

○ Brasil e a proteção jurídica dos investimentos estrangeiros: da negociação de novos acordos à reflexão sobre o seu cumprimento a partir da arbitragem de investimentos¹

VIVIAN DANIELE ROCHA GABRIEL²
JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA³

RESUMO

A arbitragem de investimento cresceu consideravelmente na América Latina durante a década de 1990, contudo, Brasil permanece até os dias de hoje ao largo desse sistema, mesmo diante de sua importância no hodierno cenário jurídico internacional. Ao adquirir também a posição de investidor, faz-se necessário que o Brasil retome o debate quanto à utilização do Direito Internacional dos Investimentos, para que possa conferir proteção aos seus nacionais e, também, participar da reconstrução desse ramo do Direito.

Palavras-chave: Brasil; tratados de investimento; arbitragem de investimentos; ICSID.

- 1 Este documento fue elaborado en el marco del Seminario *SLADI* 2015. Para citar el artículo Rocha Gabriel, V. & Fontoura Costa, J. (2016). O Brasil e a proteção jurídica dos investimentos estrangeiros: da negociação de novos acordos à reflexão sobre o seu cumprimento a partir da arbitragem de investimentos, en *Revista Con-Texto*, n.º 46 EE, pp. 57-75. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n46EE.04>
- 2 Mestranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada-Pesquisadora do Centro de Comércio Global e Investimentos da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (CCGI/EESP-FGV).
- 3 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bolsista Produtividade do CNPq.

BRAZIL AND THE JURIDICAL PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENTS: FROM THE NEGOTIATION OF NEW AGREEMENTS TO THE REFLECTION OF ITS ENFORCEMENT SINCE THE INVESTMENT ARBITRATION

ABSTRACT

Investment arbitration has grown in a high level in Latin America during the 1990s, however, Brazil remains until nowadays far away from this system, even before its importance in the international juridical scene. The acquisition of the investor condition turns the discussion of International Investment Law regulation necessary to offer more protection to Brazilian entrepreneurs and, also, to provide more participation in the reconstruction of the subject.

Keywords: Brazil; investment treaties; investment arbitration; ICSID.

1. INTRODUÇÃO

A proteção jurídica dos investimentos estrangeiros é tema de bastante relevância e alvo de discussões, em especial, na América Latina. O Brasil jamais ficou imune a essa questão, tendo-a discutido no final dos anos 1990 com bastante intensidade, contudo, este debate passou, posteriormente, por um período de desaceleração.

O século XXI deu uma nova roupagem às análises sobre a relação do Brasil e o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros, a partir da nova condição de alguns países em desenvolvimento, inclusive ele próprio, considerados emergentes, que, a partir de seu grande crescimento econômico, agora enfrentam novos desafios, muitos deles, além de suas fronteiras territoriais.

Nesse sentido, os tratados de investimento encontram o seu tom, pois garantem proteção aos particulares, além disso, preveem a especificidade da remissão de quaisquer litígios à arbitragem de investimentos, método pacífico de resolução de controvérsias entre investidores e Estados, que ganha cada vez mais destaque no mundo contemporâneo.

Os Estados latino-americanos mostraram grande disposição ao vincularem-se aos tratados e à arbitragem mista, contudo, nos dias de hoje, alguns deles mostram resistência a esses mecanismos, preferindo até mesmo decisões drásticas como a sua denúncia.

Desse modo, o artigo propõe-se a examinar, em primeiro lugar, a condição do Brasil frente ao Direito Internacional dos Investimentos, qual era a posição adotada no passado e por que, atualmente, esta merece ser revisada com relação aos instrumentos internacionais de promoção e proteção de investimentos e à arbitragem mista.

Em um segundo momento será abordado a arbitragem de investimentos, com especial foco para o sistema desenvolvido em organismo especializado internacional e principal foro internacional para a matéria, quais são suas características e quais os motivos que levam nações latino-americanas como Bolívia, Equador, Venezuela e, até mesmo Argentina, a resistirem a esse modelo na atual condição internacional.

Por fim, será realizada análise comparativa e interpretativa de alguns indicadores de Angola, Moçambique, Nigéria e África do Sul no que diz respeito a sua vinculação ao Direito Internacional dos Investimentos, pois, tendo em vista que o Brasil (re)pensa em pactuar tais tratados, em especial com esses países, faz-se necessário examinar quais as posições deles em relação ao tema.

2. O BRASIL E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

O Brasil quase sempre se mostrou distante do Direito Internacional dos Investimentos. Foi somente a partir do governo Collor de Mello que um novo panorama se encetou, cedendo espaço para a abertura comercial e financeira, em plena consonância com o contexto de liberalismo econômico vivenciado. Foi o início da entrada dos investimentos estrangeiros no país, a qual se intensificou durante toda a década, consolidando o Brasil como um dos maiores receptores de capital externo do mundo.

Com isso, discussões acerca da proteção jurídica dos investimentos estrangeiros começaram a fluir. Não só o Brasil experimentava uma maciça invasão de capital estrangeiro, mas também toda a América Latina. Proliferara-se em toda esta extensão geográfica a retórica de que a adesão aos padrões de proteção e promoção de investimentos seria a chave para uma maior atração de investimentos, e, por consequência, maior desenvolvimento econômico, visto que esses instrumentos possibilitariam uma maior segurança jurídica ao particular, que se sentiria mais confiante em investir em território alienígena. Assim sendo, houve uma grande aderência desses Estados aos acordos de promoção e proteção de investimentos (APPRIs), bem como à Convenção de Washington (CW) de 1965, que instituiu um foro arbitral especializado para apreciar litígios envolvendo investimentos.

Os acordos de investimentos caracterizam-se por uma gama de direitos e deveres, que visam acima de tudo proporcionar a proteção e a adoção de um *standard* de tratamento para investidores estrangeiros, ao mesmo tempo em que resguardam a soberania nacional dos Estados receptores de investimentos, de modo que continuem a regular seu *policy space*. Além disso, têm como uma de suas premissas a instituição do respectivo mecanismo de solução de controvérsias acordado entre as partes.

Já a Convenção de Washington de 1965, esta é responsável pela criação do *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, organização internacional intergovernamental especializada que integra o sistema do Banco Mundial, cujo escopo é fornecer um local propício e uma lista de profissionais indicados (dentre conciliadores e árbitros) para que possam ser solucionadas contendas referentes a investimentos.

O Brasil manteve-se firme em sua posição de resistência⁴, não assinou (e isso perdura até os dias de hoje) a Convenção de Washington, contudo, chegou a mostrar-se interessado na pactuação dos acordos de investimento, em sua espécie bilateral. De 1995

4 MAGALHÃES, JOSÉ CARLOS DE. Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de investimentos. Revista de Informação Legislativa, n.º 134, ano 34, Brasília, abr./jun., 1997, p. 15. Disponível em: «<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/248/r135-02.pdf?sequence=4>». Acesso em: 02 jul 2014.

a 1999, o Estado brasileiro assinou catorze tratados bilaterais de investimento (BITs)⁵, respectivamente com Portugal, Chile, Reino Unido, Suíça, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Itália, Venezuela, Cuba, Holanda e Bélgica. Além disso, firmou também os Protocolos de Colônia e de Buenos Aires⁶, que regulam a proteção de investimentos no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), bloco regional que integra, porém, esses instrumentos, jamais entraram em vigor.

