

ARBITRAGENS DE INVESTIMENTOS ENTRE ESTADOS E INVESTIDORES ESTRANGEIROS NO ICSID

*Thiago José ZANINI GODINHO**

RESUMO

A proliferação de tratados de investimentos que contêm oferta geral de arbitragem possibilitou o recurso aos tribunais do ICSID, mesmo na ausência uma cláusula compromissória negociada entre as partes em litígio. Como a mera ratificação da Convenção não obriga as partes, o consentimento permanece como pilar do edifício arbitral. Os árbitros praticam interpretações cada vez mais audaciosas para fundar a competência em disposições dos TBIs, chegando utilizar a cláusula da nação mais favorecida para estender o consentimento dado por um Estado em terceiro tratado ao caso em análise. Analisaremos a evolução da interpretação dos árbitros ao consentimento das partes a uma arbitragem ICSID, que levou a uma explosão recente no número de casos apresentados ao Centro.

PALAVRAS CHAVE: Competência do ICSID. Tratados Bilaterais de Investimento. Consentimento à Arbitragem. Cláusula Nação mais Favorecida.

* Professor Substituto da Faculdade de Direito da UFMG. Professor da Faculdade Pitágoras e da Estácio de Sá de Belo Horizonte. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Mestre e aluno do Curso de Doutorado de Direito Internacional da Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne.

1. Introdução

O Banco Mundial, preocupado com as lacunas existentes nas estruturas de solução de controvérsias relativas aos investimentos, promoveu a redação de uma Convenção para criar um mecanismo especialmente concebido para dirimir litígios entre Estados receptores e investidores privados estrangeiros. Adotada em 18 de março de 1965, comportando a designação oficial de “Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados” (doravante Convenção)¹, ela criou o Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos (ICSID, sigla em inglês, ou o Centro)², que funciona como organizadora das arbitragens, porém sem contar com um corpo organizado de árbitros.

Com efeito, na ausência de disposição diversa, uma controvérsia decorrente de investimento entre Estado receptor e o investidor estrangeiro geralmente é resolvida pelos tribunais internos do Estado receptor, normalmente considerados imparciais pelos investidores, além de normalmente julgar usando a legislação nacional sobre a matéria, sem levar em conta o direito internacional. Outra solução seria a do mecanismo da proteção diplomática, na qual o Estado da nacionalidade do investidor aceita a reivindicação de seu nacional e aciona, diplomaticamente ou juridicionalmente, o Estado receptor do investimento. A apresentação de um litígio a uma jurisdição internacional prescinde do esgotamento de recursos internos, e, o maior inconveniente, a decisão de apresentá-la resta discrecionária, não havendo proteção garantida ao investidor, já que o Estado de nacionalidade do investidor pode sempre preferir não causar prejuízo a suas relações com o Estado receptor do investimento.

¹ Também conhecida como Convenção de Washington. O texto integral da Convenção encontra-se disponível no site <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

² Cf. Artigos 1 a 24 da Convenção ICSID. O tribunal Amco c. Indonésia explicou que a arbitragem ICSID serve não apenas aos interesses dos investidores, mas também dos Estados receptores. Cf. Amco Asia Corporation c. Indonésia (ARB 81/1), Award on Jurisdiction, 23 *Int'l Legal Materials* 351 (1984).

Isto posto, primeiramente analisaremos a competência específica do Centro. A existência de uma controvérsia jurídica diretamente decorrente de um investimento é condição *ratione materiae* necessária para fundar a jurisdição do ICSID. Quanto à condição *ratione personae*, dizemos que ela é mista. Uma parte (o Estado receptor do investimento) deve ser um dos Estados contratantes da Convenção, enquanto a outra parte, o investidor privado, deve ser nacional de um outro Estado contratante³, podendo qualquer uma das partes iniciar o procedimento perante o Centro. Num segundo momento, nos debruçarmos sobre as inovações aportadas pela jurisprudência do ICSID, verdadeiras revoluções no campo da arbitragem: a questão do consentimento estatal e o direito aplicado à controvérsia.

