelos chamados países em desenvolvimento ou emergentes, carentes de recursos nestes quesitos.

Principalmente na década de 90, houve um aumento no fluxo de investimentos internacionais privados nos Estados, ocorrendo uma proliferação de Acordos Bilaterais de Investimentos, que de certa forma buscavam criar regras para regularem tais relações, propiciando a atração de capital internacional privado para os mesmos.

Porém, em anos passados, inclusive atualmente, alguns países invocando o seu poder soberano quebram tais acordos. Realizam expropriações e nacionalizações, sem que haja a devida e adequada compensação ao investidor privado, o qual, dispôs, o seu tempo, energia, trabalho e principalmente o seu capital em tal empreendimento.

Desta forma, emerge a insegurança para aqueles que pensam em investir em um determinado país, inibindo investimentos internacionais privados e prejudicando não só os envolvidos, mas todos aqueles Estados que desejam receber tais investimentos.

² MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito econômico internacional**: tendências e perspectivas. Curitiba: Juruá, 2006. p. 204.

Sob esta ótica, a relação investidor estrangeiro privado e Estado se torna estreita, sendo necessários mecanismos procedimentais efetivos para solucionar possíveis pendências relativas ao investimento realizado. Mecanismos estes que possam ser aceitos por ambas as partes, que gerem novamente segurança ao **investidor**.

Neste contexto de evolução das políticas estatais, o conseqüente aumento do capital internacional privado na economia local, após a segunda guerra mundial, necessitou criar um procedimento capaz de gerenciar conflitos entre um ente público e um particular estrangeiro, pois até então, estas disputas eram resolvidas por meio de relações diplomáticas, pela coação ou a arbitragem mista *ad hoc*, entre particulares, porém com a participação do Estado. Tais métodos não se mostraram **efetivos**.

Diante da demanda crescente, diretores do Banco Mundial resolveram criar um procedimento capaz de resolver tais contendas, confiável para as partes, que ao mesmo tempo protegia os investimentos estrangeiros privados, mantinha incólume a soberania estatal, e permitia autonomia do Estado na escolha da lei aplicável ao procedimento.

Assim, por meio da Convenção de Washington de 1965, foi criado o **Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos**, CIRCI, ou o Centro, havendo uma adesão considerável de diversos países, que visavam atrair investimento estrangeiro privado. O CIRCI possui atualmente 155 Estados membros, sendo que, destes, 143 ratificaram o Convênio (CIRCI).

O Estado brasileiro, com nítidas pretensões a atrair investimentos estrangeiros, editou a lei nº 9.941 de 1997 (Programa Nacional de Desestatização), que objetivou transferir para a iniciativa privada algumas atividades antes desenvolvidas pelo Estado³, em seu artigo primeiro define o seu objetivo, sendo:

[...] reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; permitir

³ PUCCI, Adriana Noemi. **A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros**. 2003. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 12.

a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Em 2004, foi editada a lei nº 11.079 regulando modalidades de contratação entre Estado e a iniciativa privada, denominada de parcerias público-privadas (PPP), sob a forma de concessão. Esta, pode ser patrocinada ou administrativa. A primeira, prevê repasse de recursos do ente público para o ente privado, além da tarifa cobrada dos usuários. A outra, enseja a contraprestação de serviços, os quais, a administração pública seja usuária dos mesmos, direta ou indiretamente.⁴

Segundo esta lei, a concessão comum, de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, não constitui parceria público-privada, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado.

Entretanto, o Brasil não se posicionou favoravelmente ao CIRCI, não aderiu à Convenção, sendo que todos os demais países da América do Sul ratificaram o Convênio.⁵

Para chegar ao cerne da pesquisa, a ***efetividade do laudo arbitral final no âmbito do CIRCI***, o texto dividiu-se em duas partes.

A primeira parte, trata do investimento estrangeiro privado no Estado. O primeiro capítulo versa sobre o assunto, **Investimentos Internacionais no Estado hospedeiro**, ressaltando o impacto da globalização neste Estado. Seguindo a conceituação de investimento estrangeiro e suas principais características, verifica-

⁴ LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2002. p. 47.

⁵ Em maio de 2007 a Bolívia denunciou o Convênio mediante comunicação ao Secretário Geral de acordo com o artigo 71 do Regulamento Geral, produzindo efeito seis meses após o recebimento da notificação. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp>. Acesso em: 07 jun. 2008.

se a diferenciação entre investimento estrangeiro de **portfólio** e investimento estrangeiro **direto**, destacando a importância deste último para o desenvolvimento de uma Nação.

Seqüencialmente, será feita uma análise das *regulamentações internacionais*, principalmente dos **Tratados Multilaterais**, os quais mencionam os investimentos internacionais, e também os **Acordos Bilaterais de Investimentos**, principalmente as suas evoluções ao longo do tempo, suas características e importância para o desenvolvimento da economia mundial.

No segundo capítulo, haverá um enfoque nos **contratos internacionais de investimento** entre o Estado e o investidor estrangeiro privado, uma vez que, este estabelecerá as obrigações e os direitos dos envolvidos, apresentando características e princípios específicos.

A **sociedade empresária transnacional** será analisada, pois é o principal contratante e investidor estrangeiro privado no Estado. Para se legitimar e participar de um procedimento arbitral no CIRCI, o ente privado deve ser considerado estrangeiro, sendo imprescindível a análise dos critérios utilizados para a definição de sua nacionalidade.

A segunda parte, traz como tema, **o procedimento arbitral do CIRCI**. No capítulo III será analisada a evolução dos métodos de solução de disputas, desde o período em que prevaleciam os métodos tradicionais de solução de controvérsias, já referidos, até a criação do Convênio CIRCI.

Será comentada toda a sistemática procedimental do Centro, com suas condicionantes relativas à jurisdição/competência, a sua exclusividade e as leis processuais e materiais aplicáveis.

No capítulo IV dar-se-á ênfase ao estudo do **laudo arbitral final proferido no âmbito do CIRCI quanto à sua efetividade**. Esta se traduz em cumprir o que fora determinado na decisão, seja ela, um pagamento de indenização ou uma obrigação

específica (fazer, não fazer ou entrega de algo), desde que possível e desejável pela parte requerente.

Quando não se admite a tutela na forma específica, aceitando-se apenas a tutela pelo equivalente monetário, confere-se ao detentor do bem ou do capital a possibilidade de transformar o direito ao bem em dinheiro. Em um sistema desta natureza, aquele que necessita do bem e por isso realiza o contrato, jamais tem efetivamente assegurado o seu direito, enquanto que o detentor do capital ou do bem tem a possibilidade de, a qualquer momento, e inclusive em razão de uma “variação de mercado” que não lhe é benéfica, liberar-se da obrigação de entregar o bem mediante a prestação de um valor em pecúnia.⁶

A real efetivação do laudo arbitral proferido sob a tutela procedimental do CIRCI se traduzirá na confiança que as partes depositarão neste instrumento extrajudicial de resolução de controvérsias, ao elegê-lo como solucionador de suas eventuais disputas.

Cappelletti comenta o sistema processual e diz que este “deve [...] produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.⁷ Desta forma, sem resultados o sistema não é efetivo, o que vale para a esfera da arbitragem internacional.

Neste passo, se torna importante o estudo das **imunidades estatais**, as quais poderão ser grandes **barreiras** para a efetivação da decisão arbitral final, visto que os Estados poderão invocá-las, a fim de se eximirem a cumprir sua obrigação. Neste caso o Estado ficaria impune ao causar grandes prejuízos a terceiros, no caso os investidores?

Veremos que o Estado possui algumas prerrogativas inerentes a sua **imunidade de execução**, quiçá a de **jurisdição**, decorrentes do seu poder soberano, não podendo, via de regra, ser obrigado a cumprir o determinado pelo laudo arbitral final.

Ao aplicar os princípios da justiça comutativa para as relações Estado-cidadão, os tribunais reconhecem a igualdade jurídica entre ambos, porém, quando o Estado é estranho ao foro, aparecem as imunidades e as regras

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (art. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: RT, 2000. p. 185.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

do Direito Internacional são invocadas, para afastar as leis nacionais, inclusive, a própria competência e jurisdição daqueles tribunais.⁸

Em sentido contrário, as doutrinas mais recentes entendem que a **relativização das imunidades** é decorrente da crescente participação do Estado em atividades econômicas, agindo como se um particular fosse, e por este motivo não teria ao seu lado as prerrogativas, antes absolutas, das imunidades. Esta corrente doutrinária seria a mais correta? Desta forma, no presente estudo, far-se-á uma diferenciação entre os atos praticados pelo Estado, em **atos comerciais e atos de caráter público**.

Outro fator que pode relativizar a imunidade estatal é a sua aceitação em participar de um procedimento arbitral, estaria o Estado **renunciando** tal prerrogativa? Há a quebra do paradigma da imunidade de execução? Estas questões serão debatidas em capítulo próprio.

Portanto, o presente trabalho tem por objetivo analisar todos os procedimentos do CIRCI – Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias do Banco Mundial, notadamente quanto à força do laudo final, em face do Estado hospedeiro, detentor de suas imunidades decorrentes de seu poder soberano, mostrando ser o Convênio, um verdadeiro instrumento que proporcionará segurança jurídica para os Investimentos Internacionais.

⁸ SOARES, 1984, p. 11.

INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E ESTADO

CAPÍTULO I

**INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS:
Gênese de um conceito**

1.1 O impacto da globalização econômica para os Estados

Desde a Revolução Industrial até os dias atuais, em função da progressiva redução das barreiras comerciais, principalmente por parte dos países em desenvolvimento, e do conseqüente aumento das interdependências entre as nações, se observa uma maior participação do Estado⁹⁻¹⁰ no cenário mundial de investimentos.

Para Souza Santos¹¹, algumas são as características principais da nova economia global sendo elas: “[...] investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais, baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informação e de comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminência das agências financeiras multilaterais”.¹²

O fenômeno da globalização econômica assim é definido por Faria.¹³

⁹ “Na tradição alemã, "Estado" é um termo legal que se refere, ao mesmo tempo, à "Staatsgewalt", um ramo executivo que garante a soberania interna e externa, à "Staatsgebiet", um território claramente delimitado, e à "Saatsvolk", a totalidade dos cidadãos. Esse último termo é o portador simbólico da ordem legal instituidora de jurisdição dentro dos limites do território estatal.” HABERMAS, Jürgen. O Estado-Nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Trad. Antonio Sérgio Rocha. **Revista Novos Estudos - CEBRAP**, n. 43, p. 87-101, nov./1995. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/busca.asp>. Acesso em: 25 abr. 2008.

¹⁰ Para Roth o Estado moderno é dotado de duas formas distintas: o Estado Liberal e o Estado Social, este tem uma atuação maior do Estado no campo social e econômico protegendo a sua sociedade, regulando as atividades do indivíduo, aquele enaltece o capitalismo, é o Estado liberal, tendo como preceito o limite do Estado ao intervir na liberdade do indivíduo. Para o autor os “mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação ... já não funcionam” o Estado não é capaz de implantar soluções, devido a globalização, cita Dunn que diz haver uma “ruptura” com a ordem mundial passada, citando 4 delas: “a capacidade estatal de garantir a segurança dos cidadãos e a integridade territorial; a mundialização da economia; a internacionalização do Estado; o direito internacional”, complementando que “todas estas rupturas têm por conseqüência uma perda da soberania e autonomia dos Estados Nacionais na formulação de políticas internas”. ROTH, André-Noel. O direito em crise: fim do Estado moderno?. Trad. Margaret Cristina Toba e Márcia Maria Lopes Romero. In FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 19-22.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In _____. **A Globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 29.

¹² Sousa Santos entende que todas as características citadas são dominadas pelo sistema financeiro e que há emergência de três capitalismos globais, “o americano, baseado nos EUA e nas relações privilegiadas deste país com o Canadá, o México e a América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Européia e nas relações privilegiadas desta com a Europa do Leste e com o Norte de África”.

¹³ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 111.

[...] não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco [...] esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados. Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo, a crescente autonomia adquirida pela economia em relação a política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de sociedades empresárias, setores, regiões, países e continentes; a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente inter-setorial e entre firmas e passando a ser eminentemente intra-setorial e entre firmas; a ‘desnacionalização’ dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos produtivos, e a volatilidade dos investimentos especulativos; a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos imigratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho; e, por fim, o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial.

De acordo com Figueiras, globalização é “[...] o termo cunhado pelos norte-americanos significa, ao pé da letra, internacionalização das relações econômicas, sociais e políticas”, segundo ele, alguns autores “entendem como um processo de adequação das dinâmicas nacionais a uma dinâmica preponderantemente no âmbito internacional, sem traumas”, em contrapartida, outros, defendem que a globalização “é a sofisticação máxima do sistema capitalista, portanto violenta e traumática, gerando desemprego, interferindo nas culturas nacionais e abalando a soberania das nações”.¹⁴

Por sua vez Habermas entende que “globalização significa transgressão, a remoção das fronteiras, e portanto representa uma ameaça para aquele Estado-nação que vigia quase neuroticamente suas *fronteiras*”.¹⁵

Anthony Giddens¹⁶ entende que a influência exercida por uma comunidade sobre outra, mesmo estando elas muito distantes, reforça o entendimento do que venha a ser globalização.

¹⁴ FIGUEIRAS, Marcos Simão. **Mercosul no contexto latino-americano**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1996. p. 141.

¹⁵ HABERMAS, 1995, p. 87-101.

¹⁶ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991. p. 70.

A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes, de tal maneira que os acontecimentos locais são moldados por eventos que estão a muitas milhas de distância, e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam.

Para Stern¹⁷, a globalização traz consigo a mercantilização de todos os aspectos da vida social, sendo a liberalização o único regente das relações humanas. A globalização em sua formatação atual, tem como premissa, a regulamentação de livre mercado, ou seja, ausência de barreiras para a livre comercialização, principalmente, por parte dos Estados.

Para Bob Jessop, citado por Boaventura¹⁸, há três tendências gerais na modificação do poder estatal, a primeira delas seria a desnacionalização do Estado, havendo uma diminuição nas atividades deste, decorrente de novas capacidades de organização, tanto territorial como funcional, aos níveis subnacional e supranacional. Em seguida temos a desestatização dos regimes políticos, “reflectida na transição do conceito de governo (government) para o de governação (governance)”, ou seja, um papel diferente do Estado com suas parcerias, passando a agente regulador do mercado, com “tarefas de coordenação enquanto *primus inter pares*”, e por fim, a internacionalização do Estado se adequando ao mercado externo, sempre que necessário para o seu desenvolvimento.

Com esta abertura de mercado, verifica-se um aumento mundial do fluxo do investimento estrangeiro direto, existindo grande disputa entre os Estados por tais investimentos, criando para os investidores estrangeiros privados, uma situação favorável podendo os mesmos optar pela proposta mais vantajosa e que propiciará o retorno almejado aos seus investimentos.

Dados extraídos da United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)¹⁹ mostram que, as filiais estrangeiras, de aproximadamente 64 mil

¹⁷ STERN, Brigitte. **O Contencioso dos investimentos internacionais**. Trad. Maria Eugênia Chiampi Cortez. Manoele: São Paulo, 2003. p. 5

¹⁸ JESSOP, Bob *apud* SANTOS, 2005, p. 38.

¹⁹ En 2006 los flujos de entrada de IED a nivel mundial aumentaron por tercer año consecutivo. Este crecimiento lo experimentaron todos los principales grupos de países: los países desarrollados, los países en desarrollo y las economías en transición de Europa sudoriental y la Comunidad de Estados

sociedades empresárias transnacionais, geraram 53 milhões de empregos. O Investimento Estrangeiro Direto é a fonte mais importante de financiamento externo para os países em desenvolvimento. O montante acumulado nos países em desenvolvimento, no ano de 2006, chegou a aproximadamente a terça parte do PIB, em comparação a somente 10% em 1980; uma terça parte do comércio mundial está constituída por sociedades empresárias transnacionais.

O Brasil figura como um grande receptor de investimento estrangeiro direto²⁰, mostrando sua vocação para tal, mesmo sem ter ratificado tratados específicos que versem sobre a matéria.

[...] Brazil is one of the largest recipients of foreign direct investment (FDI) in the World, without having entered into specific investment treaty-commitments. Indeed, since the Second World War, Brazil has been the largest magnet of FDI in Latin America in spite of the unwillingness to accept binding international arbitration for the resolution of investor-to-state disputes.²¹

Ocorre assim, a instalação de sociedades empresárias em novos mercados fora de seu país de origem, seja por meio de fusões ou aquisições de outras sociedades nacionais ou pela instalação direta de novas filiais, visando diversificar os investimentos, seja para minimizar os riscos de atuar em uma só economia, ou para buscar maior lucratividade, passando a direcionar tais investimentos diretamente para os Estados que os recebe.

Independientes. El aumento de la demanda de productos básicos se reflejó en el pronunciado aumento de las IED relacionadas con los recursos naturales, aunque el sector de los servicios siguió siendo el sector dominante para la IED. Entre las regiones en desarrollo, los flujos de entrada de IED en las subregiones del norte de África, el África subsahariana, Asia occidental, Asia meridional, Asia oriental y Asia sudoriental alcanzaron niveles sin precedentes al igual que los flujos de inversión extranjera hacia las economías en transición. Disponible em: <<http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=4361&lang=3>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

²⁰ “No início do século XX, muitas das sociedades empresárias estrangeiras investiam nos serviços públicos, no exterior, e também os dirigiam, como ocorreu no Brasil, com os serviços de iluminação pública (Ligth) e com ferrovias (São Paulo Railway, de origem inglesa), por exemplo”. CRETELLA NETO, José. **Empresa transnacional e direito internacional**: exame do tema à luz da globalização. São Paulo: Forense, 2006. p. 6.

²¹ “Brasil é um dos maiores receptores de investimento estrangeiro direto (IED) no Mundo, sem ter assinado tratados específicos sobre investimentos. Realmente, desde a segunda Guerra Mundial o Brasil foi o maior atrativo para IED na América Latina apesar da repugnância em aceitar se inserir na instituição de arbitragem internacional para a resolução de disputas entre o investidor e o Estado”. Tradução livre. CREMADES, Bernardo M. State contracts in brazil: an international arbitration perspective. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 9, p. 44-61, abr./jun. 2006.

O Estado, por sua vez, tem como premissa, investir em sua infra-estrutura de transportes, telecomunicações, exploração de recursos naturais, dentre outros projetos, visa o desenvolvimento social e econômico. Os custos para a consecução deste fim, na maioria das vezes, são elevados, necessitando de grande aporte de capital, bem como, de mão de obra altamente especializada. Desta forma, muitos países em desenvolvimento não conseguem manter um nível de investimento constante.²²

[...] novas leis e tratados internacionais firmados demonstram que o Estado, em razão do tamanho e vulto dos investimentos a serem despendidos, necessita do particular para ser seu parceiro nas obras de infra-estrutura imprescindíveis ao desenvolvimento e geração de empregos, voltados para a melhoria do padrão social de seus nacionais.²³

Objetivando suprir a falta de recursos próprios para investir, o Estado pode atrair capital privado externo. Surge o setor privado estrangeiro como o seu novo parceiro, investindo em áreas as quais este monopolizava, como por exemplo, o transporte aéreo, a construção e manutenção de rodovias e a exploração de riquezas minerais, passando o Estado a coordenar e controlar tais atividades.²⁴ O ente público deixa de ser o operador direto, e passa a ter o “papel de agente normativo coordenador da atividade econômica”, em conseqüência das privatizações.²⁵

[...] os anos 90 representam o período histórico e intercruzamento entre duas eras econômicas. Uma é a do pós-guerra, caracterizada pelo planejamento estatal, pela intervenção governamental, pelas inovações conceituais e pragmáticas em matéria de regulação dos mercados, pela utilização do direito como instrumento de controle, gestão e direção, pela participação direta do setor público como agente financiador, produtor e distribuidor e por políticas sociais formuladas com o objetivo de assegurar

²² A falta de capacidade de investimento por parte do Estado se reflete em suas estruturas internas, tais como, malha rodoviária defasada, telecomunicação e rede de transportes terrestres, aéreos e marítimos deficientes, distribuição de energia elétrica em colapso, além do sucateamento do ensino e hospitais públicos, bem como sistema de segurança pública ineficiente.

²³ LEMES, 2007, p. 33.

²⁴ “Vários instrumentos de parceria estão previstos no direito positivo brasileiro: (a) a concessão e a permissão de serviços públicos, tal como disciplinadas pela Lei no. 8.987/95; (b) a concessão de obra pública regulada pela mesma Lei no. 8.987/95; (c) a concessão patrocinada e a concessão administrativa, englobadas sob o título de parcerias público-privadas na Lei no. 11.079/2004; (d) o contrato de gestão, como instrumento de parceria com as organizações sociais de que trata a lei no. 9.737/98; (e) o termo de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público, regido pela lei no. 9.790/99; (f) os convênios, consórcios e outros ajustes referidos no artigo 116 da lei no. 8.666/93; (g) os contratos de empreitada (de obra e de serviços), disciplinados pela lei no. 8.666/93; (h) os contratos de fornecimento de mão-de-obra que, embora sem fundamento legal, constituem uma realidade na Administração Pública dos três níveis de governo”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 25.

²⁵ LEMES, 2007, p. 31.

patamares mínimos de igualdade, a partir dos quais haveria espaço para uma livre competição. A outra é a economia globalizada, que se afirma a partir da retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela “financeirização” do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização de sociedades empresárias públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão social do trabalho.²⁶ *g.n.*

No entendimento de Faria²⁷, os países receptores que não se adequarem às necessidades dos investidores, concedendo benefícios fiscais e modernas infra-estruturas, assistirão as sociedades empresárias abandonarem “rapidamente suas fronteiras, em busca de vantagens comparativas especiais em outras regiões e continentes”, sendo este um claro impacto da globalização. Certamente, aqueles países que não se adequarem estarão perdendo mercado.²⁸

Visando atrair investimentos, os Estados sinalizam sua pré-disposição em recebê-los eliminando os diversos problemas e entraves que por ventura existam, como por exemplo, a desregulamentação financeira que facilitaria a livre circulação de capital, alcançando sua finalidade, que é ter o desenvolvimento da produção de bens ou serviços, gerando emprego e renda.

[...] na medida em que, nesse cenário, o conceito de “produção local” passa a prevalecer sobre o de “empresa nacional”, interessa aos Estados maximizar uma produção e bens e serviços em suas fronteiras capazes de propiciar crescimento e empregos, não sendo mais relevante – como até poucas décadas atrás – a origem do capital. Para os Estados, nesse sentido, o que realmente importa é atraí-lo para sua própria esfera econômica. E isto requer a desregulamentação financeira para facilitar sua livre entrada ou saída, assim como a eliminação dos diferentes problemas e dos distintos entraves que podem desestimulá-lo, assustá-lo ou dificultá-lo.²⁹ *g.n.*

²⁶ FARIA, 2004, p. 111.

²⁷ *Ibid.*, p. 97.

²⁸ “A globalização, a velocidade crescente dos fatos econômicos, a volatilidade das moedas, a incerteza generalizada quanto ao futuro, a multiplicação, em progressões geométricas, das operações permitidas pelo uso do computador exigem que o *manager* contemporâneo tenha espírito empresarial, ou seja, deve ser um líder de sua equipe, um conhecedor da realidade do seu tempo, um organizador da produção e da comercialização a ter a compreensão exata e dinâmica dos interesses da empresa, dos seus empregados e das necessidades do mercado interno e externo.” WALD, Arnoldo. A empresa no terceiro milênio. In: FONSECA, Rodrigo Garcia da; _____. **A empresa no terceiro milênio:** aspectos jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 9. *g.n.*

²⁹ FARIA, 2004, p. 100.

Granziera³⁰ entende ser inevitável, a abertura Estatal para o investidor estrangeiro privado atuar na estrutura básica da administração pública.

O Estado, por intermédio de seu Poder Executivo, enfrenta o desafio de se modernizar rapidamente, pois não há como permanecer estático. Daí as “revoluções” no papel do Estado, que hoje tende a diminuir, compartilhando com a iniciativa privada os ônus dos investimentos públicos, mediante as denominadas “parcerias”.

Será fato a participação privada em investimentos no setor público, dotando o Estado de uma dupla responsabilidade, primeiramente a de suprir os anseios de seus nacionais, permitindo que usufruam toda a infra-estrutura necessária para uma vida digna, em segundo plano, suprir os anseios dos investidores estrangeiros privados que somente investirão em um determinado projeto estatal, caso haja segurança jurídica que garanta o retorno de seu investimento.

1.2 O Conceito de Investimento Estrangeiro

O final do século XIX e o início do século XX³¹ são considerados o período de grande expansionismo do investimento estrangeiro mundial, impulsionando a consolidação, no direito internacional, dos seus princípios de tratamento justo e eqüitativo ao estrangeiro, além da proteção e segurança a seus bens e ainda à sua integridade física.³²

Para Schlee³³ investimentos estrangeiros são:

[...] aportes, realizados por não-residentes, em uma determinada economia, cujos ganhos ou remuneração do capital investido se projetam para o futuro (médio e longo prazo), envolvendo, contudo, risco de não realização de

³⁰ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Licitações internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 230.

³¹ O fluxo de investimento direto estrangeiro mundial alcançou o seu ápice na geração do pós-guerra especificamente desde a guerra da Coréia (1950 e 1953) ao primeiro choque do petróleo em (1973). LINDERT, Peter H. **International Economics**. 9 th. Ed. Burr Ridge: Illinois: Irwin, 1991. p. 569.

³² SACERDOTI, Giorgio. **Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection**. Recueil des Cours. Haye. n. 269. p. 251-460. 1997, p. 278.

³³ SCHLEE, Paula C. **Os padrões de tratamento do investimento estrangeiro: o direito brasileiro frente ao direito internacional**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2005b, p. 28-29.

ganho algum. No que se refere ao aporte, pode ele ser de montante e características tais como a possibilitar a intervenção do investidor no gerenciamento da empresa que recebe o investimento, ou não.

Portanto, investimento estrangeiro é toda aplicação de recursos em empreendimentos que renderão dividendos para a empresa investidora, em regra a longo prazo, bem como, investimentos em equipamentos industriais, imóveis, instalações feitas por sociedades empresárias sediadas em um determinado país e possuem investimento em outro.

Na doutrina anglo-saxã, investimento equivale a direito patrimonial, vinculado, portanto, a aporte de capital; na doutrina continental, de inspiração romanística, investimento é fato econômico, o qual embora juridicamente regulamentado, deve ser definido pela economia, como sendo “toda contribuição ao desenvolvimento do país-anfitrião.”³⁴

Regulamentando a aplicação do capital estrangeiro no Brasil³⁵, temos a lei nº 4.131 de 1962³⁶, que define investimento estrangeiro.

[...] 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.

Comentando a lei antes citada, Attila de Souza Leão Andrade Junior³⁷, assim se pronuncia:

A definição de capital, que a lei no. 4.131/62 ensejou, é mais ampla que a sua noção vulgar, em virtude da qual capital seria pecúnia (dinheiro). Com efeito, a idéia de capital está tão associada com a de dinheiro que as expressões são comumente empregadas como sinônimas. Todavia, tanto na teoria econômica como na conceituação albergada pela Lei no. 4.131/62, o capital incluiria não somente dinheiro, mas também abrangeria bens, máquinas e equipamentos necessários à geração de riquezas.

³⁴ CRETELLA NETO, 2006, p. 77.

³⁵ Nos últimos sete anos, segundo a Sobeet (Sociedade brasileira de estudos de sociedades empresárias transnacionais e da globalização econômica), a participação de investidores estrangeiros no Brasil cresceu 81%, mostrando uma tendência de forte internacionalização da economia brasileira. No período, o chamado passivo externo bruto, composto de investimentos estrangeiros diretos, investimentos de *portfólio* e dívida em mãos de estrangeiros subiu de US\$ 372,06 bilhões para US\$ 673,69 bilhões. Disponível em: <http://www.sobeet.com.br>. Acesso em: 01 dez. 2007.

³⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L4131.htm>. Acesso em: 27 nov. 2007.

³⁷ ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. **O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 2.

Para Baptista³⁸, alcançar um conceito jurídico de Investimento Estrangeiro deve ser verificado a sua natureza, origem e destino, podendo ele ser diretamente integrado à atividade produtiva (investimento direto) ou ser objeto de uma atividade estritamente financeira (investimento indireto).

Portanto, a concepção de investimento pode ser analisada segundo o ato do investidor, podendo ser um investidor interessado na aquisição de bens, mercadorias ou matéria prima. Também, há os investidores especulativos, que flutuam seu capital em economias emergentes visando o máximo de ganho no mercado financeiro com as altas taxas de juros praticadas nestes países, e que não conseguiriam tal retorno numa economia estável, e por fim o investidor que busca se instalar num determinado país, visando a ampliação produtiva e econômica de sua sociedade empresária, para fora das fronteiras onde está a sua sede, seja por meio de aquisições ou fusões de sociedades empresárias nacionais, ou se instalando diretamente no país receptor.

1.2.1 Investimento Estrangeiro de *Portfólio*

O Investimento estrangeiro de *portfólio*³⁹ consiste em aplicações financeiras com o objetivo de lucro na compra de ações de sociedades empresárias ou outros investimentos em que não haja participação direta na produção de bens, portanto não havendo a participação do investidor no negócio, diferentemente do que ocorre com o investimento estrangeiro direto.

[...] a diferença aparece, então, na possibilidade de controle, ou da atividade de gestão do investidor. Este deve ser um empresário, no caso do investimento direto, e será um aplicador de recursos financeiros, no caso dos investimentos indiretos.⁴⁰

³⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 30.

³⁹ Investimentos de *Portfólio* incluem, não só valores mobiliários representativos de participação de capital ou de dívida, na forma de ações e debêntures, como também instrumentos financeiros e derivativos, como opções. Tradução Livre. Disponível em <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf>, p. 91. Acesso em: 27 nov. 2007.

⁴⁰ BAPTISTA, 1998, p. 31.

Para Lindert⁴¹, “os fluxos internacionais de capital normalmente não são movimentos de máquinas de produção ou prédios. Antes, são normalmente fluxos de demandas financeiras, fluxos entre tomadores de empréstimos e credores, ou entre as sociedades empresárias”, ou seja, investimento de *portfólio*.

Para Baptista⁴², “o investidor ‘rendeiro’ mira obter uma renda sem se envolver com a administração do seu capital, como faria um empreendedor ou empresário [...] o investidor pode agir de modo ocasional ou esporádico no momento em que está fazendo o investimento”, não há uma continuidade no investimento, sendo volátil e podendo a qualquer momento abandonar o país receptor.

Portanto, o investimento de carteira ou de *portfólio* é flutuante, sendo utilizado de acordo com as circunstâncias do mercado receptor do investimento, e retirado a qualquer indício de instabilidade econômica. Não havendo assim conflitos, diferentemente dos investimentos diretos, geralmente realizados a longo prazo, com grande possibilidade de divergências ao longo dos anos.

1.2.2 Investimento Estrangeiro Direto

O investimento estrangeiro direto é fundamental para o desenvolvimento de um país, pois ele não busca otimizar ganhos temporários, saindo do país a qualquer indício de risco. O investimento estrangeiro direto, geralmente é de longa duração, e capital investido elevado, o que pode gerar conflitos entre as partes contratantes, tornando fundamental o seu estudo para o presente trabalho.

De acordo com o Fundo Monetário Internacional⁴³, Investimento Estrangeiro Direto consiste em:

Direct investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy. (The resident entity is the direct investor and the enterprise is the direct investment enterprise.) The lasting

⁴¹ LINDERT, 1991, p. 546.

⁴² BAPTISTA, op. cit., p. 34, nota 39.

⁴³ Manual da Balança de Pagamentos do FMI, p. 86. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2007.

interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. *Direct investment* comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated.⁴⁴

Para conceituar investimento estrangeiro direto, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴⁵ definiu alguns parâmetros em seu código de liberalização e movimentação de capitais.

Direct Investment. Investment for the purpose of establishing lasting economic relations with an undertaking such as, in particular, investments which give the possibility of exercising an effective influence on the management thereof: A. In the country concerned by non-residents by means of: 1. creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of an existing enterprise; 2. Participation in a new or existing enterprise; 3. A loan of five years or longer.⁴⁶

Alguns outros pontos de análise são destacados pelo *Balance of Payments Manual* do Fundo Monetário Internacional (FMI) objetivando definir investimento estrangeiro direto, dentre estes citamos o percentual mínimo de participação acionária em uma determinada sociedade empresária.

Reflecting the difference noted previously, a direct investment enterprise is defined in this Manual as an incorporated or unincorporated enterprise in which a direct investor, who is resident in another economy, owns 10

⁴⁴ “*Investimento Direto* é a categoria de um investimento internacional que reflete o objetivo de uma entidade residente em uma economia que tem um interesse duradouro em um empreendimento situada em outra economia. (A entidade residente é a investidora direta e o empreendimento é o empreendimento de investimento direto). O interesse duradouro implica a existência de uma relação de longo prazo entre o investidor direto e o empreendimento e um grau significativo de influência do investidor na gestão do empreendimento. *Investimento direto* não só inclui a transação inicial que estabelece a relação entre o investidor e o empreendimento mas também todas as transações subseqüentes entre eles e entre empreendimentos afiliados, ambos incorporado ou não”. Tradução Livre. Tradução Livre.

⁴⁵ A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização internacional e intergovernamental que agrupa os países mais industrializados da economia do mercado. Tem sua sede em Paris, França. Na OCDE, os representantes dos países membros se reúnem para trocar informações e definir políticas com o objetivo de maximizar o crescimento econômico e o desenvolvimento dos países membros. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ocde/sobre/index.asp>>. Acesso em: 21 out. 2007.

⁴⁶ “*Investimento direto*. Investimento com a finalidade de estabelecer relações econômicas duradouras com quem se empreende como, em particular, investimentos que dão a possibilidade de exercitar a influência efetiva na administração de: A. No país receptor por não-residente por meio de: 1. criação ou extensão de um empreendimento completamente próprio, subsidiária ou filial, aquisição total de propriedade de um empreendimento existente; 2. participação em um empreendimento novo ou existente; 3. um empréstimo por cinco anos ou maior prazo”. Tradução Livre. Disponível em: <http://www.oecd.org>. Acesso em: 27 nov. 2007.

percent or more of the ordinary shares or voting power (for an incorporated enterprise) or the equivalent (for an unincorporated enterprise). Direct investment enterprises comprise those entities that are subsidiaries (a nonresident investor owns more than 50 percent), associates (an investor owns 50 percent or less) and branches (wholly or jointly owned unincorporated enterprises) either directly or indirectly owned by the direct investor.⁴⁷

Baptista⁴⁸, entende que “os investimentos diretos no exterior são fluxos de capitais associados a tecnologias de produção e gestão, sob a forma de participação direta ou empréstimos em longo prazo para as subsidiárias”. Assim, a definição de um investidor em direto ou indireto, de acordo com as doutrinas e regulamentos analisados, em regra, será de acordo com a permanência do investidor no negócio.

Se opera ou pela tomada (ou assunção) do controle, ou pela vontade de participar, ainda que minoritariamente, no capital da empresa, de modo permanente, e exercendo um grau de controle ou influência preponderante em sua gestão. [...] é o objetivo do investidor que determinará, em última análise, qual a natureza do investimento.⁴⁹

O investimento estrangeiro direto, geralmente é realizado por grandes grupos empresariais⁵⁰, que vislumbram uma permanência duradoura em um determinado país, podendo ser um investimento individual ou por meio de uma parceria com o ente Estatal.

Os investimentos estrangeiros diretos trazem algumas vantagens para o Estado receptor em relação ao *investimento de portfolio*, pois permite a transferência de tecnologia com novas formas de insumo de capital, que não se consegue com investimentos financeiros e nem com o comércio de bens e serviços; podendo ainda

⁴⁷ “Refletindo a diferença previamente notada, um empreendimento de investimento direto está definido neste Manual como uma incorporação ou não de um empreendimento no qual um investidor direto residente em outra economia, possui 10 por cento ou mais das ações ordinárias ou com poder de voto (para um empreendimento incorporado) ou o equivalente (para um empreendimento não incorporado). Empreendimentos de Investimento Direto incluem as entidades subsidiárias (um Investidor Estrangeiro que possui mais que 50 por cento), sócios (um investidor possui 50 por cento ou menos) e filiais (empreendimento não incorporado, de propriedade total do investidor) diretamente ou indiretamente possuída pelo investidor direto”. Tradução Livre. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf>, p. 86. Acesso em: 27 nov. 2007.

⁴⁸ BAPTISTA, 1998, p. 27.

⁴⁹ BATISTA, 1998, p. 31.

⁵⁰ “As corporações ou grupos multinacionais, entendidos como um conjunto formado por holding ou matriz financeira e suas filiais ou subsidiárias, passam a exercer papel fundamental na globalização econômica e realizar a maior parte dos investimentos externos diretos.” CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. 1. ed. atual. e ampl. Trad. de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996. p. 76.

fomentar o mercado nacional de insumos; obtém capacitação para os trabalhadores que adquirirão novas técnicas ao desempenhar novas funções, o que contribui para o desenvolvimento do capital humano do país; além de um aumento considerável na arrecadação de imposto devido a lucratividade gerada pelo Investidor Estrangeiro fomentando a economia nacional.⁵¹

O investimento estrangeiro direto possibilita a geração de empregos, o aumento de produtividade, e a troca de tecnologia especializada maximizando a competitividade do mercado interno viabilizando um fluxo de exportações maiores. Desta forma contribui para o crescimento econômico e social dos países em desenvolvimento e da economia global.⁵²

É válido ressaltar que nas décadas de 60 e 70, surgiu um novo conceito de investimento estrangeiro direto: eram investimentos realizados por meio de contratos de concessões e de exploração de recursos naturais, assim chamados de *investimentos diferenciados*. Estes investimentos seriam feitos por investidores estrangeiros, em países menos desenvolvidos que não dispunham de capital e tecnologia para tal.⁵³

No presente trabalho será focado o investimento direto no setor público, de utilidade pública, por meio das privatizações que viabilizam o desenvolvimento da máquina Estatal em setores onde o mesmo não consegue suprir, transferindo certa responsabilidade ao investidor, passando a figurar como regulador, sendo assim, nestas relações que são mais duradouras, poderá ocorrer divergências sendo relevante o estudo de mecanismos específicos para a resolução destes possíveis conflitos.

⁵¹ Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/06/pdf/loungani.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2007.

⁵² Disponível em: <http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2527&lang=3>. Acesso em: 20 nov. 2007.

⁵³ COSTA, Larissa. **Arbitragem internacional e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Lawbook, 2007. p. 45.