Apesar das discussões internas a respeito do tema e da simpatia dos estudiosos nacionais do direito internacional para que o Brasil finalmente aderisse aos tratados bilaterais de investimento, como é o caso dos doutrinadores Nádía de Araújo e Lauro Gama Souza Júnior, que afirmaram que a tentativa de assinar tratados bilaterais de investimento seguia uma tendência global de captação de investimentos produtivos estrangeiros, "já que oferecem garantias modeladas em nível internacional ao capital alienígena que deseje ingressar e permanecer no país"⁷, e José Carlos de Magalhães, que dispôs à época que :

"o número expressivo de tratados bilaterais de investimentos celebrados por terceiros países justifica, e até mesmo aconselha que o Brasil não fique de fora do rol dos países dispostos a conceder tais garantias, demonstrando à comunidade internacional sua disposição em comprometer-se a dar efetividade aos preceitos de sua Lei Maior"⁸.

Entretanto, o Brasil não alcançou a ratificação desses instrumentos, restando-se afastado desta rede de tratados de proteção internacional desde então. Para que se possa desvendar como era o arquétipo de proteção vislumbrado pelo Brasil à época, é oportuno analisar algumas cláusulas padrões de mais destaque desses tratados e quais foram os reais motivos da denegação por parte do Congresso brasileiro.

A estrutura clausular do modelo de tratado bilateral brasileiro abrangia questões como a definição de investimentos e investidor, em que a empresa deveria ter sede no país em questão e ainda ter sido constituída conforme a legislação local. Também abarcava a promoção e admissão de capital, o tratamento do investimento, a transferência do capital investido, a sub-rogação e, por fim, as indenizações por perdas, nacionalizações e desapropriações.

Quanto às desapropriações e suas respectivas indenizações imediatas, adequadas e efetivas, o dispositivo estaria em consonância com o previsto na Constituição Federal,

5 Adotou-se a sigla *Bilateral Investment Treaties* pelo seu uso mais frequente na doutrina.

6 O Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL visava disciplinar os investimentos intrazona. Já o Protocolo de Buenos Aires sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados Não-Partes do MERCOSUL, pretendia regular os investimentos extrazona.

7 ARAÚJO, NÁDIA DE; SOUZA JR, LAURO DE GAMA E. Os acordos bilaterais de investimento com a participação do Brasil e o direito interno – análise das questões jurídicas. In: CASELLA, PAULO BORBA; MERCADANTE, ARAMINTA DE AZEVEDO (coord). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a omc e o Brasil*. São Paulo: LTR, 1998, p.493.

8 MAGALHÃES, 1997, p. 16.

em seu art. 182, parágrafo 4º, no que diz respeito ao dever do proprietário conferir uma função da propriedade em solo urbano e o art. 184, que prevê o mesmo para a propriedade rural, ambas sob pena desapropriação por utilidade pública ou interesse social, sendo pagas através da *ordem cronológica de precatórios*. Entretanto, essa premissa constitucional interferiria no que estava previsto nos tratados de investimentos ao dispor sobre pagamento "pronto e "imediato". Isso, pois, a dinâmica do judiciário brasileiro, muitas vezes se mostrava e, ainda se mostra morosa frente à apuração mediante perícia de todos os requisitos para a desapropriação, tornando impossível, mesmo que prevista em texto constitucional, que a indenização seja pronta e imediata. Ainda, o fato de existir a possibilidade de imissão liminar da posse ao Poder expropriante, em regime de urgência, pode fazer com que o expropriado fique sem o bem e sem o pagamento integral do valor.

Curioso destacar ainda que o padrão brasileiro de BIT instituía como meio de solução de controvérsias entre particular e Estado, inicialmente, consultas e, caso estas se restassem infrutíferas, partir-se-ia para a resolução em tribunais internos ou para a arbitragem *ad hoc* ou perante algum tribunal especializado constituído, como o ICSID, que fora mencionado nos acordos com Portugal e Chile e com os países do MERCOSUL, perspectiva que, segundo Nádia de Araújo e Lauro Gama e Souza Júnior, era inovadora do ponto de vista brasileiro⁹.

Entretanto, o Poder Legislativo atuou para limitar essa iniciativa. Segundo parecer legislativo da consultora Déborah Bithiah de Azevedo, de 2001, os BITs apresentam problemas de constitucionalidade no que tange à forma de indenização, de desapropriação e quanto à opção pelo foro externo. Para os parlamentares, essas normativas comprometeriam o Estado por um tempo muito longo, desconsiderando eventuais mudanças que pudessem ocorrer no cenário internacional. Além disso, os textos privilegiavam o investidor estrangeiro em detrimento do nacional, os quais não teriam acesso ao tipo de proteção acordada, como no que se refere ao sistema de solução de controvérsias estabelecido pela via arbitral internacional.

Acrescenta-se ainda, a visão de que os tratados de investimento não seriam necessários, visto que "o ordenamento jurídico brasileiro não discrimina o investidor estrangeiro do nacional, concedendo a ambos idêntico tratamento, afirmação fundada na Constituição Federal" e que a condução do litígio para a arbitragem *ad hoc* ou especializada feriria a soberania estatal, pois violaria o princípio do esgotamento dos recursos internos antes de se recorrer ao âmbito internacional. Ademais, a adoção desse meio de solução de disputas colocaria o Estado brasileiro em patamar de igualdade com o investidor diante de um tribunal arbitral, o que também violaria sua supremacia¹⁰.

9 ARAÚJO; SOUZA JR, 1998, pp. 460-496.

10 AZEVEDO, DÉBORA BITHIAH DE. *O capital estrangeiro terá regras estáveis por 25 anos?: os acordos de promoção e proteção de investimentos em tramitação no congresso nacional*. Brasília: Cadernos ASLEGIS, v.5, n.º 4, maio/ago 2001, p. 27. Disponível em: «<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/11190>». Acesso em: 02 out 2012.

Assim sendo, não houve a ratificação dos BITs até os dias de hoje, e o Brasil continua passando ao largo no que se refere à proteção internacional dos investimentos estrangeiros.

Ocorre que, do ponto de vista econômico, algumas evoluções podem ser notadas. A percepção de que o Estado brasileiro trata-se apenas de um exclusivo receptor de investimentos já não mais pode ser aceita. Isso, pois, desde a década de 1990, concomitantemente ao processo de entrada de capitais, o país já ensaiava uma expansão de sua indústria nacional, mesmo que ainda muito lenta e precária.

Nos anos 2000, algumas empresas brasileiras, já mais enrobustecidas, aprimoraram-se e se lançaram ao processo de internacionalização. Organizaram-se através de alianças estratégicas para a transferência de tecnologia e aquisição de *know-how*, o que as impulsionou para sua expansão em mercados estrangeiros, como os de América do Sul, América do Norte, Ásia, Europa e África. Além disso, vale destacar que o governo brasileiro também teve e ainda tem papel fundamental neste processo, pois conta com programa de apoio para o auxílio da internacionalização de empresas brasileiras com capital exclusivamente nacional, por intermédio de aportes financeiros provenientes do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)¹¹.