2. A competência particular do ICSID

O artigo 25(1) da Convenção delimita a competência dos árbitros apontados para dirimir um litígio apresentado ao Centro, *in verbis*:

Art. 25(1) “A competência do Centro abrangerá as controvérsias, de natureza jurídica, diretamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa coletiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, controvérsia essa cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente.” (Tradução livre)

Assim, cabe-nos analisar os efeitos desse dispositivo legal no plano processual, bem como as decisões preliminares de objeção da jurisdição do centro. Em primeiro momento, vamos estudar as competências *ratione personae et materiae*, antes de nos preocuparmos

³ Artigo 25(1) da Convenção. Tanto o Estado receptor quanto o Estado de nacionalidade do investidor devem ter ratificado a Convenção. Sobre isso, ver AMERASINGHE, Christopher F. “Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention of the Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other states”, *British Yearbook of International Law*, Oxford, 1974-1975, p. 230.

com as questões ligadas ao consentimento dos Estados à arbitragem ICSID.

2.1 Competência *ratione materiae* e a noção de investimento internacional

A partir da leitura do artigo 25, que aduz que a jurisdição abrangerá as controvérsias, de natureza jurídica, diretamente decorrentes de um investimento, temos que as matérias possíveis de serem analisadas por um tribunal arbitral ICSID devem responder a um critério tríplice⁴: (a) existência de uma disputa jurídica; (b) a disputa ser diretamente decorrente de uma transação; e (c) que tal transação seja qualificada como investimento.

Desta forma, além de uma necessidade de se haver uma formulação jurídica de um pedido versando um direito ou fato, traduzido na violação de obrigação jurídica ou direito, não são admissíveis pedidos de arbitragens que tenham base em disputas de natureza comercial ou política⁵. Isso, entretanto, não significa que a expressão “diretamente

⁴ SCHEURER, Christopher. Comments on ICSID Convention, art. 25(1).

⁵ Já estatuiu a CPJI que um litígio é “um desacordo sobre um ponto de direito ou de fato, uma contradição, uma oposição de teses jurídicas ou de interesses entre duas pessoas” (tradução livre). In Rec. C.P.J.I. *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924 - exceptions préliminaires, Série A n°2 p. 11. Cabe recordar que a distinção de conflitos políticos e jurídicos repousa na teoria de Sir Lauterpacht sobre as controvérsias não justiciáveis, in « La théorie des différends non justiciables en droit international », R.C.A.D.I., 1930-IV, t. 34, pp. 502-551. Critica tal posição Boutrous-Boutros-Ghali, que afirma que « os conflitos jurídicos submetidos [à solução contenciosa] são geralmente a tradução normativa de conflitos políticos mais profundos », Discurso de 17 de março de 1995, SG/SM/5583, L/2710, p. 5. E a Alta Corte sempre afastou a teoria de conflitos não justiciáveis, como nos casos do *Droit des minorités en Haute-Silésie*: « Não há nenhuma controvérsia que os Estados admitidos a pleiteiar perante esta Corte não possam a ela submeter ». Rec. C.P.J.I., Série A, n°15, p. 22, ou ainda os casos *Personnel diplomatique et consulaire des États-unis à Téhéran*, Rec. C.I.J. 1980, p. 19-20; *Activités militaires et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci* (Compétence et admissibilité), Rec. C.I.J. 1984, p. 439; *Actions armées frontalières et transfrontalières*, Rec. C.I.J. 1989, p. 91; *Application de la convention sur le crime de génocide*, Rec. C.I.J. 1993, p. 325. Quanto a litígios comerciais, estes estão ligados à circulação de bens e serviços.

decorrente” signifique um investimento internacional direto⁶, mas sim que, em situações envolvendo operações de investimento complexas sejam, no mínimo, razoavelmente conexas com o investimento, e não que a disputa seja imediatamente decorrente do investimento⁷. Apesar de ser questão chave na determinação da competência dos árbitros, a Convenção não apresenta nenhuma definição de investimentos. Nos trabalhos de discussão da mesma, os delegados não chegaram a um consenso sobre tal definição, pois incluíram uma “trava de segurança”, que é a exigência do consentimento das partes para levar um litígio à arbitragem⁸. Seguindo a prática do Centro, cabe aos Estados determinar se uma dada operação é ou não investimento, apesar de não haver uma liberdade geral para tal caracterização.

A doutrina apresentou algumas características constitutivas de uma operação de investimento, quais sejam: (a) o projeto deve ter certa duração; (b) deve haver regularidade de lucro e retorno financeiro; (c) presença de risco para ambas as partes; (d) envolvimento substancial; (e) a operação deve ser significativa para o desenvolvimento do Estado receptor. O mais importante a ser ressaltado é a inclusão de exemplos de operações de investimentos nos TBIs e em convenções multilaterais.