1.3 A Regulamentação Internacional dos Investimentos Estrangeiros

De acordo com Umberto Celli Junior⁵⁴, a “regulamentação dos investimentos internacionais é tema controvertido que historicamente tem dividido países”, provocando infundáveis discussões.

Tratados de investimento ou de desenvolvimento são utilizados pelo Estado hospedeiro para atrair um maior volume de capital estrangeiro privado, estes tratados se classificam como multilaterais, bilaterais ou regionais, e podem prever a não discriminação de tratamento por parte do Estado em face do investidor estrangeiro privado, o pagamento de indenizações adequadas em caso de expropriações, além da utilização de mecanismos de solução de conflitos extrajudiciais.

Os tratados multilaterais envolvem um maior número de participantes e conseqüentemente possibilidade maior de divergências, dificultando a definição das regras.

Os acordos bilaterais⁵⁵, por sua vez, não enfrentam os problemas relativos ao consenso, pois com apenas duas partes as regras são estipuladas com maior facilidade.

⁵⁴ CELLI JUNIOR, Umberto. Investimentos internacionais e mecanismos de solução de disputas entre Estados. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michele Rattón (Orgs.). **Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 355.

⁵⁵ Até 2002, segundo dados da UNCTAD, já tinham sido assinados 2.181 acordos bilaterais de investimento (Bilateral Investment Agreements ou BITs) no mundo, envolvendo 175 países. Os Estados Unidos participavam com 45 BITs, enquanto o Brasil, apesar de ter assinado 14 acordos, não havia ratificado nenhum deles. A utilização de acordos para proteger investimentos e investidores estrangeiros ocorre há décadas. Registre-se, entretanto, que a expansão do comércio e do movimento internacional de capital, bem como a maior competição entre os países para atrair investimento externo, ampliaram os incentivos para a assinatura de acordos. Enquanto o número de acordos preferenciais comerciais saltou de cerca de 27, em 1990, para mais de 250, em 2002, no mesmo período, o número de BITs na década de 90 elevou-se de 446 para 2.181. Disponível em: http://www.iconebrasil.org.br/pt/?actA=15&areaID=14&secaoID=28&faq_assuntoID=11. Acesso em: 20 nov. 2007.

Paralelamente aos acordos bilaterais de investimentos (Bilateral Investment Agreements - Bits) existem os acordos regionais, que podem conter regras específicas sobre investimentos estrangeiros, como exemplo, cita-se o Mercosul (Mercado Comum do Sul)⁵⁶; NAFTA (North American Free Trade Agreement)⁵⁷ e a UE (União Européia)⁵⁸.

Nos tópicos seguintes serão abordados os acordos multilaterais existentes que versam sobre investimento e os acordos bilaterais de promoção e proteção ao investimento internacional.

⁵⁶ Criado pelo Tratado de Assunção em 26.03.91, composto originariamente por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. "Ao decidirem constituir um Mercado Comum, os Países-Membros confirmam o desejo de reciprocidade em direitos e obrigações, de tal modo a estabelecer um programa de liberação comercial progressivo". AMARAL, 2004, p. 98. "A estrutura institucional do Mercosul abrange órgãos de formação da vontade política e da solução de conflitos. Os primeiros têm sua base jurídica no Protocolo de Ouro Preto de 1994, a solução de conflitos foi instituída no protocolo de Brasília de 1991 com reserva de uma regulamentação definitiva". BASEDOW, Jürgen. O mercosul como modelo de integração. Trad. Juliane Pereira da Costa. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 381.

⁵⁷ Originário de uma Convenção entre EUA, Canadá e México em 17.12.1992, e que entrou em vigor em 01.01.1994, estabeleceu o North American Free Trade Agreement – NAFTA, sucedendo ao Free Trade Agreement-FTA, de 1988, concluído entre EUA e Canadá. "Os princípios orientadores são os seguintes: tratamento nacional, cláusula da Nação mais favorecida e transparência." AMARAL, 2004, p. 98. "O Nafta foi integrado por dois acordos complementares, um deles em matéria de proteção ambiental (North-American Agreement on Environmental Cooperation-NAAEC) e outro, relativo a direitos dos trabalhadores (North-American Agreement on Labour Cooperation-NAALC)". CRETELLA NETO, 2006, p. 259.

⁵⁸ "A mais importante dessas organizações de integração regional é a União Européia, a qual, decorridos cerca de cinqüenta anos do Tratado de Roma, apresenta quadro jurídico altamente complexo, o qual foi evoluindo institucionalmente de forma gradativa, ampliando o âmbito de aplicação territorial, que se estende, desde 01.05.2004, a 25 Estados do continente. Pela primeira vez na história, pode-se falar em um direito verdadeiramente 'supranacional' e instituições também supranacionais. Considerando como um acordo de integração econômico regional superior, em termos qualitativos e quantitativos aos demais existentes no Mundo, a Comunidade Européia - CE (anteriormente Comunidade Econômica Européia - CEE) apresenta peculiaridades de que seus Estados-membros se submetem à disciplina das normas e instituições que as criam, implementam e supervisionam sua aplicação [...] A CE foi fortalecida com a adoção de moeda única em 12 dos 15 Estados-membros (o euro) e, a partir de 01.05.2004, ocorreu a adesão formal de mais 10 países ao que é hoje, em termos de população e de Produto Interno Bruto, o maior mercado mundial." CRETELLA NETO, 2006, p. 220-221.

1.3.1 Os Tratados Multilaterais

Usualmente, os tratados multilaterais⁵⁹ têm como objetivo criar zonas de cooperação entre os países signatários, visando facilitar a circulação de divisas e a proteção dos envolvidos em relações comerciais e de investimento.

Não há uma regulamentação multilateral específica que trate do assunto “investimento estrangeiro” como ocorre com o comércio internacional. Existem instrumentos multilaterais que mencionam o tema de forma periférica, mas não um conjunto de regras amplas que regulem tal matéria.

Em 1947, um grupo de 23 países, incluindo o Brasil, se reuniu durante a Conferência de Havana com o intuito de criar um órgão internacional que regulamentasse as relações comerciais entre os países, sendo chamada de Organização Internacional do Comércio (OIC).

Esta organização se originou da assinatura da Carta de Comércio e Emprego de Havana (Tratado Internacional) e previa em seu texto a matéria investimentos estrangeiros, “como instrumentos de fomento do desenvolvimento econômico e do conseqüente progresso social”.⁶⁰

Ocorre que as regras da OIC não eram muito claras para a regulação do investimento estrangeiro. Havia um capítulo que restringia algumas práticas de negócios (*Restrictives Business Practices*), que poderiam ser prejudiciais, restringindo o desenvolvimento econômico e social do Estado receptor. Apesar da obscuridade, a Carta encorajava seus participantes a criarem acordos bilaterais ou multilaterais, a fim de promover os investimentos internacionais.⁶¹

⁵⁹ Por exemplo: O GATT – (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), TRIMS (Acordo sobre medidas de investimentos relacionadas ao comércio), GATS (Acordo Geral sobre Comercio e Serviços), MAI (Acordo multilateral sobre investimentos), MIGA (Agência Multilateral de Garantia de Investimentos).

⁶⁰ MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. As Novas pautas da regulamentação multilateral: O pacote de julho e os investimentos estrangeiros. In: **Direito do comércio internacional: investimento estrangeiro**. Buenos Aires: DeCITA, 2005. v. 3, p. 150-161.

⁶¹ Não houve um consenso entre os Estados sobre os dispositivos que compunham o documento de Havana, o que causou a sua não aprovação pelo senado norte-americano, país idealizador e o maior

Os EUA foram os grandes defensores da liberalização econômica e flexibilização das relações comerciais internacionais durante as negociações da OIC. Entretanto por problemas políticos internos e receio de perda da soberania e autonomia comerciais, não ratificaram a Carta, desta forma, com a ausência dos americanos a OIC foi inviabilizada.⁶²

Com o insucesso do acordo de Havana e a multilateralização, apenas, das regras de comércio vinculadas, em princípio, à redução tarifária, através do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT, precursor da OMC, os investimentos estrangeiros saem de pauta da regulamentação multilateral do comércio.⁶³

Após o fracasso na criação da OIC, foi assinado em 30 de outubro de 1947, em Genebra na Suíça, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*GATT - General Agreement on Tariffs and Trade*), tendo por objetivo o encorajamento do livre comércio entre os países membros, com a redução de tarifas sobre bens.

O GATT não possuía qualquer disposição sobre investimentos. Porém, países exportadores, principalmente os Estados Unidos, buscaram inserir regras relativas a matéria que fossem relacionadas ao comércio, no entanto não houve um consenso na Reunião Ministerial ocorrida no ano de 1982.⁶⁴

Durante a vigência do GATT foram realizadas oito rodadas de negociações, a de Genebra (1947), Anecy (1949), Torquay (1950), Genebra (1955), Dillon (1960), Kennedy (1964), Tóquio (1973) e Uruguai (1986), sendo que, nas cinco primeiras houve a discussão sobre concessões tarifárias e redução aduaneira, as três últimas⁶⁵ se destacaram por haver um grande desenvolvimento do Acordo.⁶⁶

investidor no período pós-guerra. Ademais a comunidade empresarial protestou contra as disposições relacionadas a investimento estrangeiro, contribuindo para a não aprovação da Carta de Havana. SCHLEE, Paula Christine. **Investimentos**. Disponível em: http://www.iribr.como/cancun/paula_christine_schlee. aps. Acesso em: 14 jan. 2008.

⁶² AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (coord.) **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 70.

⁶³ MOSCHEN, 2005, p. 150-161.

⁶⁴ CORREA, Carlos M. Acuerdo sobre medidas en material de inversiones. In : **Temas de derecho industrial y de la competencia: derecho del comercio internacional, acuerdos regionales y OMC**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004. p. 108.

⁶⁵ A Rodada de Kennedy teve como destaque a negociação em bloco da União Européia, defendendo interesses comuns dos países membros, havendo assim um negociador de peso confrontando-se com os americanos, que possuem grande poderio econômico. A Rodada de Tóquio foi relevante, pois houve avanço quanto “possibilidade de concessão de tratamento diferenciado aos países em desenvolvimento, por parte dos países desenvolvidos, sem necessidade de reciprocidade”. A Rodada

Segundo Schlee⁶⁷, o GATT determinou que as discussões sobre investimento estrangeiro fossem tratadas em outros fóruns, se destacando a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁶⁸

A OCDE preparou o Acordo Multilateral sobre Investimentos (AMI) que visa a liberalização do comércio internacional. O fato levou diversos Estados⁶⁹ ao inconformismo, principalmente os países em desenvolvimento que temiam uma **invasão** das sociedades empresárias transnacionais.

[...] Desde 1998 está para ser assinado na OCDE, o Acordo Multinacional de Investimento (AMI). Este acordo é uma volta ao colonialismo. Ele permite as sociedades empresárias acionarem os governos que adotaram políticas que diminuam o seu lucro, os governos não podem exigir a utilização da mão-de-obra, etc. Os investidores não tem obrigações e nem responsabilidades. Os investidores podem adquirir tudo o que figura no tratado. Este texto é péssimo para os países em desenvolvimento [...]⁷⁰

Segundo Costa⁷¹, este projeto não obteve êxito, visto não existir um consenso entre os países membros, principalmente por parte dos desenvolvidos que não atentaram para as necessidades e interesses dos países em desenvolvimento. Estes, não participaram da elaboração do texto final, em razão deste fato após muita pressão de organizações não governamentais, a França, por exemplo, não prosseguiu no projeto.

[...] a proeminência da OCDE na elaboração do Direito Internacional do investimento estrangeiro adviria do fato desta organização se interessar

do Uruguai, contou com 123 países, resultando em novas regras e instrumentos mais adequados a realidade atual.

⁶⁶ AMARAL, 2004, p. 72.

⁶⁷ SCHLEE, Paula Christine. **Investimentos**. Disponível em: http://www.iribr.como/cancun/paula_christine_schlee.aps. Acesso em: 14 jan. 2008.

⁶⁸ Foi elaborado pela OCDE um *draft* sobre um acordo que versa sobre a proteção da sociedade estrangeira no ano de 1967, que serviu de base para futuros acordos bilaterais. No ano de 1976, a OCDE adotou a "Declaração sobre Investimentos e Sociedades Empresárias Multinacionais", formulada durante os debates nas décadas de 60 e 70 que discutiam o controle dos investimentos estrangeiros e a proteção da soberania nacional. KARL, Joachim. On the multilateral investment rules: some recent policy issues. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**. Washington. v. 17, n. 2, p. 293-319, 2002.

⁶⁹ "Por exemplo, durante a reunião ministerial da OCDE em 27-28 de abril de 1998, em Paris, a França manifestou de novo sua posição ao AMI e pediu que a liberalização dos investimentos seja limitada em nome do respeito a exceção cultural, da preferência comunitária e do respeito as normas sociais e ambientais". STERN, 2003, p. 3.

⁷⁰ MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed., rev. e aum. Renovar: Rio de Janeiro, 2000. 2. v. p. 995.

⁷¹ COSTA, 2007, p. 48.

pelos três elementos constitutivos fundamentais desse direito: a livre circulação dos investimentos, o tratamento e a proteção dos investimentos e a eliminação das restrições de gestão que pesam sobre o investidor.⁷²

De acordo com Rodrigues Amaral⁷³, os países membros verificaram que o GATT estava defasado e não era apropriado para reger as novas relações comerciais, pois não previa, por exemplo, investimentos internacionais e o mercado de serviços, sendo duas áreas de grande interesse do mercado internacional contemporâneo. Decidiu-se pela criação de uma organização “capaz de regulamentar o comércio, e que tivesse grande capacidade de adaptação, tal qual projetado na Conferência de Havana”. Assim sendo, foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC)⁷⁴.

A Organização Mundial do Comércio (OMC) foi criada durante a Rodada do Uruguai (1986-1994), como sucessora do GATT, dando seqüência aos trabalhos deste, sua entrada em vigor foi definida na Declaração Ministerial de Marraqueche, em 15 de abril de 1994, iniciando suas atividades em 01 de janeiro de 1995.⁷⁵

A OMC é o principal órgão internacional de regulamentação comercial e, por meio de negociações multilaterais, almeja a evolução do comércio internacional, tendo como objetivo a liberalização do comércio mundial, feita em bases seguras, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento econômico.⁷⁶

A OMC possui acordos para a regulamentação das relações comerciais, como o GATT, de 1994; o Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionados ao Comércio (TRIMs); Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS); Acordos sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionadas ao Comércio (TRIPs); Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC); e por fim o entendimento sobre Regras e Procedimentos que Regem a Solução de Controvérsias, dentre outros.⁷⁷

⁷² JUILLARD, Patrick. **L'évolution des sources du Droit des Investissements**. Recueil des Cours, vol. 250, p. 9-216, 1994. p. 104.

⁷³ AMARAL, 2004, p. 73.

⁷⁴ A OMC conta atualmente com 151 países membros, que se dividem em três grupos: os desenvolvidos, os em desenvolvimento e os menos desenvolvidos. Disponível em: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm. Acesso em: 04 mar. 2008.

⁷⁵ AMARAL, 2004, p. 73.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 73.

⁷⁷ AMARAL, 2004, p. 74.

O TRIMS - Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionados ao Comércio⁷⁸, conforme Moschen⁷⁹, representa “uma aproximação na tentativa de regulamentação multilateral” dos investimentos estrangeiros no âmbito do GATT, agora OMC, sendo nítido que o seu caráter limitado em questões de comércio impossibilita sua caracterização como um “acordo multilateral sobre investimento estrangeiro”.

Diferentemente do Acordo antes citado, o GATS – Acordo Geral sobre Comércio e Serviços⁸⁰, traz elementos que são utilizados na regulação sobre investimentos com destaque para os que vinculam o estabelecimento de sociedade empresária prestadora de serviço. O ponto nuclear do GATS é a proteção, com o estabelecimento de cláusula de tratamento nacional e de nação mais favorecida.

Em 1996 foi realizada a primeira Conferência Ministerial da OMC em Cingapura. Nela, foram discutidos temas como concorrência, compras governamentais e investimentos. Este tratado apresenta um sub-tema, intitulado “As Relações entre Comércio e Investimento” (WGTI, na sigla em inglês), a matéria previa um futuro acordo multilateral, com possibilidade de iniciar negociações sobre investimentos no âmbito da OMC.⁸¹

Importante Rodada de negociações no âmbito da OMC aconteceu no ano de 2001, em Doha, pois houve um grande consenso quanto à necessidade da retomada das

⁷⁸ “O acordo TRIMs possui, apenas, nove artigos e um anexo contendo as listas ilustrativas de medidas incompatíveis com os objetivos e princípios da OMC e que devem ser eliminadas. O seu artigo primeiro define, como âmbito da aplicação material, medidas em matérias de investimento que afetem o comércio (MISs). O objetivo do acordo é, assim, o de proibir medidas relativas a investimentos que prejudiquem o comércio de bens. MOSCHEN, 2005, p. 150-161.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 150-161.

⁸⁰ “Em vigor desde 1995 o GATS, é resultado das negociações multilaterais comerciais do ciclo do Uruguai e foi o primeiro acordo multilateral sobre o comércio de serviços. O GATS é produto de uma negociação longa e difícil, realizada entre um grande número de países, tanto desenvolvidos como em desenvolvimento. Assim, trata-se de um acordo complexo e detalhado. O GATS abrange um amplo campo de aplicação, na medida em que a maioria das medidas impostas pelos governos – nacional, regional e local - que afetam o comércio de serviços, com exceção dos serviços prestados no exercício da autoridade governamental e certos setores específicos, como o serviço de transporte aéreo, são cobertas pelo Acordo. Entretanto, são poucas as obrigações dirigidas a todas as medidas que afetam o comércio de serviços, destaca-se entre elas a obrigação de tratamento da Nação Mais Favorecida (*Most Favored Nation Treatment – MFN*) e obrigações de transparência. Outras obrigações fundamentais, como por exemplo acesso à mercado e tratamento nacional, se aplicam somente para os Membros que se comprometeram em suas listas de compromissos específicos relativos à um setor de serviços particular”. Disponível em: http://www.unctad.org/pt/docs/edmmisc232add31_pt.pdf. Acesso em: 21 out. 2007.

⁸¹ MOSCHEN, 2005, p. 150-161.

negociações relativas ao comércio. Foram tratados assuntos de grande relevância como: redução das tarifas de produtos agrícolas e não agrícolas; diminuição, em longo prazo, dos subsídios à exportação; o compromisso de aperfeiçoamento e retomada ou início de negociações dos chamados temas de Cingapura, entre eles investimentos estrangeiros.⁸²

Entre os dias 10 e 14 de setembro de 2003, foi realizada a V Conferência Ministerial, em Cancun, no México, tendo como objetivo principal “hacer un balance de los progresos realizados en las negociaciones y otros trabajos en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo”⁸³, porém tal Conferência não obteve o sucesso desejado, e colocou em dúvida a necessidade da OMC como um órgão debatedor e a negociador das relações comerciais mundiais.

La Conferencia Ministerial de Cancún terminó el 14 de septiembre después de que el Presidente concluyera que, pese a los considerables avances logrados en las consultas, los Miembros permanecían aferrados a sus posiciones, en particular con respecto a los “temas de Singapur”.⁸⁴

Foi realizada a VI Conferencia Ministerial da OMC, na China, Hong Kong, de 13 a 18 de dezembro de 2005, aprovando-se uma Declaração que, segundo muitos, representa um progresso significativo sobre o pacto de julho de 2004⁸⁵. Esta teve como intuito prosseguir os trabalhos iniciados em Doha.⁸⁶

Cumprir frisar que a OMC não permite o ingresso de sociedades empresárias aos procedimentos arbitrais da entidade. Estas, podem apenas acompanhar os casos submetidos à apreciação do órgão e instruir as partes (advogados e diplomatas),⁸⁷ portanto a sociedade empresária não possui legitimidade para utilizar os procedimentos arbitrais da OMC.

⁸² *Ibid.*, p. 150-161.

⁸³ Disponível em: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min03_s/min03_s.htm. Acesso em: 04 mar. 2008

⁸⁴ Disponível em: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min03_s/min03_s.htm. Acesso em: 04 mar. 2008.

⁸⁵ Foi aprovado em 31 de julho em Genebra, em uma negociação entre uma coligação de países-chaves desenvolvidos e outra de países-chaves em desenvolvimento o chamado Pacote de Julho, havendo um fortalecimento do multilateralismo em matéria comercial. MOSCHEN, 2005, p. 150-161.

⁸⁶ Disponível em: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min05_s/min05_s.htm. Acesso em: 04 mar. 2008

⁸⁷ CRETELLA NETO, 2006, p. 219.

Na OMC, organização internacional intergovernamental do tipo clássico, somente os Membros – Estados e uniões aduaneiras – têm legitimidade para defender seus interesses perante o Órgão de Solução de Controvérsias, ainda que o TRIMs diga respeito a investimentos de empresas e o TRIPs regule a concessão de marcas e patentes, que pertencem, em sua maioria, a pessoas jurídicas. O mesmo ocorre em relação a outros Acordos, anexos ao Acordo Constitutivo da OMC.⁸⁸

Visando fomentar o debate sobre o assunto *investimentos*, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) vêm tentando elaborar uma normatização para as sociedades transnacionais. Nas relações internacionais, é necessário que exista uma conduta linear, entretanto a conciliação dos interesses tem sido uma das maiores barreiras.

Duas resoluções⁸⁹ das Nações Unidas foram dogmas das relações econômicas no contexto mundial. A ONU estabeleceu que certas discriminações na regulamentação entre investidores e Estado objetivavam compensar as desigualdades existentes. Tais resoluções foram frutos de episódios de nacionalizações e expropriações, causando grande insegurança para os investidores da época.

Neste contexto, os investimentos estrangeiros passaram a buscar garantias nos sistemas de resolução de conflitos, como por exemplo: a) a Convenção de Washington⁹⁰, esta tem por escopo, fornecer os procedimentos estruturais cabíveis, para dirimir controvérsias por meio da conciliação ou arbitragem entre Estados receptores e investidores estrangeiros privados; e, b) a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) que se destina a proteger investimentos de longo prazo, realizados em países menos desenvolvidos contra riscos políticos.

Portanto, o investimento estrangeiro é meio de desenvolvimento e crescimento de um Estado. A mobilidade do capital e do trabalho, quando postos frente à liberdade

⁸⁸ *Ibid.*, p. 252.

⁸⁹ Resolução nº 1.803 (XVII), de 1962, que versa sobre a Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais e a Resolução nº 3.281 (XXIX) de 1974 que versa sobre a Carta Econômica de Direitos e Deveres dos Estados. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_135/r135-02.pdf. Acesso em: 03 dez. 2007.

⁹⁰ Convention on Settlement of Investment Disputes between States and National for Other States, de 1965 que instituiu o ISCID - *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, em português CIRCI - Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias sobre Investimento.

de estabelecimento e à livre movimentação de capitais geram conflitos.⁹¹ Os Estados motivados por interesses diversos, não conseguem uniformizar uma regulamentação multilateral sobre o tema a fim de harmonizar entendimentos.⁹² Há então, a evolução de acordos bilaterais que tendem para uma maior proteção ao investidor estrangeiro privado. Por sua vez, o Estado fica reticente e tentará intervir na atividade econômica, visando prevalecer o seu direito interno e o seu poder soberano. Há então, a necessidade de uma ferramenta propícia para solucionar tais confrontos, a qual será objeto do presente trabalho.

1.3.2 Os Acordos Bilaterais de Investimento

Para dotar de segurança jurídica as relações internacionais, foram criados os chamados Acordos Bilaterais de Investimentos (ABI) ou BITs - Bilateral Investment Triaties (BITs), com a inserção das seguintes cláusulas: a) as que visam a proteção do investidor, garantindo o *international minimun standard* e; b) a cláusula de nação mais favorecida e; c) as cláusulas de tratamento nacional⁹³ e; d) regras que prevêm que quaisquer controvérsias, serão dirimidas por meio da arbitragem internacional. Estas, fornecem ao investidor estrangeiro maior segurança em suas relações internacionais com os Estados.

Os BITs são considerados a regulamentação maior sobre proteção internacional dos investimentos estrangeiros.⁹⁴ A regulamentação dessas relações internacionais é cada vez mais relevante, pois o crescente número de transações tornam imprescindíveis que se tenham regras claras, isonômicas para que possam ser seguidas evitando-se conflitos desnecessários, assim, é crescente o número de Tratados Bilaterais de Investimentos (BITs).

⁹¹ JUILLARD, Patrick. Freedom of establishment, freedom of capital movements, and freedom of investment. **ICSID Review: Foreign investment law journal**, vol. 15, n. 2, p. 322-334, 2000.

⁹² “Três são as premissas primordiais visualizadas pelo Investidor Estrangeiro ao se instalar em um Estado, sendo elas: o acesso do estrangeiro às atividades econômicas, a discricionariedade em adquirir ou dispor dos bens necessários para sua atividade econômica e por fim ter garantido seus direitos individuais que lhe foram outorgados no País”. BAPTISTA, 1998, p. 18.

⁹³ SCHLEE, 2005a, p. 83.

⁹⁴ KARL, 2002, p. 293-319.

Estes tratados seguem uma linha modelo, traçada pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), que acolheu a doutrina de Cordell Hull⁹⁵, a qual defendia que: as expropriações seriam justificadas apenas por relevante interesse social ou por notória utilidade pública, mas sempre mediante uma indenização adequada e justa.⁹⁶

Por exemplo, na década de 30 devido às expropriações realizadas pelo México, o Secretário de Estado norte americano requereu indenizações por expropriações realizadas de bens de nacionais americanos com base na doutrina acima descrita, porém o México não aceitou tal requerimento argüindo que as expropriações não eram indenizáveis.⁹⁷

Outro exemplo, o Acordo de Garantia de Investimentos entre o Brasil e os EUA, firmado em 4 de fevereiro de 1965, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 69 de 1965 e promulgado pelo Decreto Legislativo nº 57.943.⁹⁸

Este acordo assegurou aos investidores, tratamento não discriminatório, foi excluída a solução arbitral. As reivindicações de indenizações provenientes de expropriações, não seriam tratadas como questões de Direito Internacional Público, ao menos até o esgotamento do processo judicial do país receptor. Não foi utilizada neste acordo a fórmula de Cordell Hull, demonstrando a confiança dos EUA no regime jurídico brasileiro.⁹⁹

Os objetivos dos acordos bilaterais de investimento são o de regular e eliminar a discriminação de movimentação de capitais, expropriações indevidas e a proteção contratual entre as partes envolvidas.

⁹⁵ Na época Secretário de Estado dos Estados Unidos.

⁹⁶ Esta “fórmula” dispõe que o valor dos investimentos deve ser o da avaliação de mercado dos investimentos no dia anterior a expropriação, havendo o pronto pagamento.

⁹⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção aos investimentos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 134, p. 13-18, abr./jun. 1997. Em resposta o Ministro de Relações Exteriores do México disse: “[...] meu Governo mantém [...] que não há no direito internacional norma universalmente aceita na teoria, nem observada na prática, que torne obrigatório o pagamento de indenização imediata, nem mesmo indenização diferida, em virtude de expropriações de caráter geral e impessoal, como aquelas que o México realizou com o propósito de redistribuição de terra”. STEINER e VAGTS *apud* MAGALHÃES, 2006, p. 301.

⁹⁸ Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/investeua.htm>. Acesso em: 14 fev. 2008.

⁹⁹ MAGALHÃES, 1997, p. 14.

Ao concordarem com o Acordo Bilateral de Investimento os Estados demonstram o comprometimento com a estabilidade e a transparência em suas operações, promovendo assim, maior confiança do investidor estrangeiro privado e conseqüentemente um aumento do fluxo de investimento no país. É incontroverso que os investidores levem em consideração a segurança para o seu investimento ao procurar um mercado receptor.

CAPÍTULO II

**OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO ENTRE
ESTADO E INVESTIDOR ESTRANGEIRO PRIVADO**

2.1 O principal contratante privado estrangeiro: as sociedades empresárias transnacionais

2.1.1 A denominação utilizada: sociedades empresárias transnacionais ou multinacionais?

A evolução do Direito Empresarial ocorreu em consequência da transformação da economia mundial. Esta, aconteceu devido à grande onda de fusões, aquisições e cisões de grandes grupos empresariais que buscavam novos mercados, visando o aumento de produtividade e lucro. Este desenvolvimento comercial gerou um novo conceito, **a empresa global**.¹⁰⁰

O direito empresarial entra, assim, na terceira fase da história do seu desenvolvimento. A primeira corresponde ao surgimento do comerciante individual, como profissional dotado de um estatuto próprio, destacado do sujeito de direito comum. A segunda fase abre-se com a multiplicação das sociedades empresárias societárias, notadamente com a vulgarização da sociedade anônima no curso do século passado, como instrumento de captação do investimento popular. Agora, o universo das multinacionais, das *holdings*, *joint ventures* e consórcios indica que os atuais protagonistas da vida empresarial são associações de sociedades empresárias, e não mais sociedades isoladas.¹⁰¹ *g.n.*

Em 1974, foi proposta pelo ECOSOC - Economic and Social Council (Conselho Econômico e Social das Nações Unidas) que as sociedades empresárias proprietárias de instalações de produção ou de serviços ou ainda que tenham controle de outras sociedades empresárias fora do território do Estado de sua sede, podendo ser sociedade por ações (S.A.) ou não, privada ou pública, seriam

¹⁰⁰ “Se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa do país, pela organização do trabalho assalariado. É das sociedades empresárias que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços. Mas a importância social dessa instituição não se limita a esses efeitos notórios. Decisiva é hoje, também, sua influência na fixação do comportamento de outras instituições e grupos sociais que, no passado ainda recente viviam fora do alcance da vida empresarial. COMPARATO, Fabio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 50, p. 57-74, abr./jun. 1983.

¹⁰¹ *Id.* **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 275.

denominadas de sociedades empresárias transnacionais deixando de ser chamadas de multinacionais, por se “coadunar melhor com a sua natureza”. Tal proposta foi aprovada pela Comissão das Nações Unidas para as Sociedades Transnacionais.¹⁰²

São, portanto sociedades de Direito Público ou de Direito Privado que, pelo elemento territorial ou pela sua sujeição a sistemas jurídicos de diversos Estados, mantêm ligações com vários Estados, procurando tirar especial benefício econômico desse facto¹⁰³.

Corroborando as análises até então descritas Fábio Nusdeo¹⁰⁴ seguido por Cretella Neto¹⁰⁵ entende que:

[...] a rigor, o nome que melhor descreveria seria o de empresa transnacional, porque justamente, ela transcende as fronteiras nacionais para operar em diversos países de forma conjugada e afinada com uma estratégia central, pouco importando aí onde esteja localizado aquele centro.

Desta forma, será utilizada a expressão empresa transnacional por ser mais atual e próxima a prática contemporânea visto que as sociedades empresárias transcendem as fronteiras de seus Estados passando a ser investidores globais e não apenas uma empresa de múltipla nacionalidade.

2.1.2 Definição de sociedades empresárias transnacionais

Importante para o presente trabalho definirmos o que venha a ser a sociedade empresária transnacional, pois se enquadra como um dos maiores e mais importante investidor estrangeiro privado. Porém para a utilização dos procedimentos arbitrais do CIRDI, deve a mesma ser considerada não nacional e privada, pois do contrário se torna ilegítima para figurar em um dos pólos de um procedimento arbitral.

¹⁰² PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de direito internacional público**. 3. ed., rev. e aum. Lisboa: ALMEDINA, 2000. p. 399.

¹⁰³ PEREIRA, 2000, p. 400.

¹⁰⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: RT, 1997. p. 379.

¹⁰⁵ CRETELLA NETO, 2006, p. 27.

Para Cretella Neto¹⁰⁶, a sociedade empresária transnacional é constituída sob as leis de um determinado país, sendo gerida por um centro único, com o objetivo central de lucro, atuando em dois ou mais países.

[...] a sociedade mercantil, cuja a matriz é constituída segundo as leis de determinado Estado, na qual a propriedade é distinta da gestão, que exerce controle, acionário ou contratual, sobre uma ou mais organizações, todas atuando de forma concertada, sendo a finalidade de lucro perseguida mediante atividade fabril e/ou comercial em dois ou mais países, adotando estratégia de negócios centralmente elaborada e supervisionada, voltada para a otimização das oportunidades oferecidas pelos respectivos mercados internos.

Para Torres¹⁰⁷, a característica fundamental para se conceituar sociedades empresárias transnacionais¹⁰⁸ é a sua atuação em diversos países, havendo vários centros de gestão. Diferentemente da sociedade multinacional.

[...] todas as formas de organização empresarial de atuação transnacional (não se limitando às fronteiras de um específico país), distinguindo-se das demais pela sua articulação numa pluralidade de centros de gestão, de tantas quantas sejam as jurisdições onde desempenhe as suas atividades. E multinacional será tanto um grupo de sociedades empresárias como uma empresa que mantenha distintas residências no exterior ou nacionalidades, como aquela que participa no capital de sociedades empresárias não-residentes, com poder de influência sobre as respectivas decisões destas.

Para a OCDE¹⁰⁹, as sociedades empresárias transnacionais são definidas com aquelas que atuam em mais de um país, podendo variar a autonomia dentre as unidades destes diversos países.

Usually comprise companies or other entities established in more than one country and so linked that they may co-ordinate their operations in various ways. While one or more of these entities may be able to exercise a significant influence over the activities of others, their degree of autonomy

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁷ TÔRRES, 2001, p. 398-399.

¹⁰⁸ Sobre o estatuto internacional das pessoas jurídicas, existe a preferência pelo princípio da incorporação, com algumas exceções em favor da teoria da sede social. Corroborando temos a Convenção de Haia sobre o Reconhecimento de Sociedades Estrangeiras, de 1º de junho de 1956; Convenção da União Européia sobre o Reconhecimento Recíproco de Sociedades e Pessoas Jurídicas, de 29 de fevereiro de 1968. Na América Latina temos a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis, de 8 de maio de 1979; e a Convenção sobre a personalidade e a capacidade de pessoas jurídicas no direito internacional privado, de 24 de maio de 1984. TORRES, 2001, p. 397.

¹⁰⁹

Disponível em: http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_34889_2439005_1_1_1_1,00.html . Acesso em: 19 nov. 2007.

within the enterprise may vary from one multinational enterprise to another. Ownership may be private, state or mixed.¹¹⁰

Comparato entende que a vinculação de unidades empresariais não é vista como a participação em capital social, considera-se também se há uma “rede de contratos estáveis”.

Na rede grupal, a sociedade controladora denominada *broker*, assume exclusivamente as funções de governo de um conjunto de outras sociedades empresárias fornecedoras de componentes ou matérias-primas, fabricantes de produtos acabados etc.¹¹¹

Magalhães¹¹² expressa que a empresa transnacional “constitui complexo de sociedades de diversas nacionalidades sujeitas as diferentes leis, mas interligadas entre si constituindo uma unidade econômica definida e clara” que se pode identificar plenamente, se entre matriz e filiais existe vínculo de subordinação jurídica e não econômica.

Portanto, as características fundamentais de uma empresa transnacional são: a estratégia globalizada dos negócios, a logística corporativa mundial integrada, os investimentos diretos no exterior, efetuados segundo um cronograma definido pela matriz, a fim de expandir os negócios de forma consistente, a cultura empresarial extremamente diversificada, dentre outros motivos porque a alta administração é composta por executivos de variadas nacionalidades, matéria relativa à submissão das transnacionais aos princípios gerais do direito internacional, que vem sendo reconhecida reiterada vezes nas arbitragens internacionais efetuadas acerca de litígios oriundos de contratos entre Estados e sociedades empresárias estrangeiras.¹¹³

¹¹⁰ “Normalmente compreende companhias ou outras entidades estabelecidas em mais de um país, que unidas podem ter as operações coordenadas de várias formas. Enquanto uma ou mais destas entidades pode influenciar significativamente sobre as atividades das outras, o grau de autonomia dentro do empreendimento pode variar de um empreendimento multinacional a outro. A propriedade pode ser privada, estatal ou mista”. Tradução Livre.

¹¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, **Revista dos Tribunais**, São, v. 85, n. 732, p. 38-46, 1996.

¹¹² MAGALHÃES, José Carlos de. O Controle pelo Estado da atividade internacional das sociedades empresárias privadas. In **Direito e comercio internacional: tendências e perspectivas**, estudos em homenagem a Irineu Strenger. BAPTISTA, Luiz Olavo *et all* (Org.). São Paulo: LTr, 1994. p. 193.

¹¹³ CRETELLA NETO, 2006, p. 26-27.

2.1.3 A nacionalidade das sociedades empresárias transnacionais

O Regulamento Geral do Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias sobre Investimento em seu artigo 25, n. 2, letra b, não conceitua pessoa jurídica estrangeira privada, deixando para os envolvidos quando do consentimento a participar do procedimento arbitral a definição da nacionalidade da pessoa jurídica parte na controvérsia.

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

[...]

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, **por estar sometidas a control extranjero**. *g.n.*

Portanto, se torna importante analisar os critérios utilizados para se definir a nacionalidade do investidor estrangeiro privado para que seja delimitada a jurisdição do CIRCI¹¹⁴, visto que, o mesmo somente poderá ser invocado em conflitos gerados entre um Estado e um Investidor Estrangeiro privado, desde que, ambos os países tenham ratificado a Convenção. Assim, se um investidor, for considerado não estrangeiro, não poderá utilizar os procedimentos do Centro, tendo que solucionar o seu conflito de acordo com as leis nacionais do país receptor do investimento, neste caso as leis de seu próprio país.

Outros motivos relevantes para analisar a distinção entre sociedades empresárias nacionais e estrangeiras são: a) facilitar o seu reconhecimento fora de seu país sede¹¹⁵, podendo ser definida a lei aplicável em caso de conflito; b) a possibilidade

¹¹⁴ Artículo 25. La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

¹¹⁵ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1934. 3. v. p. 99.

de haver a proteção diplomática¹¹⁶; c) a responsabilidade do Estado caso algum dano seja causado ao nacional de outro Estado.¹¹⁷

A diferença entre o nacional e o estrangeiro é de extrema relevância para o Direito Internacional Público, bem como para o Direito Internacional Privado e para o Direito Constitucional. Essas disciplinas estruturam uma vasta parte de seu conjunto normativo com vistas a regulamentar as relações entre o particular e o Estado.¹¹⁸

Desta forma, Cretella Neto afirma que a composição do capital social de uma sociedade empresária transnacional pode ser diversificado, recebendo aporte de recursos de investidores de diversas nacionalidades, assim, uma empresa poderá “ser considerada alemã para finalidades de aplicação da lei germânica considerada a lei apropriada para (*proper law*) para dirimir litígios, digamos entre acionistas e a diretoria; a mesma empresa poderá ser considerada como ‘não alemã’ ou mesmo como ‘empresa inimiga’ para efeitos de aplicação de proibições legais ao comércio com países considerados inimigos ou em estado de guerra”.¹¹⁹

Para Strenger¹²⁰ parece ser o critério “mais razoável considerar que a pessoa jurídica tem a nacionalidade do Estado cujo território estabelece sua sede social e seu centro diretor ou de comando”.