Nessa esteira, salientam-se as empresas brasileiras de cunho atualmente transnacional. A VALE SA, encontra-se dentre as mais importante, visto que resta-se entre as quinze maiores transnacionais do mundo, segundo a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento (em inglês, UNCTAD)¹², bem como é a empresa brasileira mais internacionalizada no globo, conforme o prisma do número de países em que atua¹³. Também na área de exploração de recursos naturais é relevante citar a atuação da Petrobrás, que também figura como uma das maiores empresas transnacionais na área de gás e óleo controladas pelo Estado¹⁴, segundo a UNCTAD. Ademais, vale citar que, de acordo com pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas¹⁵, outras companhias brasileiras, abrangidas pelos mais diversos setores, também vêm demonstrando considerável internacionalização, como é o caso de Gerdau, Camargo Corrêa, Odebrecht, Embraer, Marcopolo, Duas Rodas, Banco do Brasil, Weg e Grupo Mafrig.

- 11 Cf. Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social. *Foreign Trade*. Disponível em: «http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_en/Institucional/The_BNDES_Abroad/Foreign_Trade». Acesso em: 01 jul 2014; ALÉM, ANA CLÁUDIA e CAVALCANTI, CARLOS EDUARDO. *O BNDES e o apoio à internacionalização das empresas brasileiras*: algumas reflexões. Revista do BNDES, v. 12, n.º 24, dez/2005, p. 71.
- 12 United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2014*: Investing in the SDGs: na action plan. New York and Genebra: ONU, 2014, p. 21. Disponível em: «http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf». Acesso em: 26 jun 2014.
- 13 Fundação Dom Cabral. *Ranking FDC das multinacionais brasileiras 2013*: os impactos da política externa na internacionalização de empresas brasileiras. Disponível em: «http://www.fdc.org.br/imprensa/Documents/2013/ranking_multinacionais_brasileiras2013.pdf». Acesso em: 29 jun 2014.
- 14 Op.cit., p. 21.
- 15 Fundação Getúlio Vargas. *Infográfico: nossas empresas ganham o mundo*. Disponível em: «<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7121/Ed.%2022%20-%20Infografico%20-%20%28Site%29.pdf?sequence=1>». Acesso em: 29 jun 2014.

Ainda, a partir de 2003, o investimento direto brasileiro no exterior marcou considerável elevação, em especial, em função da produção de *commodities*. Além disso, algumas empresas brasileiras passam a fazer parte de operações de fusões e aquisições internacionais¹⁶, ganhando destaque global.

Essa evolução promovida pelo empresariado brasileiro se deu, principalmente, em razão do deslocamento de uma posição defensiva, que vigorava até os anos 1990, rumo à adoção de uma estratégia de integração por meio da internacionalização, para que se atingisse o acesso aos círculos internacionais de negociação, às cadeias globais de valor e às parcerias em redes inter organizadas, de modo a tentarem se inserir na rede de competitividade econômica internacional¹⁷.

Portanto, nota-se que o Estado brasileiro enfrenta atualmente uma transição, saindo da qualidade de exclusivo receptor de investimentos, passando para também investidor, em razão do processo de internacionalização de suas empresas nacionais. Esse fato merece a atenção do governo brasileiro e, também, do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros, visto que envolve o investidor brasileiro, que caso não possua instrumento jurídico de proteção que o cubra, resta-se vulnerável a intervenções estatais imprevisíveis.

Ressalta-se que, em 2013, o Brasil pareceu retomar o debate e mostrou indicativos de mudança de posição quanto à aderência a padrões de proteção de investimentos. O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC) realizou declaração oficial em outubro de 2013 alegando que o governo brasileiro deu “sinal verde para proposta de acordo de investimentos entre Brasil e países africanos”¹⁸. Conforme aduziu o Secretário-Geral de Comércio Exterior do MDIC, Daniel Godinho, o governo brasileiro encontra-se estimulado, em decorrência da elevação nos fluxos comerciais com a África, a instituir um novo modelo de acordos de investimento entre Brasil e países africanos tidos como comercialmente relevantes, como Angola, Moçambique, Nigéria e África do Sul, visto que “o crescimento do intercâmbio comercial brasileiro com o continente, que passou de US\$ 10,431 bilhões, em 2004, para US\$ 28,533 bilhões”¹⁹ em 2013, tem estrita relação com a proliferação de investimentos brasileiros no continente.

- 16 Cita, a título ilustrativo, os casos da fusão entre a brasileira AMBEV e a belga InterBrew, da compra da canadense Inco pela Companhia Vale do Rio Doce e a compra argentina Swift Armour S.A e da americana Pilgrim's Pride pela Friboi, maior produtora de carne do mundo. Cf. ALÉM, ANA CLÁUDIA e CAVALCANTI, CARLOS EDUARDO. *O BNDES e o apoio à internacionalização das empresas brasileiras: algumas reflexões*. Revista do BNDES, v. 12, n.º 24, dez/2005, p. 71; WILLIAMSON, PETER J., RAMAMURTI, RAVI, FLEURY, AFONSO; FLEURY, MARIA TEREZA LEME. *The competitive advantage of emerging Market multinationals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 103.
- 17 FLEURY, AFONSO, FLEURY, MARIA TEREZA LEME. *Multinacionais brasileiras: competências para a internacionalização* Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012, p. 198.
- 18 LEO, SÉRGIO. *Valor Econômico*. Brasília, 07 out. 2013. Brasil cria modelo de proteção a investidor. Disponível em: «<http://www.valor.com.br/brasil/3295402/brasil-cria-modelo-de-protecao-investidor>». Acesso em: 02 fev 2014.; Comex Do Brasil. Brasil apresenta proposta de investimento na África do Sul, Angola, Moçambique e Nigéria. Disponível em: «<http://comexdobrasil.com/brasil-apresenta-proposta-de-acordo-de-investimento-na-africa-sul-angola-mocambique-nigeria/>». Acesso em: 02 fev 2014.
- 19 Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Governo incentiva investimentos de qualidade*

Logo, constata-se que o Brasil passa, atualmente, por um período em que se inclina mais uma vez a assinar novos acordos de investimento, reavendo a política de proteção oferecida pelos BITS, porém, dessa vez, com um novo viés, como a parte exportadora de capital e não mais somente receptora. Esse fato torna-se absolutamente pertinente para a retomada dos estudos e discussões a respeito da relação “Brasil e proteção jurídica internacional dos investimentos estrangeiros”, pois faz com que se questione como se dará a estrutura clausular desses acordos e se esses conteriam as mesmas previsões que criaram atrito no passado, como é o caso da submissão de litígios à arbitragem de investimentos e, possivelmente, ao foro do ICSID, mesmo diante de algumas experiências negativas e de retiradas das nações latino-americanas ao sistema ICSID nos últimos anos. Nesse sentido, serão examinadas as características e benefícios da arbitragem de investimentos, com especial foco para a mais frequente delas, a arbitragem ICSID, qual o posicionamento de algumas nações latino-americanas a respeito disso e qual o tratamento conferido pelas nações africanas com que o Brasil pretende firmar acordo a respeito da arbitragem de investimentos.

3. ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS: CARACTERÍSTICAS E ANÁLISE DA ATUAL INTERPRETAÇÃO LATINO-AMERICANA

A regulação dos investimentos estrangeiros nem sempre foi coberta pelo manto do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros e tampouco foi aceita em absoluto por todos os Estados. Antes de sua criação, o tema era limitado ao âmbito interno dos Estados, somente tendo sido abarcado pelo Direito Internacional quando da aplicação do direito costumeiro internacional e da proteção diplomática. Contudo, através desses mecanismos, apenas os Estados, sujeitos legitimados na esfera internacional, é que atuavam em defesa de seus nacionais (inclusive empresas), e não o próprio nacional, que era, de fato, o verdadeiro lesado²⁰.

Esse sistema preliminar de proteção dos investimentos estrangeiros foi contestado no final do século XIX e até metade do século XX, pelas Doutrinas Drago e Calvo. As limitações doutrinárias a esse sistema de proteção envolviam, respectivamente, críticas quanto à ingerência externa de outros Estados forçosamente para resolver dívidas e tratar de questões relacionadas à propriedade privada e a investimentos, bem como se entendia que as disputas existentes não deveriam ultrapassar os limites jurisdicionais interno dos Estados, afastando a proteção diplomática ou a reclamação internacional²¹.

na África. Disponível em: «<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=13202>». Acesso em: 01 jun 2014.

20 CRAWFORD, JAMES. *Brownlie's principles of public international law*. 18ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 702.

21 RIBEIRO, MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional In DIREITO, CARLOS ALBERTO MENEZES; TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO; PEREIRA, ANTONIO CELSO ALVES (orgs). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em*

Desse modo, diante da oposição ideológica dos sistemas protecionistas latino-americanos e da evolução de meios pacíficos para a resolução de controvérsias, surgiu no cenário internacional um meio que adquiriu desde então crescente relevância como forma de solução de litígios: a arbitragem internacional.

Inicialmente utilizada para dirimir controvérsias entre Estados, nos mais variados temas, como delimitações territoriais, questões marítimas ou comerciais, com base no Direito Internacional Público. Posteriormente, com o aparecimento da *nova Lex mercatória*, passou a abranger a resolução de conflitos entre entes privados, na denominada arbitragem comercial internacional. Esta espécie de arbitragem transparece a ideia de uma arbitragem privada e autônoma em relação a qualquer direito nacional, retirando sua validade seja do Direito Internacional, seja da *Lex mercatória* ou até mesmo dos contratos internacionais de comércio. Entretanto, com a proliferação de investimentos estrangeiros em todo o mundo e a vulnerabilidade existente no que tange às interferências estatais através de expropriações, nacionalizações, restrições ao envio de lucros ao país de origem, pesadas cargas tributárias às empresas multinacionais e até mesmo alterações legislativas discriminatórias ao investidor estrangeiro, suscitam então controvérsias também nesse campo de estudo do Direito.

Nesse sentido, a arbitragem também foi ganhando relevância para a análise de litígios entre Estados e entidades privadas, como é o caso das arbitragens de investimentos, caracterizadas como "mixed jurisdictions" ou arbitragens mistas²². Esta, nas palavras de Dário Moura Vicente, constitui "uma garantia essencial de que, em caso de litígio com o Estado ou outro ente público com quem contratou, o mesmo será decidido por um órgão imparcial"²³.

Ora, a arbitragem de investimentos tem sido tratada, ao longo de sua evolução por diversos instrumentos internacionais, e realizada por vários fóruns, dentre eles, o já citado ICSID, principal e mais popular organismo utilizado como foro internacional para a instituição da arbitragem mista, mas também pode haver a prática arbitram mista em locais como a Câmara de Comércio Internacional (CCI), Câmara de Estocolmo, e podem ser abarcadas também pela regulação proveniente da *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*.

Ressalta-se que, por sua maior importância e notoriedade para a arbitragem de investimentos, o artigo se concentrará no sistema de arbitragem de investimentos realizado pelo ICSID.

A Convenção de Washington estabelece que a jurisdição do referido órgão é *rationae materiae*, tratando apenas de questões que versem sobre a matéria investimentos, além de ser também *rationae personae*, legitimando o acesso ao tribunal pelos Estados-membros

homenagem ao professor celso d. de albuquerque mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 488; COSTA, JOSÉ AUGUSTO FONTOURA. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 62.

22 CRAWFORD, JAMES. *Brownlie's principles of public international law*. 18ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

23 VICENTE, DÁRIO MOURA. A convenção icsid e os tratados bilaterais. *Revista da ordem dos advogados*, 2011, 752.

signatários, bem como pelos nacionais de um Estado-membro diverso daquele que integra o outro polo da ação, conforme prevê o artigo 25 da Convenção. Posteriormente, visando ampliar a utilização do Sistema, foi criado o Mecanismo Complementar, que não se limita somente às disputas envolvendo membros da CW, ampliando a jurisdição do Sistema em seu âmbito material e subjetivo a Estados que não sejam signatários, para que tenham acesso ao tribunal, contanto que estes autorizem a sua jurisdição. Por fim, um dos requisitos necessários deste sistema consiste na manifestação expressa de aceitação da jurisdição do ICSID, a qual deve ser feita por escrito pelas partes, seja através de uma cláusula contratual, lei nacional que verse sobre investimentos ou cláusulas de um acordo de investimentos.

Dentre as características distintivas da arbitragem ICSID, destaca-se:

(i) a exclusividade, pelo que, a partir do consentimento das partes à arbitragem neste foro, afasta-se qualquer outro meio jurisdicional, conforme art. 36 da Convenção;

(ii) a necessidade de duplo consentimento, visto que somente a ratificação da Convenção de Washington não vincula automaticamente as partes à arbitragem ICSID, dependendo, como já citado, de manifestação por escrito, conforme art. 25, n.1 da CW:

(iii) a deslocalização do processo arbitral e dos meios de anulação da decisão, pois somente é apto para anular a sentença arbitral comitê *ad hoc* designado pelo ICSID, em decorrência das causas por ele especificadas, não atinentes a qualquer ordem interna dos Estados, logo, conclui-se que o local do processo arbitral nada repercute sobre as regras aplicáveis a este.

(iv) o reconhecimento automático das decisões arbitrais proferidas pelo ICSID, sem a necessidade de *exequatur* ou confirmação prévia, sendo estas de cumprimento obrigatório, independente de revisão²⁴.

Dessa forma, tem-se que a arbitragem a Convenção de Washington possibilita um meio de solução de controvérsias mais especializado e legítimo, pois decorre da autonomia da vontade das partes que escolhem afastar quaisquer outros meios jurisdicionais, e, também, mais dinâmico, visto que prevê o reconhecimento automático das sentenças arbitrais, bem como sua execução.