2.2 Competência *ratione personae*

Um detalhe interessante é que o investidor não pode ser nacional do Estado receptor, porém pode ser um investidor estrangeiro que opera através de uma empresa de direito local, tratado como investidor estrangeiro devido ao seu controle⁹. Todavia, a simples

⁶ Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, *Decision on Jurisdiction*, 11 July 1997, 37 ILM 1378 (1998) p. 1383, para. 24.

⁷ Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. Slovak Republic, *Decision on Jurisdiction*, 24 May 1999, 14 ICSID Review – FILJ 251 (1999) pp. 275-76.

⁸ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. § 27.

⁹ Segundo o artigo 25(2)(b) da Convenção, “Qualquer pessoa jurídica que tenha nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte

adesão à Convenção ICSID não constitui *per se* uma submissão à jurisdição do Centro. O consentimento de ambas as partes, é requerido pela Convenção para estabelecer a competência dos árbitros, que deve ser dado por escrito, mas pode tomar formas diversas: acordo direto entre investidor e Estado receptor, como no caso de um compromisso arbitral ou na inclusão de uma cláusula compromissória em um contrato de concessão; em segunda hipótese, ofertas gerais por partes dos Estados em sua legislação sobre investimentos internacionais, que deve ser aceita pelo investidor de forma apropriada; e a presença de oferta geral em um tratado em vigor entre o Estado receptor e o Estado do investidor – seja ele bilateral, como os Tratados Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos, (doravante TBI), seja por instrumentos convencionais multilaterais, como é o caso do Acordo para Livre Comércio da América do Norte (NAFTA)¹⁰ ou da Carta de Energia (ECT)¹¹.

Portanto, dever-se-ia imaginar que os árbitros, seguindo o princípio da competência da competência, deveriam se assegurar que o consentimento das partes existe e que elas pretenderam realmente se submeter à arbitragem do Centro, já que “o consentimento é a pedra chave da jurisdição do Centro”¹². Essa não foi, não obstante, a atitude seguida pela prática. A fim de cobrir os casos de reclamações não oriundas de contratos, o ICSID decidiu abrir o acesso ao maior número possível de litígios: nos meados de 1980, os árbitros começaram a admitir sua competência – mesmo na ausência de cláusula arbitral

no litígio, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou a arbitragem, bem como qualquer pessoa jurídica que tenha a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo àquela data e que, em virtude do controle sobre ela exercido por interesses estrangeiros, as partes tenham concordado em tratar como um nacional de outro Estado Contratante, para os efeitos da presente Convenção”. (tradução livre)

¹⁰ Assinado em San Antonio, Texas, em 7 de outubro de 1992, em vigor desde 1º de janeiro de 1994.

¹¹ Assinado em Haia, em 17 de dezembro de 1991, em vigor desde 23 de setembro de 1997.

¹² INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Opus cit.* § 24.

diretamente concluída entre as partes do litígio – com base na aceitação do investidor da oferta geral e impessoal feita pelo Estado em recorrer ao Centro, uma ligação indireta e dissociada no tempo e no espaço.

Tal evolução está em conformidade com o texto da Convenção, cujo artigo 25 (1) não exige nenhuma forma específica. Não se trata de uma verdadeira descoberta, uma vez que o recurso ao ICSID por meio de oferta geral já havia sido concebido pelos administradores da Convenção de 1965¹³, por Paul Reuteur em 1968¹⁴ e por Aron Broches em seu curso de Haia de 1972¹⁵, contudo, tal possibilidade não está expressamente prevista na Convenção e somente foi admitida na prática arbitral a partir de 1984¹⁶. Assistimos hoje a uma proliferação de instrumentos contendo ofertas gerais, permanentes e não individualizadas, das quais qualquer investidor estrangeiro pode se beneficiar para recorrer a uma arbitragem ICSID. Mesmo em presença de uma clausula ICSID contratual, resta a hipótese de recorrer ao Centro com base em uma oferta geral. Esse mecanismo, chamado pela doutrina de « *arbitrage without privity* »¹⁷, « *arbitrage without contractual relationship* »¹⁸ ou « *chèque en blanc* »¹⁹, conduziu a um aumento da atividade do ICSID e explosão do fluxo de capital,

¹³ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Opus cit.* § 24.

¹⁴ REUTER, Paul. Réflexion sur la compétence du CIRDI. Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées: La Convention BIRD du 18 mars 1965. *Colloque S.F.D.I.-CREDIMI*, Dijon, pp. 3-19, 1969. p. 14.

¹⁵ BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of investment disputes between States and nationals of other States. *R.C.A.D.I.*, Leyde, v. 2., t. 136, 1972, p. 353.