Pontes de Miranda¹²¹ entende que a “nacionalidade é o “laço que une juridicamente o indivíduo ao Estado e, até certo ponto, o Estado ao indivíduo”, assim “falar em nacionalidade das pessoas jurídicas é falar da lei aplicável, apta a definir seus direitos e obrigações, do seu reconhecimento jurídico no estrangeiro, bem como da proteção que lhe outorga o ordenamento internacional”.¹²²

¹¹⁶ “Nos países em que vigora o sistema de direito codificado, o Estado confere proteção diplomática a empresas em que a administração central se situa no próprio país, ou foi incorporada, isto é, aquele em que seus atos constitutivos foram arquivados, enquanto países do *common law* empregam critérios mais ou menos formais para decidir se a empresa será ou não merecedora da proteção governamental”. CRETELLA NETO, 2006, p. 210.

¹¹⁷ TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: RT, 2001. p. 395.

¹¹⁸ Luís Fernando Fransceschini da Rosa *apud* CRETELLA NETO, 2006, p. 77.

¹¹⁹ CRETELLA NETO, 2006, p. 206.

¹²⁰ STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 519

¹²¹ MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. t. IV. p. 348.

¹²² TORRES, 2001, p. 396.

Rechsteiner¹²³ analisa o critério de interligação jurídica da empresa para definir a sua nacionalidade.

Melhor do que falar em nacionalidade da pessoa jurídica é afirmar que ela está juridicamente ligada ao direito de um determinado país, conforme critérios preestabelecidos em lei, o que permite a distinção entre pessoa jurídica nacional e estrangeira.

Grandino Rodas¹²⁴ conceitua empresa estrangeira, como aquela não constituída no Brasil, não importando a nacionalidade dos sócios.

[...] pessoas jurídicas constituídas no Brasil e com principal estabelecimento no País são brasileiras. As que, embora constituídas no exterior, mudarem para o Brasil o seu principal estabelecimento, organizarem seus estatutos consoantes a lei brasileira, aqui empregarem seu capital e lograrem do Governo brasileiro aprovação da transferência e, em alguns casos, nova autorização de funcionamento, serão tidas como brasileiras. A nacionalidade dos membros da pessoa jurídica não influencia sua nacionalidade.

Torres, ao qualificar a nacionalidade de uma pessoa jurídica, entende que se deve levar em conta o lugar de sua constituição, o seu registro, o seu estatuto social o qual indica o seu objeto, em que local as decisões primordiais são proferidas, sem deixar de ser observada a nacionalidade dos sócios, o centro de exploração do objeto social, e por fim a definição do controlador desta sociedade.¹²⁵

Outro critério para a definição da nacionalidade, é analisar a composição do grupo majoritário ou do grupo que atua no controle da sociedade, verificando a nacionalidade dos acionistas ou do grupo dominante.¹²⁶

Porém, para Baptista¹²⁷, em sua análise, não basta apenas verificar a nacionalidade das partes, entendendo este ser “um critério fraco e insuficiente”. Para este autor deve-se observar o critério da residência ou domicílio do investidor, sendo este o indicador mais adequado a respeito da nacionalidade.

¹²³ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 117.

¹²⁴ RODAS, João Grandino. **Sociedade comercial e Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 324.

¹²⁵ TÔRRES, 2001, p. 398.

¹²⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. O Controle pelo Estado da atividade internacional das sociedades empresárias privadas. In **Direito e comercio internacional**, tendências e perspectivas, estudos em homenagem a Irineu Strenger. BAPTISTA, Luiz Olavo *et all* (org.). São Paulo: LTr, 1994. p. 191.

¹²⁷ BAPTISTA, 1998, p. 36.

Os Estados, geralmente entendem ser de sua competência a definição da nacionalidade de determinada empresa, tendo com premissa o local de sua constituição ou onde estabelecida a sua sede.

No direito pátrio, encontrava-se no artigo 171 da Constituição Federal, revogado pela Emenda Constitucional nº 06 de 1995, o critério, pelo qual a empresa seria nacional se constituída sob as leis brasileiras, e, possuísse sua sede e administração no País; e empresa brasileira de capital nacional, aquela cujo controle efetivo, esteja em caráter permanente, sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas, domiciliadas e residentes no País, ou de entidades de direito público interno. Entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

O atual Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.126, diz que “é nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração”. Assim, para a lei brasileira não é relevante o critério da nacionalidade dos sócios, bem como a origem do capital social, Fábio Ulhoa exemplifica:

[...] se dois ou mais estrangeiros, residentes no exterior, e trazendo os recursos de seu país, constituem uma sociedade empresária com sede de administração no território nacional, obedecendo aos preceitos da ordem jurídica aqui vigente, essa sociedade é brasileira, para todos os efeitos.¹²⁸

Para se definir a nacionalidade da sociedade empresária transnacional, o mesmo autor faz a seguinte afirmação: a desconsideração da nacionalidade dos sócios, e, de onde provém o capital social para a constituição da sociedade empresária, é desprezado em diversos ordenamentos estrangeiros.¹²⁹

Havendo ausência dos requisitos acima delineados, para a lei brasileira, a sociedade será considerada estrangeira e dependente de autorização do poder executivo para

¹²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 2. v. p. 31.

¹²⁹ Neste sentido, o Direito Italiano (Ferrara Jr., 1994:911), o português (Correia, 1975:255) e o espanhol (Sánchez, 1992:156). COELHO, 2007, p. 31.

o seu funcionamento, conforme se extrai do artigo 1.134 do nosso Código Civil e o Decreto Lei n. 2.627/40 em seu artigo 64.

O artigo 12 em seu inciso VIII do Código de Processo Civil nacional prevê que a pessoa jurídica estrangeira será representada em juízo por seu gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil, já no artigo 88 em seu inciso I e parágrafo único¹³⁰ diz que a autoridade judiciária brasileira será competente quando a parte for domiciliada no Brasil, reputando-se domiciliada no Brasil a empresa estrangeira que aqui possuir agência, filial ou sucursal.

Ao comentar o inciso VIII do artigo 12 do Código de Processo Civil brasileiro Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹³¹, dizem que a pessoa jurídica de direito privado estrangeira, são aquelas constituídas fora do território nacional (Lei de Introdução ao Código Civil art. 11), sem considerar a nacionalidade dos sócios que compõem tal sociedade, ou seja, o critério territorial.

Pode-se afirmar que as pessoas jurídicas devem ser consideradas brasileiras quando se constituírem no Brasil, e quando a situação de seu principal estabelecimento seja fixada no Brasil, critério seguido por Amílcar de Castro.¹³²

Portanto vários são os critérios para a definição da nacionalidade da sociedade empresária transnacional podendo tal conceito ser fundamental para a utilização de procedimentos que visem à proteção ou a recuperação do investimento realizado.

¹³⁰ “O art. 88 do Código de Processo Civil arrola os casos em que o juiz brasileiro é internacionalmente competente sem que a ordem jurídica brasileira exclua a competência dos juízes de outro Estado – com a consequência de que, se uma dessas causas for proposta em outro país, a sentença ali proferida poderá ser eficaz no Brasil. O legislador deixou nítida a intenção de estabelecer a competência internacional concorrente nos casos elencados nos incisos do art. 88, ao não incluir neste as palavras ‘com exclusão de qualquer outra’, empregadas no art. 89 ao instituir hipóteses de competência exclusiva.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 1. v. p. 363.

¹³¹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2006. p. 174.

¹³² CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 6. ed., atual. São Paulo: Forense, 2005. p. 277.

2.2 Contratos Públicos Internacionais

Extraem-se dos ensinamentos de Humberto Teodoro Junior¹³³, que o contrato se confunde com as origens do próprio Direito, já que é tão antigo quanto a sociedade humana e tão importante como a própria lei.

Assim, uma vez ultrapassado o estágio primitivo da barbárie, em que os bens da vida eram apropriados de modo violento, e iniciada uma convivência pacífica em face dos bens utilizáveis na sobrevivência e desenvolvimento do ser humano, o contrato surgiu nas relações entre as partes. E, quanto mais se evoluíram os grupamentos civilizados, o aumento dos negócios e a circulação de riquezas, mais constante e decisivo se mostrou o recurso ao contrato, em todos os setores sociais.

134

Com o desenvolvimento humano ao longo dos tempos, a função social do contrato se aflora sendo um "instrumento prático que realiza o mister de harmonizar interesses não coincidentes", já que "só se aperfeiçoa quando, através da transigência de cada um, alcançam os contratantes um acordo satisfatório a ambos".¹³⁵ Desta forma, a violência é substituída pelo consenso, resultando no acordo de vontade entre as partes.

O contrato surge no direito, edificado sobre o indivíduo e estruturado no princípio da autonomia da vontade. É concebido para ser, ao nível das relações capitalistas, um instrumento logicamente perfeito, no qual são formuladas duas ou mais vontades, dentro de um teoricamente absoluto nível de igualdade.¹³⁶

Santiago Dantas, afirma que o grande progresso econômico do mundo ocidental, teve como balizador o direito contratual que soube fornecer à sociedade democrática,

¹³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Locação comercial – Sublocação do imóvel com nova edificação e benfeitorias – Limite do aluguel – Inteligência do art. 21 da lei Nº 8.245/91 - Parecer. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, nº 4, p. 61-76, mar./abr. 2000.

¹³⁴ THEODORO JUNIOR, 2000, p. 65

¹³⁵ MESSINEO *apud* RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 17. ed., n. 4. São Paulo: Saraiva, 1988. 2. v. p. 11.

¹³⁶ HUCK, Hermes Marcelo. **Contratos com o Estado**: aspectos de direito internacional. São Paulo: Aquarela, 1989. p. 73.

[...] os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesses; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de segurança das transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levantando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiam de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas.¹³⁷

Para Theodoro Junior, a grande função do contrato é promover o desenvolvimento econômico com segurança e liberdade.

Aos contratos, pois, conferiu o Direito a relevante função de promover o desenvolvimento econômico, com liberdade e segurança. Seja através da definição e regulamentação de contratos típicos, seja pelo acolhimento dos arranjos ou combinações denominados contratos atípicos ou inominados, que frutificam do gênio criador humano e que tornam os acordos de vontades um rol infinito de fonte de direitos e de regras de convivência, o Direito consagra a sua função econômica e reconhece-o como merecedor da proteção legal.¹³⁸

O desenvolvimento é obstaculizado pela falta de segurança das relações, levando muitos investidores a pensar em projetos de curto prazo, conforme Fantoni Júnior.

[...] o sentimento de insegurança impele a pessoa a uma espécie de presente desesperador, a uma incontrolada pressa de viver, aniquilando projetos de médio e longo prazo, como se não houvesse amanhã. O atuar cerca-se de artificialismos e dissimulações. Toda inclinação e todo propósito convergem para soluções inspiradas no oportunismo, com total descomprometimento com as causas e avanços sociais. Modela-se o comportamento em função dos resultados alcançados à vista do maior ou menor êxito da postura oportunista ou conveniente.¹³⁹

O positivismo jurídico, constante no direito contratual do Civil Law, confere soberania a um contrato firmado pelas partes, já no direito contratual americano se verifica “uma enunciação formalista que garantia a segurança e previsibilidade nas relações contratuais”, assim uma regra não entendida em um contrato, ou “termos abertos” podem o tornar nulo por indeterminação, não existindo, pois, contrato ambíguo ou incerto. A indeterminação do mesmo importaria em sua nulidade.¹⁴⁰

¹³⁷ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. Evolução contemporânea do direito contratual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 139, p. 5-13, jan./fev. 1952.

¹³⁸ THEODORO JUNIOR, 2000, p. 64.

¹³⁹ FANTONI JUNIOR, Neyton. Segurança jurídica e interpretação Constitucional. **Revista de Direito Processual Civil Gênese**, n. 18, Curitiba, p. 649-864, out./dez., 2000.

¹⁴⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 92.

Pode-se dizer que o contrato é propulsor do desenvolvimento do mundo globalizado, pois permite a acumulação de capital, a circulação de riquezas, bem como, o investimento na ciência e na tecnologia. Portanto, verifica-se a evidente função social do mesmo, sendo um valioso instrumento de expressão das vontades. O contrato internacional entre o Investidor Estrangeiro e o Estado é de fundamental relevância para o desenvolvimento social e econômico mundial.

Os Contratos Internacionais entre um Investidor Estrangeiro e o Estado se revestem de forma especial por envolver de um lado uma parte privada e de outro um ente público, sendo denominados segundo a doutrina¹⁴¹ de *State Contracts (Jennings e Fatouros)*, *International Agreement (Cheshire, Graveson, Batiffol, Lalive)*, *Quasi International Agreement (Verdross)*, *Economic Development Agreement (McNair)*, *Contratos de Desenvolvimento ou Contratos com o Estado (Huck)*.

Com efeito, com o rápido desenvolvimento do comércio internacional e a participação ativa dos Estados na economia, tornaram-se freqüente e prática comum não apenas os negócios e contratos entre estrangeiros residentes no exterior e Estado, como também as intervenções compulsórias destes na ordem econômica, afetando interesses privados.¹⁴²

Cita-se os contratos específicos do setor petrolífero, firmado entre um Estado e uma sociedade empresária estrangeira privada, os quais, de forma conjunta, atuam na exploração de recursos minerais daquele, denominados de *joint operating agreements (JOA's)*.¹⁴³

¹⁴¹ HUCK, 1989, p. 11.

¹⁴² MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na arbitragem privada**. São Paulo: Max Limond, 1988. p. 49.

¹⁴³ “O JOA é o contrato no qual duas ou mais companhias petrolíferas, que celebraram um contrato para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás com o Estado e/ou sua empresa estatal, regulam entre si direitos e obrigações, aspectos técnico-operacionais, financeiros e contábeis, objetivando unificarem seus conhecimentos e esforços para o cumprimento das obrigações assumidas no contrato de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo. Ressalte-se que, nos JOA's, as partes expressamente declaram sua intenção de não criarem sociedade, consórcio, *partnership*, ou qualquer outra forma de associação entre si. Cada parte é titular de seus respectivos direitos e responde, individualmente, por suas obrigações, estipulando, adicionalmente, direitos recíprocos de indenizações, na hipótese de que as leis do país onde serão desenvolvidas as atividades petrolíferas, ou mesmo quaisquer outras leis que lhes sejam aplicáveis, imponham qualquer tipo de solidariedade entre elas no cumprimento de suas obrigações contratuais. Em decorrência de sua complexidade, de seu caráter e por envolver pessoas jurídicas de direito privado e público, sujeitas a diferentes regimes legais, o instituto da arbitragem é utilizado com muita freqüência nos JOA's como método de solução de conflitos”. MELLO, Marcelo Oliveira; ANDRADE, Carlos César Borromeu de. A arbitragem nos contratos comerciais e petrolíferos internacionais. In GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 148-162.

Assim, uma relação que envolva de um lado um país soberano e de outro um investidor estrangeiro privado, reunindo em um mesmo pacto a vontade soberana de um ente público e a de um particular estrangeiro, é denominado **Contrato Internacional com o Estado**.¹⁴⁴

Alguns doutrinadores¹⁴⁵ entendem que as sociedades empresárias transnacionais estão desprotegidas face ao Direito Internacional, pois elas não possuem acesso à jurisdição internacional, a fim de efetivar sua posição de parte, de sujeito de direito. Desta forma, se utiliza contratos e acordos com os Estados, inclusive submetendo os litígios, porventura existentes, a Tribunais Arbitrais Internacionais que atuarão na solução de possíveis conflitos.

Vieira¹⁴⁶, exalta que “a busca de segurança jurídica e de previsibilidade quanto ao direito aplicável às operações econômicas internacionais, notadamente aos contratos, começou a se tornar, no entanto, uma preocupação dos Estados e de organizações governamentais e intergovernamentais durante a segunda metade do século XX”.

Os contratos entre os Estados e sociedades empresárias estrangeiras tem sido extremamente comuns nos dias de hoje e se encontram com um regime jurídico todo especial, vez que eles não são nem tratados, nem contratos de concessão submetidos inteiramente à lei do Estado. Esta situação especial decorre da própria situação econômica dos contratantes, em que muitas vezes a empresa estrangeira é mais poderosa do que o próprio Estado.¹⁴⁷

Mello¹⁴⁸, analisando a questão contratual, entende que poderá existir um conflito entre o investidor estrangeiro privado e o Estado receptor, onde o primeiro tende a tratá-lo como um acordo internacional, em contra partida, o Estado receptor geralmente entende ser um contrato de direito interno. O autor, sustenta que tais acordos devem se submeter ao direito interno do Estado hospedeiro, pois o interesse deste é mais relevante do que o lucro de uma sociedade empresária

¹⁴⁴ HUCK, 1989, p. 11.

¹⁴⁵ PEREIRA; QUADROS, 2000, p. 402.

¹⁴⁶ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Direito uniforme sobre a compra e venda internacional de mercadorias: convergências e divergências em sua aplicação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 9, nº 33, p. 61-83, jul./set. 2006.

¹⁴⁷ MELLO, 2000, p. 995.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 998.

privada estrangeira, devendo ainda o mesmo ser aprovado pelo poder legislativo do Estado receptor.

[...] sustentamos que os contratos internacionais deveriam ser submetidos a aprovação do Legislativo, devido as seguintes razões: a) versam sobre matéria que interessa a soberania do Estado; b) é matéria constitucional (petróleo e subsolo pertencem a União); c) dar publicidade; d) não procede alegar que quem contrata é uma empresa de economia mista, porque ela é o próprio Estado. Não significa isto, repetimos, que os localizamos na ordem jurídica internacional¹⁴⁹.

Em 1994, o Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT) adotou princípios referentes a contratos comerciais internacionais.¹⁵⁰ Estes princípios tentam unificar a interpretação destes contratos. Segundo Souza Junior¹⁵¹, “os princípios refletem a tendência atual de formação de um direito transnacional próprio das relações comerciais internacionais, cada vez mais desterritorializadas e, portanto, desnacionalizadas”.

Não se trata de uma lei imposta, porém é dotada de legitimidade devido o conteúdo e forma de elaboração, contando com os mais renomados juristas envolvidos em seu estudo, sendo utilizada em diversos contratos, inspirando leis nacionais e citada em controvérsias solucionadas por meio da arbitragem, passando a ser uma importante fonte do Direito Internacional.

O objetivo basilar dos princípios é o de “estabelecer um conjunto equilibrado de regras destinadas a serem utilizadas no mundo inteiro, quaisquer que sejam as tradições jurídicas e condições econômicas e políticas dos países nos quais tais regras devam ser aplicadas”.¹⁵² Elas permitem aos operadores possuírem um ponto norteador para concretizar as relações internacionais suplantando barreiras que surgem pelo desconhecimento do direito de uma das partes contratantes, possibilitando que haja um consenso quando da assinatura do termo.¹⁵³

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 999.

¹⁵⁰ Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/publications/proceedings/2006/contents.htm>. Acesso em: 12 nov. 2007.

¹⁵¹ SOUZA JUNIOR, 2002, p. 428.

¹⁵² *Ibid.*, p. 429.

¹⁵³ STERN, 2003, p. 10.

Desta forma “a multiplicidade de ordenamentos jurídicos a que pode estar vinculado um contrato internacional torna a indagação sobre o direito aplicável ponto nodal”¹⁵⁴, existindo diversas tentativas de uniformização das normas aplicáveis que até o presente momento não conseguiram um consenso entre todos os envolvidos. Ocorre assim um conflito sobre a aplicabilidade da norma aos contratos, já que o Investidor Estrangeiro se depara com um “duplo regime jurídico”¹⁵⁵, quais sejam, o do seu Estado sede e o do Estado receptor do investimento, portanto havendo interesses econômicos e jurídicos distintos.

2.3 Características dos Contratos Públicos Internacionais de Investimento

Devido à forma especial que se revestem os contratos internacionais entre o Estado e o investidor estrangeiro privado, os mesmos são dotados de algumas características específicas, mesmo porque em regra são contratos de longa duração, principalmente os chamados contratos de desenvolvimento econômico.

O acordo de desenvolvimento econômico é uma das formas mais significativas com que se apresenta o contrato. É através dele que a empresa privada se dispõe a exercer no Estado Receptor, normalmente um país em desenvolvimento, mediante o investimento de capitais, a prestação de assistência técnica, ou ambos, a pesquisa e exploração de recursos naturais, a construção de estradas ou equipamentos de portos, a produção e exploração de serviços públicos, a construção de grandes obras, usinas etc.¹⁵⁶

O que caracteriza a internacionalidade de um contrato é a presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos. Basta que uma das partes seja domiciliada em um país estrangeiro ou que um contrato seja celebrado em um país para ser cumprido em outro.

¹⁵⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 251-282.

¹⁵⁵ BAPTISTA, 1998, p. 36.

¹⁵⁶ HUCK, 1989, p. 37.

Podemos citar algumas características gerais dos contratos internacionais de investimento¹⁵⁷, dentre elas: muitas vezes intervém a mais alta autoridade do Estado; existe o elemento internacional, que é dado pela nacionalidade do investidor; seguido da natureza pública e privada no mesmo tempo da relação contratual; as cláusulas que limitam a soberania do Estado, por exemplo, a cláusula de estabilização que coloca o investidor ao abrigo de mudanças legislativas; a presença de cláusulas arbitrais para a solução dos litígios; geralmente são redigidos de forma imprecisa; e por fim a diversidade de sistemas jurídicos.¹⁵⁸

Huck¹⁵⁹ complementa elencando outras características aos contratos entre particulares e o Estado. A primeira é a característica política, pois há o interesse público com a participação do Estado sendo este um ente político por natureza; a característica da mutabilidade essencial vem em seguida, pois ao ocorrer algum fato relacionado à utilidade pública de interesse relevantemente social pode o pacto ser rescindido ou alterado unilateralmente; em regra é uma relação de longa duração, pois em geral envolve projetos de grande vulto financeiro, enfatizando que o tempo gera conflitos, devido às alterações mercadológicas ao longo da vigência contratual, havendo a “necessidade de reajustes ou negociações”; por fim, estes contratos prevêm as cláusulas de arbitragem e de estabilização.

[...] nos contratos e nas arbitragens internacionais, em geral intervém legislações em conexão com mais de um sistema legal nacional, as partes têm domicílio em países diferentes, o local da constituição da obrigação contratual ou da Convenção arbitral em geral ocorre em país estranho ao domicílio e uma das partes, o local de execução do contrato, ou da realização da arbitragem, pode ser um dos países de domicílio de uma das partes ou, ainda, um terceiro país. Ainda no que diz respeito à arbitragem o laudo arbitral estrangeiro deverá ser reconhecido e executado no território de um determinado país de acordo com as normas de homologação

¹⁵⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional internacional**. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 320.

¹⁵⁸ “[...] a mudança radical nas formas de atuação do sistema financeiro internacional e das corporações transnacionais, viabilizando a articulação de suas decisões de investimento, produção e comercialização em escala global com as exigências impostas as economias nacionais e aos seus respectivos Estados, é um dos fatores mais decisivos para o declínio das instituições, mecanismos e “senso comum” jurídicos do Estado-Nação e para a consolidação das estruturas e procedimentos jurídicos surgidos no âmbito de uma economia globalizada (dos quais se destacam a legislação produzida pelos organismos multilaterais, **o advento de padrões inéditos de contratualidade jurídica, o surgimento de um “direito privado interorganizações”, o desenvolvimento de um “direito intra-organizacional”, a reemergência da Lex Mercatoria e outras formas de soft law, em cujo âmbito de processos de elaboração normativa se dão no plano das interdependências sociais e econômicas descentralizadas**”. FARIA, 2004, p. 109. *g.n.*

¹⁵⁹ HUCK, 1989, p. 32-33.

internas deste, em harmonia com os tratados e convenções internacionais que haja ratificado.¹⁶⁰

As partes podem prever situações futuras, estabelecendo regras de direito substantivo no bojo do contrato para resolver diversas situações, e ainda determinar onde e como o litígio dali decorrente será julgado, por meio de cláusulas de eleição de foro e de arbitragem utilizando os princípios como balizadores para estas contratações.¹⁶¹

2.4 Os princípios dos Contratos Públicos Internacionais

Podemos identificar princípios básicos contratuais que estão presentes nas relações entre os investidores estrangeiros privados e o Estado sendo eles: a autonomia da vontade, o consenso entre as partes, a igualdade dos contratantes, a força obrigatória do pacto ou santidade dos contratos e a mutabilidade essencial.

2.4.1 O princípio da autonomia da vontade

Sobre o princípio da autonomia da vontade, Nadia de Araújo,¹⁶² esclarece que existe uma diferença fundamental ao se analisar este no âmbito do direito internacional privado, em face do direito civil¹⁶³, pois para o direito internacional privado, a autonomia da vontade diz respeito à possibilidade de se prever em contrato qual regime legal as partes se submeterão em caso de conflito, já que nos contratos

¹⁶⁰ GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem internacional. In _____. José Maria Rossani (Coord.) **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 163-201.

¹⁶¹ ARAUJO, Nadia. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed., atual. e ampl. São Paulo: Renovar, 2006. p. 346.

¹⁶² ARAUJO, Nadia. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: Lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 195-229.

¹⁶³ “[a]utonomia da vontade é (...) o princípio de Direito Privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos.” AMARAL NETO, Francisco Santos. Autonomia privada como princípio fundamental: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 102, p. 207-230, 1989.

internos não será possível determinar a legislação aplicável para a solução das questões controvertidas.

Nos contratos entre investidor estrangeiro privado e Estado, a autonomia da vontade não se verifica em sua plenitude, porque o Estado atua em favor da sociedade defendendo seus interesses, não sendo totalmente livre para contratar, deve observar as leis e tratados que confrontem “com o poder discricionário, representado pelo que se convencionou chamar ato de príncipe”.¹⁶⁴

A liberdade contratual não é ilimitada, mesmo nos países que a permitem de forma ampla, havendo unanimidade quanto a existência de limites. É preciso estudar a cláusula de lei aplicável em conjunto com a cláusula de eleição de foro e a cláusula arbitral, sem descuidar, no caso brasileiro, das questões relativas a competência internacional da justiça brasileira.¹⁶⁵

Encontra-se na legislação civil brasileira, mais precisamente no artigo 9º da lei de introdução ao código civil (LICC), alterado em 1942, preceito relativo à determinação da lei aplicável nas relações contratuais internacionais, que prevê a regra de conexão *lex loci contractus*, ou seja, a lei do local da constituição do contrato. Portanto não permitindo, em uma primeira análise, a utilização do princípio da autonomia da vontade, contrariamente o que previa a LICC ao código civil de 1917, que utilizava a expressão “salvo estipulação em contrário”, agora suprimida.

[...] nasceu uma nova discussão na doutrina sobre a exclusão ou não do princípio, em face da supressão da expressão salvo estipulação em contrário, que antes permitia. A polêmica perdurou, pois enquanto muitos acharam que isso significava a vontade do legislador de eliminá-la, outros entenderam que a simples supressão da expressão não poderia eliminar um princípio jurídico anteriormente aceito.¹⁶⁶

Segundo Araújo, analisando algumas decisões, os Tribunais nacionais continuaram a aplicar o princípio de acordo com a lei anterior.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), decidindo acerca de um contrato de corretagem, entendeu que a obrigação considerava-se constituída no país em que fora concluído, seguindo, assim, o disposto no caput do art. 9º. Da LICC (Resp 97099, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 15.06.1998, p. 114); Outro caso envolvendo dívida de jogo contraída no exterior, o Tribunal de Alçada

¹⁶⁴ MARTINS, Eliane M. Octaviano; PASSOS, Fernando. **Contratos Internacionais com o Estado**. Disponível em: <http://www.diritto.it/archivio/1/24169.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2008.

¹⁶⁵ ARAUJO, 2002, p. 199.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 200.

de São Paulo, considerou aplicável a lei americana já que o contrato foi realizado naquele país, onde o jogo é permitido, incidindo a regra do art. 9º. da LICC.¹⁶⁷

Destaca-se no ordenamento, o artigo 421 do Código Civil brasileiro atual, o qual expressamente limita a autonomia da vontade nos contratos celebrados, enaltecendo sua função social, dizendo que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Cita-se, dispositivo importante na legislação nacional, que dispõe sobre a autonomia da vontade, inserida no artigo 2º., parágrafo 1º. da lei 9.307/96 (que dispõe sobre a arbitragem interna brasileira), podendo as partes escolher livremente “as regras de direito que serão aplicadas”, desde que seja observada a ordem pública e os bons costumes.

As partes poderão prever que a arbitragem observará os princípios gerais do direito, e as regras internacionais de comércio.

A lei 11.079 de 2004, referente à contratação pelo setor público brasileiro de sociedades empresárias do setor privado, denominadas “parcerias público-privadas” (PPP), prevê a utilização da arbitragem como mecanismo para a resolução de conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato, sendo a mesma realizada no Brasil e seguindo o disposto na lei 9.307 de 1996 (art. 11, inciso III), portanto estando presente a autonomia da vontade.

O que poderia pacificar tal questão seria a ratificação pelo Estado brasileiro da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, assinada no México em 1994¹⁶⁸, que adotou o princípio da autonomia da vontade, podendo estabelecer a lei aplicável, inclusive dispondo a possibilidade de se eleger mais de uma lei (*dépeçage volontário*), e ainda com um conjunto de princípios.¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 204.

¹⁶⁸ Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>. Acesso em: 07 fev. 2008.

¹⁶⁹ “Mesmo com a assinatura do Brasil na Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, que adotou o princípio da autonomia da vontade e traria a uniformidade desejável, ainda não houve sua ratificação. Só depois de sua entrada em vigor, o comércio no interior do mercado comum terá um DIPr uniformizado, trazendo segurança jurídica”. ARAUJO, 2006, p. 374

Conforme Araújo,¹⁷⁰ o que se destaca nessa Convenção é o seu campo de aplicação que está adstrito aos contratos internacionais. Para se considerar um contrato internacional, a sede da sociedade empresária deve ser localizada em países membros distintos; ou quando o contrato “tiver pontos de contato objetivos com mais de um Estado-parte”.

No Regulamento Geral do Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRCI), em seu artigo 42¹⁷¹ se extrai que, não havendo previsão quanto ao direito aplicável para a solução do conflito os árbitros aplicarão o direito do Estado-parte. “A Convenção consagra o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as partes são livres para escolherem o direito que se aplicará para a resolução de sua controvérsia”.¹⁷²

2.4.2 O princípio da isonomia e da consensualidade das partes.

Em uma relação contratual, nem sempre há harmonia entre as partes na elaboração das cláusulas contratuais, podendo gerar dissenso, pois uma delas poderá ser mais forte economicamente do que a outra, impondo suas regras e normas para contratar, ou seja, pode o poder econômico de uma grande sociedade empresária transnacional influir na elaboração do contrato perante um Estado, e pelo lado do Estado pode o mesmo alegar sua soberania,¹⁷³ a fim de não cumprir o avençado, portanto o consenso, nestas situações, se torna relativo.

¹⁷⁰ ARAUJO, 2006, p. 83.

¹⁷¹ Art. 42. El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas dederecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

¹⁷² SCHLEE, 2005a, p. 82-105.

¹⁷³ Este é conceito que se aplica para caracterizar o ato de príncipe como um ato de vontade coletiva, de interesse comum que deve sobrepor-se a qualquer outro interesse existente em determinado território. MARTINS, Eliane M. Octaviano; PASSOS, Fernando. **Contratos internacionais com o Estado**. Disponível em: <http://www.diritto.it/archivio/1/24169.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2008

Este é o entendimento de Huck¹⁷⁴, para o qual a soberania nem sempre será o único fator de desequilíbrio, pois em uma relação contratual que versa sobre desenvolvimento econômico, pode-se questionar qual lado realmente detém maior poder, se “o Estado contratante, normalmente subdesenvolvido e carente de habilidades para negociação no plano internacional, ou se a empresa multinacional” com toda a sua estrutura organizacional e grande capacidade negocial.

[...] a introdução do Estado como parte no contrato transformou-se em evidência maior da impossibilidade da igualdade contratual. Fenômenos dessa ordem contribuem para que sua conceituação originária se altere, passando sua categoria jurídica de situação voluntária para estatuto imposto. É a positivação da crise da noção e conceito de contrato.¹⁷⁵

Assim, a igualdade das partes é relativizada, pois o Estado, como vimos, é dotado de soberania, ou seja, ele ao invocá-la poderá “unilateralmente alterar o pactuado, pode julgar-se a si mesmo, pode impor restrições, pode fazer e desfazer”¹⁷⁶, sob a alegação de que age em defesa do interesse público.

2.4.3 O princípio da força obrigatória dos contratos em face do princípio da mutabilidade essencial

A força obrigatória do pacto também é relativa, pelo mesmo motivo exposto no item antecedente que trata do princípio da igualdade entre as partes, pois pode o Estado não cumprir com o avençado tendo liberdade para isto “pelo mesmo ato de príncipe que pactuou”.¹⁷⁷

Este entendimento é defendido por aqueles que entendem ser o contrato com o Estado um contrato administrativo¹⁷⁸, justificando a autonomia do Estado em

¹⁷⁴ HUCK, 1989, p. 25.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 75

¹⁷⁶ MARTINS, Eliane M. Octaviano; PASSOS, Fernando. **Contratos internacionais com o Estado**. Disponível em: <http://www.diritto.it/archivio/1/24169.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2008

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ “Se não é um tratado, igualmente não é um contrato corriqueiro. Suas semelhanças com o contrato administrativo são flagrantes. A possibilidade de alteração e rescisão unilateral, o fundamento no interesse público e a não-submissão desse interesse a qualquer vinculação contratual são características do Contrato com o Estado, que a teoria do contrato administrativo explica e justifica até com certa facilidade”. HUCK, 1989, p. 84.

adequar o contrato ao interesse público, se utilizando das prerrogativas inerentes a esta espécie contratual que lhe outorga poderes para rescindir unilateralmente o avençado.

A primazia maior do contrato reside no brocardo *pacta sunt servanda*, que resume o princípio da obrigatoriedade dos pactos. O relevo e a veneração ao consenso, traduzido no ajuste de vontades, levou a sociedade organizada a revesti-lo das características de "*lei entre as partes*".

Caio Mário discorre sobre o princípio antes exposto:

[...] o princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.¹⁷⁹

Atualmente, no direito internacional, nos contratos de investimento direto, devido ao longo período de execução, poderá haver revisão das disposições contratadas para amoldá-las, conforme situações surgidas, que não foram vislumbradas no momento da celebração contratual, havendo a convivência do princípio do *pacta sunt servanda* ou da *santidade dos pactos* com o *rebus sic stantibus*, "num entrosamento que permite o ajustamento gradual das relações obrigacionais a fatos futuros e incertos, mantendo as partes vinculadas ao acordo, com a preservação do espírito que presidiu ao contrato".¹⁸⁰

A aplicação do princípio *rebus sic stantibus*, em conjunto com o da estabilidade e segurança das relações contratuais, ínsitas na regra do *pacta sunt servanda*, constitui inovação na prática internacional e é fruto da dinâmica própria dos negócios internacionais. Há situações em que o produto objeto do contrato deixou de ser útil ou que o progresso tecnológico criou substitutivo mais econômico ou de utilidade maior. O fornecedor, por outro lado, pode ter realizado grandes investimentos para cumprir suas obrigações, o que torna delicada a alteração contratual, se não estiver regulada por mecanismos de adaptação precisos e equitativos.¹⁸¹

¹⁷⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed., nº 185. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 3. v. p. 6.

¹⁸⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos Internacionais. **Revista Forense**, vol. 294, São Paulo, abr./mai./jun., 1986, p. 75.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 75.

Atenta-se para o fato de que poderão existir conflitos entre os princípios da santidade dos contratos e o princípio da mutabilidade essencial, no qual aquele prevê que o pacto permanece imutável em relação ao direito nele inserido, valendo a regra que vigorava ao tempo da assinatura do termo, já este, assegura a alteração do contrato internacional por parte do Estado, quando o interesse público estiver sendo ferido, não podendo o ente público, se furtar de atender aos anseios da sociedade que representa.

A presença do Estado introduz no contrato uma característica nova, antes inimaginável: a da mutabilidade unilateral. Essa mutabilidade, ainda que contestada pela doutrina mais conservadora, fundamenta-se no compromisso político básico que o Estado tem com seus cidadãos, no sentido da preservação ou obtenção do bem comum.¹⁸²

Este entendimento é seguido por Orlando Gomes,¹⁸³ o qual afirma que o Estado sempre contrata *publica utilitas causa*, sendo que o interesse público é superior a qualquer princípio, podendo ensejar a alteração do contrato, a qualquer tempo de forma unilateral, entendimento seguido por Hendrix.¹⁸⁴

Contrário à possibilidade de alteração unilateral, Lalive¹⁸⁵ reconhece a soberania Estatal, mas a mesma não poderá ser utilizada para alterar um pacto, já que este se fundamenta no *pacta sunt servanda* e não no direito nacional do Estado contratante, lembrando que estas idéias de alteração unilateral ensejam a falta de segurança internacional que prejudica os próprios países subdesenvolvidos, necessitados de capital externo, serviços e tecnologia dos países mais desenvolvidos. O autor sugere a inserção de cláusulas de estabilização que seriam totalmente válidas neste contexto, interligando os princípios da santidade dos contratos e o da segurança jurídica.

A inobservância do princípio do direito adquirido ou da santidade dos contratos gera conflitos, pois em regra, caso haja embate, serão dirimidos se observando a lei atual, ou seja, se baseando na lei vigente, na data da ocorrência da controvérsia havida

¹⁸² HUCK, 1989, p. 22.

¹⁸³ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: RT, 1980. p. 83.

¹⁸⁴ HENDRIX *apud* HUCK, 1989, p. 77.

¹⁸⁵ LALIVE *apud* HUCK, 1989, p. 81.

entre as partes e não da lei vigente na época da contratação, não sendo adotado em regra o princípio da santidade dos contratos, o que pode desequilibrar o pacto, pois o Estado poderá alterar a lei de acordo com a sua vontade e conveniência, tornando dificultosa a execução contratual por parte do investidor estrangeiro privado.¹⁸⁶

Para se proteger, os investidores podem optar por inserir nos contratos cláusulas de estabilização conforme defendido por Lalive¹⁸⁷, visando a não alteração do pacto firmado com aplicação de nova legislação criada pelo Estado para este fim.