Observa-se que, tanto a arbitragem de investimentos pelo viés do ICSID quanto os primeiros tratados sobre o tema, em sua forma bilateral, foram criados na mesma época, nos anos 1960²⁵. Caminharam de forma lenta e gradual, com número reduzido tanto de casos quanto de tratados ratificados até a década de 1980 e início dos anos 1990, quando, no auge do liberalismo econômico, foram percebidos como instrumentos jurídicos úteis ao cenário neoliberal, ganhando assim, popularidade entre os atores internacionais.

24 VICENTE, DÁRIO MOURA. A convenção icsid e os tratados bilaterais. *Revista da ordem dos advogados*, 2011, pp. 753-758.

25 VAN HARTEN, GUS. *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 25.

A conexão existente entre o ICSID e os tratados bilaterais de investimento reside no ponto em que, conforme aduz Dário Moura Vicente:

“Sempre que seja invocada numa arbitragem ICSID a violação de um tratado bilateral de investimento, a cláusula de arbitragem constante deste pode, de acordo com esta jurisprudência, constituir a manifestação do consentimento do Estado, que o art. 25, n.º 1, da Convenção de Washington exige a fim de que o Centro possa exercer sua competência”.

Assim sendo, a arbitragem de investimentos passa por um período evolutivo muito próximo dos BITs e a eles está intimamente ligada, pois estes instrumentos são uma das possibilidades em que se poderá vislumbrar o consentimento dado a arbitragem de investimentos ICSID.

Como já exposto, a arbitragem de investimentos ganhou contornos mais abrangentes a partir da década de 1990, inclusive, se estendendo à América Latina. Historicamente, os Estados latino-americanos possuíam aversão a qualquer tipo de ingerência estrangeira no que concerne o tema investimentos, bem como tinham para si que as disputas, quaisquer que fossem, deveriam ser dirimidas na jurisdição interna dos países, pois se pensava que se fossem resolvidas fora ou por meio da proteção diplomática, haveria qualquer tipo de privilégio para o investidor.

Muitos dos sujeitos que resistiam ao Direito Internacional dos Investimentos anteriormente reviram suas posições, nos anos 1990, diante da premissa maior à época: a atração do capital estrangeiro como forma de se atingir maior crescimento e desenvolvimento econômico. Se a adoção dos tratados de investimento realmente contribuiu para o incremento dos investimentos estrangeiros é algo discutível e alvo de diversos estudos, mas fato é que os países latino-americanos aderiram a essa rede de tratados com esse intuito. Vale ressaltar que, Estados como Argentina, Uruguai, Peru, Equador, Venezuela, Bolívia e Paraguai firmaram vários BITs, vinculando-se também à jurisdição arbitral internacional do ICSID por meio da Convenção de Washington de 1965.

Em 2007, 15% dos casos concluídos pelo tribunal eram contra Estados latino-americanos. E, conforme análise interpretativa da lista de casos disponíveis pelo ICSID, desde a sua criação até setembro de 2013, foram 95 contendas concluídas e 79 pendentes envolvendo países latino-americanos²⁶, o que denota a elevada participação e importância desses Estados no funcionamento e no impulsionamento desse sistema.

Porém, com o passar dos anos, esses Estados foram reagindo de formas bastante distintas ao sistema de proteção instituído pelo Direito Internacional dos Investimentos. A euforia foi se enfraquecendo e, diante da existência de algumas crises econômicas vivenciadas, da elevada incidência de demandas e condenações internacionais custosas, bem

26 International Centre for Settlement of Investment Disputes. *List of ICSID cases*. Disponível em: «<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>». Acesso em: 28 mai 2014.

como do posicionamento político-ideológico de algumas dessas nações, a permanência no sistema começou a ser questionada.

A Bolívia foi o primeiro país latino a oficializar a sua retirada do sistema ICSID, em 02 de maio de 2007, ocasião da formalização da denúncia da Convenção de Washington pelo país. A nação boliviana tem um precedente histórico de ampla abertura comercial e de uma política de privatizações, principalmente, no âmbito da exploração de gás natural. Contava, inclusive, com legislações internas que estabeleciam os ditames desse processo, como a Lei de Hidrocarbonetos, que situava a porcentagem de *royalties* a serem pagos ao governo e a proporção de participação do Estado na produção de hidrocarbonetos. Quando da primeira eleição de Evo Morales, em 2006, uma de suas primeiras medidas logo ao assumir o poder foi o Decreto 28701, que nacionalizou toda a indústria de exploração de hidrocarbonetos. Assim, no ano seguinte, não tardou para que manifestasse a pretensão de a Bolívia abandonar um dos pilares do Direito Internacional dos Investimentos, o sistema do ICSID.

Em janeiro de 2009, Morales, ainda no governo, propôs a adoção de uma nova Constituição para a Bolívia e, dentre as disposições basilares desta Carta estavam a relutância aos investimentos estrangeiros diretos e aos foros internacionais para a resolução de litígios sobre investimentos. O art. 366 deste diploma legal ganhou nova roupagem, prevendo que as *empresas produtoras de hidrocarbonetos* não poderiam processar a Bolívia em jurisdições internacionais, tampouco recorrer a arbitragens internacionais ou à proteção diplomática²⁷. A oposição boliviana aos investimentos estrangeiros e a sua respectiva proteção jurídica internacional se dá de forma bastante ideológica, a perceber por convicções de que os investidores estrangeiros são os responsáveis por perpetuar o imperialismo em outros territórios, portanto, por seu grande poderio econômico, não necessitam de qualquer proteção²⁸.

Ademais, outro Estado que também questionou internacionalmente a arbitragem de investimentos ICSID foi o Equador. Este também presenciou uma política de liberalização econômica durante os anos 1990, porém, com a sucessão presidencial de 2006, e a ascensão de Rafael Correa, mudanças de cunho mais nacionalista e menos liberal foram tomadas. As negociações sobre a criação de uma área de livre comércio com os Estados Unidos foram suspensas e leis tributárias que sobrecarregavam os investidores estrangeiros, em especial aqueles que atuavam na produção de petróleo foram instituídas. Além disso, em setembro de 2008, houve uma emenda à Constituição equatoriana, acrescentando ao artigo 422 o teor de que não mais se poderia celebrar tratados ou

27 O último caso envolvendo o Estado boliviano foi o *E.T.I. Euro Telecom International N.V. v. Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case n.º ARB/07/28). Destaca-se que, o caso foi instituído em 31 de setembro de 2007, e foi considerado apto a ser julgado pelo ICSID, mesmo com a denúncia ocorrendo em maio do mesmo ano, visto que a Convenção de Washington prevê que o diploma legal continuará em vigor seis meses após a denúncia, em conformidade com seus arts. 71 e 72. Essa é uma interpretação doutrinária extensiva, como bem ressaltado pelo doutrinador

28 VINCENTELLI, IGNACIO A. The uncertain future of ICSID in latin america. *Law and Business Review of the Americas*, v. 16, 2010, p 423.

instrumentos internacionais que fizessem com que o Estado equatoriano tivesse de ceder sua jurisdição soberana a foros arbitrais internacionais, em controvérsias contratuais ou de índole comercial, entre o Estado e pessoas naturais ou jurídicas privadas.