¹⁶ Caso Pirâmides, SSP c. Egypte, (ARB 84/3), 32 I.L.M. 993 (1993).

¹⁷ PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity, *ICSID Review – Journal of foreign investment*, vol. 10, n° 2, pp. 232-257, 1995.

¹⁸ WERNER, Jacques. The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration. *Journal of International Arbitration*, Genève, vol. 14, pp. 5-15, 1997.

¹⁹ STERN, Brigitte. Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement: que disent les travaux préparatoires. *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI: Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris, Litec, 2000. p. 233.

já que os Estados utilizam essas ofertas para atrair capitais em seu território e os investidores como garantia de proteção jurídica de sua operação, posto que estes consideram a tutela dada pelos tribunais nacionais (vistos como imparciais), usando a legislação nacional do Estado receptor (que sem sempre protege os investidores à altura do direito internacional) como insuficiente.

3. A oferta de uma cláusula ICSID contida em um TBI como base para a jurisdição do Centro

Na época da redação da Convenção, a hipótese na qual um Estado viesse a oferecer de forma unilateral seu consentimento em um TBI não havia sido discutida. Enquanto a dinâmica multiplicação de TBIs fora timidamente iniciada desde o fim dos anos 60²⁰, o Relatório dos Administradores permaneceu silente a esse respeito, invocando, unicamente, a possibilidade de ofertas operadas por legislações nacionais. Desde então, assistimos a uma verdadeira explosão do número de TBIs nos anos 1980 e 1990, cujo número passa, hoje, de 2000²¹. Ademais, podemos constatar que as ofertas de arbitragem consentidas pelos Estados nos tratados bilaterais podem tomar numerosas formas²². Se certas cláusulas podem ser consideradas como verdadeiras cláusulas compromissórias, comportando uma obrigação internacional dos Estados contratantes, outras se apresentam como compromissos da parte dos Estados de concluir ulteriormente cláusulas compromissórias quando demandado por um investidor²³,

²⁰ SALEM, Mahmoud. Le développement de la protection conventionnelle des investissements. *Journal du Droit international (Clunet)*, Paris, n° 3, 1986, pp. 582-583.

²¹ Segundo dados do Banco Mundial. V. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, acesso em 01/03/2008.

²² DELAUME, Georges. Le Centre International pour le règlement de différents controversias relatifs aux Investimentos, *Journal du Droit international (Clunet)*, Paris, n° 4, 1984, n° 4, p. 783-784.

²³ V. ZANINI GODINHO, Thiago. Evolução da interpretação do consentimento das partes nas arbitragens do ICSID, in *Revista brasileira de direito internacional* (2005), vol. 2, n° 2, p. 152, que cita o TBI concluído entre a França e a Malásia em 1975.

enquanto outras, enfim, se aproximam de uma declaração de intenção da parte do Estado receptor do investimento. Face à forte diversidade existente entre as cláusulas presentes nos TBI, afirmou-se que “*não se pode afirmar que há hoje um corpo coerente de TBIs que permitam a arbitragem sem cláusula compromissória*”²⁴. Entretanto pode-se tentar traçar uma ligeira sistematização.

Em uma primeira categoria, as cláusulas ICSID exprimem o consentimento dos dois Estados a submeter à arbitragem em benefício de seus nacionais. Essas disposições podem mencionar a arbitragem ICSID como o único modo de solução de controvérsias, mas podem fazer referência a outros modos ou outros centros de arbitragem. Assim, a questão da escolha entre os métodos disponíveis seria deixada à discricção do investidor privado ou poder-se-ia escalonar uma ordem de prioridade dos mesmos. Ademais, existe a possibilidade de haver uma restrição da oferta do Estado a certas categorias de litígios²⁵ ou subordina o recurso à arbitragem ICSID a certas condições, como o esgotamento das vias de recursos internos ou o respeito de certo prazo determinado²⁶. Em uma segunda categoria de TBI, figura apenas um compromisso dos Estados contratantes de consentir a se submeter à arbitragem do Centro à demanda do investidor. Por meio de tal cláusula, o Estado se compromete a acatar o requerimento do investidor se esse último deseja apresentar o litígio perante os árbitros ou, em uma variante, se compromete a concluir cláusulas compromissórias nos contratos que venham a fazer com investidores do outro Estado contratante.

²⁴ PAULSSON, Jan. *op. cit.* p. 240.

²⁵ V. por exemplo o artigo 10 do TBI franco-marquino, citado por PAULSSON, Jan. *op. cit.* p. 240.