Huck¹⁸⁸ entende que esta cláusula não confere maior segurança aos contratos, caso o mesmo seja analisado pela “ótica do direito adquirido”, explicando que defendê-la é muito mais complexo e complicado do que defender a tese do direito adquirido, e complementa dizendo ser a mesma desnecessária em face daqueles que entendem que o contrato é regido pelo princípio do *pacta sunt servanda*, pois ferirá o direito internacional, se desta forma analisado.

O autor antes citado, encerra sua análise, dizendo que não há qualquer efeito desta cláusula (estabilização) nos contratos internacionais, pois não há relato de que um Estado tenha observado tal princípio (estabilização), denunciando um contrato ou alterando sua legislação, porque o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, reconhecido internacionalmente, suplanta tal cláusula nos contratos internacionais.

Magalhães¹⁸⁹ diz ser “inútil” tal cláusula “diante da supremacia político-institucional do Estado, cujo único freio é o risco de perda de credibilidade na esfera internacional”.

Como visto, diante deste novo conceito das relações entre os agentes participantes deste mundo globalizado, o qual o Estado é o ator principal, é inevitável que existam

¹⁸⁶ MARTINS, Eliane M. Octaviano; PASSOS, Fernando. **Contratos internacionais com o Estado**. Disponível em: <http://www.diritto.it/archivio/1/24169.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2008

¹⁸⁷ LALIVE *apud* HUCK, op. cit., p. 81, nota 184..

¹⁸⁸ HUCK, 1989, p. 106.

¹⁸⁹ MAGALHÃES, 2006, p. 304.

conflitos de interesses nos contratos de desenvolvimento firmados, devendo haver meios eficazes e efetivos de solucionar tais controvérsias.

**O PROCEDIMENTO ARBITRAL DO CIRCI -
Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias
sobre Investimentos do Banco Mundial**

DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL MISTA À CRIAÇÃO DO CIRCI

3.1 A evolução dos procedimentos para a resolução de controvérsias entre o Estado e o investidor estrangeiro privado

Historicamente, divergências ocorreram entre Estados e investidores estrangeiros privados, por aqueles não garantirem a estes, tratamento não discriminatório, pagamento de indenizações em caso de expropriação e a utilização de mecanismos de resolução de controvérsias apartado do judiciário estatal, o que levou a uma diminuição dos investimentos e uma proliferação de acordos bilaterais entre Estados.

Na América Latina, Cuba e Chile, realizaram nacionalizações de propriedades de nacionais norte-americanos, sem a devida compensação financeira, ou seja, sem o devido pagamento de indenização pelos prejuízos causados decorrentes de tais atos.¹⁹⁰

Verifica-se também os processos de nacionalização e expropriação realizadas pelos países do Irã, Cuba, Líbia, México e Venezuela nas décadas de 50, 60 e 70 em face das sociedades empresárias petrolíferas privadas internacionais.¹⁹¹

Diante dos problemas advindos dessas ações nacionalistas dos Estados contratantes em face dos investidores estrangeiros privados, em 1962 a Organização das Nações Unidas, em sua Assembléia Geral, aprovou a Resolução nº 1.803 (XVII), que permitia apenas a nacionalização em caso de tal expropriação ser fundada em motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacional, sendo garantida uma indenização “adequada”.

[...] a expropriação, ditada por utilidade pública, é instituto reconhecido desde longa data e, como já se frisou, no que toca a bens de estrangeiro, com quase unânime acolhida no Direito Internacional. Ela visa obter para o Estado bens particulares, especialmente imóveis, objetivando dar-lhe uso

¹⁹⁰ “A irresignação dos EUA com as nacionalizações feitas por Cuba, sem pagamento de indenização aos antigos proprietários norte-americanos, motivou a recente aprovação da lei Helms-Burton, que permite não só a proibição de entrada no território americano de nacionais de outros países que tenham adquirido bens expropriados, como, até, a propositura de ação nos EUA para reclamar do comprador o pagamento da indenização não paga pelo governo cubano”. MAGALHÃES, 1997, p. 13-18.

¹⁹¹ MELLO; ANDRADE, 1999, p. 148-162.

social. É o que acontece, por exemplo, com a construção de estradas, aeroportos, hospitais etc.” e nacionalização importaria em “transformações a longo prazo, ditadas não apenas por imediatas razões de utilidade pública, mas também por se inserir em plano de desenvolvimento econômico de caráter nacional e de prazo mais longo. A expropriação é individualizada, específica, imediata, ao passo que a nacionalização, mais ampla e de longo prazo, inclui-se no planejamento da atividade econômica do Estado.¹⁹²

A resolução ainda prevê, nas disputas ocorridas todos os recursos judiciais internos devem ser exauridos, bem como os mecanismos de arbitragem, a fim de esgotar a discussão da matéria controversa. Para a aprovação desta Resolução 87 países votaram, sendo que apenas a França e a África do Sul se posicionaram de forma contrária, e, 12 países socialistas se abstiveram.¹⁹³

Outra resolução foi aprovada no ano de 1974, a Resolução nº 3.281 (XXIX), denominada de Carta dos Direitos e Deveres Econômicos, esta Resolução se diferenciou da anterior por não mencionar em seu texto as expressões, “de interesse social ou segurança nacional”, no caso de expropriação, mantendo a menção ao pagamento de uma indenização “adequada”, sendo esta apurada conforme a legislação nacional, deixando de lado o Direito Internacional.

De acordo com Magalhães¹⁹⁴, “as discussões e controvérsias que geraram ambas as resoluções são frutos dos episódios de nacionalizações e desapropriações que se verificaram na época, gerando grande insegurança nos investidores estrangeiros”, portanto o intuito de tais resoluções é dotar de segurança os investimentos estrangeiros realizados nos Estados hospedeiros.

Porém, tais resoluções não garantiriam uma efetiva proteção às práticas comerciais internacionais, não tendo o investidor estrangeiro privado subjetividade para defender seus direitos no campo internacional, ou seja, em nome próprio não poderia defender seus interesses, ficando dependente da intervenção do seu Estado em face do Estado receptor do investimento, seja por meio da proteção diplomática, coação, ou até mesmo da força armada.¹⁹⁵

¹⁹² HUCK, 1989, p. 86.

¹⁹³ MAGALHÃES, 1997, p. 14.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 14.

¹⁹⁵ O chamado Convênio Drago-Porter (II Conferência da Paz, celebrada em 1907, mediante o Convênio da Haia) foi firmado a fim de evitar a utilização da força armada, por um dos Estados

Ocorre que as normas sobre proteção diplomática¹⁹⁶ exigiam que se esgotassem todos os recursos internos do Estado responsável em respeito a sua soberania (que lhe permite, se for o caso, reparar o prejuízo no plano de seu ordenamento jurídico interno).¹⁹⁷ O Estado do investidor estrangeiro privado possui total discricionariedade para decidir sobre a defesa ou não de seu nacional.

O particular pode também requerer a proteção diplomática ao seu Estado contra o Estado com o qual tem uma disputa. Neste caso, o principal problema é que o particular nunca tem direito à proteção diplomática, e a proteção de interesses econômicos depende da decisão discricionária do Estado. Assim sendo, a disputa é resolvida por uma instituição jurisdicional internacional, como por exemplo, a Corte de Justiça.¹⁹⁸

Destaca-se que Estado possui caráter social, e, dificilmente colocaria os interesses do particular sobre os seus próprios, assim, podendo ser negada a proteção ao seu nacional por tal motivo.¹⁹⁹

O jogo de interesses políticos dos Estados pode, por vezes, favorecer as empresas transnacionais, mas vale o princípio de que nenhum país estará disposto a colocar suas prioridades em segundo plano, saindo em defesa do particular. É conhecida a frase atribuída ao General Charles de Gaulle, de que 'países não têm amigos, somente interesses'. E como se sabe, nem sempre os interesses momentâneos dos Estados coincidem com os das empresas que têm sede em seus territórios.²⁰⁰

envolvidos, para a cobrança envolvendo descumprimento contratual. Este convênio não foi ratificado ou o foi com reservas pelos países latinos americanos, pois não coíbiam totalmente o uso das forças armadas, por exemplo, permitia a sua utilização caso houvesse descumprimento da sentença arbitral, bem como não limitava a arbitragem nos contratos ordinários e em caso de denegando a justiça. CHILLIDA, 1998, p. 5. Segundo Drago citado por Magalhães "o recebimento da dívida, a liquidação de seu montante, podem e devem ser feitos pala nação sem detrimento de seus direitos primordiais como entidade soberana; mas a cobrança compulsória e imediata, em um determinado momento, por meio da força, acarreta a ruína das nações mais fracas e a absorção de um governo, com todas as faculdades que lhe são inerentes, pelas potências da terra". Esposou-a o General Porter, representante dos Estados Unidos, que a apresentou à Conferencia de Haia, com modificações, mas reconhecendo a ilegalidade da coerção armada para compelir o Estado devedor a pagar débitos de sua responsabilidade. Somente se justificaria o emprego da força se, vencido em procedimento arbitral, o Estado se recusasse a cumprir a decisão ou se se negasse a submeter o caso a um tribunal internacional". MAGALHÃES, 2006, p. 131.

¹⁹⁶ Por meio da proteção diplomática o Estado defende seu próprio direito de ter os seus nacionais tratados segundo as premissas do Direito Internacional.

¹⁹⁷ Com a Carta da ONU que deu origem a Declaração dos Direitos Humanos, os direitos individuais privados perante os Estados tomaram força, dotando o indivíduo de legitimidade para atuar no foro internacional. MAGALHÃES, 1988, p. 49.

¹⁹⁸ STERN, 2003, p. 17.

¹⁹⁹ Devemos destacar que um particular não pode abrir mão da proteção diplomática, e havendo tal menção em contrato torna-se nula a presente cláusula, pois a proteção diplomática é um direito Estatal e não de cada cidadão, não podendo este abrir mão de algo que não se tem.

²⁰⁰ CRETELLA NETO, 2006, p. 213.

Verifica-se, portanto, que a proteção diplomática não reúne as melhores técnicas para a defesa dos interesses dos investidores estrangeiros privados face ao Estado que os recebe, e excluindo-se a coação e a força armada, não mais aceita nos dias atuais, surge à necessidade da criação de um procedimento viável, isento e célere que proporcione a devida segurança jurídica para o desenvolvimento das relações relativas a investimentos internacionais.²⁰¹

Em tempos remotos não seria imaginável uma disputa entre um Estado soberano e uma sociedade empresaria estrangeira privada, posteriormente os contratos entre estes entes se tornaram o meio de garantir os investimentos realizados, pois se transferia a questão do âmbito do direito internacional público para o âmbito do direito das obrigações, sendo uma alternativa a proteção diplomática.

Com a evolução verificada após a Segunda Grande Guerra e o declínio do papel do Estado na proteção dos interesses privados no exterior, o contrato tornou-se instrumento regulador das relações entre o Estado e o investidor estrangeiro. Com isso, deslocou-se a problemática da observância dos compromissos pactuados do direito internacional público, para a área obrigacional, sem eliminar as implicações da responsabilidade internacional do Estado. A rescisão dos contratos de concessão para exploração de petróleo, notadamente as realizadas pelos países árabes, resultado, posteriormente, na constituição do cartel instituído pela Organização dos Países Exportadores de Petróleo – OPEP, por eles criada, foi examinada sob esse prisma nos diversos litígios resolvidos por arbitragem. E, no entanto, em passado não muito distante, era inimaginável o confronto, no plano jurídico, entre o Estado e a empresa privada estrangeira, constrangida sempre a se socorrer da proteção diplomática do país de onde provinha, nem sempre disposto a concedê-la.²⁰²

Contemporaneamente, com a mudança da atitude dos Estados hospedeiros, mesmo que cada contratante almeje um resultado específico que sem dúvida gera interesses, havendo a partir daí conflitos, existe uma quebra de paradigma, onde o Estado vem inserindo em seus contratos com particulares a previsão da utilização dos mecanismos extrajudiciais para a resolução de controvérsias internacionais, em regra por meio da arbitragem²⁰³, o que em tempos remotos seria difícil imaginar.²⁰⁴⁻

205

²⁰¹ Fontoura Costa elenca alguns problemas relativos a proteção diplomática do investidor estrangeiro direto. FONTOURA COSTA, 2007, p. 336.

²⁰² MAGALHÃES, 2006, p. 115.

²⁰³ “A arbitragem constitui um procedimento, definido, com síntese e precisão, pelo internacionalista René David, como a técnica que visa a solucionar questões de interesses entre duas ou várias pessoas, por uma ou mais pessoas - o árbitro ou os árbitros – os quais têm poderes resultantes de

Diante dos acontecimentos, aparece com grande força na comunidade jurídica internacional, a arbitragem internacional **mista**²⁰⁶ ou **quasi-internacionais**²⁰⁷, ou seja, aquela a qual envolve um ente público frente a uma instituição privada, que servirá para garantir a isonomia entre as partes. Entretanto, faltavam regulamentos e normas eficazes para a solução dos possíveis conflitos relativos a investimentos.

Magalhães nos alerta para a diferenciação entre a arbitragem internacional e a arbitragem estrangeira.

É certo que nem sempre é fácil distinguir a arbitragem estrangeira da arbitragem internacional. A primeira resolve um litígio subordinado inteiramente a uma ordem jurídica nacional determinada, em que todos os elementos da relação jurídica controvertida estão sujeitos a essa ordem jurídica. Um contrato regido pela lei inglesa, tendo como partes pessoas domiciliadas na Inglaterra e como objeto bem ou direito também situado naquele país, é um contrato nacional, subordinado a uma lei nacional e a arbitragem que dirimir a controvérsia dele oriunda é também nacional e, assim, estrangeira para outros países. Já a arbitragem internacional

Convenção privada e decidem, com base nessa Convenção, sem estar investidos dessa missão pelo Estado". DAVID, René *apud* GARCEZ, 1999, p. 163-201.

²⁰⁴ K. R. Kiralfy citado por Torres em obra sobre o sistema inglês lembra que a arbitragem é uma instituição muito antiga. O maquinismo das cortes de justiça oficiais muito provavelmente se originou de alguma forma da arbitragem, numa prática crescente, primeiro da indução e, mais tarde, pela compelação submissiva das disputas a um árbitro imparcial em lugar das disputas de sangue. Durante a Idade Média, a arbitragem tornou-se uma prática comum aos mercadores e foi, por exemplo, adotada pelas associações da cidade de Londres. Integrantes da nobreza eram solicitados a resolver as disputas de terra, amigavelmente, pelos seus locatários e amigos. Mesmo durante tempos medievais, a condição arbitral era reconhecida, inclusive para litígios referentes a dívidas. A justiça oficial, exatamente como ocorre entre nós, tem certos poderes de controle sobre a arbitragem, "mas apenas para tornar o sistema justo e eficiente, não para torná-lo inútil". KIRALFY, A. K. R. *apud* TORRES, Antonio Carlos Esteves. Arbitragem: Estudo sobre a resistência - Soluções. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 3, n. 11. São Paulo: RT, p. 59-66, out./dez., 2006.

²⁰⁵ Estes conflitos surgem pelos interesses amplamente opostos, pois de um lado há o Investidor Estrangeiro visando especificamente a ampliação de seus negócios, buscando em regra estritamente o lucro da empresa, e a livre busca deste fim, de outro lado está o Estado zelando por sua soberania, principalmente na proteção de seus recursos naturais, e ainda enaltecendo o convívio social de seus nacionais, com a proteção do trabalho, renda, meio ambiente e demais setores que influenciam diretamente na vida das pessoas que deste Estado fazem parte.

²⁰⁶ "Enquanto que os Tribunais Arbitrais Mistos criados pelos Tratados de Paz de Versailles, Saint-Germain, Trianon, Neully e Lausanne ensejaram grande participação do particular na resolução das disputas a eles submetidas, os Tratados de Paz firmados em Paris, em 10 de fevereiro de 1947, entre os países aliados e a Itália, Romênia, Bulgária e Hungria, consideraram as controvérsias afetando interesses privados, como questões entre Estados, não reconhecendo qualidade ao indivíduo para postular, em seu próprio nome, suas pretensões." MAGALHÃES, 1988, p. 48.

²⁰⁷ Para Soares as arbitragens se dividem em internacionais, internas e **quasi-internacionais**. São **internacionais** as arbitragens entre Estados, entre estes e organismos internacionais ou entre organismos internacionais, regidas pelo direito internacional público. São **internas** as arbitragens entre particulares, que podem ser regidas pelo direito interno das partes, ou por normas do direito internacional privado. E são **quasi-internacionais** as arbitragens entre um Estado, ou uma entidade controlada pelo Estado, em face de um particular estrangeiro, sendo que uma das partes pode invocar imunidades de direito internacional. SOARES, Guido Fernando Soares. **Concessões de exploração de petróleo e arbitragens internacionais**. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 29.

soluciona controvérsia de caráter internacional, seja porque as partes possuam domicílio em diferentes países, seja porque o objeto do contrato se situe em outra ordem jurídica, seja, ainda, porque o pagamento deva transitar de um país para outro. Em outras palavras, a relação jurídica controvertida envolve mais de uma ordem jurídica nacional, embora possa ser regida por uma lei nacional.²⁰⁸

O mecanismo arbitral internacional passa a ser o ideal para resolver conflitos desta natureza, facilitando “o acesso do indivíduo aos tribunais internacionais”²⁰⁹. Com isto o ente privado passa a ter representatividade tanto na esfera jurídica nacional quanto na internacional, reduzindo a sua dependência perante o seu próprio Estado, podendo defender seus interesses em face do Estado hospedeiro.

Atualmente, a arbitragem é o mecanismo de solução de controvérsias mais utilizado no cenário de investimentos internacionais, pois é célere, específico, confidencial, e flexível na escolha dos árbitros, da lei e do procedimento aplicável ao caso concreto, privilegiando desta forma a autonomia das vontades.²¹⁰

A arbitragem, por ter o caráter misto de contrato e jurisdição, permite às partes maior liberdade na escolha da lei aplicável, seja ao procedimento arbitral, seja ao mérito do decidido, bem como o afastamento dos inconvenientes da aplicação automática da *lex fori*, nos sistemas que não permitem a autonomia da vontade.²¹¹

Trata-se de um procedimento privado, convencional, onde não há a necessidade da interferência do aparato estatal, as partes em comum acordo resolvem que qualquer divergência na relação pactuada será levada a um árbitro ou a uma câmara ou Tribunal Arbitral²¹². Portanto, as partes, por meio da cláusula de arbitragem (ou pelo

²⁰⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 99-113.

²⁰⁹ *Id.*, 1988, p. 33.

²¹⁰ PUCCI, Adriana Noemi. El arbitraje en los países del mercosur: reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros según las normas vigentes en la República Argentina, en la República Federativa del Brasil, en la República del Paraguay y en la República oriental del Uruguay. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 115-144.

²¹¹ SOARES, 1977, p. 26.

²¹² “Enquanto os juízes possuem jurisdição, ou sejam autoridade para declarar o Direito, conferida pela Constituição e pelas leis, enfim, pela comunidade, os árbitros a adquirem pela vontade das partes. São estas que, consensualmente, renunciando à autoridade jurisdicional dos juízes, criam a competência dos árbitros”. MAGALHÃES, 1988, p. 97.

compromisso arbitral²¹³), optam por resolver suas controvérsias delimitando “a matéria posta à consideração dos árbitros, o que constitui sua principal função”.²¹⁴

Mello e Andrade²¹⁵ destacam dois itens fundamentais a favor da arbitragem internacional.

(i) a confidencialidade que pode cercar todo o processo, se assim escolherem as partes, um aspecto que pode ser negocialmente essencial para os envolvidos; e (ii) a expertise dos árbitros com relação ao negócio ou ao tema em litígio, o que poderá assegurar um julgamento da causa mais consentâneo com a realidade do mercado, e não apenas e tão-somente preso a uma visão estritamente jurídica do problema.

Garcez²¹⁶ complementa, argüindo ser uma grande vantagem a possibilidade de a disputa ser dirimida em um terceiro país, totalmente neutro, não sofrendo interferências, “possibilitando ao árbitro uma aplicação mais isenta da lei ou sistema jurídico escolhido ao fundo da causa”.

Fontoura Costa²¹⁷ enfatiza, a dimensão transnacional da arbitragem “contribui com instrumentos que possibilitam a estabilização da jurisprudência e a especialização, com tendências à profissionalização, da arbitragem internacional, tanto comercial como especificamente em matéria de investimentos”.

Neste passo, papel relevante possui a UNCITRAL²¹⁸ - United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas para a Legislação

²¹³ “O Compromisso arbitral é negócio jurídico celebrado entre partes capazes, que se obrigam a aceitar a sentença do juiz não togado por elas escolhido, para dirimir o conflito de direito disponível que se formou entre elas”, e mais “[...] contratos e negócios jurídicos existem também no direito processual, razão por que alguns entendem ter o compromisso arbitral natureza mista, de direito material e processual. Como o objetivo do compromisso arbitral é excluir da cognição judicial a lide entre as partes, ou, por outras palavras, excluir, fechar as portas à jurisdição estatal, tendo relevância publicística negativa, tem prevalecido na doutrina seu caráter de negócio jurídico processual (Prozeßvertrag)”. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 107-108

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**, 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 769.

²¹⁵ MELLO; ANDRADE, 1999, p. 148-162.

²¹⁶ GARCEZ, 1999, p. 163-201.

²¹⁷ FONTOURA COSTA, 2007, p. 325-500.

²¹⁸ “A definição da arbitragem internacional contida na Lei-Modelo da UNCITRAL é a de que ela deve ser considerada como tal quando: (a) as partes tiverem o seu estabelecimento em Estados diferentes; ou (b) um dos lugares adiante referidos estiver fora do Estado em que as partes tenham seu estabelecimento, a saber: [(i) se for o lugar da arbitragem, tal como fixado na Convenção de Arbitragem ou determinável por esta, ou (ii) qualquer lugar onde deva ser executada uma parte

Comercial Internacional), que formulou uma lei modelo aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 11.12.85, a qual recomenda que os países membros efetivem suas regras, uniformizando o procedimento arbitral mundial influenciando também no Estado brasileiro.^{219,220}

Notwithstanding Brazil's skepticism towards international arbitration, one should not conclude that there is no neutral forum in which to settle contractual disputes with the State or its enterprises. The enactment of the Arbitration Act in 1996 (the arbitration act) which is inspired by the Uncitral Model Law, significantly improved the recognition of arbitration as a valid dispute settlement mechanism. The Supreme Court decision of 2001, upholding the constitutionality of the Arbitration Act, and the ratification – without reservations – of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereinafter, 'the NY Convention'), in 2002, consolidated Brazil's positive approach to arbitration.²²¹

Apesar da existência de diversas cortes arbitrais internacionais²²² e de diversos institutos que versam sobre a matéria²²³, Costa bem explicita a necessidade da

substantial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estritamente conexo] ou, ainda; (c) quando as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da Convenção de Arbitragem tem conexões com mais de um país". GARCEZ, 1999, p. 163-201.

²¹⁹ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A definição de sentença arbitral estrangeira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 3, n. 9. São Paulo: RT, p. 62-71, abr./jun., 2006.

²²⁰ "Tais regras, em 41 artigos, regulamentam os procedimentos arbitrais desde a notificação sobre a arbitragem dada pela parte que a inicia a outra até a questão do recolhimento ou depósito das custas procedimentais". GARCEZ, 1999, p. 163-201.

²²¹ "Após a Convenção de Nova York e a introdução da lei arbitral nacional em 1996, que incorporou procedimentos idealizados pela UNCITRAL, a arbitragem se consolidou no Brasil, neste sentido "o ceticismo brasileiro para arbitragem internacional, a pessoa não deveria concluir que não há nenhum foro neutro em qual resolver disputas contratuais com o Estado ou seus empreendimentos. A representação da lei de Arbitragem em 1996 (lei de arbitragem) que está inspirada pelo modelo de lei UNCITRAL, significativamente melhorou o reconhecimento da arbitragem como um mecanismo de solução de disputa válido. A decisão da Suprema Corte em 2001, apoiando a constitucionalidade da Arbitragem e sua ratificação - sem reservas - da Convenção de Nações Unidas no Reconhecimento da Execução Arbitral concedida ao Estrangeiro, e (após a Convenção de NY) em 2002, consolidando de forma positiva a arbitragem no Brasil". Tradução Livre. CREMADES, 2006, p. 46.

²²² Atualmente existe uma lista de cortes arbitrais internacionais, as mais utilizadas são: a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI, Paris, 1923); London Court of International Arbitration (LCIA, Londres, 1883); e a American Arbitration Association (AAA, Nova York, 1992).

²²³ O Protocolo de Genebra de 1923 Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 21.187, de 22 de março de 1932; a Convenção de Genebra para a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927 que "Destina-se a fazer valer nos territórios dos Estados que a ratificarem as sentenças arbitrais decorrentes das cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais referidos no Protocolo de Genebra de 1923. Não foi ratificada pelo Brasil". GARCEZ, 1999, p. 163-201.; a Convenção das Nações Unidas para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova York de 1958) (art. V, 1, d). "A Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras firmadas em Nova Iorque em 1958 (CNI), em vigor em 134 países, inclusive o Brasil, por força do decreto n. 4.311, de 23.07.2002, tiveram reflexos, ainda que indiretos no fluxo do comércio internacional. Ao ratificarem a Convenção de Nova Iorque, os países geram a confiança de que as regras serão respeitadas. Essa influência é notada pelas empresas desses países que

criação de um procedimento específico para dirimir disputas entre investidores estrangeiros privados e Estados.

[...] os mecanismos tradicionais disponibilizados pelo Direito Internacional para a solução de controvérsias das questões envolvendo interesses particulares [...] passaram a ser considerados inadequados para a composição de interesses dos investidores e dos seus Estados de origem e dos Estados receptores. A arbitragem mista internacional [...] mostrou-se o método mais eficaz de solução de controvérsias. Entretanto, como a arbitragem do tipo *ad hoc*²²⁴, apresenta incertezas em relação a lei aplicável, e limites na sua eficácia, em razão da execução nacional do laudo internacional e da imunidade estatal, a criação de uma instituição permanente que administrasse a realização das arbitragens mistas e fixasse regras procedimentais adequadas para a situação particular da arbitragem privada com o Estado apareceu como necessária aos olhos de alguns.²²⁵

Diante da necessidade de se ter um procedimento específico para a resolução de conflitos entre Estado e investidor estrangeiro privado, que contemplasse o afastamento do caráter político e que resolvesse algumas questões, tais como, a lei aplicável, a soberania do Estado hospedeiro, notadamente quanto a sua imunidade de execução, o Banco Mundial, por meio da Convenção de Washington, criou um procedimento específico para a solução de conflitos advindos de investimentos, denominado de **ICSID (sigla em inglês) – International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ou **CIRCI**²²⁶ - **Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos**, que visa à pacificação de conflitos privilegiando a vontade das partes.²²⁷

consideram os parceiros comerciais confiáveis e seguros”. LEMES, 2007, p. 181. Por fim a Convenção de Genebra de 1961.

²²⁴ Segundo GARCEZ, a arbitragem *ad hoc* é quando as partes ajustam “a solução arbitral de suas controvérsias através de metodologia própria, criada ou adotada livremente entre elas em decorrência de suas necessidades ou das peculiaridades que desejem imprimir a este mecanismo”. GARCEZ, 1999, p. 163-201.

²²⁵ COSTA, 2007, p. 96

²²⁶ Encontra-se, ainda, as siglas: CIADI em espanhol – El Cento Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones; e CIRDI em francês - Centre Pour Lê Reglement Dês Differends Relatifs Aux Investissements.

²²⁷ COSTA, op. cit., p. 97, nota 224.

3.2 A criação de um mecanismo específico para a resolução de controvérsias relativas a investimentos entre Estado e o investidor estrangeiro privado

Diversas são as justificativas que levaram a criação de um sistema institucionalizado de natureza internacional para a solução de controvérsias em matéria de investimentos. Dentre as quais destaca-se:

Em primeiro lugar, o aumento do fluxo de investimentos de sociedades empresárias transnacionais em países em desenvolvimento que efetivaram privatizações, ocorridas nas últimas décadas, podendo surgir conflitos de interesses entre este investidor e o Estado que os recebe.²²⁸

Seguido, da ausência de representatividade jurídica internacional da sociedade empresária transnacional frente ao Estado hospedeiro, tendo que se socorrer da proteção de seu Estado para a defesa de seus interesses.

A morosidade na resolução das controvérsias pelos métodos tradicionais, também é uma justificativa, pois, as disputas por meio destes procedimentos (proteção diplomática e Tribunal local) perduravam durante anos sem uma solução, havendo uma resistência do investidor estrangeiro privado em contratar com um Estado.²²⁹

²²⁸ Como exemplo, citamos as divergências na escolha do melhor método a ser utilizado para a solução de controvérsias entre o Estado e o investidor estrangeiro privado do setor petrolífero, onde aquele pretende utilizar a sua própria jurisdição e este prefere que tais disputas sejam dirimidas em países com tradição no setor. “[...] a eleição da lei aplicável e do método para a solução de conflitos nos contratos internacionais de exploração e produção de petróleo suscita, na maioria das vezes, intensas negociações entre as partes envolvidas, uma vez que, de um lado, o governo do país ou sua empresa estatal, detentores dos recursos naturais, busca submeter a relação jurídico-contratual e as eventuais controvérsias daí surgidas à jurisdição de seus tribunais e a sua legislação nacional e, de outra parte, as companhias petrolíferas, com o objetivo de proteger seus investimentos, desejam que essas controvérsias sejam apreciadas em jurisdições e segundo as leis de países ou de locais com forte tradição no setor petrolífero, casos da Inglaterra e dos Estados do Texas e da Louisiana, nos EUA, ou, alternativamente, o Estado de Nova York, por ser este último um grande centro comercial e financeiro mundial”. MELLO; ANDRADE, 1999, p. 157.

²²⁹ “Os participantes do comércio internacional temem o procedimento e os juízes estatais. Temem o procedimento por seus ritualismos, sua publicidade, sua lentidão e seu custo: temem os juízes por uma falta de tempo e de especialização para resolver os casos, e por sua identificação nacional com uma das partes em litígio”. STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996. p. 297.

E por fim, a ocorrência de inúmeras consultas realizadas ao presidente do Banco Mundial por parte de governos e investidores internacionais, para a indicação de árbitros que resolvessem as suas diferenças.²³⁰

No ano de 1963, alguns diretores do Banco Mundial propuseram a realização de reuniões para discussões sobre o assunto (solução de conflitos entre investidor estrangeiro e o Estado receptor), a fim de elaborar um documento que atendesse aos anseios mais amplos, objetivando a maior adesão possível dos Estados.

Em 18 de março de 1965, por meio de uma Convenção em Washington que entraria em vigor em 14 de outubro de 1966, foi criado o Convênio ICSID/CIRCI - Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos, pessoa jurídica de direito internacional²³¹⁻²³², gozando de imunidades, isenções e privilégios específicos (art. 19 a 24 do Regulamento Geral).²³³

Tanto o crescimento consistente do número de casos no ICSID – ademais da sólida utilização de instituições privadas e tribunais *ad hoc* – quanto os indicadores de formação de uma jurisprudência arbitral e da especialização profissional em torno das controvérsias em matéria de investimentos estrangeiro apontam, portanto, a um ambiente em que cada vez mais a via internacional seja divisada como alternativa normal e razoável para a solução de controvérsias entre investidores e Estados.²³⁴

Fontoura Costa²³⁵ ratifica, o grande movimento de privatizações a partir da década de 90; o aumento de tratados bilaterais que versem sobre investimentos; e por fim a “afirmação da competência do ICSID a partir da autorização dada pelo Estado em

²³⁰ SCHLEE, 2005a, p. 82-105.

²³¹ Conforme extraímos do art. 18 do Regulamento Geral do CIRCI.

²³² “É interessante notar o esforço que o governo americano desenvolve junto a seus tribunais judiciários para ver reconhecidos o caráter internacional do Centro de Arbitragem e afastar eventuais implicações do Foreign Sovereign Immunities Act, que considera submetido à jurisdição americana o evento ocorrido no território dos Estados Unidos; ou seja, o fato de um Estado aceitar a cláusula arbitral de acordo com as normas do Centro de Arbitragem, desenvolvendo-se esta na sede do Centro, em Washington, não deve ser considerado como renúncia à imunidade de jurisdição e submissão as Cortes Americanas”. MAGALHÃES, 1988, p. 57.

²³³ O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI) foi criado pela Convenção de Washington sendo vinculado ao Banco Mundial. O Banco Mundial compreende-se em cinco organizações: O BIRD (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento); A Associação de Desenvolvimento Internacional (International Association Development - IAD); a Corporação Financeira Internacional (IFC); a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) e o Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRCI).

²³⁴ FONTOURA COSTA, 2007, p. 351.

²³⁵ *Ibid.*, p. 341.

um BIT no caso AAPL contra Sri Lanka, em laudo de 1990”, foram os grandes impulsionadores do CIRCI.

Na prática atual, se observa uma internacionalização acelerada do regime dos investimentos estrangeiros, o que se traduz num aumento dos tratados bilaterais e multilaterais prevendo estes a arbitragem internacional como meio de solução de controvérsias.

A habitual menção ao CIRCI, nestes tratados, proporciona um elemento de conexão com o sistema da Convenção de Washington. Devido à grande variedade de participantes, existe uma diversidade de leis para serem aplicadas e utilizadas, pois estaremos diante de tratados multilaterais, bilaterais e contratos realizados entre as partes, portanto “nunca é demais lembrar que, exatamente por estar amplamente vinculada às temáticas econômicas, a arbitragem entre investidor e Estado toca diversas áreas relacionadas a questões públicas e sociais”.²³⁶

Desta forma, a arbitragem entre um Estado e uma sociedade empresária estrangeira, baseada em uma Convenção internacional, como a de Washington, é a forma mais elaborada de proteção aos investimentos estrangeiros.

O Convênio CIRCI foi considerado, durante muito tempo, como a contribuição mais específica do Grupo do Banco Mundial ao desenvolvimento de normas jurídicas sobre os investimentos estrangeiros diretos.

Um dos pontos que se destaca no CIRCI é o que estabelece a capacidade de um investidor estrangeiro privado integrar uma relação jurídica em face de um ente estatal, reconhecendo um indivíduo (pessoa física ou jurídica) como pessoa de direito internacional.²³⁷ Já que o CIRCI “permite acesso direto do particular para litigar em nome próprio a um tribunal internacional”.²³⁸

²³⁶ FONTOURA COSTA, 2007, p. 353.

²³⁷ PEREIRA, Celso de Tarso. O centro internacional para a resolução de conflitos sobre investimentos (CIRC-ICSID). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 35, n.140, p. 87-93, out./dez 1998.

²³⁸ SCHLEE, 2005a, p. 83.

Para Costa²³⁹ a Convenção possui dois grandes propósitos “o de proteção do investimento estrangeiro atrelando-o ao desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento; e o de tornar a arbitragem entre investidor e Estado o novo padrão internacional de solução de disputas envolvendo investimentos”.

Destaca Cretella Neto²⁴⁰, um dos objetivos do Centro é “colocar a disposição das partes suas instalações, com o propósito de forjar um clima de confiança mútua entre os Estados e os investidores estrangeiros”.

Para Magalhães, o Convênio tem por objetivo “propiciar mecanismo internacional de solução de controvérsias que assegure aos Estados e aos particulares, que com eles contratem, solução imparcial e justa de suas controvérsias, relacionadas com investimentos internacionais”.²⁴¹

Este mecanismo de solução de disputas, entre investidores particulares e o Estado, também foi idealizado para proporcionar maior segurança jurídica, oferecendo aos mesmos um procedimento para a proteção de seus interesses caso haja algum dano causado por uma das partes. Nas palavras de Costa²⁴², o CIRCI tem como função “facilitar a solução pacífica de controvérsias sobre questões envolvendo investimentos entre governos e investidores estrangeiros através da conciliação e da arbitragem.”

Porém, os artigos do regulamento, não contemplam nenhuma referência às normas de fundo sobre o tratamento e a proteção dos investimentos estrangeiros, limitando-se sua contribuição à solução das controvérsias entre Estados e nacionais privados de outros Estados.

Contudo, os Estados não concordariam em dispor do seu atributo de soberania, e para evitar a rejeição total à Convenção, foi previsto em seu regulamento, notadamente no artigo 55, que o Estado mantém a sua imunidade relativa a matérias de execução, e ainda que mesmo assinando a Convenção, é livre para

²³⁹ COSTA, 2007, p. 102.

²⁴⁰ CRETELLA NETO, 2006, p. 253

²⁴¹ MAGALHÃES, 1988, p. 57.

²⁴² COSTA, op. cit., p. 93, nota 238.

ratificá-la ou não, pois somente com a ratificação estaria apto a consentir a sua participação num procedimento arbitral, e ainda pode prever que a lei nacional será utilizada pelo Tribunal constituído para a resolução do conflito.

No âmbito externo, dispor do atributo de soberania significa outra coisa. Quando a soberania se refere ao Direito Internacional, confere aos Estados um poder independente, que não admite subordinação e a nenhum outro poder, mas que se compartido por muitos entre iguais, todos os quais dispõem do atributo da soberania; no campo internacional coexistem muitos soberanos, os quais, ao ter que se relacionar, criam um sistema de coordenação, desenvolvido a partir das idéias de compromissos mútuos e obrigações de cumprim-los de boa-fé.²⁴³

Com estas inserções normativas, o CIRCI foi bem acolhido pela comunidade internacional, tanto pelos investidores estrangeiros privados quanto pelos países receptores de tais investimentos.

Destaca-se que o Brasil não assinou a Convenção, porém já a previu como alternativa de solução para suas controvérsias nos “contratos de reestruturação de sua dívida externa” em 1982, conforme destaca José Carlos de Magalhães.²⁴⁴

O consultor jurídico do Ministério das relações exteriores à época, Dr. Augusto de Rezende Rocha, desaconselhou o Brasil a assinar a Convenção do CIRDI alegando que “o Centro, ao se concentrar na resolução de disputas entre particulares e governos, favoreceria a posição dos investidores e consagraria o imperialismo econômico e financeiro ainda que disfarçadamente”. Entendia ainda que os Estados sofreriam pressões que afetariam a sua Soberania, “posto que consagravam e institucionalizavam o estado de tensão existente entre economias dominantes e dominadas”, dizia que “o sistema CIRDI pressupunha a suspeição e a parcialidade das instituições jurídicas e judiciárias do país que acolheu o investidor”, o que as tornaria inaptas a solucionar controvérsias sobre investimentos, tornando necessária a solução arbitral.²⁴⁵

O CIRCI alcançou sucesso, possuindo atualmente 155 (cento e cinqüenta e cinco) Estados membros, sendo que destes 143 (cento e quarenta e três), depositaram o documento de ratificação.²⁴⁶

²⁴³ VIGNALI, Heber Arbué. **O atributo da soberania**. Brasília: Senado Federal, 1995. p. 20.