Assim, com o fundamento de que a Convenção de Washington, bem como os tratados bilaterais de investimentos assinados pelo Equador violavam a sua Carta Magna, em 04 de dezembro de 2009, houve a denúncia da Convenção de Washington e de todos os BITs ratificados pelo país, em 2010. Vale ressaltar que esse caso se diferencia da alteração constitucional bolivariana, pois esta se deu em momento posterior à denúncia da Convenção e, no que tange à arbitragem internacional de investimentos, limita-se a não reconhecer tribunais estrangeiros, nem arbitragens internacionais que envolvam empresas estrangeiras de gás e petróleo.

Há de se destacar também o caso da Venezuela. Antes da chegada de Hugo Chávez ao poder, seus antecessores adotaram várias medidas liberalizantes no que tange a investimentos, com vistas à atração do capital internacional, como foi o caso do governo Caldera e de sua "Agenda Venezuela", que visava, por exemplo, a abertura do setor petrolero aos investidores estrangeiros, através do programa denominado "Apertura Petrolera".

Com a eleição de Chávez, em 1998, todas essas medidas tomadas por governos anteriores foram revistas, alegando-se uma "saturação do sistema econômico vigente".²⁹ Uma reforma constitucional também fora realizada, além da promulgação de uma nova lei sobre hidrocarbonetos, em 2001, que visava a implementação de políticas nacionalistas no que tange aos recursos naturais, como a "Plena Soberanía Petrolera" e a "Siembra Petrolera", que envolviam a renegociação de contratos na área de exploração de petróleo com investidores privados. Essas medidas levaram os investidores estrangeiros da área de exploração de recursos minerais, como ExxonMobil e ConocoPhillips ao acionamento do ICSID, ao final de 2007³⁰. Além disso, foram promovidas diversas expropriações e nacionalizações, como as ocorridas em fazendas agrícolas, como nos casos Hato La Marqueseña e Hato El Charcote, em que o último, decidiu demandar a Venezuela também perante o ICSID em 2006. Ademais, a partir de então, outros setores também foram alvo de expropriações, como os setores de telecomunicações, energia e cimento, e em todos eles estas ações culminaram em arbitragens contra a Venezuela. Além disso, a Venezuela denunciou o TBI que tinha com a Holanda em 31 de dezembro de 2008.

Observa-se que, a Constituição venezuelana de 1999 detém dois preceitos que são interpretados como contrários a submissão de controvérsias entre investidor e Estado a arbitragem internacional. O primeiro é o art. 151, que prevê que nos contratos de interesse público, qualquer litígio será submetido aos tribunais internos e não aos tribunais estrangeiros, e o art. 301, que dispõe que não se poderá conceder a pessoas, empresas ou organismos estrangeiros regimes mais benéficos que os estabelecidos para os nacionais,

29 VINCENTELLI, 2010, p. 446.

30 Ibid, 2010, 447.

pelo que os investidores estrangeiros estão submetidos às mesmas condições dos investidores nacionais³¹.

Portanto, a Venezuela mostra-se, desde então, totalmente resistente ao capital estrangeiro em seu país, bem como aos padrões de proteção internacional de investimentos, efetuando diversas expropriações, nacionalizações, bem como denunciando BITs já firmados, o que culminou, em 2012, na denúncia da Convenção de Washington para se retirar do sistema ICSID. Em clara alusão também ideológica, a Venezuela tem no Direito Internacional de Investimentos uma ameaça à soberania estatal, bem como enxerga a arbitragem de investimentos e a submissão a um foro independente de resolução de conflitos, meio de se privilegiar o investidor estrangeiro em detrimento do nacional.

Ademais, importante salientar a questão da Argentina. Esta, nos anos 1990, aproveitou o impulso das nações latino americanas no *race to the bottom* para a atração de investimentos e assinou vários tratados, contando atualmente com 55 BITs em vigor, sempre se vinculando à arbitragem mista. Ocorre que, após a crise argentina de 2002, o país teve de reestruturar sua dívida pública. O resultado disso foi um aumento crescente de demandas no ICSID, colocando em cheque, até os dias de hoje, a possibilidade de o Estado argentino conseguir honrar as decisões finais proferidas por tribunais de investimentos.

Logo, a partir do caso argentino se questiona se a teia de tratados de investimento pela qual a Argentina se vinculou foi realmente útil e benéfica de alguma forma, pois o hodierno legado desse aparato torna-se mais um pesadelo do que uma luz no final do túnel.

Dessa forma, pode-se observar que os países latino-americanos abordados possuem pontos em comum em sua evolução política até se chegar aos pontos de discordância ao Direito Internacional dos Investimentos. Bolívia, Equador, Venezuela e Argentina passaram, assim como todos os Estados da região, por um processo de intensa abertura comercial, em que se vincularam aos BITs de modo a se coadunar com instrumentos jurídicos que faziam parte deste processo. Posteriormente, nos três primeiros países citados, houve a ascendência de governos mais nacionalistas, que revogaram boa parte das medidas adotadas em período anterior, inclusive, com mudanças constitucionais e em leis internas sobre hidrocarbonetos, principal fonte de exploração econômica desses Estados. Essas alterações legislativas selaram a oposição dos Estados ao regime da arbitragem de investimentos e na submissão de questões de investimentos a tribunais internacionais. A maior crítica é a de que esse sistema possibilita a ingerência de um sistema internacional que privilegia o investidor e afasta os interesses nacionais desses países. Conclui-se, portanto, que a retirada desses Estados da arbitragem de investimentos ICSID se dá em maior parte por cunho político-ideológico, bem como o fato desses países estarem envolvidos em várias arbitragens durante os anos 2000, na situação de demandados, culminou para a antipatia ao sistema. Isso demonstra ainda, que alguns governos latino-americanos têm revisitado a essência dos preceitos da Doutrina Drago e Calvo ainda na

31 PONS, XAVIER FERNÁNDEZ. *La retirada de algunos países latinoamericanos del CIADI: ¿cuáles son sus consecuencias jurídicas?*. Segunda Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, Lima, 28-29 out 2013.

atualidade, contudo, essa resistência já não mais se coaduna com a modernidade, com o mundo globalizado e, muito menos, com as novas instituições jurídicas internacionais.

Analizadas características que individualizam de forma positiva a arbitragem de investimentos no sistema ICSID, bem como alguns pontos negativos levantados, principalmente, por Bolívia, Equador e Venezuela, que culminaram em seu abandono a esse sistema arbitral internacional, passa-se agora à análise de como os Estados africanos Angola, Moçambique, Nigéria e África do Sul travam relação com os tratados bilaterais de investimento e a arbitragem de investimentos.

4. SERIA A ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS UMA ALTERNATIVA PARA O BRASIL?

Ainda pouco se sabe sobre o modelo clausular de tratado de investimentos a ser instituído entre Brasil e alguns países africanos, quais sejam, até o momento, Angola, Moçambique, Nigéria e África do Sul. Entretanto, algumas presunções podem ser apontadas a partir da análise dos tratados desses países, principalmente, no que tange ao método de resolução de controvérsias adotado por eles.