²⁶ A presença dessa forma de cláusula é devida à necessidade “de se estabelecer un compromisso entre dois princípios: a proteção do Estado contra as pretensões abusivas do investidor e a proteção deste contra as manifestações igualmente abusivas da soberania do primeiro” (tradução livre). In POIRAT, Florence. L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'Énergie: procédures de règlement de différends et statut des personnes privées. *Revue Générale de Droit international public*, Paris, 1998, p. 57.

Um primeiro tipo de cláusula se encontra no tratado bilateral concluído entre a França e a Mongólia em 1975, que dispõe que “[se] o investidor o requerer, cada uma das Partes contratantes consentirá a inserir no referido acordo especial [acordo de investimento] uma disposição prevendo o recurso em caso de litígio, ao Centro” (tradução livre)²⁷. A segunda hipótese citada está presente no TBI concluído entre a França e o Congo, que prevê que os acordos relativos aos investimentos que serão concluídos obrigatoriamente comportarão uma cláusula “prevendo que os litígios relativos a esses investimentos deverão ser submetidos [...] ao Centro em vista de sua resolução por arbitragem” (tradução livre)²⁸.

Em ambos os casos, trata-se de uma promessa de concluir uma cláusula compromissória. Mas estamos perante uma obrigação de resultado ou de meio? Autores confirmados consideraram que “trata-se de uma obrigação de resultado, que não é frequente segundo o direito internacional público no qual se considera geralmente que pode existir uma obrigação de negociar de boa-fé, mas que pode não significar, a princípio, uma obrigação de concluir” (tradução livre)²⁹.

O Estado que pretende retirar seu consentimento deve denunciar o tratado, e aplicar-se-ão as regras da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³⁰. O investidor privado se encontra, pois, impossibilitado de apresentar validamente o caso ao Centro devido à falta de consentimento estatal³¹.

Em definitivo, numa terceira categoria de TBI as simples declarações de boa intenção do Estado hospedeiro, desprovidas de todo compromisso jurídico, que se compromete a dar uma atenção

²⁷ DELAUME, Georges. *op. cit.* p. 784.

²⁸ BURDEAU, Génévieve. Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats. *Revue de l'arbitrage*, Paris, n° 1, 1995, p. 11.

²⁹ BURDEAU, Génévieve. *op. cit.* p. 12.

³⁰ Assinado em Viena, em 22 de maio de 1969, em vigor desde 27 de janeiro de 1980.

³¹ SCHREUER, Christophe. Commentary on the ICSID Convention. Article 25. *ICSID Review – Journal of foreign investment*, vol. 11, n° 2, 1996 p. 447.

“simpática” a qualquer requerimento de arbitragem apresentado perante o Centro por investidor nacional do outro Estado contratante³².

4. A aceitação da oferta pelo investidor

A aceitação da oferta de arbitragem contida em um TBI pelo investidor é parte integrante do consentimento à arbitragem ICSID. O consentimento dado por um Estado em um TBI não pode obrigar seus nacionais sem seu consentimento prévio requerido no artigo 25(1) da Convenção³³. A extensão da aceitação da oferta estatal pelo investidor privado deve ser analisada. “É inteiramente possível que a aceitação do investidor seja mais restrita que a oferta e se estenda apenas para certas matérias ou somente a uma operação de investimento particular”³⁴. O investidor privado está apto a modular a extensão de seu consentimento. Aqui, temos um risco para o Estado, pois o investidor é capaz de descartar do campo material as operações nas quais a sua conduta poderia ser condenada pelos árbitros³⁵. Em face de uma situação desse tipo, não é certo que os árbitros exijam que aceitação feita pelo investidor privado seja exatamente igual à oferta apresentada pelo Estado.

5. A interpretação do consentimento dado por um TBI

Assim, de que forma a promessa de um Estado de recorrer à arbitragem ICSID, inscrita em um TBI, apresenta uma força obrigatória para este. A questão é de saber se ela é:

um simples compromisso de inserir uma cláusula ICSID em todo contrato a concluir com investidor nacional da outra parte [...]; ou um compromisso direto para o Estado de se submeter à arbitragem ICSID em qualquer litígio o opondo a um investidor [...] e isso

³² SCHREUER, Christophe. *op. cit.* p. 448, que cita como exemplo o TBI concluído entre os Países Baixos e o Quênia.

³³ Ver *AMT c. Zaire*, (ARB 93/1), Award. I.L.M. Washington, D.C., vol. 36, 1997, p. 1545, para. 5.18.