²⁴⁴ MAGALHÃES, José Carlos. Solução de controvérsias privadas: o papel das cortes de arbitragem internacionais e dos tribunais nacionais. In AMARAL JUNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michele Ratton (Orgs.). **Regulamentação internacional dos investimentos**. p. 373-396. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 374.

²⁴⁵ COSTA, 2007, p. 93.

²⁴⁶ Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>. Acesso em: 29 abr. 2008. Atualizado até 04 de novembro de 2007.

3.3 A sistemática de funcionamento do CIRCI

A princípio, deve-se esclarecer que o CIRCI não é de fato um Tribunal Arbitral, mas “uma instituição destinada a fornecer instrumentos para a arbitragem entre Estados e investidores privados”, ou seja, o Centro auxilia àqueles que necessitam de um procedimento arbitral para a resolução de seus conflitos.

O Centro é composto por um conselho, o qual faz parte todos os Estados membros nele inscritos, porém como a lista é extensa, e, para facilitar e agilizar os trabalhos, foi criado um secretariado que tem a função de gerir o CIRCI, tendo o Secretário Geral²⁴⁷ um papel de grande relevância.

O Convênio possui como premissa ser uma ferramenta ágil, com a função de fomentar os investimentos estrangeiros privados, principalmente nos países em via de desenvolvimento, bem como nos demais países membros, fornecendo aos contratantes, mecanismos eficazes e capazes de solucionar conflitos de forma isonômica, enaltecendo a liberdade contratual bem como o direito de propriedade.

El Convenio de Washington constituía ya entonces un instrumento creado por el Banco Mundial con el propósito de emprender, em cierto sentido, una recomposición Del Derecho internacional erosionado por aquellos Estados que lo rechazaban, reforzando los principios de la libertad contractual y de la propiedad privada em las relaciones internacionales entre Estados y sociedades empresárias extranjeras.²⁴⁸

O funcionamento do Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias relativas a Investimentos, segue as normas do Convênio sobre a Resolução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, que foi elaborado pelos Diretores executivos do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) - International Bank for Reconstruction and Development (IBRD).

²⁴⁷ Atualmente Mr. Nassib G. Ziadé.

²⁴⁸ CHILLIDA, 1998, p. 12.

Estas normas são compostas de: a) um Regulamento Geral - RG (p. 07), b) Informes dos diretores executivos do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento relativos ao Convênio - INF (p. 35); c) um Regulamento Administrativo Financeiro - RAF (p. 51); d) pelas Regras Processuais aplicáveis a iniciação dos procedimentos de conciliação e arbitragem - RPI (p. 73); e) por Regras Processuais aplicáveis aos procedimentos de Conciliação - RPC (p.81) e Arbitragem - RPA (p. 101), f) e por fim temos o Regulamento de Mecanismos Complementares (RMC). Esta disponível em três idiomas oficiais, inglês, francês e espanhol, no presente trabalho utilizar-se-á o regulamento espanhol.²⁴⁹

Para a formação de um Tribunal Arbitral, a parte, Estado ou investidor estrangeiro privado, deve enviar ao Secretário Geral um pedido, que deverá conter a identificação das partes; a data em que consentiram levar seus conflitos ao procedimento do Centro; qual a nacionalidade do investidor; e a descrição sobre a controvérsia, demonstrando se tratar de matéria relativa a investimentos. Esta solicitação deve ser feita por escrito em um dos idiomas oficiais.

O Secretário Geral, ao receber tal pedido, fará uma análise prévia para averiguar se a disputa está inserida na jurisdição do Centro; verifica o pagamento das custas, e sendo confirmada, encaminhará uma cópia à parte requerida registrando o pleito.²⁵⁰

251

De acordo com a vontade das partes o Tribunal poderá ser constituído por um árbitro ou por um número ímpar de árbitros. Caso não haja acordo prévio, o Tribunal será necessariamente constituído por três julgadores, sendo que o terceiro será o presidente.

O prazo para a constituição do Tribunal é 90 (noventa) dias contado da notificação do registro do pedido inicial. Não sendo instaurado o Tribunal por iniciativa das

²⁴⁹ O Regulamento do CIRCI está disponível no site oficial do Centro. Consultado em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>. Acesso em: 03 mai. 2008.

²⁵⁰ Art. 36 do Regulamento Geral (RG) e regras n. 2 e n. 5 do Regras Processuais de Iniciação (RPI).

²⁵¹ O artigo 41 do Regulamento Geral do CIRCI prevê que o Centro tem competência para decidir a sua jurisdição.

partes o presidente indicará os árbitros, dentre os nomes constantes no “Painel de Árbitros” do CIRCI, eles não poderão ter a nacionalidade das partes.²⁵²

O Centro também possui uma lista de árbitros²⁵³ para facilitar a escolha das partes do melhor árbitro para o caso concreto, já que aquele que compõe a lista tem o aval do Centro, lembrando por fim que as partes têm total liberdade na escolha de seus “julgadores”.^{254_255}

Uma vez constituído o Tribunal o mesmo terá o prazo de 60 (sessenta) dias para realizar a sua primeira sessão, salvo se os litigantes acordarem outro prazo. O local de instalação será na sede do CIRCI, desde que, as partes não tenham optado por outro local previamente aprovado pelo Tribunal²⁵⁶. Havendo negativa do Tribunal as sessões necessariamente serão realizadas na sede do CIRCI. As datas das reuniões serão marcadas pelo presidente do Tribunal.²⁵⁷

As sessões serão realizadas por meio de audiências privadas, privilegiando o sigilo, pois podem envolver questões de grande relevância institucional e financeira, e serão dirigidas pelo presidente do Tribunal. Para a deliberação do Tribunal é exigível a maioria dos árbitros presentes. As abstenções serão consideradas votos contrários.²⁵⁸

²⁵² Art. 37 e 38 do Regulamento Geral (RG)

²⁵³ Podendo ser chamada de “Painel de Conciliadores” e “Painel de Árbitro” conforme artigo 12 do Regulamento Geral (RG) do CIRCI.

²⁵⁴ “O primeiro caso submetido ao ICSID foi o Holliday Inns S.A. and others vs. Morocco (Case nº ARB/72/1), no qual a matéria discutida versava sobre uma joint venture para a construção e operação de hotéis da cadeia naquele país. Em 13.01.1972 foi solicitada a constituição de um primeiro tribunal arbitral, o que ocorreu, efetivamente, em 28.03.1972. Não tendo prosseguido no caso, foram por duas vezes reconstituídos os tribunais arbitrais, sempre compostos por três árbitros, em 28.10.1976 e 14.04.1977. As partes chegaram a um acordo e o procedimento arbitral foi descontinuado em 17.10.1978, por solicitação das partes, segundo o Artigo 43 (1). A primeira sentença arbitral, no âmbito da Convenção no entanto, somente foi proferida, em 29.08.1977, no caso Adriano Gardella S.p.A vs. Cote d’Ivoire (Case Nº ARB/74/1). A solicitação para a constituição do tribunal arbitral ocorrera em 06.03.1974 e este foi constituído em 07.10.1974, e reconstituído, sempre com três árbitros, em 07.08.75 e em 28.04.1976. A sentença foi proferida em francês e a tradução em língua inglesa encontra-se em ICSID Rep. 283 (1993)”. CRETELLA NETO, 2006, p. 254.

²⁵⁵ Após a notificação das partes, e das escolhas dos árbitros (com a aceitação destes) é constituído o Tribunal Arbitral, nas regras processuais sobre arbitragem de ns. 7 a 12 estão descritos os procedimentos relativos a substituição dos árbitros nos casos de renúncia, falecimento e incapacidade.

²⁵⁶ Regulamento Geral art. 63 e regra n. 13 das Regras Processuais sobre Arbitragem (RPA).

²⁵⁷ Regra n. 14 das Regras Processuais sobre Arbitragem (RPA).

²⁵⁸ Regras de ns. 14, 15, 16 das Regras Processuais sobre Arbitragem (RPA)

Há expressa menção no artigo 43 do Regulamento Geral, o Tribunal pode solicitar às partes documentos ou quaisquer outros meios de provas, desde que deliberem a respeito.

As medidas cautelares ou provisionais poderão ser tomadas para a salvaguarda dos direitos das partes, porém poderão acordarem a exclusão de tais medidas, conforme disposto no artigo 47 do Regulamento Geral.

Após a conclusão de todos os ritos iniciais é dada seqüência ao procedimento ordinário havendo as atuações escritas e orais, oitiva de testemunhas e apresentação dos laudos periciais, caso existam, sendo divididas as etapas.²⁵⁹

A parte requerente elaborará um memorial contendo: os fatos pertinentes, uma declaração do direito aplicável, e os pedidos. Caberá contestação, seguida de réplica, podendo haver resposta a esta.²⁶⁰

As atuações orais serão realizadas em audiências, podendo haver questionamentos pelos membros do Tribunal aos envolvidos, testemunhas, peritos e eventualmente procuradores.²⁶¹

Caberão exceções preliminares à jurisdição do Centro, caso, alguma das partes, argua a ausência de um dos requisitos procedimentais do Convênio. A exceção deve ser oposta ao Secretário Geral, antes do vencimento do prazo fixado para a apresentação do memorial de contestação. O Tribunal pode, de ofício, e, a qualquer tempo deliberar sobre sua competência ou jurisdição. Este poderá, ainda, suspender o procedimento, até que a decisão da exceção seja julgada, ou julgá-la juntamente com o mérito final, proferindo um laudo arbitral²⁶² único sobre a questão.²⁶³

²⁵⁹ Regra n. 29 das Regras Processuais sobre Arbitragem (RPA)

²⁶⁰ Regra n. 31 das Regras Processuais sobre Arbitragem (RPA)

²⁶¹ Regra n. 32 das Regras Processuais sobre Arbitragem (RPA)

²⁶² Observa-se que o Regulamento Geral denomina a decisão dos árbitros de laudo arbitral e não de sentença arbitral como em algumas leis de alguns países. Soares entende que o termo sentença arbitral é "perfeito sinônimo de laudo arbitral". SOARES, 1977, p. 19.

²⁶³ Regra n. 41 das Regras Processuais sobre Arbitragem (RPA)

Poderá a parte no prazo de 30 dias após a constituição do Tribunal Arbitral, ou antes da primeira sessão opor uma exceção relativa a manifesta falta de mérito jurídico de uma reclamação, especificando precisamente o fundamento de tal alegação, o Tribunal dará a parte contrária prazo para tecer seus comentários e posteriormente julgará em sua primeira sessão notificando as partes o que for decidido. (regra n. 41 (5) da RPA).

Está descrito nas regras processuais arbitrais de n. 42, se uma parte não comparecer ou deixar de cumprir alguma etapa do procedimento, a outra parte, poderá, a qualquer momento, e antes do encerramento do procedimento, requerer ao Tribunal que resolva as questões, independentemente de manifestação, decidindo a controvérsia. Por sua vez, o Tribunal, notificará a parte faltante de tal pleito, concedendo um prazo para o seu pronunciamento, não superior a 60 dias.

Duas situações podem ocorrer, tendo a parte “rebelde” deixado de apresentar um documento dentro do prazo, será fixado um novo prazo para apresentação. Se houver não comparecido a uma audiência, esta será remarcada.

Mantendo-se inerte a parte faltante, os fatos alegados pela parte requerente não serão considerados admitidos pela parte ausente. O Tribunal analisará a demanda e verificará se as alegações de fato e de direito estão bem fundamentadas, pode ainda o Tribunal, caso não convencido, solicitar mais explicações a parte requerente.

O laudo arbitral²⁶⁴ final, deverá ser elaborado no prazo de 120 (cento e vinte) dias, podendo tal período ser ampliado por mais 60 (sessenta dias) dias.

O laudo arbitral conterá necessariamente: a identificação precisa das partes; uma declaração de que o Tribunal tenha sido constituído em conformidade com o que dispõe o Convênio, a descrição da forma de sua constituição; os nomes dos membros escolhidos para compor o Tribunal; os nomes dos prepostos, conselheiros

²⁶⁴ Os laudos arbitrais “refletem um fenômeno jurídico único: decisão proferida por pessoas eleitas pelas partes, e que destas tenham recebido competência de julgar um litígio futuro (cláusula compromissória, também chamada arbitral, inserida em um contrato) ou receberam aquela competência, em litígio ocorrido na ocasião (compromisso, que é contrato especial de submeter uma pendência à arbitragem *ad hoc*). SOARES, 1977, p. 20.

e advogados das partes; as datas e lugares em que se realizaram as sessões do Tribunal; um resumo do procedimento; um resumo dos fatos com as pretensões das partes; a decisão fundamentada do Tribunal; e a decisão do Tribunal sobre as custas processuais. Por fim, os árbitros que votaram favoravelmente deverão assinar o laudo com a respectiva data, podendo ainda cada árbitro juntar a sua opinião individual.²⁶⁵

Conforme a regra processual de n. 48 aplicada à arbitragem haverá a comunicação às partes com o envio do laudo autenticado pelo Secretário Geral, que certificará a data do envio, data que servirá de base para início da contagem do prazo para a interposição de recursos.

As regras sobre os procedimentos recursais de esclarecimento, revisão ou anulação estão descritas na Seção 5 em seus artigos de ns. 50 a 52 do Regulamento Geral.

O artigo 50 do Regulamento Geral dispõe sobre os procedimentos relativos a esclarecimentos que serão requeridos por escrito e dirigidos diretamente ao Secretário Geral. Este recurso poderá ensejar a suspensão da execução do Laudo Arbitral.

A revisão do laudo arbitral poderá ser requerida também por escrito, desde que apareça algum fato novo e que possa influir no resultado final do laudo, deverá ser observado se houve negligência da parte requerente por tal desconhecimento. A petição deve ser apresentada no prazo de 90 (noventa) dias a se contar da data da ciência do fato, ou em todo o caso nos 3 (três) anos seguintes a decisão arbitral.

Se possível, os requerimentos de esclarecimento e revisão do laudo arbitral serão analisados pelo mesmo Tribunal que o proferiu, caso contrário outro Tribunal será constituído conforme a seção 2 do capítulo IV do Regulamento Geral.

O laudo arbitral não está sujeito a anulação por um Tribunal nacional, porém pode ser anulado por um conselho do próprio Tribunal Arbitral, composto por três

²⁶⁵ Regra n. 46 e 47 das Regras Processuais sobre Arbitragem

juízes escolhidos do painel de árbitros apontados pelo presidente, que não tenha participado do procedimento a ser anulado.

Una de las características del sistema arbitral Del CIADI reside en La previsión de una instancia internacional para examinar la validez del laudo arbitral mediante un recurso de anulación que puede presentar cualquiera de las partes fundándose en causas tasadas en el Convenio. La existencia de este recurso da coherencia al sistema arbitral del CIADI en su carácter autónomo dado que constituye el complemento del régimen simplificado de reconocimiento y ejecución de laudos.²⁶⁶

A anulação está prevista no artigo 52 do Regulamento Geral, que elenca as suas possíveis causas, dentre as quais: a) que o Tribunal tenha sido constituído de forma incorreta; b) que o Tribunal tenha extrapolado suas competências; c) que seja comprovada corrupção de algum membro; d) que haja a inobservância de alguma norma de procedimento; e) que não tenham sido expressadas no laudo as suas fundamentações.

STERN²⁶⁷ complementa dizendo que “uma divergência séria da lei aplicável ao mérito não é fundamento para a anulação. Tampouco há controle em relação à ordem pública, estando este conceito estreitamente ligado à soberania do Estado, e estando o sistema do ICSID (CIRCI) completamente fora do alcance dos Estados”.

Chillida elenca algumas disputas que utilizaram o procedimento de anulação contra a decisão dos árbitros.

En el asunto *Klockner c. Camerún*, tras una primera anulación por um Comité formado por Pierre Lalive, Ahmed El-Koscheri e Ignaz Seidl-Hohenveldern, se constituyó un segundo tribunal y su laudo fue recurrido de nuevo en anulación por las dos partes, siendo rechazada por el segundo Comité *ad hoc* en una decisión inédita de 4 de junio de 1990. En el asunto *Amco c. Indonesia* ocurrió algo similar ya que tras una primera anulación del primer laudo por un Comité formado por Ignaz Seidl-Hohenveldern, Florentino Feliciano y Andrea Giardina, el laudo y el ‘laudo complementario’ del segundo tribunal fue también objeto de recusos de anulación planteados por cada una de las partes, siendo esta vez estimado el recurso de Indonesia respecto al laudo complementario, por un Comité formado por Sompong Sucharitkul, Arghyrios Fatouros y Dietrich Shindler. El laudo dictado en el asunto *Mine c. Guinea* fue anulado parcialmente por el Comité formado por Sompong Sucharitkul, Aron Broches y Keba Mbaye, pero no hubo lugar a un segundo procedimiento porque las partes llegaron a un acuerdo amistoso. Por último, el recurso de anulación presentado en el

²⁶⁶ CHILLIDA, 1998, p. 200.

²⁶⁷ STERN, 2003, p. 103.

asunto SPP c. Egipto fue retirado después de que las partes llegaron a un acuerdo.

Sendo anulado o laudo final, este poderá ser novamente submetido ao CIRCI.

Confirmado o laudo arbitral, este em regra não precisaria ser executado, conforme se extrai do artigo 54 do Regulamento Geral, pois, “todos os Estados contratantes deverão reconhecer que as sentenças proferidas de acordo com esta Convenção são vinculantes e executar as obrigações pecuniárias impostas pela sentença como se esta fosse uma sentença final de um tribunal do Estado”, assunto a ser tratado com maior profundidade adiante.

Porém, dificuldades certamente serão encontradas quando o vencedor for o particular, pois, via de regra, as normas da Convenção não podem suplantar a soberania de um Estado, para compeli-lo a cumprir a decisão arbitral, podendo este se beneficiar das imunidades, que a Convenção, num primeiro momento, não conseguiu eliminar, já que o artigo 55 do Regulamento Geral prevê a manutenção da imunidade de execução do Estado contratante.²⁶⁸

3.3.1 A jurisdição arbitral do CIRCI.

O termo jurisdição²⁶⁹ utilizado pelo CIRCI não tem uma conotação de jurisdição estatal, criada por lei, mas específica à arbitragem criada pela vontade das partes, segundo o informe dos Diretores Executivos, em seu artigo 22, o termo é uma expressão adequada para indicar quais os limites de atuação do Centro.

²⁶⁸ “Alguns autores assinalam que o fato de a Convenção de Washington ter mantido o reconhecimento à imunidade de execução em favor do Estado respondeu ao momento histórico em que se elaborou referida Convenção. Teria sido quase impossível estabelecer a renúncia tácita à imunidade de execução dos Estados, pois muitos países em desenvolvimento teriam-se recusado a ratificar a Convenção”. LUZZATO, Ricardo *apud* PUCCI, 2003, p. 259.

²⁶⁹ Para um maior aprofundamento sobre o conceito de jurisdição estatal ver relevante obra de SILVA, Ovídeo A. Baptista. **Jurisdição e Execução**: na tradição romano-canônica. São Paulo: RT, 1996. Vide também obra de CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

Pucci²⁷⁰, verifica que não só o termo jurisdição é utilizado nas traduções oficiais dos regulamentos, em inglês, francês e espanhol, pois no texto em francês, há menção ao termo “competência” do Centro, diferentemente do texto em inglês e espanhol que utiliza a expressão jurisdição. Portanto as duas expressões são utilizadas para dizer qual o limite em que o Centro pode atuar.

Em obra sobre o tema Carneiro cita Galeno Lacerda²⁷¹ para o qual jurisdição é “a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto” considerando “também atividade jurisdicional a decisão das questões (i.e. dos pontos controvertidos, de direito ou de fato) ao longo do processo”. Competência seria a “medida da jurisdição”, ou seja, o limite jurisdicional.²⁷²

Didier conceitua jurisdição²⁷³ como a “realização do direito em uma situação concreta, por meio de terceiro imparcial, de modo criativo e autoritativo (caráter inevitável da jurisdição), com aptidão para tornar-se indiscutível” e competência²⁷⁴ é “exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei”, e complementa dizendo que “é o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição”.

Portanto, para o CIRCI, não há uma divisão clara entre jurisdição e competência, em regra, “utiliza-se a expressão ‘jurisdição’ para o Centro e ‘competência’ para as funções da comissão conciliadora ou para o tribunal arbitral”²⁷⁵, os limites de atuação estão no Capítulo II do Regulamento Geral, em seus artigos de n. 25 a 27.

No artigo 25 do Regulamento Geral se encontra as condições preliminares para a instalação do procedimento arbitral conforme os mecanismos do CIRCI, sendo elas:

a) Condição *ratione personae*: a disputa deve opor um Estado ou alguma subdivisão

²⁷⁰ PUCCI, 2003, p. 236.

²⁷¹ LACERDA apud CARNEIRO, 1997, p. 4.

²⁷² CARNEIRO, 1997, p. 47.

²⁷³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. Ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2007. 1. v. p. 65.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 93.

²⁷⁵ SCHREUER apud COSTA, 2007, p. 108.

política ou organismo público desse Estado contratante e uma pessoa natural ou jurídica nacional de outro Estado membro da Convenção; b) Condição *ratione materiae*: a disputa deve versar sobre uma controvérsia jurídica advinda de um investimento estrangeiro; c) Condição *ratione voluntatis*: o consentimento deve ser dado pelas partes e por escrito.

a) *Premissa Ratione Personae*

Esta premissa, se refere à pessoa que estará apta a integrar um dos pólos da disputa, podendo ser uma pessoa física ou jurídica nacional de um Estado conveniado, e de outro o Estado contratante, “o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado”²⁷⁶, também conveniado.

A nacionalidade da pessoa física deve ser diferente da nacionalidade do Estado parte na disputa, pois o Tribunal não solucionará conflitos entre nacionais. Entretanto, uma exceção aparece no regulamento, quando o controle da pessoa jurídica parte da controvérsia, seja, ou venha a ser, exercida por pessoas físicas ou jurídicas de nacionalidade diversa do Estado hospedeiro, e este tenha concordado em atribuir tal carácter a esta sociedade.

Assim, quanto à pessoa jurídica, o artigo 25(2-b) do Regulamento Geral, considera a realidade econômica para a definição da nacionalidade da mesma, dando ênfase ao controle exercido, como se depreende:

[...]

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

[...]

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y lãs personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, **por estar sometidas a control extranjero**. *g.n.*

²⁷⁶ Artigo 25(1) do Regulamento Geral.

Caso não haja clareza, nas normas e regulamentos, estabelecidas pelas partes, quanto a definição da nacionalidade do investidor estrangeiro privado, o regulamento do Centro, deixa para os árbitros, definirem caso a caso, a determinação da nacionalidade do investidor.

O primeiro caso do CIRCI, que negou um pedido de arbitragem, por não cumprir as premissas *ratione personae*, foi em 16 de Fevereiro de 1994, no caso *Vacuum Salt Products Limited (Vacuum Salt)*, em face do *Government of Ghana (Ghana)*, sendo unânime tal decisão.²⁷⁷

A discussão, se baseou no percentual acionário, o qual possuía um cidadão grego residente em Gana, na época do consentimento a arbitragem.

The Award notes that the facts initially relevant to the issue of foreign control were *not* in dispute. As of 22 January 1988, Mr Panagiotopoulos, a Greek national resident in Ghana since 1942, held 20 percent of the shares of Vacuum Salt, Three Salt. Three State-owned banks held 10 percent each, while private Ghanaian nationals held the remaining 50 percent. For the Tribunal, "foreign control" does not require or imply any particular percentage of share ownership. However the smaller the percentage of voting shares held by the asserted source of foreign control, the more one must look to other elements bearing on the issue of control, such as management. The parties therefore presented arguments and evidence as to control based on the role Mr Panagiotopoulos personally played in Vacuum Salt on the date of consent.²⁷⁸⁻²⁷⁹

Esta abertura do procedimento do Centro se mostra relevante, pois, muitas sociedades, ao se instalarem em um determinado país, constituem uma sociedade empresária de acordo com as leis nacionais do Estado hospedeiro, permanecendo controladas por sua matriz estrangeira.

²⁷⁷ BROCHES, Aron. Denying ICSID's jurisdiction - the ICSI Award in Vacuum Salt Products Limited. *Journal of International Arbitration*, Geneva, v.13, n. 3, p. 21-30, sept./1996.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 21-30.

²⁷⁹ "O Laudo observa que inicialmente os fatos relevantes para a questão do controle estrangeiro não estavam em disputa. Em 22 de janeiro de 1988, o Sr. Panagiotopoulos, um cidadão grego residente em Gana desde 1942, realizou 20 por cento das ações da *Vacuum Salt*. Três bancos de propriedade estatal realizaram 10 por cento, cada um, ao mesmo tempo Ganeses nacionais privados realizaram os 50 por cento restantes. Para o Tribunal, 'controle externo' não exige nem implica qualquer percentagem de acionistas. No entanto, a menor percentagem de ações votantes não pode ser a única forma de averiguar o controle externo, deve-se observar outros elementos que ostentam a questão do controle, tais como a gestão. As partes, por conseguinte, apresentaram argumentos e provas com vista a comprovar o controle desempenhado pelo Senhor Panagiotopoulos na *Vacuum Salt* a partir da data do consentimento." Tradução Livre.

Sobre a questão Pucci²⁸⁰ esclarece.

Na análise da existência do vínculo da nacionalidade entre o investidor estrangeiro e um Estado-membro da Convenção, o Centro levará em consideração os princípios de direito internacional estabelecidos para a proteção diplomática e, subsidiariamente, a existência de acordos assinados entre o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro em relação à sua nacionalidade (esses acordos não serão determinantes na confirmação da nacionalidade do investidor, mas serão instrumentos de prova a considerar dentro do âmbito geral do processo arbitral).

Assim, conforme reza o regulamento, na data da assinatura do consentimento, a parte deve possuir nacionalidade diversa do Estado contratante, não sendo relevante a nacionalidade porventura alterada na época da efetiva necessidade de utilização dos procedimentos arbitrais do Centro.²⁸¹

b) Premissa Ratione Voluntatis

Para Costa, citando o relatório dos Diretores Executivos do CIRCI “o consentimento das partes é a pedra angular da jurisdição do Centro”²⁸², segundo este relatório o consentimento não precisa ser dado num documento único.

Nem tampouco a Convenção requer que o consentimento de ambas as partes seja expresso em um único instrumento. Deste modo, o Estado hospedeiro pode, na sua legislação de promoção de investimentos, oferecer que as disputas surgidas de certas classes de investimentos sejam submetidas à jurisdição do centro e o investidor pode dar seu consentimento aceitando a oferta por escrito.²⁸³

A ratificação à Convenção pode não ser considerada como consentimento estatal de reconhecimento da jurisdição de um tribunal do CIRCI.²⁸⁴ Desta forma a aceitação

²⁸⁰ PUCCI, 2003, p. 242.

²⁸¹ Sobre a nacionalidade de sociedades empresárias transnacionais vide capítulo 2.1.

²⁸² STERN, 2003, p. 106.

²⁸³ *Ibid.*, p. 106

²⁸⁴ “[...] ratification does not constitute an obligation to use that machinery. That obligation can arise only after the State concerned has specifically agreed to submit to ICSID arbitration a particular dispute or classes of disputes”. DELAUME, Georges R. ICSID arbitration: practical considerations, **Journal of International Arbitration**. Geneve, v. 1, n. 2, p. 101-125, July./1984. “[...] ratificação não constitui obrigação para usar esse mecanismo. Esta obrigação só poderá surgir depois que o Estado concernir especificamente, aceitando submeter-se a arbitragem do ICSID, numa disputa particular ou classes de disputas”. Tradução Livre.

da jurisdição deve ser explicitada no corpo do instrumento contratual por meio de uma cláusula de arbitragem²⁸⁵, ou ainda por meio de um compromisso arbitral. O consentimento pode ainda estar presente em um documento autônomo separado do contrato originário, conforme preâmbulo do Convênio que foi emendado em 10 de abril de 2006.

[...]la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Covenio por parte Del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.²⁸⁶

Pode-se considerar aceitação a jurisdição do CIRCI, por parte do Estado hospedeiro, uma lei nacional conforme se extrai de jurisprudência do caso *Southern Pacific Properties Ltd v. Arab Republic of Egypt*.²⁸⁷

Também poderá ser considerado um consentimento por escrito, um tratado bilateral, o qual eleja o Convênio como o mecanismo competente para dirimir eventuais conflitos. Uma simples troca de cartas também poderá levar ao entendimento que as partes elegeram o Convênio para dirimir suas disputas, este é o entendimento de Delaume.

Consent may be recorded in an arbitration clause, in an investment agreement or in a simple exchange of letters. Consent may also result from the investor's acceptance of a unilateral offer from the Contracting State involved, when that State has already consented to ICSID arbitration in relevant provisions of its investment legislation or of a bilateral treaty with the Contracting State of which the investor is a national.^{288, 289}

Para evitar eventuais conflitos sobre o consentimento para a utilização dos procedimentos arbitrais do CIRCI por meio de um Tratado, este deve ser bem claro

²⁸⁵ “a cláusula compromissória (pactum de compromittendo) cria apenas obrigação de fazer, caracterizando-se como pacto preliminar cujo objeto é a realização do compromisso arbitral futuro”. NERY JUNIOR, 2004, p. 106.

²⁸⁶ Convênio CIRCI, Reglamento y Reglas. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, EE. UU., abr./2006.

²⁸⁷ Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>. Acesso em: 01 set. 2008.

²⁸⁸ DELAUME, 1984, p. 104.

²⁸⁹ “Consentimento pode ser registrado em uma cláusula de arbitragem, em um acordo de investimento ou em uma troca simples de cartas. Consentimento também pode ser o resultado da aceitação do investidor de uma oferta unilateral do Estado Contratante envolvido, quando aquele Estado já consentiu a arbitragem do CIRCI em providências pertinentes de sua legislação sobre investimento ou de um tratado bilateral com o Estado Contratante do qual o investidor é um nacional”. Tradução Livre.

quanto à forma que será dada a aquiescência do Estado, como por exemplo, estabelecer a necessidade de um documento autônomo expresso e individual, ou que este Tratado supra tal aceitação.

Como exemplo, cita-se um tratado bilateral de proteção de investimentos, adotado pelo Egito e a Suécia em 15 de julho de 1978, com o seguinte conteúdo:

No evento de uma disputa surgida entre um cidadão ou uma empresa de um Estado contratante e outro Estado contratante em conexão com um investimento no território deste outro Estado contratante, a disputa deverá **com o consentimento de ambas as partes na disputa** ser submetido à arbitragem do Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos estabelecido pela Convenção de Washington.²⁹⁰

O artigo 25(4) do Regulamento Geral expressa, poderá o Estado contratante notificar ao Centro quanto às matérias que o mesmo pretende excluir da apreciação do CIRCI, este, por sua vez, notificará os demais integrantes do Convênio desta intenção, prevenindo surpresas futuras. Em dezembro de 2007, o Secretário Geral do Centro, recebeu da república do Equador, uma notificação, com base neste artigo, o qual exclui da jurisdição do Centro, matérias relativas a investimentos que se derivem de atividades econômicas, relativas a recursos naturais como petróleo, gás, minerais e outros.²⁹¹

c) *Premissa Ratione Materiae*

Conforme se extrai do estudado anteriormente, o CIRCI é um procedimento voltado a dirimir controvérsias de *natureza jurídica* existentes entre Estados ou suas subdivisões e investidores estrangeiros privados, desde que ambos os Estados tenham ratificado o Convênio, e, que a disputa seja relativa a um investimento realizado.

²⁹⁰ STERN, 2003, p. 110.

²⁹¹ Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>. Acesso em 07 jun. 2008.

Portanto, deve existir tal disputa sobre investimentos de cunho jurídico²⁹², porém o regulamento e as regras do Centro não determinam o que venha a ser um investimento estrangeiro e as jurisprudências identificam que esta definição é muito abrangente. Portanto, deve cada caso ser analisado isoladamente, havendo flexibilidade para tal definição.²⁹³

Entretanto, visando trazer maiores facilidades e atrair países que não fazem parte da Convenção de Washington, no ano de 1978 foram criadas as Regras para Facilidades Adicionais (RFA) (Additional Facility Rules - AFR). Estas regras permitem a arbitragem ou a conciliação entre Estados e nacionais de Estados que não seja parte da Convenção, desde que do outro lado figure um país que faça parte do CIRCI²⁹⁴, e, mesmo que a disputa não seja relativa a um investimento.²⁹⁵⁻²⁹⁶

[...] conflitos de interesse entre as partes que envolvam o desejo de renegociar todo o acordo ou alguns dos seus termos [...] ou disputas factuais, como as concernentes à contabilidade ou investigações de questões de fato [...] normalmente estariam fora do alcance da Convenção.²⁹⁷

As Regras para Facilidades Adicionais foram adotadas pelo Conselho Administrativo do CIRCI e se baseiam nas normas do próprio Regulamento Geral, nas regras da UNCITRAL e nas da Câmara do Comércio Internacional.²⁹⁸

Conforme o artigo 2º do regulamento complementar, pode ser levado ao conhecimento do CIRCI, primeiramente, procedimentos de conciliação e arbitragem para a resolução de conflitos de caráter jurídico relativos a um investimento, sendo que uma das partes não seja contratante do Convênio, e, segundo, a utilização do procedimento complementar para a resolução de conflitos de caráter jurídico não surgido de investimentos, desde que, uma das partes seja conveniada, por fim, poderá ser utilizado o procedimento complementar para a comprovação de fatos.

²⁹² Esta ênfase seria para diferenciar as controvérsias relativas ao direito daquelas de cunho econômico, político ou comercial. De acordo com BROCHES, Aron *apud* PUCCI, 2003, p. 246.

²⁹³ Sobre investimentos estrangeiros ver capítulo 1.2

²⁹⁴ Conforme art. 2, a, das Regras de Facilidades Adicionais (RFA)

²⁹⁵ Conforme art. 2, b, das Regras de Facilidades Adicionais (RFA)

²⁹⁶ FONTOURA COSTA, 2007. p. 338.

²⁹⁷ DELAUME, 1984, p. 101-125.

²⁹⁸ TANAKA *apud* MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. Centro de solução de controvérsias sobre investimentos (ICSID). BARRAL, Welber (org.). **Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004. p. 118.

Garcez lembra que “tal mecanismo pode ser utilizado mediante ajuste entre as partes, mas não terá efeito vinculante que as normas do Centro impõem às partes signatárias da Convenção”.²⁹⁹

Com a adoção destas regras complementares, o CIRCI ampliou sua função permitindo ao Secretário Geral administrar conflitos envolvendo Estados e investidores de outros Estados que não estariam elencados no procedimento básico do Centro.

[...] aos casos submetidos aos mecanismos adicionais não se aplicam as exigências específicas da Convenção, tais como a obrigatoriedade do reconhecimento e cumprimento da decisão arbitral por todos os Estados contratantes.³⁰⁰

Portanto, em algumas situações, por meio do regulamento de mecanismos complementares, premissas básicas do Regulamento Geral podem ser relativizadas, ampliando a atuação dos procedimentos do Centro quanto a matéria aplicável.

3.3.2 A exclusividade dos procedimentos arbitrais do CIRCI

O artigo 26³⁰¹ do regulamento, prevê que o consentimento das partes ao estabelecer os procedimentos e as regras do CIRCI, no caso de conflitos, exclui qualquer outro mecanismo de solução de controvérsias, seja judicial ou extrajudicial, vinculando suas disputas ao Centro, salvo, se do contrário, as partes estipularem. Porém conforme se extrai da parte final do artigo, o Estado contratante *pode* estipular que haverá o esgotamento de todas as vias administrativas e judiciais “como condição a seu consentimento a arbitragem conforme o Convênio”.

A arbitragem exclui qualquer outro remédio, ou seja, iniciado o mecanismo nenhum outro tipo de procedimento será possível, inclusive não haverá a possibilidade da

²⁹⁹ GARCEZ, 1999, p. 181.

³⁰⁰ COSTA, 2007, p. 94.

³⁰¹ **Artículo 26.** Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

utilização da proteção diplomática depois de instalada a arbitragem, conforme se extrai do artigo 27 do Regulamento Geral.³⁰²

Este entendimento foi confirmado pelo Tribunal arbitral do CIRCI, na disputa no caso envolvendo a *Southern Pacific Properties vs. República Árabe do Egito* (ARB 84/3), o qual, o Estado egípcio argüiu que o investidor não poderia utilizar os procedimentos do CIRCI, pois optou a princípio por outro tribunal contendo o mesmo objeto da disputa (no caso a CCI), sendo assim, ao optar em segundo plano pelos procedimentos do CIRCI, estaria contrariando o artigo 26 do Regulamento Geral que prevê, como visto, a exclusividade do Centro. O Tribunal não acolheu tal pretensão e fundamentou sua decisão no sentido de que as partes são livres para escolher o procedimento a ser adotado, sendo aplicado o artigo 26 somente quando da instauração do procedimento arbitral ou conciliatório, sendo escolhido o CIRCI as partes não poderiam escolher outros métodos para solucionar suas controvérsias.³⁰³

Podem as partes adotar a chamada cláusula *fork in the road*, ou seja, bifurcação de vias, que permitirá ao autor da demanda optar pelo procedimento arbitral internacional, ou pelo Tribunal do Estado-Receptor, havendo a escolha, esta se tornará definitiva, assim, o investidor estrangeiro privado passa a ter “maior liberdade para escolher o foro”.³⁰⁴

Se houver a percepção de que o judiciário estatal apresenta defeitos, como a aversão aos investidores estrangeiros, demora excessiva, corrupção, fragilidade frente a pressões políticas, falta da formação técnica necessária ou outros, o investidor pode buscar imediatamente a arbitragem internacional.³⁰⁵

Portanto, o CIRCI permite a opção de esgotar os procedimentos internos do Estado contratante, sejam administrativos ou judiciais, possibilitando que o mesmo não se sinta compelido a sempre utilizar os procedimentos arbitrais do Centro, privilegiando a autonomia da vontade Estatal.

³⁰² Exceção se verifica quando um Estado sucumbente não cumpre o laudo arbitral proferido podendo a parte vencedora invocar a proteção diplomática e o seu Estado concedê-la em favor de seu nacional.

³⁰³ COSTA, 2007, p. 153.

³⁰⁴ FONTOURA COSTA, 2007, p. 350.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 350.