Angola é signatária de oito BITs, contudo, apenas quatro deles estão em vigor, com Alemanha, Itália, Cabo Verde e Rússia. Todos esses Estados são partes da Convenção de Washington, com exceção da Rússia. Entretanto, vale ressaltar que Angola não é parte da Convenção de Washington.

Moçambique possui vinte e cinco BITs assinados, porém, apenas dezenove deles encontram-se em vigor, com Argélia, União Econômica entre Bélgica e Luxemburgo, China, Cuba, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Indonésia, Itália, Ilhas Maurício, Holanda, Portugal, África do Sul, Suécia, Suíça, Reino Unido, Estados Unidos e Vietnã. Desses Estados, apenas Cuba, África do Sul e Vietnã não são partes do sistema ICSID e Moçambique, por sua vez, é parte da Convenção de Washington desde 1995.

Nigéria detém vinte e seis BITs assinados e treze deles em vigor, com Finlândia, França, Alemanha, Itália, Coreia do Sul, Holanda, Romênia, Sérvia, Espanha, Suécia, Suíça, Taiwan e Reino Unido. Desses países, apenas Taiwan não é parte da Convenção de Washington. A Nigéria é parte da Convenção e esta está em vigor para o país desde 1966, ou seja, praticamente desde a criação desse sistema.

Por fim, África do Sul possui quarenta e um BITs firmados e apenas dezoito em vigor, com Argentina, Áustria, União Econômica entre Bélgica e Luxemburgo, China, Cuba, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Irã, Ilhas Maurício, Moçambique, Holanda, Paraguai, Rússia, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido. Dessas nações, somente Cuba, Rússia, e Irã não fazem parte do ICSID. Contudo, salienta-se que a própria África do Sul também não configura como parte da Convenção de Washington.

A partir desses dados, pode-se observar que algumas das referidas nações africanas possuem, inclusive, tratados bilaterais de investimento entre si, como é o caso de África do Sul e Moçambique.

Ademais, de forma geral, constata-se que a maioria dos Estados que assinaram os tratados com esses países faz parte da jurisdição do ICSID, mesmo esta não sendo a única forma

de solução de controvérsias no que se refere à arbitragem de investimentos. Percebe-se que as nações que não se vinculam ao centro são aquelas que já se imaginaria essa tomada de posição por seu perfil ideológico ou por historicamente terem sido protagonistas em algum momento em situações de intervenção estatal, como é o caso do Irã e da Rússia.

Já quanto aos Estados africanos que não são partes na CW, foram examinados alguns dos BITs firmados por Angola e África do Sul. Ao se analisar o BIT Angola-Itália e Angola-Alemanha, percebe-se que há previsão expressa da possibilidade da arbitragem de investimentos para a resolução de conflitos, no artigo 9º. É possível a submissão à via arbitram *ad hoc*, podendo ser aplicado regulamento da UNCITRAL e, também, se ou quando ambas as partes contratantes houverem aderido, ao ICSID.

Para a África do Sul, percebe-se também ao se verificar o BIT África do Sul-Argentina, África do Sul-União Econômica entre Bélgica e Luxemburgo, e África do Sul-República Tcheca, que todas possuem aderência à arbitragem de investimentos, em especial à arbitragem ICSID e à arbitragem *ad hoc* com aplicação do regulamento da UNCITRAL.

Logo, conclui-se que essas duas nações são plenamente favoráveis à arbitragem de investimentos e, mesmo que não sejam partes na CW, isso não quer dizer que não possam se submeter à jurisdição do centro em nenhum momento, pois, ainda sim, poderiam se utilizar desse sistema por intermédio do Mecanismo Complementar, órgão que possibilita a adoção da jurisdição do ICSID, mediante autorização expressa, para Estados não signatários de sua convenção constitutiva.

Além disso, foi efetuada também uma busca sobre o número de casos em que esses quatro países africanos figurariam como demandados no sistema ICSID. Foi constatado que, a Nigéria possui status de demandado em apenas dois casos concluídos e a África do Sul em um (ocasião em que participa através do mecanismo complementar)³². Já dentre os casos pendentes, Moçambique possui um, e Nigéria também um. Pode-se notar a partir disso que esses Estados não são frequentemente demandados no ICSID, mais um motivo para não apresentarem resistência a essa via de resolução de controvérsias³³.

Nesse sentido, através de um exame interpretativo de dados provenientes tanto da UNCTAD, quanto do ICSID, pode-se perceber que a arbitragem de investimentos está presente nesses modelos de tratados de investimento já firmados com as nações que o Brasil pende pactuar novo modelo de acordo, e que a maioria dos Estados com que eles possuem acordos em vigor também é parte do sistema ICSID. Além disso, não há evidências de resistências jurídicas ou ideológicas a esse modelo, como ocorre na América Latina.

32 Entre os casos concluídos em que a Nigéria figura como demandada estão: *Shell Nigeria Ultra Deep Limited v. Federal Republic of Nigeria* (ICSID Case n.º ARB/07/18) e *Guadalupe Gas Products Corporation v. Nigeria* (ICSID Case n.º ARB/78/1). E, que corresponde à África do Sul, na mesma condição, é o seguinte: *Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa* (ICSID Case n.º ARB(AF)/07/1).

33 Já quanto aos casos pendentes, o caso em que são partes Moçambique e Nigéria, separadamente, como demandados, são os seguintes: *Oded Besserglik v. Republic of Mozambique* (ICSID Case n.º ARB(AF)14/2) e *Inter-ocean Oil Development Company and Inter-ocean Oil Exploration Company v. Federal Republic of Nigeria* (ICSID Case n.º ARB/13/20).

Assim, pode-se concluir que, a pactuação e atualização de um modelo de tratado de investimento para o Brasil é algo necessário, pois, não mais se coaduna o modelo de tratamento neoliberal e de viés extremamente liberalizante dos anos 1990, mas sim deve haver um padrão que compreenda também o interesse do investidor brasileiro no exterior, e que ao mesmo tempo conviva com as necessidades dos Estados, sem que se restrinja seu poder de manobra político e econômico.

Desse modo, constata-se também, a partir de uma análise interpretativa, que haveria espaço para a proposição de arbitragem de investimentos para o cumprimento dos tratados bilaterais que se pretende firmar, pois no cenário contemporâneo, os Estados africanos com que se visa pactuar tratados de investimento não se mostram alheios a esse sistema de arbitragem ICSID, pelo contrário, são atuantes e simpatizantes desse mecanismo. Além disso, tampouco os fundamentos apresentados pelos Estados latino-americanos se mostram robustos para que se caminhe contra a maré, pois em sua maioria coincidem com uma tendência política e ideológica.

Ademais, instrumentos como o direito consuetudinário internacional e a proteção diplomática, mesmo ainda vigentes, deixaram de ser tão populares em seu uso, pois concorrem com a maior especialidade e efetividade do ICSID, inclusive por ser um tribunal com competência em razão da matéria e com árbitros também especializados no tema. Logo, a arbitragem de investimentos passa a ser uma opção considerável ao Estado brasileiro na negociação de seus novos acordos sobre investimentos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem de investimentos consiste em um mecanismo de resolução de controvérsias entre particulares e Estado, isenta de parcialidade e, tampouco, confere tratamento mais favorável ao investidor estrangeiro. Entretanto, no que concerne aos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos, esses são delineados para instituir máxima proteção aos investidores estrangeiros, por isso, tendem, por óbvio, a terminar em soluções mais pendentes e benéficas a estes, desde que se realize, no momento do julgamento, uma análise tecnicamente correta e honesta.

Nesse sentido, o distanciamento histórico do Brasil em relação à enorme proliferação dos tratados bilaterais de investimento nos anos 1990 e 2000 tornou factível a estruturação de acordos mais equilibrados e que, portanto, pudessem afastar qualquer temor de se visualizar as políticas nacionais engessadas por acordos internacionais sobre investimentos.

Isso, decerto, depende de avaliações e elaborações que levem em conta a estrutura dos acordos dos países com os quais o Brasil pretende celebrar os seus acordos de investimento, particularmente, a partir da compreensão dos efeitos, para estes, das cláusulas de nação mais favorecida de seus outros tratados.

De nenhum modo, portanto, a adesão à Convenção de Washington e a instituição da arbitragem de investimentos nesses novos tratados ameaça a soberania ou a flexibilidade das políticas sociais e econômicas brasileiras, visto que: (i) não implica em parcialidade nas decisões proferidas pelo centro; (ii) concede a proteção procedimental através de

instituto próprio de anulação, (iii) ao exigir o consentimento específico para a extensão da competência, deixa ao Brasil a liberdade de, sendo membro e corroborando com a jurisdição da organização, jamais se submeter às arbitragens com as qual não concorde e, por fim, (iv) dá maior legitimidade e presença para que o Brasil venha a participar ativamente da (re) construção de um Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALÉM, ANA CLÁUDIA; CAVALCANTI, CARLOS EDUARDO. *O BNDES e o apoio à internacionalização das empresas brasileiras: algumas reflexões*. Revista do BNDES, v. 12, n.º 24, dez/2005, p. 71.
- ARAÚJO, NADIA DE; SOUZA JR, LAURO DE GAMA E. Os acordos bilaterais de investimento com a participação do Brasil e o direito interno – análise das questões jurídicas. In: CASELLA, PAULO BORBA; MERCADANTE, ARAMINTA DE AZEVEDO (coord). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTR, pp. 460-496, 1998.
- AZEVEDO, DÉBORA BITHIAH DE. *O capital estrangeiro terá regras estáveis por 25 anos?: os acordos de promoção e proteção de investimentos em tramitação no congresso nacional*. Brasília: Cadernos ASLEGIS, v.5, n.4, maio/ago 2001. Disponível em: «<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/11190>». Acesso em: 02 out 2012.
- Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social. *Foreign Trade*. Disponível em: «http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_en/Institucional/The_BNDES_Abroad/Foreign_Trade». Acesso em: 01 jul 2014.
- Comex do Brasil. *Brasil apresenta proposta de investimento na África do Sul, Angola, Moçambique e Nigéria*. Disponível em: «<http://comexdobrasil.com/brasil-apresenta-proposta-de-acordo-de-investimento-na-africa-sul-angola-mocambique-nigeria/>». Acesso em: 02 fev 2014.
- CORRÊA, DANIELA, LIMA, GILBERTO TADEU. *O comportamento recente do investimento direto brasileiro no exterior em perspectiva*. Revista de Economia Política, v.28, n.2, 2008.
- COSTA, JOSÉ AUGUSTO FONTOURA. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.
- CRAWFORD, JAMES. *Brownlie's principles of public international law*. 18ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- FLEURY, AFONSO, FLEURY, MARIA TEREZA LEME. *Multinacionais brasileiras: competências para a internacionalização* Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.
- Fundação Dom Cabral. *Ranking FDC das multinacionais brasileiras 2013: os impactos da política externa na internacionalização de empresas brasileiras*. Disponível em: «http://www.fdc.org.br/imprensa/Documents/2013/ranking_multinacionais_brasileiras2013.pdf». Acesso em: 29 jun 2014.
- Fundação Getúlio Vargas. *Infográfico: nossas empresas ganham o mundo*. Disponível em: «<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7121/Ed.%2022%20-%20Infografico%20-%2028Site%29.pdf?sequence=1>». Acesso em: 29 jun 2014.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes. *List of ICSID cases*. Disponível em: «<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>». Acesso em: 28 mai 2014.
- KOLO, ABBA, WÄLDE, THOMAS. *Capital transfer restrictions under modern investment treaties* In REINISCH, AUGUST (Org.) *Standards of investment protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

- LEO, SÉRGIO. *Valor Econômico*. Brasília, 07 out. 2013. Brasil cria modelo de proteção a investidor. Disponível em: «<http://www.valor.com.br/brasil/3295402/brasil-cria-modelo-de-protECAo-investidor>». Acesso em: 02 fev 2014.
- MAGALHÃES, JOSÉ CARLOS DE. Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de investimentos. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 134, ano 34, Brasília, abr-/jun., 1997, p.15. Disponível em: «<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/248/r135-02.pdf?sequence=4>». Acesso em: 02 jul 2014.
- Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Governo incentiva investimentos de qualidade na África*. Disponível em: «<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=13202>». Acesso em: 01 jun 2014.
- PONS, XAVIER FERNÁNDEZ. *La retirada de algunos países latinoamericanos del CIADI: ¿cuáles son sus consecuencias jurídicas?* Segunda Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, Lima, 28-29 out 2013.
- RIBEIRO, MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional In: DIREITO, CARLOS ALBERTO MENEZES; TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO; PEREIRA, ANTONIO CELSO ALVES (Orgs). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor celso d. de albuquerque mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: an action plan*. New York and Geneva: ONU, 2014, p. 21. Disponível em:
- VAN HARTEN, GUS. *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- VICENTE, DÁRIO MOURA. A convenção icuid e os tratados bilaterais. *Revista da ordem dos advogados*, pp. 751-770, 2011.
- VINCENTELLI, IGNACIO A. *The uncertain future of ICSID in Latin America*. *Law and Business Review of the Americas*, v. 16, 2010.
- WILLIAMSON, PETER J., RAMAMURTI, RAVI, FLEURY, AFONSO e FLEURY, MARIA TEREZA LEME. *The competitive advantage of emerging Market multinationals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 103.
- ZIEGLER, ANDREAS R., GRATTON, LOUIS-PHILIPPE. Investment assurance In MUCHLINSKI, PETER; ORTINO, FEDERICO; SCHREUER, CHRISTOPH (Orgs). *The oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Lista de Casos

- E.T.I. Euro Telecom International N.V. v. Plurinational State of Bolivia (ICSID Case n.º ARB/07/28)
 Guadalupe Gas Products Corporation v. Nigeria (ICSID Case n.º ARB/78/1).
 Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company v. Federal Republic of Nigeria (ICSID Case n.º ARB/13/20).
 Oded Besserglik v. Republic of Mozambique (ICSID Case n.º ARB(AF)14/2)
 Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa (ICSID Case n.º ARB(AF)/07/1)
 Shell Nigeria Ultra Deep Limited v. Federal Republic of Nigeria (ICSID Case n.º ARB/07/18)