3.3.3. As leis aplicáveis no procedimento arbitral do CIRCI: procedimentais e materiais

Este sistema de solução de controvérsias entre o investidor estrangeiro privado e o Estado é regido pelo Direito Internacional, quando da aceitação da submissão a este mecanismo o Estado aceita a desnacionalização da arbitragem, preferindo à apreciação de qualquer Tribunal nacional.³⁰⁶

Ultrapassada esta explanação introdutória, se analisará a aplicação prática das leis procedimentais e leis substanciais (materiais). As procedimentais estão previstas nos artigos 43 a 47 do Regulamento Geral e demais artigos esparsos contidos nos documentos que compõem a Convenção, a lei material é objeto único conforme artigo 42 também do Regulamento Geral.

Quanto à lei procedimental, o próprio Regulamento Geral, os informes dos diretores executivos do Centro, e as regras relativas à conciliação e arbitragem, são norteadores da forma de atuação do CIRCI, ou seja, a “Convenção de Washington, por se tratar de um tratado internacional, constitui a própria lei da arbitragem e exclui a aplicação de qualquer lei processual nacional, exceto quando o mesmo tratado se refere a esta última”.³⁰⁷

Entretanto, o artigo 44 do Regulamento Geral autoriza “as partes a modificarem as normas processuais a serem seguidas na condução da arbitragem, e, caso as partes decidam aplicar uma lei nacional ou regras oriundas de vários sistemas jurídicos nacionais, poderão fazê-lo ao amparo desse artigo”.³⁰⁸

Já o artigo 42³⁰⁹, indica a lei substancial aplicável em caso de disputa, assim poderá haver duas situações: (i) podem as partes, quando da contratação inicial, estipular a

³⁰⁶ PUCCL, 2003, p. 248.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 249.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 271.

³⁰⁹ **Artículo 42**

(1) *El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.*

lei aplicável, elevando o princípio da autonomia da vontade, e, (ii) caso não haja tal escolha, o regulamento prevê que será usada a lei do Estado contratante, “incluindo as regras sobre conflitos de leis e as regras de direito internacional que podem ser aplicáveis”.

A arbitragem, por ter o caráter misto de contrato e jurisdição, permite às partes maior liberdade na escolha da lei aplicável, seja ao procedimento arbitral, seja ao mérito do decidido, bem como o afastamento dos inconvenientes da aplicação automática da *lex fori*, nos sistemas que não permitem a autonomia da vontade.³¹⁰

Não havendo escolha da lei pelas partes, primeiramente, o Tribunal constituído por meio dos procedimentos do CIRCI, levará em consideração a lei do Estado parte na disputa, ou seja, a do Estado receptor do investimento, verificando se há algum confronto com as regras de direito internacional, podendo estas prevalecerem sobre as normas internas do dito Estado, pois hierarquicamente enquadram-se em um patamar mais elevado em comparação ao direito nacional.³¹¹

Com relação a lei aplicável, Chillida³¹² entende que deverá haver um mínimo de garantia para a resolução da controvérsia, devendo a lei ser a do Estado contratante ou outra estipulada pelas partes, mas principalmente, se observando elementos do Direito Internacional.³¹³

Verifica-se assim, que os procedimentos utilizáveis pelo Centro são abertos permitindo aos contratantes uma amplitude quanto à utilização das leis nos procedimentos arbitrais do CIRCI, tanto as relativas a normas materiais quanto as processuais, dotando o Centro de internacionalidade, desvinculado da lei local onde se processa a controvérsia, ou até mesmo das leis nacionais dos envolvidos.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*. *g.n.*

³¹⁰ SOARES, 1977, p. 26.

³¹¹ BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. **Recueil des Cours**, t. II, p. 331-410, 1972.

³¹² CHILLIDA, 1998, p. 236.

³¹³ Sobre a lei aplicável vide artigo de GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas. The meaning of “and” in Article 42(1), second sentence, of the Washington Convention: The role of international law in the ICSID choice of Law Process. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, vol. 18, number 2, p. 375-411, 2003.

**A EFETIVIDADE
DO LAUDO ARBITRAL FINAL PROFERIDO
POR MEIO DOS PROCEDIMENTOS DO CIRCI**

4.1 Obstáculos para à efetividade do laudo arbitral final: as imunidades decorrentes do poder soberano do Estado hospedeiro

Há o reconhecimento internacional de que o Estado é dotado de imunidades, decorrentes de seu poder soberano. Este é o maior óbice para que um laudo arbitral final seja plenamente satisfeito, em favor do investidor estrangeiro privado, que busca o reconhecimento de um direito.

Para se chegar às diversas discussões a respeito das imunidades estatais importante se torna entender a origem e o conceito de poder soberano.

Historicamente, entendia-se que o príncipe era dotado do atributo da soberania, perdurando este pensamento até o fim do iluminismo, posteriormente, esta (soberania) foi atribuída ao poder do povo, dos cidadãos, por meio da democracia e de políticas organizadas, que deram origem às Nações.

Com o surgimento do Estado nacional e a implementação da cidadania democrática, a noção de soberania também sofre alterações. Isso afeta, como vimos, a noção de soberania interna, que desloca-se do rei ou imperador para "o povo". Mas a alteração tem também um impacto na percepção da soberania externa.³¹⁴

Cretella Neto diz ser a soberania um dos princípios mais antigos do Direito Internacional, ditando regras como as inerentes às imunidades.

A soberania, aliás, é um dos mais antigos princípios do Direito Internacional, já enunciados em 1354 por Bartolo de Sassoferrato – *par in parem non habet imperium* – e deu origem a uma série de outros princípios proibindo a ingerência na soberania de entidades iguais, como a não-intervenção e a autodeterminação dos povos, além de consagrar regras internacionais, tais como as relacionadas com a imunidade de jurisdição dos Estados.³¹⁵

A soberania do ente estatal prevê a não ingerência de um Estado por outro, sendo um balizador das relações internacionais entre as nações.

³¹⁴ HABERMAS, 1995, p. 87-101.

³¹⁵ CRETELLA NETO, 2006, p. 216.

Nas palavras de Jellinek³¹⁶, a soberania é “uma concepção política, que somente mais tarde condensou-se numa índole jurídica [...] sua existência se deve às forças muito profundas, cujas lutas constituem o conteúdo de séculos inteiros”.

Soberania significa que a autoridade política mantém tanto a lei e a ordem dentro das fronteiras de seu território quanto a integridade dessas fronteiras frente ao cenário externo, em que Estados em competição reconhecem-se mutuamente com base no direito internacional.³¹⁷

O poder soberano do Estado, em regra, não pode ser contestado, ele é um poder superior a qualquer outro. Em relação ao Direito Internacional, o Estado é independente, não subordinado a qualquer outro. A existência de vários poderes soberanos, relacionados entre si, conduz o Estado a agir primando pela boa-fé no cumprimento de compromissos assumidos.³¹⁸

[...] o particular, ao firmar contrato com o Estado estrangeiro, no qual se estabeleça a arbitragem como forma convencional de solução de controvérsias, fia-se no cumprimento, pelo Estado, da obrigação prometida. Essa expectativa funda-se no princípio da boa-fé que deve presidir os atos dos Estados na esfera internacional.³¹⁹

Inobstante haver uma aproximação entre Direito e Soberania, inclusive sendo este, princípio daquele. Ferrajoli verifica uma antinomia entre as matérias, pois aquele cria limites e esta não.

[...] e isso uma vez que a soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste. Por essa razão, a história jurídica da soberania é a história de uma antinomia entre dois termos – direito e soberania -, logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si.³²⁰

Já, Cretella Neto, diz que “a única limitação para a soberania de um Estado é o direito internacional”, portanto, indo de encontro aos ensinamentos de Ferrajoli.

[...] nos albores do século XXI, inegável que os Estados ainda sejam os pilares do sistema internacional, embora inúmeros fatores estejam, paulatinamente, erodindo sua antes incontestável soberania. Permanecem

³¹⁶ JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Buenos Aires: Albatroz, 1954. p. 74.

³¹⁷ HABERMAS, 1995, p. 87-101.

³¹⁸ VIGNALI, 1995, p. 20.

³¹⁹ MAGALHÃES, 1988, p. 134.

³²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 44.

ainda como os únicos sujeitos de Direito Internacional, dotados do poder originário para estabelecer sua ordem jurídica interna e para estabelecer relações com entidades de mesma natureza, com base em critérios de igualdade entre estas, fundamento da soberania estatal. A única limitação à soberania do Estado é o Direito Internacional.³²¹

Sobre o assunto, Amaral confirma o entendimento, no qual o Estado relativiza sua soberania, quando necessário para a harmonia do sistema jurídico internacional.

Em decorrência da soberania, é repousado que o Estado exercita a sua jurisdição por todos os bens e pessoas que, porventura, estiverem no interior de seu território, apenas se subsumindo à influência de outra nação com o fito de ver preservado e incólume o harmônico sistema internacional erigido, e que acaba por gerar a concessão de imunidades e privilégios.³²²

Para Ferrajoli³²³, “a soberania externa do Estado sempre teve como sua principal justificação, a necessidade da defesa contra inimigos externos”.

Pedreira³²⁴ entende que o “Estado soberano exerce sobre o seu território competência (expressão da doutrina francesa, preferível à jurisdição, usada pela doutrina anglo-saxônica), que se caracteriza pela generalidade [...] e pela exclusividade (pois não enfrenta a concorrência de alguma outra soberania)”.

Divergindo de Pedreira, Boaventura de Sousa Santos visualiza que, atualmente, os Estados menos desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, estão com sua soberania ameaçada não por outros Estados mais fortes economicamente, mas pelos organismos internacionais e sociedades empresárias transnacionais privadas.

[...] a soberania dos Estados mais fracos está agora directamente ameaçada, não tanto pelos Estados mais poderosos, como costumava ocorrer, mas sobretudo por agências financeiras internacionais e outros actores transnacionais privados, tais como as empresas multinacionais. A pressão é, assim, apoiada por uma coligação transnacional relativamente coesa, utilizando recursos poderosos e mundiais.³²⁵

Roth confirma esta mudança quanto à soberania estatal, não sendo a mesma absoluta como em momentos históricos anteriores, pois a sociedade empresária

³²¹ CRETELLA NETO, 2006, p. 215.

³²² AMARAL, 2004, p. 325.

³²³ FERRAJOLI, 2007, p. 47.

³²⁴ PEDREIRA, Pinho. A concepção relativista das imunidades de jurisdição e execução do Estado estrangeiro. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, a. 35, n. 140, p. 227-236, out./dez., 1998.

³²⁵ SANTOS, 2005, p. 25-102.

transnacional dita as regras numa determinada situação em que sua vontade é imperativa perante o Estado.

Sem uma instituição legítima, capaz de monopolizar um poder de coação jurídica efetiva ao nível internacional, são as empresas transnacionais que vão promulgando o quadro jurídico, em conformidade com seus interesses, a partir do qual dar-se-á a regulação social. Isso significa a emergência de uma forma de neofeudalismo onde as normas de regulação de um setor econômico estão definidas por empresas comerciais dominantes no setor.³²⁶

Ferrajoli³²⁷ também se pronuncia, dizendo haver uma “crise” do Estado como sujeito soberano, devido às pressões externas e internas, que se verificam com o passar dos tempos.

O Estado nacional como sujeito soberano está hoje numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima, por causa da transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais (a Comunidade Européia, a OTAN, a ONU e as muitas outras organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial e similares) de grande parte de suas funções – defesa militar, controle da economia, política monetária, combate à grande criminalidade -, que no passado tinham sido o motivos do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado. De baixo, por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vêm sendo engatilhados, de forma muitas vezes violenta, pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, e que tornam sempre mais difícil e precário o cumprimento das outras duas grandes funções historicamente desempenhadas pelo Estado: a da unificação nacional e a da pacificação interna.

Segundo Ferrajoli³²⁸, a Carta da ONU³²⁹ (que prega “a igualdade entre Estados soberanos e encontra-se consagrada no Artigo 2, parágrafo 1, da Carta das Nações Unidas e elaborada na Declaração de Relações de Amizade³³⁰”) em conjunto com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, constitui o fundamento inicial para o fim da soberania absoluta do Estado no plano internacional.

³²⁶ ROTH, 1996, p. 15-27.

³²⁷ FERRAJOLI, 2007, p. 49.

³²⁸ *Ibid.*, p. 39.

³²⁹ Ferrajoli opina sobre a eficácia de tal documento: “Se quisermos que tais cartas sejam levadas a sério, como normas e não como declarações retóricas, faz-se necessário que essa falta de garantias seja reconhecida, pela cultura jurídica e política, como uma lacuna, cujo preenchimento é obrigação da ONU e, portanto, dos Estados que a esta aderem. Não estamos pensando de forma alguma num improvável e indesejável governo mundial. Mais simplesmente, pensamos na perspectiva, indicada há exatos cinquenta anos por Kelsen em seu livro *A paz através do direito*, de uma limitação efetiva da soberania dos Estados por meio da introdução de garantias jurisdicionais contra as violações da paz, externamente, e dos direitos humanos, internamente”. FERRAJOLI, op. cit., p. 54, nota 326.

³³⁰ CRETELLA NETO, 2006, p. 216.

A Carta da ONU assinala, em suma, o nascimento de um novo direito internacional e o fim do velho paradigma – o modelo Vestfália -, que se firmara três séculos antes com o término de outra guerra européia dos trinta anos. Tal carta equivale a um verdadeiro contrato social internacional – histórico e não metafórico, efetivo ato constituinte e não simples hipótese teórica ou filosófica -, com o qual o direito internacional muda estruturalmente, transformando-se de sistema pactício, baseado em tratados bilaterais *inter pares* (entre partes homogêneas), num verdadeiro ordenamento jurídico supra-estatal: não mais um simples *pactum associationis* (pacto associativo), mas também *pactum subiectionis* (pacto de sujeição). Mesmo porque a comunidade internacional, que até a Primeira Guerra Mundial ainda era identificada como a comunidade das “nações cristãs” ou civilizadas – Européia e América -, é estendida pela primeira vez a todo o mundo como ordem jurídica mundial.³³¹

Outro fator relevante, que relativiza o conceito jurídico de soberania estatal absoluta, é a evolução em que este mesmo Estado vem sofrendo devido à globalização econômica. “O Estado já é demasiado grande para coisas pequenas e demasiado pequeno para coisas grandes”, grande para funções administrativas atuais, que vão de encontro aos velhos paradigmas de administração estatal, já obsoletos. E “pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela que se tornam necessárias devido aos processos de internacionalização da economia”.³³²

Portanto, a supremacia da soberania estatal não é consenso na doutrina, antes citada, e para o reconhecimento e execução do laudo arbitral final, conforme os procedimentos do CIRCI, fundamental será verificar os limites para a invocação da imunidade de execução decorrente da soberania do Estado hospedeiro. Conforme Magalhães³³³, “o não cumprimento espontâneo da decisão faz nascer outra controvérsia, com a pretensão do vencedor de dar-lhe efetividade e a resistência do vencido em acatá-la”.

³³¹ FERRAJOLI, 2007, p. 41.

³³² *Ibid.*, p. 51.

³³³ MAGALHÃES, 1999, p. 99-113.

4.2 Os princípios das imunidades de jurisdição e execução do Estado hospedeiro

Como visto, as imunidades de jurisdição e execução que um Estado hospedeiro pode argüir devido ao seu poder soberano, são as grandes barreiras existentes para a efetividade de um laudo arbitral final, proferido por meio dos procedimentos do CIRCI.

Desta forma, importante será analisar se estas barreiras possuem um poder absoluto ou podem ser relativizadas conforme a atuação do Estado, e para se chegar a uma definição neste capítulo se analisará a origem e o conceito das imunidades.

O conceito de imunidade de jurisdição, nasceu na regra feudal “*par in parem non habet imperium*”, tendo como premissa que os senhores feudais somente seriam responsáveis perante seus superiores e não, ante seus pares, sem restrições.³³⁴

A doutrina conhecida como da imunidade estatal à jurisdição estrangeira tem origem na antiga regra feudal *par in parem non habet imperium*, da qual deriva a máxima *par in parem non habet jurisdictionem*, refletindo o princípio do status de igualdade que decorre da soberania: pessoas jurídicas de nível igual não podem ter suas disputas solucionadas nos tribunais dos outros soberanos.³³⁵

Nas palavras de Silva³³⁶, a “imunidade internacional de jurisdição surgiu como uma reação à tendência universalista da soberania estatal [...], caracterizando o Estado como entidade e sujeito do chamado direito das gentes”. Ela limita o poder do Estado em face de um outro poder também soberano, ou seja, decorre da “igualdade jurídica dos Estados e da necessidade da convivência harmoniosa entre as nações”.³³⁷

³³⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. Da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro perante a justiça brasileira. In DOLINGER, Jacob (Coord.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 209-220.

³³⁵ DOLINGER, Jacob. A imunidade estatal à jurisdição estrangeira. In _____ (coord.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 195-208.

³³⁶ SILVA, Augustinho Fernandes Dias da. **A imunidade internacional de jurisdição perante o direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. p. 11.

³³⁷ *Ibid.*, p. 18.

Amaral define o conceito de imunidade de jurisdição como uma garantia ao ente estatal de não se submeter a jurisdição de outro Estado.

[...] a garantia atribuída aos entes de direito internacional público de não se submeterem, sem a sua expressa anuência, às jurisdições penal, civil, e administrativa de outro Estado soberano, com base em normas jurídicas internacionais, essencialmente consuetudinárias no passado, e ora pautadas em tratados e convenções.³³⁸

Verdross³³⁹ entende a imunidade como um princípio de independência dos Estados, não estando submetido a poderes de qualquer outro Estado soberano.

[...] la independência de los Estados unos frente a otros tiene, entre otras consecuencias, la de que ninguno de ellos, en cuanto sujeto del Derecho Internacional este sometido al ordenamiento jurídico de outro. Es el viejo principio: *Par in parem non habet imperium*. Esta imunidade es absoluta pues, en la medida en que um Estado aparece como titular del poder público, no está sometido a la legislación de otro Estado ni a su administración, sino única y exclusivamente al D.I.

A imunidade de jurisdição enseja a análise da possibilidade jurídica da demanda, ou seja, uma condição da ação, visto que o Estado, por vezes, não possui legitimidade para figurar em quaisquer disputas.³⁴⁰

Cumprе destacar a diferença entre **imunidade do Estado de jurisdição e de execução**. A primeira, é relativa à possibilidade de se levar uma controvérsia a um órgão supranacional ou de outro Estado, o qual, analisará o caso, proferindo uma decisão, declarando a quem pertence o direito. Quanto à imunidade de execução, seria a impossibilidade de o Estado ser compelido a satisfazer a obrigação exteriorizada pelo laudo arbitral final.

Em síntese, a imunidade de jurisdição diz respeito a **não** submissão de um Estado estrangeiro a um procedimento judicial ou extrajudicial alienígena, seria a “etapa de cognição”, já, a imunidade de execução diz respeito à fase posterior, ou seja, a de

³³⁸ AMARAL, 2004, p. 325.

³³⁹ VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional publico**. 5. ed. Trad. de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1973. p. 171.

³⁴⁰ TESS, Eduardo Carvalho; LEITE, Clarisse F. Lara. Imunidades de jurisdição e execução na arbitragem comercial internacional. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, n. 14. p. 9-18, jul./dez. 2004.

não efetivar o disposto no laudo final, não havendo a subtração de seu patrimônio, ou não sendo compelido a realizar um ato de vontade.

Portanto, “a pedra de toque da responsabilidade estatal, seja ela contratual ou não, reside no fenômeno da imunidade, decorrente da soberania”³⁴¹, o grande obstáculo para se efetivar um laudo arbitral final.

Em casos excepcionais de resistência à obediência do preceito decisório, ou de questionamentos relativos à própria legitimidade da Convenção e do procedimento arbitral, torna-se necessário recorrer ao Poder Judiciário de determinado Estado ligado ao conflito por elementos de conexão.

Nesses casos, tratando-se de relação travada entre Estado e particular, a submissão da controvérsia à apreciação de Estado estrangeiro esbarra em dois grandes obstáculos (ou em um obstáculo com duas projeções distintas): a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução de um Estado em face do Poder Judiciário de outro.³⁴² *g.n.*

Como os Estados são interdependentes, bem como há a dependência de investimentos realizados por grandes corporações transnacionais, as prerrogativas de imunidades absolutas, tanto de jurisdição quanto de execução, vêm sofrendo alterações, visando à adequação do poder público às novas realidades mundiais, tais mudanças buscam um maior entrosamento e harmonia entre as partes envolvidas, *o que se entende por relativização das imunidades absolutas do Estado.*

4.3 A quebra do paradigma da imunidade absoluta estatal

Como visto, em tempos remotos prevalecia a tese da imunidade de jurisdição absoluta do Estado independente de qualquer atividade desenvolvida por este. Foi no direito inglês que se instaurou tal conceito e combinava dois sistemas, o *the king can do no wrong*³⁴³ combinado ao *common law*³⁴⁴, “baseado em precedentes,

³⁴¹ HUCK, 1989, p. 113.

³⁴² TESS; LEITE, 2004, p. 9-18.

³⁴³ Teria da qual o Estado não está obrigado a indenizar, não poderia causar mal algum a quem que fosse devido a sua supremacia absoluta, pois o “Rei não erra”.

³⁴⁴ Direito desenvolvido por meio de casos práticos, de decisões dos tribunais, jurisprudências, não codificado como no direito romano-germânico.

acabaram por definir a orientação de que, em nenhuma hipótese, poderia um Estado ser submetido à jurisdição de outro”.³⁴⁵

Em 1928, o Código Bustamante dispôs sobre a imunidade dos Estados (art. 333 a 339), este código “alinhava-se à teoria da imunidade absoluta, corrente predominante na época em que foi elaborado”.³⁴⁶

Historicamente, verifica-se que a relativização da imunidade de jurisdição ocorreu primeiramente nos países mais desenvolvidos. Na Bélgica no ano de 1878, o Estado passou a ter a sua imunidade de jurisdição relativizada, sendo negada a imunidade Estatal quando agisse na condição de pessoa privada.³⁴⁷

Ainda em 1891, em Hamburgo, em uma sessão no Instituto do Direito Internacional, foi aceita a submissão do Estado a medidas judiciais em algumas hipóteses, principalmente nas ações em que envolvam entes públicos que exploram atividades de comércio, transportes ferroviários e indústria.³⁴⁸

Em 1932, em estudo realizado na Havard Law School sobre o tema, obtendo como resultado um projeto de Convenção que permite demandar contra o Estado desde que o mesmo atue como um investidor privado em áreas comerciais, industriais ou outras similares.³⁴⁹

Após o ano de 1945, quando ainda prevalecia a tese da imunidade absoluta, a Alemanha passou a adotar o conceito de imunidade relativa, em 1963 a Corte Constitucional julgou considerando “que não mais existe regra geral do direito internacional público subtraindo *totalmente* os Estados estrangeiros à jurisdição dos outros Estados.”³⁵⁰ Para o Tribunal alemão o Estado somente poderia invocar a sua imunidade se exercesse atos de soberania e não quando estivesse agindo como um ente privado.

³⁴⁵ HUCK, op. cit., p. 114, nota 340.

³⁴⁶ ARAUJO, 2006, p. 242.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 241.

³⁴⁸ DOLINGER, 1987, p. 196.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 196.

³⁵⁰ PEDREIRA, 1998, p. 227-236.

Em 1972, a Convenção Européia³⁵¹ não concedeu a imunidade de jurisdição numa reclamação trabalhista movida por um residente local em face da representação diplomática de outro país, bem como em um caso de descumprimento contratual que ensejasse uma demanda de indenização.³⁵² Esta Convenção se baseia na limitação da “concessão de imunidades, baseada na maior autonomia da vontade dos Estados e temperada por um regime correlato da faculdade de o Estado aceitar um julgamento de tribunal estrangeiro passado contra ele”.³⁵³

Esta Convenção também pronuncia que não poderá invocar sua imunidade de jurisdição o Estado que possuir fora de seu território alguma base comercial, seja escritório ou outro estabelecimento similar, que atue como uma pessoa privada, em atividade industrial ou comercial.³⁵⁴

Em 1976, os EUA editam o *Foreign Sovereign Immunity Act*, que prevê a quebra da imunidade quando o Estado pratica atos comerciais em face de particulares, nesta esteira de pensamento, a Inglaterra em 1978 edita o *State Immunity Act*, por meio do qual se permite a quebra da imunidade estatal quando este atua comercialmente.³⁵⁵

Assim, a seção 1.602 do United States Code, pela nova redação que lhe foi dada pelo Immunities Act, declara que, de acordo com o direito internacional, os Estados não estão imunes à jurisdição de tribunais estrangeiros no que concerne a suas atividades comerciais, e que suas propriedades comerciais podem ser seqüestradas para garantir a execução de sentenças proferidas contra eles em conexão com suas atividades comerciais.³⁵⁶

Segundo Huck³⁵⁷, as duas leis têm por objetivo retirar a imunidade total do Estado, desde que pratique atos comerciais, estas leis definem o que vem a ser estes atos, criando assim a imunidade relativa. O autor enfatiza que se trata de leis internas e não devem ser levadas a efeito pelo direito internacional como um princípio universal.

³⁵¹ “A importância da Convenção Européia de 1972 é de ser o primeiro texto internacional que regula os conflitos nascidos das relações entre pessoas de direito privado e Estados estrangeiros em relações comerciais”. SOARES, 1984, p. 140.

³⁵² PEDREIRA, 1998, p. 228.

³⁵³ SOARES, 1984, p. 140.

³⁵⁴ DOLINGER, 1987, p. 196-197.

³⁵⁵ HUCK, 1989, p. 114.

³⁵⁶ DOLINGER, op. cit., p. 198, nota 353.

³⁵⁷ HUCK, op. cit., p. 114, nota 354.

Conforme Pedreira³⁵⁸, esta idéia de limitação à imunidade de jurisdição viria a ser adotada por outros países em suas leis internas, como em Singapura, no ano de 1979, Paquistão 1981, África do Sul 1981, Canadá 1982 e Austrália em 1985. Lembrando que os grandes opositores a esta liberação da imunidade são os países socialistas, segundo Guido Soares³⁵⁹, devido ao monopólio que estes países exercem em suas relações comerciais internas.

No Brasil, o princípio da imunidade absoluta de jurisdição vigorou até o final da década de 80. Em 1989, no julgamento do célebre caso Genny de Oliveira, o Supremo Tribunal Federal abandonou a idéia tradicional e, na esteira do voto do Ministro Francisco Rezek inaugurou o entendimento de que não se aplicaria a imunidade quando o Estado estrangeiro praticasse atos de “gestão” (como em relações trabalhistas) e não os de “império”.^{360,361}

O Brasil, bem como a grande maioria dos outros Estados, seguem o princípio da imunidade de jurisdição relativa ou limitada. Tal significa que um Estado (ou uma das suas empresas estatais) não pode invocar o princípio da imunidade de jurisdição, se atuar como um particular, ou seja, praticando atos jurídicos *iure gestionis*.³⁶²

No ano de 1991, foi encaminhado para análise da Assembléia Geral da ONU, um projeto de convenção que analisa a questão relativa a imunidades jurisdicionais dos Estados e seus bens, que se baseava nos estatutos dos países de *common law* bem como a Convenção Européia³⁶³. O projeto prevê que determinadas atividades estatais não estariam protegidas pelas imunidades, não podendo o Estado invocar tal proteção perante o seu poder judiciário, dentre estas atividades estão as que envolvem convenções de arbitragem, e as que tenham origem nas relações comerciais com particulares estrangeiros.³⁶⁴

³⁵⁸ PEDREIRA, op. cit., p. 228, nota 351.

³⁵⁹ SOARES, 1984, p. 210.

³⁶⁰ TESS; LEITE, 2004, p. 11.

³⁶¹ Ver AC 9690, in DJ 13.3.92; o AI 139.671, in RTJ 161/643; o AIAC 522 in DJ 23.10.98; AIAC 527 in DJ 10.12.99. O SFT aclarou ainda mais a discussão, afirmando categoricamente não ser absoluta a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros. RE (AgRg) 222.368-PE, Rel. Min. Celso de Mello, 30.04.2002. (RE-222368), publicado no informativo n. 266.

³⁶² RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil**: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: RT, 1998. p. 140.

³⁶³ Conforme Nádia Araújo este projeto “baseou-se explicitamente nas leis internas de países como Estados Unidos, Inglaterra e Austrália, cuja legislação possui restrição absoluta somente para os atos de império”. ARAÚJO, 2006, p. 243.

³⁶⁴ TESS; LEITE, op. cit., p. 12, nota 359.

Sobre o projeto de convenção, Nadia Araújo, diz ser “um grande esforço da comunidade internacional em uniformizar o tema”, complementando que tal projeto foi concluído, porém ainda depende de “aceitação”.³⁶⁵

Já para Oscar Tenório³⁶⁶, a imunidade absoluta do Estado não é aceitável, pois “a imunidade cobre apenas os atos dos Estados e de seus representantes diplomáticos, como atos de certa expressão política. Fora disto eles se equiparam aos particulares”.

Defende Rui Barbosa³⁶⁷, que a imunidade absoluta do Estado seria uma “aberração perigosa que é espantoso vê-la defendida por espíritos tão liberais, de democratas tão avançados e de amigos tão esclarecidos do progresso humano”, segundo o autor esta não seria a teoria da soberania mas a teoria do abuso da soberania.

Celso de Albuquerque Mello³⁶⁸ enumera as seguintes razões que conduziram ao abandono da imunidade absoluta: “(a) o fato de os Estados se dedicarem cada vez mais às atividades comerciais; (b) o estado comerciante não deve ter maiores vantagens perante os tribunais do que os comerciantes particulares; tem sido afirmado que haveria má-fé do estado ao fazer um contrato de comércio e viesse se recusar a aplicá-lo sob a alegação de que é estado soberano”.

Magalhães elucida a questão, enfatizando que houve a adaptabilidade da imunidade de jurisdição devido à participação ativa do Estado nas atividades econômicas, visando promover o desenvolvimento nacional social, influenciando nas atividades comerciais, contratando e buscando resultados econômicos, assim, entende que “o Estado é imune à jurisdição de outro somente quando atua em sua qualidade específica e própria e no exercício de sua competência política”, do contrário, agindo em similaridade a um particular, a imunidade do Estado passa a ser questionada.³⁶⁹

³⁶⁵ ARAUJO, 2006, p. 243.

³⁶⁶ TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 351. 2. v.

³⁶⁷ BARBOSA, Rui *apud* MAGALHÃES, 2006, p. 132.

³⁶⁸ MELLO, 1994, p. 332-3.

³⁶⁹ MAGALHÃES, 1987, p. 209.

Desta forma, de acordo com os doutrinadores antes analisados, o Estado terá o seu poder soberano relativizado, conforme a atividade que venha a exercer, não havendo, sob esta ótica, a proteção absoluta de suas imunidades, diminuído assim as barreiras para a efetivação do laudo arbitral final, proferido por meio dos procedimentos do CIRCI.

4.3.1 As atividades estatais comerciais e de caráter público

Sendo a imunidade estatal relativizada, conforme a atividade desempenhada pelo ente estatal, e havendo uma crescente participação, deste mesmo Estado, nas atividades comerciais e de investimentos, relevante se mostra a definição e diferenciação das diversas atividades desenvolvidas pelo ente público, podendo elas serem inerentes a sua atividade política e social, denominadas de atos de império ou de caráter público, ou inerentes a atividades de gestão/comercial se equiparando a um particular.³⁷⁰

Verifica-se ainda, as atividades poderão ser realizadas por meio de subdivisões políticas do Estado, estas são criadas exclusivamente para participarem na esfera comercial, em nome do Estado, e com ele se confundindo, sendo alcançadas pela relativização das imunidades, inclusive sendo expressamente citadas no Regulamento Geral do CIRCI, em seu artigo 25, dotando tais subdivisões de legitimidade para serem partes neste procedimento arbitral.

A imunidade absoluta vigorou por muitos anos nas relações internacionais perdurando até aproximadamente a metade do século XIX, podendo o Estado renunciar tal prerrogativa. Após este período as jurisprudências dos países da Bélgica, Itália e Egito abrandaram a imunidade absoluta, destacando-se os pontos de interpretação extensiva relativa a renúncia; que empresas as quais o proprietário fosse o Estado seria distinta deste, e estaria inserida no direito comum e por fim a análise dos atos praticados pelo Estado dividindo-se em atos de poder públicos e atos de natureza privada.³⁷¹ *g.n.*

³⁷⁰ PEDREIRA, 1998, p. 227-236.

³⁷¹ TESS; LEITE, 2004, p. 12.

Desta forma, nos dias atuais, via de regra, o que se levará em consideração para a determinação da concessão da imunidade de jurisdição e de execução estatal, é, se o ente público atua conforme atos de império, ou semelhante a um gestor de negócios, equiparado a um particular.

A distinção entre os atos públicos e privados obedece a dois critérios: um caracteriza o ato governamental por sua natureza jurídica, negando imunidade às atividades que são igualmente empreendidas pelos particulares; outro perquire a finalidade ou o objetivo do ato, concedendo a imunidade para os atos diretamente ligados a funções públicas.³⁷²

Neste contexto, a distinção das atividades estatais se mostra de grande relevância, pois a efetividade do laudo arbitral final está intimamente ligada à possibilidade de arguição da imunidade de execução, por parte do Estado requerido. Assim, podemos vislumbrar atos de autoridade pública, conhecidos como *jure imperi*, e atos envolvendo atividades comerciais ou *jure gestionis*. Aqueles ensejam a possibilidade de invocar a imunidade estatal e estes não.

Portanto, deve-se levar em consideração qual atividade o Estado desenvolve em uma relação contratual, para que possa ser verificada a possibilidade de o mesmo invocar a sua imunidade.³⁷³ “A vigência de um preceito rígido de imunidade associada a figura do Estado empresário tornava extremamente inseguras as relações comerciais”.³⁷⁴ Com a relativização da imunidade absoluta, o investidor estrangeiro privado, terá maiores chances de ter uma obrigação contratual quebrada restabelecida por meio da arbitragem internacional.

[...] On the other hand, a State or an international organization is entitled to invoke its immunity from jurisdiction, as far as acts of public authority are specifically concerned; the notion of “acts of public authority” encompasses sovereign acts, as well as acts accomplished or decided, in order to fulfil tasks of “public utilities”.³⁷⁵

³⁷² DOLINGER, 1987, p. 196.

³⁷³ PEDREIRA, 1998, p. 227-236.

³⁷⁴ TESS; LEITE, 2004, p. 10.

³⁷⁵ “[...] Por outro lado, um Estado ou uma organização internacional estará dotada a invocar sua imunidade de jurisdição, onde existam atos específicos de autoridade pública; a noção de ‘atos de autoridade pública’ envolve atos soberanos, como também atos realizados ou decididos, como atividades de ‘utilidade pública’”. Tradução Livre. ZEYEN, Gaetan. Immunities of States in investment agreements: what’s new with the Creighton decision?. **International Business Law Journal**. n. 03, p. 333-349, may/2006.

Importante análise faz Eros Grau ao definir a diferenciação entre dever jurídico e obrigação, para concluir que, o Estado, quando contrata com um particular, age conforme um gestor e não por meio de atos de império. O autor diz, o dever jurídico é uma limitação imposta à vontade de alguém, sendo a obrigação, uma liberalidade, ou seja, as partes mutuamente se obrigam por meio de um contrato, a cumprir determinada prestação. O Estado pode impor ao particular, o dever de contratar e admitir uma alteração do pacto unilateralmente, surgindo um dever de assumir obrigação, se comprometendo a cumpri-la. Assim, mesmo com este poder de influenciar nas obrigações, e, tendo tais poderes para alterações unilaterais, os atos praticados pela Administração, enquanto parte, não deixam de serem atos de gestão; “a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual”.³⁷⁶

É o Estado uma pessoa civil, isto é, póde exercer os direitos privados de que são titulares indivíduos. Assim, é o proprietário, póde adquirir e possuir bens; diariamente está em condições de contractar. Os actos que pratica o Estado como pessoa civil, não differem na essência dos que realisam os particulares: uma compra e venda não altera em sua natureza, porque o Estado é comprador ou vendedor, e as obrigações permanecem idênticas, inalteradas, quando o Estado contracta. Ahi temos, pois, relações de direito e de interesse privados: qualquer idéia de poder, de soberania, é estranha aos actos em que intervem o Estado como pessoa privada. Por conseguinte, quando o Estado age num processo como proprietário, como credor ou devedor, não está em questão a soberania, não é o Estado como poder que litiga, é o Estado a exercer direito de um particular; é, pois, um particular cujos direitos apreciam os tribunales, e que por estes é condemnado a pagar, e não um soberano, nem um organ de soberania.³⁷⁷

Portanto, atualmente para a concessão das imunidades de jurisdição e execução decorrente da soberania do Estado, deve-se verificar se as atividades desenvolvidas pelo Estado se equiparam às atividades desenvolvidas por particulares e a diferenciação destas atividades nem sempre é tarefa simples, como se verá a seguir.

³⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, p. 14-26, 2000.

³⁷⁷ LAURENT *apud* LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1915. p. 208.

4.3.1.1 A distinção entre atos de gestão/comerciais e atos de caráter público exercidos pelo Estado

Como visto, as imunidades dos Estados serão relativizadas conforme a sua atuação perante um particular, sendo considerada atividade comercial, o Estado poderá não ter a sua imunidade, tanto de jurisdição quanto de execução, reconhecidas.

Porém, existe grande dificuldade na definição das atividades do Estado³⁷⁸, devido a existência de diversos pontos de vista, de acordo com a prática de cada país. Para um Estado mais desenvolvido, alguns atos são considerados de gestão, e para outros menos desenvolvidos ou em desenvolvimento, estes mesmos atos podem ser considerados de império, isto decorre da importância concedida a tal ato pelo seu governo.³⁷⁹ “Afim, nem sempre é factível diferenciar o ato do Estado, no exercício de sua autoridade política, de outro por ele praticado como agente econômico da comunidade nacional”.³⁸⁰

Para Rosalyn Higinis citada por Araújo³⁸¹, sempre haverá dificuldade na definição do que venha a ser atos de império e de gestão, cabendo ao tribunal local, definir conforme o caso concreto levado ao seu conhecimento, determinando a “classificação correta”.

Alguns doutrinadores tentaram qualificar as atividades de gestão e de império exercidas pelo ente estatal, o que auxiliará em disputas que por ventura venham a ocorrer no futuro.

Em 1932, Jessup³⁸² relaciona os possíveis atos de império como “os atos de compra de material pelas forças armadas; atos de exercício do monopólio comercial pelo Estado; atos de compra de produtos para revenda à população e operações com estradas de ferro estatais”, não estando as atividades estatais dentro das

³⁷⁸ HUCK, 1989, p. 119; ARAÚJO, 2006, p. 242.

³⁷⁹ BATISTA *apud* HUCK, 1989, p. 119.

³⁸⁰ MAGALHÃES, 1987, p. 209-220.

³⁸¹ HIGINIS Rosalyn *apud* ARAÚJO, 2006, p. 241.

³⁸² JESSUP *apud* HUCK, 1989, p. 116.

anteriormente descritas considerar-se-ão atividades de gestão não sujeitas às imunidades.

A transação comercial esta definida no State Immunity Act, de 1978, sendo:

Qualquer contrato para o suprimento de bens ou serviços; qualquer empréstimo ou outra transação visando à concessão de financiamento e qualquer garantia ou indenização relativa a qualquer destes tipos de transação ou de qualquer outra obrigação financeira; qualquer outra transação ou atividade (de caráter comercial, industrial, financeiro, profissional, ou semelhante) em que um Estado se engaje e que não constitua exercício de autoridade soberana.³⁸³

Lalive³⁸⁴ entende que “atos de administração interna; atos legislativos; atos relativos às forças armadas terrestres, navais e aéreas; atos relativos a atividade diplomática; empréstimos públicos contraídos no exterior”, são considerados atos de império.

Por fim, Hermes Zaneti Huck³⁸⁵, defende que a imunidade deve ser utilizada com cautela estritamente nos limites para que se efetive a defesa estatal, enquanto atue diretamente no interesse de seus nacionais, não lhe considerando comerciante não lhe aplicando “os mesmos conceitos que justificam e mesmo pautam a atuação da empresa privada, ainda que se queira chamá-lo de comerciante, nessas oportunidades”.

4.3.2 A submissão do Estado aos procedimentos arbitrais internacionais e a renúncia tácita a imunidade de jurisdição.

Outra situação, que pode ensejar a quebra da barreira da imunidade estatal, face a efetividade do procedimento arbitral, é a renúncia tácita a tais imunidades, quando da aceitação pelo Estado em participar deste mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias.

³⁸³ DOLINGER, 1987, p. 197.

³⁸⁴ LALIVE *apud* HUCK, 1989, p. 118.

³⁸⁵ HUCK, 1989, p. 119.

Do ponto de vista clássico, há a visão de que a aceitação do Estado em participar de um tribunal ou procedimento arbitral não quer dizer que o mesmo tenha renunciado a sua imunidade de jurisdição, prevalece a teoria da imunidade absoluta, ocorrendo renúncia somente quando expressamente invocada tal vontade, “that the conclusion by an international organization of a valid arbitration agreement can not be considered as a waiver of its immunity from jurisdiction”.³⁸⁶⁻³⁸⁷

Hildebrando Accioly³⁸⁸ entende que a renúncia expressa se qualifica quando um Estado “por tratado ou Convenção internacional, admite a competência de tribunal estrangeiro”, sendo tácita nos casos seguintes:

[...] quando o Estado propõe uma ação perante tribunal estrangeiro; quando acionado perante tribunal estrangeiro, não levanta a declinatória de incompetência; quando exerce atos de comércio ou indústria em território estrangeiro; quando possui bens imóveis em país estrangeiro, admitindo-se neste caso que, tornando-se proprietário de tais bens, o Estado aceitou, de antemão, a jurisdição local, no tocante às ações reais relativas aos mesmos.

Em sentido contrário, Frederic A. Mann citado por Magalhães tem entendimento de que o Estado ao admitir que seja inserida uma cláusula arbitral num contrato, este estará renunciando sua jurisdição, pois estará aceitando a lei de um determinado país, excluído o procedimento arbitral do CIRCI que permite a livre escolha da lei aplicável.

F. A. Mann, por sua vez, sustentou que ao admitir a cláusula arbitral, em contrato de que participe, o Estado assume a característica de entidade privada e, assim, se sujeita à jurisdição de outro Estado, pois a arbitragem privada está sempre regulada por uma lei nacional, salvo no caso especial e único da Convenção sobre Solução de Litígios sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, sob os auspícios do BIRD.³⁸⁹

Para o autor antes citado,

[...] tendo-se a arbitragem privada internacional como sempre sujeita a determinada ordem jurídica nacional, ao aceitar a condução do

³⁸⁶ “[...] que a conclusão por uma organização internacional, de um acordo de arbitragem válido, não pode ser considerada como uma renúncia a sua imunidade de jurisdição”. Tradução livre.

³⁸⁷ ZEYEN, 2006, p. 333-349.

³⁸⁸ ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933, tomo I. p. 195.

³⁸⁹ MANN, Frederic A. *apud* MAGALHÃES, 1999, p. 97.

procedimento arbitral fora de seu território, o Estado estaria, necessariamente, submetendo-se as leis do Estado onde se desenvolve a arbitragem ou do que for competente para aplicar suas leis ao processo arbitral.³⁹⁰

Magalhães defende, não haverá renúncia a imunidade de jurisdição, quando da aceitação a participação do procedimento arbitral, por parte do Estado, pois este cria uma nova jurisdição com a parte privada contrária, o que não significaria a submissão a uma jurisdição alienígena. O Estado “não se submete à jurisdição de outro país, mas, à que ele próprio criou, juntamente com a outra parte”.³⁹¹

Na verdade, não é razoável a interpretação de que a cláusula arbitral ou a submissão do Estado ao procedimento arbitral configure renúncia à imunidade de jurisdição, pois o Estado, ao aceitar essa forma de solução de litígios, está, juntamente com a contraparte privada, criando uma jurisdição nova – a do juízo arbitral – e, não, se submetendo a uma jurisdição estatal estrangeira. A participação do Estado no procedimento de arbitragem tem a mesma característica de sua submissão à Corte Internacional de Justiça. O fato de aceita-la não significa que tenha renunciado à imunidade e se submetido à jurisdição de outro Estado.³⁹²

Entendimento aproximado tem Soares³⁹³, o qual diz que há a renúncia a imunidade, quando da aceitação do Estado a submeter-se a arbitragem, mas somente perante o Tribunal Arbitral.

Um Estado, ao submeter-se a uma arbitragem privada nas suas relações comerciais com outros Estados ou com pessoas de direito privado, implicitamente aceitou renunciar a suas imunidades de jurisdição e execução frente ao tribunal arbitral, tendo em vista o caráter contratual da arbitragem.

E complementa o autor dizendo que, havendo execução coativa, e tendo que a autoridade judiciária homologar a decisão, a imunidade de execução se restabelece em face do poder judiciário executor, mas não no âmbito arbitral, “a jurisdição criada pela Convenção arbitral é de natureza privada e não pública, e é a essa jurisdição que se subordina o Estado, voluntariamente, sem renunciar à imunidade de que goza relativamente à jurisdição de outros Estados”.³⁹⁴

³⁹⁰ MANN, Frederic A. *apud* MAGALHÃES, 1999, p. 97

³⁹¹ MAGALHÃES, 2006, p. 306.

³⁹² *Ibid.*, p. 168.

³⁹³ SOARES, 1984, p. 210.

³⁹⁴ MAGALHÃES, 1988, p. 121.

Andreas Bucher e Matthias Herdegen citados por Rechsteiner³⁹⁵, dizem que a “celebração de uma convenção de arbitragem por um Estado estrangeiro (ou uma de suas empresas estatais) constitui renúncia tácita à sua imunidade de jurisdição”, e complementam argüindo que as parte poderão estipular as regras referentes a tais renúncias.

Zeyen corrobora o entendimento anterior, para ele, há renúncia a imunidade de jurisdição, quando o Estado aceita a participar de um procedimento arbitral.

[...] This principle also applies when a State acts like a person of private law, for example by virtue of entering into an arbitration agreement. In such a case, it is widely accepted today by the major part of the current doctrine that by virtue of entering into such an arbitration agreement, a State or an international organization is presumed to have waived its immunity from jurisdiction.³⁹⁶

Em sentido contrário, Delaume³⁹⁷ cita a Resolução adotada pelo Instituto sobre Leis internacionais, para o qual, a aceitação por parte de sociedades empresarias estatais, a participarem de um procedimento arbitral, não implica no reconhecimento pelo Estado desta arbitragem, e como visto a sociedade empresária estatal se confunde com o próprio Estado.

[...] judicial restraint has found an echo in the Resolution adopted by the institute of international law at its Santiago de Compostela Session, held on 5-13 September 1989. Entitled “Arbitration Between States, State Enterprises or State Entities, and Foreign Enterprises”, the Resolution provides in its Article 7 that: ‘agreement by a State enterprise does not in itself imply consent by the State to be a Party to the arbitration.

³⁹⁵ BUCHER, Andreas; HERDEGEN, Matthias *apud* RECHSTEINER, 1998b, p. 139.

³⁹⁶ “[...] Este princípio também se aplica quando um ato Estatal atua conforme atos de comércio, por exemplo em virtude de ingressar em um acordo de arbitragem. Em tal um caso, é aceito atualmente de forma ampla pela doutrina que em virtude deste ingresso em tal acordo de arbitragem, há a presunção de que o Estado ou uma organização internacional tenham renunciado a sua imunidade de jurisdição”. Tradução Livre. ZEYEN, 2006, p. 333-349.

³⁹⁷ “[...] a restrição judicial existente ecoa na resolução adotada pelo instituto sobre leis internacionais em sua sessão em Santiago de Compostela, realizada de 5-13 de setembro de 1989, intitulada ‘arbitragem entre Estados, empreendimentos estatais e entidades estatais, e empreendimentos estrangeiros’, a Resolução prevê em seu artigo 7 que: ‘acordo feito por um empreendimento Estatal não pode ser considerado em si mesmo um consentimento dado pelo Estado em ser parte numa arbitragem”. Tradução Livre. DELAUME, Georges R. Reflections on the effectiveness of international arbitral awards. **Journal International Arbitragem**. Geneve, n. 2, vol. 18, p. 5-19, dec./1994.

Para Tess e Leite³⁹⁸, o Estado ao aceitar ingressar numa Convenção arbitral, estaria renunciando às suas imunidades de jurisdição e execução. A ordem jurídica a ser seguida seria sempre a de um Estado o qual se acordou a realizar o procedimento, ou seja, fora de seu território, “o Estado estar-se-ia submetendo às leis do Estado onde se desenvolve a arbitragem ou daquele competente para aplicar as suas leis no processo arbitral”.

Pucci³⁹⁹ sustenta que há renúncia a imunidade de jurisdição e execução quando o Estado se submete a Convenção do CIRCI.

Considera-se que o consentimento do Estado para submeter determinada controvérsia à arbitragem CIRCI é uma irrevocável renúncia à imunidade de jurisdição. Uma vez manifestado o consentimento, o Estado não poderá opor a imunidade de jurisdição seja contra o procedimento arbitral, seja, posteriormente, contra o reconhecimento e a execução da sentença arbitral.

Conforme visto, o artigo 26, do Regulamento Geral do CIRCI, prevê que, o consentimento à submissão aos procedimentos do Convênio será superior a qualquer outro, salvo estipulação em contrário das partes.

No caso *Southern Pacific Properties vs. República Árabe do Egito* (ARB 84/3), o Tribunal decidiu que há renúncia a imunidade quando do consentimento à jurisdição do CIRCI, assim para aqueles que entendem que a renúncia a imunidade de jurisdição conduz a renúncia a imunidade de execução o Estado pode ter bens constrictos para a garantia do pagamento de eventual indenização a que foi condenado.⁴⁰⁰

Desta forma, se verifica que a aceitação a participação em um procedimento arbitral consiste na renúncia a imunidade de jurisdição estatal, demonstrando a busca pela exaltação da aplicabilidade deste método de solução de controvérsias que ganhará mais adeptos quando da sua consolidação e demonstração de efetivos resultados perante na comunidade internacional.

³⁹⁸ TESS; LEITE, 2004, p. 17.

³⁹⁹ PUCCI, 2003, p. 259.

⁴⁰⁰ COSTA, 2007, p. 161.

4.3.3 A submissão do Estado aos procedimentos arbitrais internacionais e a renúncia tácita a imunidade de execução.

A barreira a efetividade decorrente da imunidade de execução será superada se houver renúncia pelo Estado de sua imunidade de jurisdição? Em outras palavras, o Estado, estaria renunciando concomitantemente a sua imunidade de execução?

Em regra, o direito internacional considera autônomas a imunidade de jurisdição, e a imunidade de execução, não ensejando a renúncia daquela a concomitante renúncia desta, devendo a imunidade de execução ser expressamente renunciada, assim uma relativização da imunidade de jurisdição não ensejaria na relativização da imunidade de execução.

A Convenção Européia de 1972, sobre imunidades estatais, dispõe que a imunidade de jurisdição é relativa e a de execução absoluta, se baseando na Convenção de Viena de 1961, que veda a execução de bens do Estado, conforme disposto no art. 22.3, nestes termos: “Os locais da missão, seu mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução”.⁴⁰¹

Contemporaneamente, este entendimento vem sofrendo alterações, apesar de ainda se manter controverso, havendo correntes doutrinárias⁴⁰² que entendem haver a renúncia a imunidade de execução quando um ente público renuncia a sua imunidade de jurisdição, permitindo que sua controvérsia venha a ser dirimida fora do seu âmbito jurisdicional.

Although this issue remains rather controversial, a part of the current doctrine considers, however, that a waiver from immunity from jurisdiction, resulting from the conclusion of a valid arbitration agreement by a State or an international organization, extends to the immunity from execution. As a result, the ‘absolute’ character of the immunity from execution becomes more and more often exceptional (particularly in western countries), due to the influence of international treaties or national legislations.⁴⁰³

⁴⁰¹ PEDREIRA, 1998, p. 231.

⁴⁰² BOIVIN, Richard; SEKOLEC, Jernej; DELAUME; Georges R. *apud* GETAN, 2006, p. 335.

⁴⁰³ “Embora este assunto permaneça bastante controverso, uma parte da doutrina atual considera, porém, que uma renúncia a imunidade de jurisdição, enquanto sendo o resultado da conclusão de um

Há o entendimento, que, a imunidade de execução, se aproxima do “instituto processual das impenhorabilidades”⁴⁰⁴, sendo necessário o consentimento expresso do Estado para que se considere renunciado tal direito, somente desta forma teria efeito tal renúncia, sem ela nenhuma medida de execução poderá ser intentada em face do ente público, este entendimento é seguido pela doutrina mais conservadora.

405

Rechsteiner⁴⁰⁶, diz que a renúncia a imunidade de jurisdição, por parte de um Estado estrangeiro, “não quer dizer que o Estado tenha automaticamente renunciado a imunidade de execução em face de seus ativos localizados em território alheio, entendendo que para tal a renúncia deverá ser expressa”.

Para Silva⁴⁰⁷, em sentido diverso, “não faria sentido a existência da imunidade internacional de jurisdição se ela não se fizesse acompanhar da correspondente imunidade de execução”.

Magalhães se expressa favorável a renúncia da imunidade de execução, quando o Estado renuncia a sua imunidade de jurisdição.

[...] Tem-se entendido que o Estado não goza de imunidade de execução nos casos em que não lhe assiste a imunidade de jurisdição. Vale dizer, nas atividades regidas pelo direito privado, em que atua fora de sua competência política de entidade organizadora da comunidade nacional, o Estado, por estar subordinado à jurisdição estrangeira, está sujeito à execução compulsória sobre os bens e direitos decorrentes e diretamente vinculados a atividade.⁴⁰⁸

Portanto, depara-se com duas correntes doutrinárias divergentes, uma entende haver a imunidade de execução mesmo existindo a renúncia a imunidade de jurisdição, sendo chamada por Soares de dualismo jurisdição-execução, e a outra

acordo de arbitragem válido, seja por um Estado ou uma organização internacional, estende à imunidade de execução. Como resultado, o 'caráter de absoluto' da imunidade de execução fica cada vez mais excepcional (particularmente nos países ocidentais), devido à influência dos Tratados Internacionais ou legislações nacionais”. ZEYEN, 2006, p. 335.

⁴⁰⁴ TESS; LEITE, 2004, p. 10.

⁴⁰⁵ ZEYEN, 2006, p. 335.

⁴⁰⁶ RECHSTEINER, 1998b, p. 139-140.

⁴⁰⁷ SILVA, 1984, p. 25.

⁴⁰⁸ MAGALHÃES, 2006, p. 338.

que entende ser a execução uma “conseqüência lógica a do poder de exercer a jurisdição”, sendo denominada de monismo jurisdição-execução.⁴⁰⁹

O ideal para enaltecer a segurança jurídica das relações entre o Estado e o investidor estrangeiro privado, seria a inserção num contrato, realizado entre as partes, de uma cláusula a qual o Estado renunciasse a sua imunidade de jurisdição e de execução, havendo maior isonomia entre os envolvidos em uma eventual disputa, com grande possibilidade de efetivação de uma decisão final proferida por árbitros eleitos pelas partes, entendimento seguido por Mello e Andrade.⁴¹⁰

Renúncia à Imunidade de Jurisdição (‘Waiver of Sovereign Immunity’) – Se uma das partes é um Estado soberano ou uma entidade estatal, pode ser negociada a inclusão de tal renúncia, como forma de garantir a igualdade entre os contratantes. A inclusão expressa dessa referência é recomendável, a despeito do entendimento de que a adoção a arbitragem como solução de conflitos configuraria uma renúncia implícita a essa imunidade.⁴¹¹

A imunidade de execução, é uma barreira para a efetividade do laudo arbitral, podendo ser suprimido tal obstáculo, seja, com a renúncia expressa do Estado, ou em um acordo bilateral, ou ainda por meio de um contrato, entendimento defendido por Chillida.

[..] de los intereses de la empresa extranjera, lo más lógico es que trate de pactar la inclusión en el contrato o en el compromiso una cláusula en virtud de la cual el Estado o el organismo público renuncian expressamente a invocar la inmunidad de ejecución, aunque en la práctica no resulta usual dada la gravedad de esta renuncia a la soberanía del Estado.⁴¹²

Portanto, havendo a renúncia expressa a imunidade de execução, muitas discussões serão evitadas, caso contrário, o Tribunal Arbitral terá que definir, se ao ingressar no procedimento arbitral, o Estado estaria renunciando a sua imunidade de

⁴⁰⁹ SOARES, 1984, p. 210.

⁴¹⁰ Como exemplo de cláusula nos contratos financeiros internacionais citamos a de imunidade de execução e de jurisdição chamadas de cláusulas de *waiver* – renúncia de prerrogativas – sendo interessante para os bancos, pois numa execução futura o Estado devedor não invocará a sua imunidade “frustrando a efetividade de eventual sentença condenatória”. MAGALHÃES, 2006, p. 322.

⁴¹¹ MELLO; ANDRADE, 1999, p.157.

⁴¹² CHILLIDA, 1998, p. 252.

execução, e no caso dos procedimentos arbitrais do CIRCI, se prevalecerá o artigo 55 do Regulamento Geral, ou se este será suprimido.⁴¹³

4.4 A (des)necessidade de homologação judicial do laudo arbitral final proferido no CIRCI e a sua efetividade

O reconhecimento e a confiança⁴¹⁴ das partes na força do laudo proferido seria o plano ideal dos mecanismos de solução de controvérsias extrajudicial por meio da arbitragem, devendo as mesmas cumprirem-lo sem maiores delongas, pois, “com a sentença ou com o laudo arbitral, a controvérsia encontra-se dirimida, devendo a parte vencida cumprir o que foi decidido, estando fixada sua responsabilidade ou resolvido o litígio sobre o direito anteriormente controvertido”.⁴¹⁵

A decisão [...] deve ser suficientemente persuasiva para que a comunidade em geral e as partes em especial acatem, independentemente do recurso ao aparato coercitivo do Estado, somente utilizado em casos excepcionais de resistência injustificada à obediência do preceito decisório [...].
Com maior razão os laudos arbitrais são acatados, considerando-se, principalmente, que repousam, via de regra na confiança que as partes depositam nos árbitros e em sua predisposição de aceitar a decisão por eles tomada.⁴¹⁶

Assim, para a submissão da parte vencida ao laudo, este deve ser de uma qualidade que leve as partes a considerarem que ambas tenham sido beneficiadas pelo mesmo. Outro fator, que pode levar a submissão ao laudo, é o interesse comercial existente, pois, a relação pode ter sido lucrativa, e ainda possibilitar ganhos futuros, bem como, a manutenção da imagem perante a comunidade internacional, que poderá discriminar uma parte que não cumpre um laudo arbitral internacional.⁴¹⁷

⁴¹³ **Artículo 55.** Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

⁴¹⁴ “‘Confiança’ na solução de controvérsias entre Estado e investidor estrangeiro significa para o país receptor do investimento que o investidor respeite os princípios da ordem pública local e os interesses nacionais. Entretanto, ‘confiança’ para o investidor estrangeiro significa ter acesso rápido a um sistema de solução de controvérsias, ter a oportunidade de expor o mérito da controvérsia e, fundamentalmente, ter a possibilidade de executar a decisão arbitral em seu favor”. PUCCL, 2003, p. 288.

⁴¹⁵ MAGALHÃES, 1999, p. 99.

⁴¹⁶ *Id.*, 1988, p. 159.

⁴¹⁷ DELAUME, 1994, p. 5-19.

Porém, questões prejudiciais na execução de decisões internacionais, tanto arbitrais como judiciais, são encontradas costumeiramente quando do ingresso judicial, pois o Tribunal Arbitral não possui força para executar o laudo, tendo como empecilhos as questões de ordem pública, soberania (imunidade de execução), bons costumes e o direito local, impedindo, por vezes, a efetividade de se cumprir o que fora decidido. Estas questões, estão intimamente ligadas ao poder do Estado, em conferir efetividade às normas proferidas fora do seu âmbito de atuação, ou seja, fora de sua jurisdição interna, assim os princípios da imunidade e da territorialidade são os limitadores da competência internacional do Estado.⁴¹⁸

Alguns procedimentos arbitrais estão reduzindo, drasticamente, as possibilidades de revisão de um laudo arbitral internacional, desta forma, existem Estados que acolhe mais facilmente tal decisão, tornando a escolha do local da arbitragem uma questão de fundamental importância para sua efetivação, pois uma “proper selection may shelter the award against attack and increase the chances that it be voluntarily complied with, without further ado”.⁴¹⁹

Entretanto, segundo Delaume, esta questão não é facilmente definida, pois há de ser feita uma análise cuidadosa das leis e das decisões judiciais de um determinado Estado, para que se possa escolher o melhor local para o procedimento arbitral.⁴²⁰

Continua o autor⁴²¹, tomando como exemplo países como, a França e os EUA, possuem um controle judicial sobre os laudos arbitrais. Bélgica, Inglaterra e Suíça não exigem controle judicial dos laudos proferidos, desde que, haja dispensa por meio de renúncia à homologação do mesmo, ou se crie uma lei, que não deixe escolha às partes. Inglaterra e Suíça são favoráveis a primeira situação, enquanto Bélgica adotou a segunda.

⁴¹⁸ MAGALHÃES, 1988, p. 157.

⁴¹⁹ [...] boa seleção pode proteger o laudo contra ataques e aumentar as chances de que ele seja voluntariamente cumprido, sem mais delongas”. Tradução Livre. DELAUME, 1994, p. 5-19.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 5-19.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 5-19.

Sendo a submissão a arbitragem um consenso entre as partes, conseqüentemente a decisão arbitral é um ato privado, não havendo jurisdição estatal⁴²², ou seja, há o pleno consentimento das partes, para que os conflitos sejam dirimidos extrajudicialmente, e esta possibilidade por se tratar de uma relação patrimonial de caráter disponível assemelha a arbitragem aos contratos. Desta forma, se um contrato para ser executado no país não precisa de análise prévia sobre sua validade por meio da homologação judicial, um laudo arbitral por seu caráter privado conseqüentemente também não necessitaria.

Se o laudo arbitral é ato privado, decorrente da vontade das partes, destinado a dirimir controvérsia sobre relação contratual de natureza patrimonial – e, portanto, de caráter disponível – não há intervenção de autoridade pública estrangeira que justifique sua prévia aceitação pelo

⁴²² Porém há divergência doutrinária quanto a arbitragem ser dotada ou não de jurisdição. Pode-se extrair da doutrina de Magalhães menção a três teorias sobre a arbitragem, sendo elas: **Arbitragem como obrigação contratual** - “enquanto os juizes possuem jurisdição, ou seja autoridade para declarar o Direito, conferida pela Constituição e pelas leis, enfim, pela comunidade, os árbitros a adquirem pela vontade das partes. São estas que, consensualmente, renunciando à autoridade jurisdicional dos juizes, criam a competência dos árbitros”. **Arbitragem como jurisdição** - “tese publicista da arbitragem não nega que ela repousa em Convenção arbitral, mas sustenta que, firmada esta, nascida a jurisdição dos árbitros, emerge o caráter jurisdicional preponderante da arbitragem. O compromisso seria um contrato especial de direito público, instituindo normas de processo”. **Da arbitragem como instituto *sui generis*** - “a doutrina moderna concilia as duas tendências anteriores, vendo na arbitragem uma instituição “*sui generis*”, de natureza híbrida, que nasce da vontade das partes e, portanto, de caráter obrigacional, e regula uma relação de direito processual, de natureza pública. Assim, a Convenção seria na verdade contrato privado que disciplina matéria de direito público”. MAGALHÃES, 1988, p. 97-99. Já Nelson Nery Junior defende “o caráter jurisdicional da decisão arbitral. [...] Pela sentença arbitral o juiz não togado escolhido pelas partes decide toda a controvérsia formada entre elas, cuja decisão tem força de coisa julgada”, e complementa indagando “qual a diferença efetiva que existe entre a sentença judicial e a sentença arbitral? Ambas, ao nosso ver, constituem exteriorização do poder jurisdicional. Apenas se distanciam quanto ao aspecto confiança, que preside o negócio jurídico de compromisso arbitral, estando ausente na jurisdição estatal, cujo órgão não pode ser escolhido pelas partes e cuja sentença é imposta coativamente aos litigantes”. E ainda “a sentença arbitral, como é aplicação do direito ao caso concreto por juiz não estatal, é manifestação de atividade jurisdicional. A conseqüência disso é que se reveste da autoridade da coisa julgada”. NERY JUNIOR, 2004, p. 110. Para Eros Grau a “o primeiro aspecto a considerar está em que a arbitragem não encerra jurisdição. Ao contrário, a arbitragem previne a jurisdição. Sua origem é contratual.” e critica a posição defendida por Nery Junior dizendo não haver cunho jurisdicional apenas por o laudo constituir título executivo e transitar em julgado, sendo estes fatores “absolutamente irrelevantes”. GRAU, 2000, p. 14. Para Calmon de Passos “Jurisdição é conhecimento (*ratio*), julgamento (*judicium*) e execução (*imperium*) do julgado. Ausente qualquer desses elementos não há jurisdição”. Assim, os árbitros não sendo investidos de função pública o seu pronunciamento (laudo) não se equipara a uma sentença, não possuindo autoridade ou eficácia própria, originária. CALMON DE PASSOS, J. J. **Da jurisdição**. Salvador: Progresso, 1957. p. 46. Corroborando este entendimento temos que “o laudo arbitral não é título executivo judicial, mas extrajudicial, pois proferido por árbitro, pessoa privada não integrante do Poder Judiciário, nem a ele equiparável. O fato de se conferir ao laudo arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial não o torna judicial, pois não provindo do Poder Judiciário”. e mais “Não é demais sublimar que a jurisdição do árbitro provém das partes, sendo, portanto, privada, em contraste com a jurisdição do juiz, que advém da Constituição e, assim, da comunidade nacional. Daí por que não se pode confundir laudo arbitral com sentença judicial, como ato oficial do Estado para dirimir uma demanda”. MAGALHÃES, 1999, p. 101.

órgão judiciário brasileiro. Os contratos celebrados no exterior e exeqüíveis no Brasil não necessitam ser apresentados a qualquer poder público do país, para serem reconhecidos ou para que sua execução ou cumprimento pela parte aqui domiciliada seja autorizado.⁴²³

Nos mecanismos do CIRCI, o procedimento de reconhecimento e execução de um laudo arbitral é bem simples, e esta inserto no capítulo IV, na seção de n. 6 do Regulamento Geral, versa sobre o reconhecimento e execução do laudo proferido nas decisões dos árbitros.

Esses dispositivos da Convenção visam garantir a obrigatoriedade do laudo arbitral e a sua implementação, embora a execução seja realizada de acordo com as normas sobre execução de sentenças vigentes em cada país numa determinada época.⁴²⁴

A citada norma diz, os efeitos das decisões proferidas devem possuir caráter obrigatório e definitivo, induzindo as partes envolvidas a reconhecer o laudo arbitral final e a sua força executiva, ressalvadas, a princípio, a imunidade de execução, conforme dispõe o artigo 55 do Regulamento Geral, o qual diz não haver derrogação das leis referentes à imunidade do Estado contratante, permanecendo tais direitos inalteráveis perante qualquer outro Estado estrangeiro.⁴²⁵

Somente os procedimentos do CIRCI são competentes para responder a pedido de eventual interpretação, revisão ou anulação, únicos casos que podem, se fundamentados, adiar o *enforcement* do laudo proferido (arts. 50 a 52). Este é diretamente *enforceable* em qualquer Estado contratante sem necessidade de *exequatur*, e nenhum tribunal nacional pode revisá-lo sob nenhum pretexto, nem mesmo por razões de ordem pública.⁴²⁶

Como já visto, o Regulamento Geral dispõe que o laudo arbitral não poderá ser objeto de revisão por qualquer tipo de recurso, que não esteja previsto no mesmo, a previsão de esclarecimento, revisão ou anulação do laudo arbitral estão dispostos nos artigos 50 a 52 do Regulamento Geral. Portanto a revisão por meio de um Tribunal Nacional não será possível enaltecendo a independência e a segurança deste procedimento, assim, desnecessária torna-se a homologação.

⁴²³ MAGALHÃES, 1999, p. 99-113.

⁴²⁴ COSTA, 2006, p. 132.

⁴²⁵ SHIHATA, Ibrahim F.I.; PARRA, Antonio R. The experience of the international centre for settlement of investment disputes. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**. Washington. v.14, n.2, p. 299-361, 1999.

⁴²⁶ PEREIRA, 1998, p. 87-93.

Os Estados-membros, sendo ou não partes diretas no litígio, devem reconhecer como obrigatórios os laudos arbitrais proferidos de acordo com a Convenção, e assegurar o cumprimento das obrigações pecuniárias impostas por estes. Os laudos não estão sujeitos a qualquer espécie de recurso, exceto aqueles previstos na própria Convenção, como o de anulação do laudo.⁴²⁷

Para Nery, havendo o julgamento da controvérsia pelo juízo arbitral, este não poderá ser revisado pelo juízo estatal, pois ocorrerá a coisa julgada material, não estando dependente de ser homologado judicialmente, desta forma, caso a parte intente um procedimento jurisdicional estatal da mesma ação já levada ao juízo arbitral, carecerá de condição da ação, por falta de interesse processual, devendo a demanda ser extinta sem julgamento do mérito.⁴²⁸

As obrigações pecuniárias, impostas pelo laudo, serão cumpridas dentro do território do Estado Contratante, como se uma sentença nacional fosse podendo ser reconhecidas e executadas por seus Tribunais Federais, naqueles Estados regidos por uma Constituição Federal (artigo 54, (1)), salvo existir bens do Estado sucumbente, em outro Estado conveniado, situação que será vista adiante.

Observe-se que, no artigo 54 (1) do regulamento, há expressa menção a execução de quantia em dinheiro, ou seja, “obrigações pecuniárias impostas pelo laudo”, e não qualquer laudo proferido pelos árbitros.⁴²⁹

Delaume⁴³⁰, exalta a simplicidade do procedimento de execução do laudo proferido por meio dos mecanismos do CIRCI, bastando, para tal, a apresentação ao Tribunal competente, do laudo arbitral devidamente autenticado pelo Secretário Geral do Centro, portanto sem a necessidade de homologação prévia para a sua execução.

The procedure regarding the recognition Of ICSID awards is exceptionally simple: each party may obtain recognition of an award by furnishing to the competent *court (or authority)* designated *for* this purpose by each Contracting State, a copy of the award certified by the Secretary-General. This solution has the advantage of eliminating the jurisdictional issues

⁴²⁷ CRETELLA NETO, 2006, p. 254

⁴²⁸ NERY JUNIOR, 2004, p. 122.

⁴²⁹ CHILLIDA, 1998, p. 233.

⁴³⁰ DELAUME, 1994, p. 5-19.

(including those regarding immunity from suit) that, outside the ICSID machinery, may seriously affect the effectiveness of arbitral awards.⁴³¹

Magalhães⁴³² corrobora este entendimento, dizendo que, no âmbito do CIRCI, os “laudos arbitrais que profere não estão sujeitos à homologação na esfera interna dos Estados, que se comprometem a não provocar sua própria jurisdição para conhecer dos litígios que devem ser submetidos ao Centro”.

Giardina⁴³³ entende que, não há a necessidade do *exequatur*, pois este deveria ser exigido para “sentenças e laudos que podem se qualificar como estrangeiros” e não para as “decisões de sentenças internacionais”, com é o caso do laudo proferido pelo CIRCI, pois a liberdade para se escolher o procedimento e a lei aplicável, independentemente do local da realização do laudo, o torna internacional.

No caso específico dos tribunais arbitrais instituídos sob a égide do CIRDI, como não há necessidade de homologação dos laudos arbitrais pelos tribunais nacionais, a prerrogativa dos árbitros de determinar a própria competência assume uma importância extremamente relevante, uma vez que caberá exclusivamente aos árbitros interpretar os termos do consentimento dado pelas partes e, conseqüentemente, determinarem os limites de sua própria competência e da jurisdição do Centro.⁴³⁴

De acordo com Chillida⁴³⁵, alguns casos que são levados ao conhecimento de Tribunais locais, estão sendo precedidos do procedimento do *exequatur*⁴³⁶ (*homologação*), deixando clara a sua discordância da utilização deste procedimento prévio, devido à clareza das regras exaradas no procedimento do CIRCI. Em sentido estrito, Chillida⁴³⁷, diz que os ordenamentos jurídicos internos dos Estados contratantes, podem adotar a eficácia imediata do laudo proferido pelo árbitro,

⁴³¹ “O procedimento relativo ao reconhecimento de laudos de ICSID é excepcionalmente simples: cada parte pode obter o reconhecimento de um laudo fornecendo ao tribunal competente (ou autoridade) designada para este propósito por cada Estado Contratante, uma cópia do laudo certificada pelo Secretário Geral. Esta solução tem a vantagem de eliminar problemas com a jurisdição (incluindo aqueles relativos a imunidade processual) que, fora do mecanismo do ICSID, pode afetar seriamente a efetividade do laudos arbitrais”. Tradução Livre.

⁴³² MAGALHÃES, 1988, p. 57.

⁴³³ GIARDINA *apud* CHILLIDA, 1998, p. 247.

⁴³⁴ COSTA, 2007, p. 134.

⁴³⁵ CHILLIDA, 1998, p. 247.

⁴³⁶ “El *exequatur* es la orden dada por el Poder Judicial de un determinado país para que se ajecute en su territorio el laudo arbitral dictado en un otro país. *Exequatur* significa autorización para la ejecución, ejecútese”. PUCCI, 1999, p. 115-144.

⁴³⁷ CHILLIDA, loc. cit.

“adotando diretamente medidas de execução, excluindo-se o procedimento de *exequatur*”.

Mesmo que existam leis específicas, que remetam o laudo proferido de acordo com os regulamentos e regras do Convênio, a prévia análise do judiciário local, esta análise, deve limitar-se aos requisitos contidos no artigo 54 do Regulamento Geral, como por exemplo, verificar a autenticidade do laudo, ou se há algum recurso de anulação, dirigido ao Comitê do Centro, e este tenha concedido efeito suspensivo a sua execução (art. 51 (4) cc art. 53 (1)). Este entendimento, é seguido por Fouchard⁴³⁸, para o qual os Tribunais nacionais podem analisar a validade do laudo arbitral, e se os mesmos ferem a ordem pública nacional, antes de iniciada a sua execução.⁴³⁹

[...] ideal é que a lei local, no que tange à arbitragem, limite a revisão judicial a uma apreciação dos aspectos procedimentais, prestigiando e considerando como definitiva a apreciação da matéria de fato realizada pelo(s) árbitro(s).⁴⁴⁰

Entendimento seguido por Chilida⁴⁴¹:

[...] la limitación de soberanía que representa la renuncia al control del *exequatur* se presenta como un corolario de la limitación de la soberanía que supone la renuncia a la jurisdicción de los tribunales internos em las controversias sometidas al CIADI.

O que ocorre com freqüência, é a argüição pelo Estado, desde logo, na fase homologatória, a sua imunidade de execução, sem que a execução, propriamente dita, tenha sido iniciada. Há casos, os quais, os juízes de primeira instância, estão concedendo tal pleito. Ocorre que, os Tribunais Superiores, em sede de recurso, analisam os casos, baseados nos artigos 54 e 55 do Regulamento Geral do Convênio. Assim, entende haver diferenciação entre o reconhecimento e a executividade do laudo.

⁴³⁸ FOUCHARD, Philippe. **L'arbitrage commercial internacional**. Paris: Librairie Dalloz, 1965. p. 135-145.

⁴³⁹ Com relação à revisão do laudo arbitral Delaume enfatiza a diferença entre a revisão ser requerida no local da realização da arbitragem e no local de execução do mesmo, sendo que naquela a revisão poderá anular o laudo tornando-o inválido, e nesta, qual seja, na homologação a revisão se limitará ao seu reconhecimento não atingindo a sua validade, “in other words, a denial of recognition may affect the effectiveness of the award but has no bearing upon its validity”. DELAUME, 1994, p. 5-19.

⁴⁴⁰ MELLO; ANDRADE, 1999, p. 155.

⁴⁴¹ CHILLIDA, 1998, p. 234.

Portanto, é possível ser o laudo reconhecido, e posteriormente executado, o que não implica a perda da imunidade de execução, pois esta deve ser invocada, caso o procedimento executivo, propriamente dito, tenha se iniciado, já que o artigo 55 do Regulamento Geral do Centro, protege tal prerrogativa estatal.

Resta, contudo, a possibilidade de o Estado levantar a tese da imunidade de execução: apesar de o art. 54 exigir o reconhecimento e execução do laudo sem reservas, o art. 55 estipula que “nada no artigo anterior derroga as leis em vigor nos Estados contratantes sobre imunidade de execução.”⁴⁴²

Como exemplo, cita-se o caso *Benvenuti and Bonfant v. the Government of the People's Republic of the Congo*, a Benvenuti requereu em Paris o reconhecimento do laudo proferido, porém o tribunal o reconheceu com reservas, recorrendo a Corte de Apelação tal decisão foi reformada, tendo o reconhecimento deferido sem ressalvas. Portanto, o Tribunal de segunda instância declarou que o reconhecimento da sentença arbitral não autoriza medidas de execução, mas sim um procedimento antecedente para medidas posteriores visando a execução⁴⁴³, desta forma, “a questão da imunidade de execução configura uma segunda fase, diversa da mera validação do laudo”.⁴⁴⁴

Benvenuti & Bonfant, an Italian company, obtained, from the Tribunal de Grand Instance of Paris, an order for the enforcement of the Convention award against the company's adversary, the Republic of Congo. The Tribunal de Grand Instance made this order subject to the condition that there could without its prior authorization be no execution on assets located in France. The Court of Appeal of Paris struck down this condition. In doing so, the Court of Appeal explained that Article 54 of the ICSID Convention provided for a "simplified" enforcement procedure, that enforcement was a step preliminary to execution, and that courts in Contracting States therefore could nor at the enforcement phase delve into the execution phase, the second phase being the one in which there might be a question of sovereign immunity.⁴⁴⁵

⁴⁴² PEREIRA, 1998, p. 87-93.

⁴⁴³ PUCCI, 2003, p. 287.

⁴⁴⁴ PEREIRA, loc. cit.

⁴⁴⁵ “Benvenuti & Bonfant, uma empresa italiana, obteve a partir do Tribunal Superior de Paris, uma ordem de execução do laudo da Convenção contra a parte contrária, que no caso era a República do Congo. O Tribunal determinou no laudo uma condição, qual seja, não poderia sem a sua autorização prévia, executar ativos localizados na França. O Tribunal de Recurso de Paris derrubou esta condição. Para isso, o Tribunal de Recurso explicou que o artigo 54 da Convenção ICSID prevê que para um Processo de execução ‘simplificado’, o procedimento de execução seria um passo preliminar para o efetivo cumprimento, e que os Tribunais dos Estados Contratantes não podem, na fase de execução confundir com a fase do efetivo cumprimento, sendo que na segunda fase pode haver a questão de imunidade soberana”. Tradução Livre. SHIHATA; PARRA, 1999, p. 299-361.

Defende Bazzo Torres⁴⁴⁶, a imunidade de execução não é absoluta, sendo perfeitamente possível iniciar-se um procedimento executório em face do Estado, somente não sendo possível a expropriação de determinadas categorias de bens protegidos por convenções específicas, ou seja “bens insuscetíveis dos atos relativos à execução”, por exemplo, bens utilizados com finalidade diplomática, conforme o caso a seguir.

No caso *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia*, procurou-se executar a sentença arbitral contra a Libéria nos Estados Unidos. A Libéria se opôs à execução. Entretanto, o tribunal declarou que a renúncia à imunidade de jurisdição feita pela Libéria quando da submissão da controvérsia ao CIRCI significava a renúncia à jurisdição dos tribunais ordinários dos Estados-membros da Convenção de Washington nos quais se procede à execução da sentença arbitral. [...] Contudo, o tribunal, após aquela declaração, distinguiu entre execução da sentença arbitral (*enforcement of the award*) e execução contra os bens da Libéria existentes em território norte-americano (*execution against assets*). Dessa forma, o intento de executar a sentença arbitral contra as contas-correntes da embaixada da Libéria ficou frustrado, uma vez que o tribunal declarou que ditos fundos eram utilizados pela Libéria com finalidade diplomática e, portanto, encontravam-se protegidos pela Convenção de Viena sobre Imunidade Diplomática.⁴⁴⁷

Para Stern⁴⁴⁸, “mesmo que a sentença seja contrária à ordem pública⁴⁴⁹, o Estado não tem meios de recusar sua execução”.

[...] a ordem pública interna denota a impossibilidade de derrogação, pela vontade privada, de normas materiais, enquanto a ordem pública internacional funciona como verdadeiro filtro de leis, sentenças (arbitrais ou estatais) e atos em geral que devam ter eficácia no território nacional,

⁴⁴⁶ TORRES, Enéas Bazzo *apud* ARAUJO, 2006, p. 250, nota de rodapé.

⁴⁴⁷ PUCCI, 2003, p. 287.

⁴⁴⁸ STERN, 2003, p. 104.

⁴⁴⁹ Segundo o Tribunal Fédéral suíço, na decisão tomada no caso 4P.124/2001, julgado em 07.08.2001, distingue ordem pública material de ordem pública processual. “Uma sentença é contrária à ordem pública material quando viola princípios jurídicos fundamentais de direito substancial, a ponto de não ser mais conciliável com a ordem jurídica e o sistema de valores reconhecidos; no número desses princípios figuram, notadamente, a fidelidade contratual, o respeito às regras de boa-fé, a proibição do abuso de direito, a proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, assim como a proteção das pessoas civilmente incapazes [...]”

A ordem pública processual garante às partes o direito a um julgamento independente a partir de conclusões tiradas dos fatos submetidos ao tribunal de uma maneira consistente com o direito processual aplicável; há violação da ordem pública processual quando princípios fundamentais e geralmente reconhecidos são violados, conduzindo a uma contradição insuportável com o sentimento de justiça, de forma tal que a decisão parecerá incompatível com os valores reconhecidos em um Estado de direito [...] Para que haja contrariedade à ordem pública, não basta que as provas tenham sido mal apreciadas [...] ou que uma regra de direito tenha sido claramente violada [...]. Somente a violação de um princípio fundamental pode conduzir à anulação da sentença atacada”. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 293-294.

impedindo tal eficácia quando ameaçados relevantes valores de Justiça e Moral.⁴⁵⁰

Verifica-se, ao longo do tempo, algumas mudanças relativas à imunidade de execução em diversos países, primeiramente, devido a possibilidade de se recorrer a proteção diplomática ou a Corte Internacional de Justiça, conforme as regras descritas nos artigos 27 e 64 do Regulamento Geral do CIRCI, em segundo plano a possibilidade de inclusão “de um *waiver* expresso de imunidade de execução nos contratos internacionais de investimento⁴⁵¹”, passando a haver um entendimento de que o artigo 55 do Regulamento Geral, não será óbice para a executibilidade de um laudo arbitral proferido no âmbito do CIRCI.⁴⁵²

Outro fator que torna possível a execução de bens do Estado, segundo Soares⁴⁵³, é a criação por este, de empresas públicas e de sociedades de economia mistas, regidas pelas normas aplicadas às sociedades empresárias privadas, notadamente quanto ao direito do trabalho, e, as demais obrigações por elas assumidas.⁴⁵⁴ Assim, não influenciando na continuidade do serviço público, por elas prestados, é possível a execução de seus ativos.

[...] o Estado moderno buscou formas de agilizar sua atividade, adotando procedimentos unicamente compatíveis com as empresas mercantis, que são eficientes, racionais e, por isso mesmo, que estão sujeitas aos riscos imanentes às atividades econômicas, em situações que, de modo absoluto, repelem privilégios ou imunidades de execução contra seus bens.⁴⁵⁵

Portanto, o laudo arbitral final proferido sob os procedimentos do CIRCI, deve ser equiparado a uma sentença interna, devendo possuir o mesmo tratamento desta,

⁴⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 65.

⁴⁵¹ Como, por exemplo, o Acordo DIMINCO entre o Governo de *Sierra Leone e Sierra Leone Selection Trust* (1970): “O Estado e a Diminco por esse instrumento expressamente dispensam o direito de qualquer privilégio de imunidade de jurisdição relativo a qualquer arbitragem sob esse Acordo ou a execução ou *enforcement* de qualquer laudo ou julgamento dela resultante” PEREIRA, 1998, p. 87-93.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 87-93.

⁴⁵³ SOARES, 1984, p. 226.

⁴⁵⁴ Na Constituição Federal brasileira em seu art. 173, parágrafo 1º., incisos I e II, esta questão é bem definida, havendo determinação de que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividades econômicas estarão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

⁴⁵⁵ SOARES, 1984, p. 226.

não sendo considerada uma sentença estrangeira, pois segundo Chillida⁴⁵⁶, a sentença de um tribunal do CIRCI, e sua força obrigatória, não tem derivação em nenhum sistema jurídico estatal, portanto não havendo a necessidade do *exequatur*. E conclui que “el Convenio de Washington el laudo del CIADI es al mismo tiempo una sentencia internacional y un título ejecutivo que si puede ejecutarse de plano, sin necesidad de exequatur, em los ordenamientos jurídicos internos de los Estados contratantes.”⁴⁵⁷

4.5 A efetividade do laudo arbitral final nos demais países signatários da Convenção do CIRCI não participantes da disputa

A obrigação do reconhecimento e execução do laudo proferido em uma disputa submetida aos procedimentos do CIRCI, se estende a todos os países membros, mesmos aqueles que não participaram da disputa, pois pode existir bens do Estado contratante sucumbente em seu território, devendo o Estado, não parte na disputa, executar o laudo como se uma sentença interna fosse. Segundo Chillida⁴⁵⁸, há “um certo elemento de supranacionalidade”, bem como uma “multilateralização da obrigação de executar o laudo” por países que não tem nenhuma conexão com a disputa, “la participación de un Estado en el Convenio sin consentir el recurso al arbitraje del CIADI, tiene un efecto parecido a la participación en un convenio sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales”.

Dentro del procedimiento arbitral, es interesante analizar cual es el alcance de la función jurisdiccional que los árbitros ejercen según las normas vigentes en los ordenamientos jurídicos en estudio.

Sabemos que los cinco elementos que conforman la jurisdicción son la *notio*, *vocatio*, *coertio*, *iudicium* e *executio* estos son los cinco elementos con los cuales cuentan los jueces estatales en el ejercicio de su función.⁴⁵⁹

Para Magalhães⁴⁶⁰, a arbitragem internacional, “uma vez adotada, o seu caráter amplo deve prevalecer, não tendo sentido pretender confina-la aos estreitos limites de determinado Estado, competente para estabelecer as regras do procedimento

⁴⁵⁶ CHILLIDA, 1998, p. 234.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 231-232

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 235.

⁴⁵⁹ PUCCI, 1999, p. 115-144.

⁴⁶⁰ MAGALHÃES, 1988, p. 124.

arbitral”, ou seja, o laudo proferido poderá ser executado em outro Estado, diferente daquele que participou da disputa.

Ainda, sobre este caráter mais amplo, Magalhães, explica que, mesmos sendo nulo um laudo proferido num país, este poderá se executado em outro, desde que válido neste. Assim, as normas para a execução do laudo, serão as do país onde o mesmo será efetivado, e não as leis do país onde foi proferido.⁴⁶¹

[...] se a decisão não tem efetividade no país de onde proveio, destinando-se a produzir efeitos no território de outro, são as normas deste outro que devem ser tomadas em consideração. Se o Estado pode não reconhecer uma decisão validamente proferida em outro país, por contrariar princípios de sua ordem pública, porque o contrário não seria admitido, ou seja, reconhecer laudo não admitido pelas leis do país onde foi produzido? Esse raciocínio dá ênfase ao caráter privado do laudo e procura dar efetividade à autonomia da vontade das partes.⁴⁶²

Delaume⁴⁶³, expõe sua posição, relativa a efetividade do laudo arbitral final proferido em um país, e efetivado em outro, devido a questões de domicílio ou disposição dos ativos da parte vencida.

Taking proper steps to ensure compliance in the country of *making* of the award may not, however, be the end of the matter if compliance needs to be sought elsewhere. It is a fact that international awards are "transportable", and may need to be given effect in countries other than that country in which they are made. In this case, the problem becomes two-dimensional in the sense that it cannot be confined to the place of *making* of the award and may also require consideration in other places, such as those of the residence of the debtor or the location of his assets. In these circumstances, the quest for compliance may become a two-stage operation, beginning in the country of origin of the award and culminating in any other country in which the award is to be given effect-with this difference, however: that in the second stage, the analysis must be widened to include the possible contribution, that international arbitration conventions may make to the solution of the problem.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ Magalhães lembra que pela lei de arbitragem brasileira é nulo o laudo proferido em outro país que não seja reconhecido por seu Tribunal, mesmo que não vá de encontro com a lei brasileira e exemplifica “se a lei do local da arbitragem exige o compromisso escrito, ou impõe certas formalidades não atendidas, e, mesmo assim, for produzido o laudo, a lei brasileira não permite a sua homologação”. MAGALHÃES, 1999, p. 111.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 111.

⁴⁶³ DELAUME, 1994, p. 5-19.

⁴⁶⁴ “Tomar medidas apropriadas para assegurar a efetividade no país da elaboração do laudo, pode não ser entretanto o fim da matéria se a efetividades tiver que ser perseguida em outro lugar. É fato que os laudos internacionais são "transportáveis", e podem precisar serem efetivados em países outros que não aquele país no qual foram elaborados. Neste caso, o problema fica bi-dimensional no sentido de que este não pode ser limitado ao lugar da elaboração do laudo e também pode ser considerado em outros lugares, como o local da residência do devedor ou no lugar onde possui ativos. Nessas circunstâncias, a busca da efetividade pode se tornar uma operação de duas etapas,

O regulamento não determina a forma de execução, pois países diversos integram o Convênio, havendo conseqüentemente uma diversidade de técnicas processuais utilizáveis por estes mesmos países, algumas seguindo o *common law* e outros se inspirando no direito civil romano, como também as diferentes formações dos Estados, alguns federativos outros não. Conforme descrito no artigo 54⁴⁶⁵ do Regulamento Geral do Convênio, os países devem utilizar as técnicas processuais existentes em seu ordenamento interno.⁴⁶⁶

Isto posto, todos os Estados contratantes do Convênio, estão aptos a cumprirem a decisão arbitral em seus territórios, mesmo que não tenham relação direta com a disputa ocorrida, fazendo com que os procedimentos do CIRCI, sejam aplicados a todos aqueles que ratificaram a Convenção, enaltecendo a sua efetividade.⁴⁶⁷

4.6 O não cumprimento do laudo arbitral final e a responsabilidade internacional do Estado.

Não cumprindo o laudo, o Estado ou suas subdivisões, estará incorrendo em responsabilidade internacional, podendo o Estado do investidor estrangeiro privado utilizar, neste caso, a proteção diplomática⁴⁶⁸, recorrendo a Corte Internacional de Justiça (CIJ), “já que o não cumprimento do laudo arbitral representa violação de uma Convenção Internacional”.⁴⁶⁹

O artigo 27 do Regulamento Geral em sua parte final prevê uma exceção a não utilização da proteção diplomática, qual seja, o incumprimento da decisão proferida no laudo arbitral, podendo o Estado da sociedade

que começa no país da origem do laudo culminando em qualquer outro país no qual o laudo deva ser efetivado - com a diferença, entretanto: que na segunda etapa, a análise deve ser ampliada para incluir a possível contribuição que as convenções de arbitragem internacionais podem trazer à solução do problema”. Tradução Livre.

⁴⁶⁵ Artigo 54 [...] (3) O laudo se executará de acordo com as normas que, sobre execução de sentenças, estiverem em vigor nos territórios em que a execução é pretendida.

⁴⁶⁶ Doc. CIADI/15, 2006, p. 48.

⁴⁶⁷ CRETELLA NETO, 2006, p. 254.

⁴⁶⁸ “O instituto da proteção diplomática permite que o Estado assuma pólo ativo de um determinado litígio, tomando para si a violação cometida a um seu nacional por outro Estado. A disputa passa a assumir, portanto, um caráter inter-estatal, devendo ser resolvida pelos meios disponíveis no sistema internacional: bons ofícios, mediação, arbitragem ou mesmo recurso a tribunais internacionais, caso sejam preenchidos os requisitos exigidos”. COSTA, 2007, p. 131.

⁴⁶⁹ MUNHOZ, 2004, p. 124.

empresária contratada atuar na proteção diplomática de seu nacional, levando a questão a Corte Internacional de Justiça, tendo como objetivo o cumprimento da decisão e não a revisão do laudo proferido.⁴⁷⁰

E mais,

O Estado que se recusar a dar cumprimento a uma decisão arbitral proferida por tribunais do CIRDI poderá ser levado à Corte Internacional de Justiça e ser responsabilizado internacionalmente, estando sujeito a sofrer sanções de natureza econômica e moral.⁴⁷¹

O artigo 64, do Regulamento Geral do CIRCI, confere jurisdição a Corte Internacional de Justiça (CIJ), caso haja conflitos entre os Estados contratantes, em relação a interpretação e aplicação do Convênio, podendo ser invocada, quando um Estado contratante, houver se negado a cumprir o laudo arbitral proferido. Entretanto, não há jurisdição para que a mesma revise a decisão de um Tribunal Arbitral.

Caso o inadimplemento, advenha do investidor estrangeiro privado, o Estado o qual é nacional, não incorrerá em responsabilidade internacional, o Estado hospedeiro, vencedor da disputa, terá que utilizar os procedimentos inseridos no Regulamento Geral do Centro, referente ao reconhecimento e execução do laudo, para fazer valer o seu direito.⁴⁷²

Destaca-se que, se a causa superveniente for, uma dificuldade financeira, ou outra equivalente, ou seja, não existindo a intenção, não haveria que se falar em responsabilidade internacional. Ter-se-ia um caso de inadimplemento, e não a utilização de seu poder e autoridade internacional para o incumprimento da decisão arbitral final, ou ainda, a criação de leis que prejudicassem a relação pactuada. Nestes casos a responsabilidade internacional estaria configurada.⁴⁷³

Geralmente, a efetividade provém do receio do Estado, em ter sua imagem abalada, pois o não cumprimento das obrigações proferidas em um laudo arbitral final, pode acarretar danos muito maiores do que o seu cumprimento voluntário. Pois, perderá

⁴⁷⁰ COSTA, 2007, p. 131.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 133.

⁴⁷² BROCHES, Aron *apud* PUCCL, 2003, p. 261.

⁴⁷³ MAGALHÃES, 2006, p. 175.

credibilidade internacional, afugentando novos investimentos, estremecendo as relações já existentes⁴⁷⁴. Neste sentido, “en el comercio internacional quien es condenado por un laudo arbitral acostumbra a cumplir dicha decisión, pues la imagen negativa que se forma quien no acata una decisión de este tipo puede llegar a ocasionar mucho más daño que si cumple con la decisión arbitral”.⁴⁷⁵

Muito provavelmente, pelo motivo antes descrito, não há histórico de reclamação junto a Corte Internacional de Justiça, com base no artigo 64 do Regulamento Geral do CIRCI.

Nos casos de não pagamento da indenização, proferida no laudo arbitral final, a secretaria do Centro, envia uma notificação ao Estado inadimplente, lembrando que a sua obrigação não foi cumprida, requerendo que o laudo seja levado a efeito, enaltecendo a força da Convenção. O que se verifica na maioria dos casos, é o encerramento das controvérsias, com o acordo entre as partes envolvidas.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ “O temor de retaliação, em termos financeiros, por parte do Banco Mundial devido ao não-cumprimento do laudo e a possível perda de confiança de investidores privados também devem ser levados em consideração”. PEREIRA, 1998, p. 87-93.

⁴⁷⁵ PUCI, 1999, p. 115-144.

⁴⁷⁶ SHIHATA; PARRA, 1999, p. 299-361.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, objetivou-se estudar os procedimentos arbitrais do CIRCI, e a efetividade de um laudo arbitral final proferido, frente à imunidade de execução do Estado parte na disputa.

Para se chegar ao núcleo da questão, alguns aspectos tiveram que ser analisados previamente, e, destas análises se chegou às seguintes conclusões.

Com a globalização econômica, verifica-se que há uma movimentação irreversível quanto à participação ativa do Estado na economia interna e internacional, passando o mesmo a se relacionar com o investidor estrangeiro privado. No intuito de suprir algumas lacunas, que o mesmo não consegue ou não tem interesse em atuar, seja por falta de capacidade técnica ou de recursos financeiros, ou até mesmo por opção para poder dedicar-se a outras áreas de relevância social, passa o Estado, a ser um regulador de tais atividades.

Não há um tratado multilateral que normatize as relações sobre investimentos internacionais, principalmente entre um ente público e uma sociedade empresária privada estrangeira, os tratados até então existentes, mencionam investimento estrangeiro apenas de forma periférica, o que dificulta o relacionamento entre as partes envolvidas.

Devido à dificuldades diversas para chegar a um consenso em tratados multilaterais, pois existem muitos interesses divergentes, verifica-se que há um crescente aumento de acordos bilaterais que versam sobre investimento estrangeiro. Busca-se um mínimo de segurança jurídica para o investidor estrangeiro privado. Pois, atualmente é a forma mais elaborada para se proteger os investimentos contra riscos políticos.

Não foi encontrada uma conceituação única sobre investimento estrangeiro, inclusive, o Regulamento Geral do CIRCI não expressa tal conceito. Para não haver

uma grande subjetividade, sugere-se a utilização do conceito econômico do que venha a ser investimento estrangeiro, chegando-se à seguinte conclusão: ***investimento estrangeiro é toda movimentação de capital realizada por uma pessoa (física ou jurídica) que tenha origem no exterior para ser investido num determinado país, não importando a localização ou a nacionalidade desta pessoa, mas sim a origem do capital empreendido.***

Pode-se concluir que o chamado investimento diferenciado, o qual um investidor estrangeiro privado aporta recurso em uma atividade estatal, a longo prazo, é de fundamental importância para o desenvolvimento de um país, pois este recebe novas tecnologias, qualifica sua mão-de-obra, e experimenta um desenvolvimento social avançado.

Devido o volume de recursos envolvidos no investimento diferenciado, este demanda um maior período para a sua consecução. Podem ocorrer alterações supervenientes, como alterações econômicas, legislativas e principalmente os riscos políticos, o que certamente gerará conflitos.

Havendo conflitos relativos a investimentos, e elegendo o procedimento arbitral do CIRCI para dirimir tais disputas, algumas condicionantes devem ser satisfeitas, dentre elas, a definição da nacionalidade do investidor estrangeiro privado.

Dificuldade há, na definição da nacionalidade da sociedade empresária transnacional, devido à complexidade de sua constituição. Para tal definição, algumas condicionantes são utilizadas pela doutrina e por lei, o próprio regulamento geral do Centro deixa para as partes estabelecerem a nacionalidade do investidor.

Sugere-se o conceito defendido por José Cretella Neto⁴⁷⁷, para o qual a “empresa transnacional é aquela constituída segundo as leis de determinado Estado, na qual a propriedade é distinta da gestão, a qual exerce controle acionário ou contratual, sobre uma ou mais organizações, todas atuando de forma concertada, sendo a finalidade de lucro perseguida mediante atividade fabril e/ou comercial em dois ou

⁴⁷⁷ CRETELLA NETO, 2006, p. 302.

mais países, adotando estratégia de negócios centralmente elaborada e supervisionada, voltada para a otimização das oportunidades oferecidas pelos respectivos mercados internos”.

Assunto importante enfatizado no presente trabalho é a formalização na contratação entre um ente público e um ente privado, o qual denominou de **Contrato Público Internacional**. Estes contratos possuem características e princípios peculiares, pois, de um lado está o Estado, com a sua imunidade decorrente de seu poder soberano, de outro lado, a sociedade empresária transnacional estrangeira. O primeiro, com a possibilidade de alterar leis, ou realizar expropriações, que podem influenciar diretamente na consecução de um acordo firmado. Esta, com o seu poderio econômico, ávida a investir em novos mercados, para se consolidar no cenário mundial, e com isso gerar mais lucros por vezes a qualquer custo.

Mesmo havendo acordos bilaterais e contratos altamente especializados, o Estado pode não cumpri-los, realizando expropriações e nacionalizações de propriedades de investidores estrangeiros privados, causando prejuízos, sem que haja a devida compensação financeira, como ocorreu após a segunda grande guerra mundial, e bem recentemente no caso Bolívia e Petrobrás, o que gera muita desconfiança no cenário de investimentos internacionais.

Desta forma, com a evolução das relações internacionais sobre investimentos e do comércio mundial, o Estado passou a aceitar a inclusão de cláusulas de arbitragem em seus contratos, bem como nos Acordos Bilaterais, com o intuito de se tornar mais atrativo. A arbitragem mista *ad hoc* se consolidou e apesar de gerar certa isonomia entre as partes, não era dotada de mecanismos eficazes e efetivos para a solução das disputas, entre Estado e suas subdivisões políticas, e o investidor estrangeiro privado.

Neste contexto, é criado o **CIRCI**, sob a tutela do Banco Mundial, objetivando suprir tal lacuna, e conceder maior segurança jurídica para o investidor estrangeiro privado. O procedimento arbitral do **Centro** permite maior autonomia da vontade das partes, que poderão escolher as leis materiais e procedimentais aplicadas à causa controversa. Porém mesmo com a escolha das leis, os árbitros se balizam no Direito

Internacional, por vezes, sendo contrários às leis escolhidas. O que gera desconfiança por parte do Estado.

O **CIRCI** busca dar a tão almejada efetividade, dispondo em seu Regulamento Geral, que os laudos arbitrais finais, deverão ser considerados por todos os Estados conveniados, uma sentença interna. Portanto, não há que se falar em homologação pelo Tribunal local, onde se requer o seu cumprimento. Observa-se, que este cumprimento, pode ser requerido mesmo naquele país que não participou de uma disputa, desde que, haja ativos do Estado sucumbente em seu território.

O que pode inviabilizar a efetividade do laudo arbitral final proferido por meio dos procedimentos do **CIRCI**, quando do procedimento executório do laudo, que será realizado em um Tribunal local. É a argüição da imunidade de execução por parte do Estado. Há previsão expressa da permanência da imunidade de execução estatal, disposta no artigo 55 do Regulamento Geral.

Esta previsão foi inserida numa época em que havia grande desconfiança do Estado em relação ao procedimento arbitral, e com a inclusão desta norma, tal desconfiança seria amenizada. Porém, nos dias atuais, há relativização de tal preceito, notadamente quando o Estado atua como um gestor de negócios.

O que ensejou a relativização das imunidades dos Estados decorrentes de sua soberania foi a participação deste mesmo Estado em atividades de caráter eminentemente privado. Emerge a controvérsia sobre a atividade desempenhada por este. Quando estaria agindo como um gestor de negócios ou conforme um ente público?

Entende-se que, ao contratar com o particular, e inserindo nestes pactos cláusulas de arbitragem, o ente público estaria atuando como se um particular fosse. Neste caso, não haveria que se falar em imunidades estatais.

Outro fator, que corrobora a relativização das imunidades, é a renúncia à imunidade de jurisdição por meio da aceitação à submissão a um procedimento arbitral. Concluindo que, havendo renúncia quanto à imunidade de jurisdição, esta estaria

acompanhada da respectiva imunidade de execução. Esta teoria parece ser a mais sensata, pois ao aceitar a submissão a um procedimento arbitral, o Estado está demonstrando inclinação a aceitar o que for decidido por este Tribunal. Isto atrai o investidor estrangeiro privado, que dispõe seu tempo e capital para investir no projeto Estatal, não sendo justa a argüição da imunidade de execução, após a cognição da matéria, e se negar a cumprir a decisão arbitral final.

Portanto, havendo bens do Estado hospedeiro em qualquer país membro do Convênio **CIRCI**, estes podem ser expropriados para o devido pagamento de indenizações àqueles, que sofreram o provado prejuízo, pois do contrário seria privilegiar o devedor em face do credor que ali investiu, confiou, e ajudou no desenvolvimento do país receptor.

Não há que se falar em proteção aos países menos afortunados, visto que quando da contratação almejou um fim, um resultado específico e por conveniências atuais e momentâneas não se torna justo à negação em cumprir o avençado, e se há impossibilidade do cumprimento por força superveniente, deve arcar com a indenização justa e adequada, apurada pelo meio competente.

Do contrário, enaltecer o devedor gerará uma forte tendência à retração de investimentos internacionais isolando os países em desenvolvimento. Eles necessitam do capital estrangeiro para atingir não só os seus fins comerciais, mas a premissa maior do Estado é promover o seu desenvolvimento social, econômico e melhorar a qualidade de vida de todos os seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. t. I.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (coord.) **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

AMARAL NETO, Francisco Santos. Autonomia privada como princípio fundamental. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 102, p. 207-230, 1989.

ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. **O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARAUJO, Nadia. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: Lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais**. 3. ed., rev., atual. São Paulo: RT, 2002. p. 195-229.

_____. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed., atual. e ampl. São Paulo: Renovar, 2006.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: RT, 1987.

_____ (Coord.). **Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas, estudos e homenagem ao prof. Irineu Strenger**. São Paulo: LTr, 1994.

_____. **Os investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BASEDOW, Jürgen. O mercosul como modelo de integração. Trad. Juliane Pereira da Costa. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 377-400.

BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. **Recueil des Cours**, t. II, p. 331-410, 1972.

_____. Denying ICSID's jurisdiction - the ICSI Daward in Vacumm Salt Products Limited. **Journal of International Arbitration**, Geneva, v.13, n. 3, p. 21-30, sept./1996.

BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. 5. ed. Oxford University Press, 1988.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Da jurisdição**. Salvador: Progresso, 1957.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 6. ed. atual. São Paulo: Forense, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CELLI JUNIOR, Umberto. Investimentos internacionais e mecanismos de solução de disputas entre Estados. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michele Rattton (Orgs.). **Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 355-371.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. 1. ed. atual. e ampl. Trad. Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

CHILLIDA, Julio A. Vives. **El centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIRCI)**. Madri: MCGRAW HILL: Madrid, 1998.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 2. v.

COSTA, Larissa. **Arbitragem internacional e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Lawbook, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 50, p. 57-74, abr./jun./1983.

_____. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, n. 732, p. 38-46, out./1996.

CORREA, Carlos M. Acuerdo sobre medidas en material de inversiones. **Temas de derecho industrial y de la competencia: derecho del comercio internacional, acuerdos regionales y OMC**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

CREMADES, Bernardo M. State contracts in brazil: an international arbitration perspective. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 9, p. 44-61, abr./jun. 2006.

CRETELLA NETO, José. **Empresa transnacional e direito internacional**: exame do tema à luz da globalização. São Paulo: Forense, 2006.

DANTAS, [Francisco Clementino de] San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 139, p. 5-13, jan./fev. 1952.

DELAUME, Georges R. ICSID arbitration: practical considerations. Geneve. **Journal of International Arbitration**, n. 2, v. 1, p. 101-125, july/1984.

_____. Reflections on the effectiveness of international arbitral awards. Geneve. **Journal of International Arbitration**, n. 2, v. 18, p. 5-19, dec./1994.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. Ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2007. 1. v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 1. v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DOLINGER, Jacob. A imunidade estatal à jurisdição estrangeira. In _____ (coord.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p.195-208.

FANTONI JUNIOR, Neyton. Segurança Jurídica e Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Processual Civil Gênesis**, n. 18, Curitiba, p. 649-864 out./dez., 2000.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIGUEIRAS, Marcos Simão. **Mercosul no contexto latino-americano**. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 1996.

FONTOURA COSTA, José Augusto. Modelos de solução de controvérsias investidor-Estado: os mecanismos nacionais e internacionais. In AMARAL JUNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michele Ratton (Orgs.). **Regulamentação internacional dos investimentos**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 325-500.

FOUCHARD, Philippe. **L'arbitrage commercial internacional**. Paris: Librairie Dalloz, 1965.

GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas. The meaning of “and” in Article 42(1), second sentence, of the Washington Convention: The role of international law in the ICSID choice of Law Process. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**. Washington. v. 18, number 2, p. 375-411, 2003.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem internacional. In _____. (Coord.) **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 163-201.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991. p. 70.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Licitações internacionais. In: RODOAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 230-250.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, p. 14-26, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado-Nação europeu frente aos desafios da globalização**: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Trad. Antonio Sérgio Rocha. Revista Novos Estudos - CEBRAP, n. 43, p. 87-101, nov./1995. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/busca.asp>. Acesso em: 25 abr. 2008.

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

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Buenos Aires: Albatroz, 1954.

JUILLARD, Patrick. L'évolution des sources du Droit des Investissements. **Recueil des Cours**, vol. 250, issue VI, p. 9-216, 1994.

_____. Freedom of establishment, freedom of capital movements, and freedom of investment. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**. Washington. v. 15, n. 2, p. 322-334. 2000.

KARL, Joachim. On the way to multilateral investment rules: some recent policy issues. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**. Washington. v. 17., n. 2. p. 293-319, 2002.

LAVIEC, Jean F. **Protection et promotion dès investissements**. Étude de Droit International Économique, Paris: PUF, 1985.

LINDERT, Peter H. **International economics**. 9 th. Ed. Burr Ridge. Illinois: Irwin, 1991.

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

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1915.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A definição de sentença arbitral estrangeira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 3, n. 9, p. 62-71, abr./jun., 2006.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos Internacionais. **Revista Forense Digital**, vol. 294, São Paulo, abr./mai./jun., 1986.

_____. **Do Estado na arbitragem privada**. São Paulo: Max Limond, 1988.

_____. Da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro perante a justiça brasileira. In DOLINGER, Jacob (coord.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 209-220

_____. O Controle pelo Estado da atividade internacional das sociedades empresárias privadas. In: BAPTISTA, Luiz Olavo *et all* (org.). **Direito e comercio internacional, tendências e perspectivas, estudos em homenagem a Irineu Strenger**. São Paulo: LTr, 1994.

_____. Acordos bilaterais de promoção e proteção aos investimentos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 134, p. 13-18, abr./jun. 1997.

_____. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 99-113.

_____. **Direito econômico internacional: tendências e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Solução de controvérsias privadas: o papel das cortes de arbitragem internacionais e dos tribunais nacionais. In AMARAL JUNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michele Rattón (Orgs.). **Regulamentação internacional dos investimentos**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 373-396.

_____. **Tutela específica (art. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**, 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2006.

MARTINS, Eliane M. Octaviano; PASSOS, Fernando. **Contratos internacionais com o Estado**. Disponível em: <http://www.diritto.it/archivio/1/24169.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 2. ed., vol. 12., rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000b.

_____. **Direito Constitucional internacional**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000c.

MELLO, Marcelo Oliveira; ANDRADE, Carlos César Borromeu de. A arbitragem nos contratos comerciais e petrolíferos internacionais. In GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 147-162.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1934. 3. v.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. t. IV.

MOUSSERON, Jean Marc *et all.* **Droit du commerce international**. 2. ed. Paris: Litec, 2001.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. Centro de solução de controvérsias sobre investimentos (ICSID). In BARRAL, Welber (org.). **Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004. p. 113-132.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. As Novas pautas da regulamentação multilateral: O pacote de julho e os investimentos estrangeiros. **Direito do Comércio Internacional: temas e atualidades**, Buenos Aires, DeCITA, n. 3, p. 150-161, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**, 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: Introdução ao direito econômico**. São Paulo: RT, 1997.

PEDREIRA, Pinho. A concepção relativista das imunidades de jurisdição e execução do Estado estrangeiro. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, a. 35, n. 140, p. 227-236, out./dez., 1998.

PEREIRA, Celso de Tarso. O centro internacional para a resolução de conflitos sobre investimentos (CIRC-ICSID). Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, a. 35, n.140, p. 87-93, out./dez., 1998.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de direito internacional público**, 3. ed., rev. e aum. Lisboa: ALMEDINA, 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, v. III, 10. ed., n. 185. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PUCCI, Adriana Noemi. El arbitraje en los países del mercosur: reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros según las normas vigentes en la República Argentina, en la República Federativa del Brasil, en la República del Paraguay y en la República oriental del Uruguay. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 115-144

_____. **A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros**. 2003. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998a.

_____. **Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996**. São Paulo: RT, 1998b.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 251-282.

RODAS, João Grandino. **Sociedade comercial e Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 17. ed., n. 4. São Paulo: Saraiva, 1988. 2. v.

ROTH, André-Noel. O direito em crise: fim do Estado moderno?. Trad. Margaret Cristina Toba e Márcia Maria Lopes Romero. In FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 15-27.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In _____. **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 25-102.

SACERDOTI, Giorgio. Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection. **Recueil des Cours**. Haye, n. 269, p. 251-460, 1997.

SILVA, Ovídeo A. Baptista. **Jurisdição e execução**: na tradição romano-canônica. São Paulo: RT, 1996.

SCHLEE, Paula C. Padrões de tratamento do estrangeiro e sua propriedade em matéria de investimentos: análise da jurisprudência do ICSID. In: **Direito do comércio internacional**: Investimento estrangeiro. Buenos Aires: DeCITA, 2005a. v. 3. p. 82-105

_____. **Os padrões de tratamento do investimento estrangeiro**: o direito brasileiro frente ao direito internacional. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2005b.

SOARES, Guido Fernando Soares. **Concessões de exploração de petróleo e arbitragens internacionais**. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

_____. **Das imunidades de jurisdição e de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama e. Os princípios do Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do mercosul. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 427-464.

STERN, Brigitte. **O Contencioso dos investimentos internacionais**. Trad. Maria Eugênia Chiampi Cortez. Manoele: São Paulo, 2003.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

_____. **Direito internacional privado**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. vol. 2.

TESS, Eduardo Carvalho; LEITE, Clarisse F. Lara. Imunidades de jurisdição e execução na arbitragem comercial internacional. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, n. 14., p. 9-18, jul./dez., 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Locação comercial – Sublocação do imóvel com nova edificação e benfeitorias – Limite do aluguel – Inteligência do art. 21 da lei Nº 8.245/91 - Parecer. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, nº 4, p. 61-76 mar./abr., 2000.

TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional**: planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: RT, 2001.

TORRES, Antonio Carlos Esteves. Arbitragem: Estudo sobre a resistência - Soluções. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 3, n. 11., São Paulo: RT, p. 59-66, out./dez., 2006.

WALD, Arnoldo. A empresa no terceiro milênio. In: FONSECA, Rodrigo Garcia da; WALD, Arnoldo (Coords.). **A empresa no terceiro milênio**: aspectos jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 03-38

VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional publico**. 5. ed. Trad. Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1973.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Direito uniforme sobre a compra e venda internacional de mercadorias: convergências e divergências em sua aplicação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 9, n. 33, p. 61-83, jul./set., 2006.

VIGNALI, Heber Arbuet. **O atributo da soberania**. Brasília: Senado Federal, 1995.

ZEYEN, Gaetan. Immunities of States in investment agreements: what's new with the Creighton decision?. **International Business Law Journal**, n. 03, p. 333-349, may/2006.

SITES PESQUISADOS

<http://www.cgu.gov.br/ocde>

<http://www.worldbank.org/icsid/>

<http://www.oecd.org>

<http://www.unctad.org>

<http://www.sobeet.com.br>

<http://www.iconebrasil.com.br>

<http://www.unidroit.org>

<http://www.imf.org>

<http://www.oas.org>

<http://www.icj-cij.org/as.org>

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)