³⁴ SCHREUER, Christophe. *op. cit.* p. 438.

³⁵ BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilatéral*, Paris: Thèse Université de Paris II, 2003, pp. 178-9.

*independentemente de qualquer ligação contratual?*³⁶ (tradução livre).

A resposta foi dada pela sentença no caso AAPL c. Sri Lanka, na qual a empresa de AAPL apresenta requerimento de arbitragem fundado no TBI Sri Lanka e o Reino Unido (extendido a Hong Kong)³⁷. Os árbitros aceitaram sua competência, principalmente porque o defensor não se ao uso do TBI para fundar a jurisdição do Tribunal. Dando seu consentimento, o Sri Lanka se comprometeu de forma irrevocável a se submeter à arbitragem do Centro³⁸. Devemos constatar que o consentimento por escrito do investidor privado se cristaliza com o ato de introdução de instância, como se confirmou em outros casos³⁹. A regra foi retomada no caso AMT c. Zaire, no qual o tribunal arbitral admitiu implicitamente que se trata de um compromisso direto, fonte de uma obrigação internacional, pela parte do Estado⁴⁰.

A mais surpreendente interpretação é a do caso Maffezzini c. Espanha, na qual o demandante argentino fundou seu requerimento na cláusula da nação mais favorecida (doravante NMF), que lhe permitiria a invocação de uma disposição existente em um outro tratado. O TBI Argentina-Espanha determina que “em todas as matérias sujeitas a esse Acordo, o tratamento não deve ser menos favorável que o estendido

³⁶ BURDEAU, Génévieve. *op. cit.* p. 12.

³⁷ “Cada Parte Contratante consente em submeter ao Centro para conciliação ou arbitragem [...] qualquer controvérsia jurídica entre uma Parte Contratante e um nacional de outra Parte Contratante concernente a um investimento deste no território daquele” (tradução livre). In *Sri Lanka-United Kingdom: Agreement on the Promotion and Protection of Investments*, 19 I.L.M. 886, (1980) p. 888.

³⁸ Salvo se denunciar o tratado antes do investidor dar seu consentimento.

³⁹ Fedax c. Venezuela (ARB 96/3), Award. International Legal Materials. Washington, D.C., vol. 37, pp. 1378-1390, 1998, Mihaly c. Sri Lanka (ARB 00/2), <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly-award.pdf>; acesso em 01/03/2008. Salini c. Marrocos (ARB 00/4), Décision sur la juridiction, Journal du Droit International, (Clunet), vol. 129, pp. 196-212, 2002.

⁴⁰ “No presente caso, AMT optou pelo procedimento perante o Centro. AMT expressou sua escolha sem equívoco, sua vontade junta à expressa pelo Zaire no tratado cria o consentimento necessário para validar a jurisdição do Centro” (tradução livre). In *AMT c. Zaire. op. cit.* pp. 1545-6, § 5.23.

pela Parte a investimentos feitos em seu território por investidores de um terceiro Estado”.⁴¹ (tradução livre). O investidor argüiu que os investidores chilenos teriam um tratamento mais favorável no que se refere ao sistema de solução de controvérsias, por terem no TBI Chile-Espanha uma cláusula ICSID, e ausente no TBI Argentina-Espanha. A defesa espanhola declarou que os tratados concluídos entre a Espanha e terceiros Estados são *res inter alias acta*, o efeito relativo dos tratados excluiria a aplicação da cláusula ICSID por um investidor argentino, e que a cláusula NMF não poderia englobar a cláusula atributiva de competência⁴².

Os árbitros consideraram que o fundamental para se empregar uma cláusula mais favorável de outro tratado em virtude da cláusula NPF, ambos os tratados dever tratar do mesmo assunto, para serem compatíveis com o princípio *ejusdem generis*⁴³. Sobre o obstáculo ao emprego da cláusula NMF, os árbitros indicaram que a cláusula NMF não pode englobar a solução de controvérsias se as partes optaram pela dita «*fork in the road clause*»⁴⁴, isto é, a escolha entre a submissão do

⁴¹ Maffezini c. Spain. *op. cit.*, pp. 14, § 38.

⁴² Maffezini c. Spain. *op. cit.*, pp. 16, § 43.

⁴³ Traduzido literalmente como « o de mesmo tipo », esse princípio em direito internacional indica o beneficiário da cláusula da nação mais favorecida não pode invocá-la para reivindicar direitos estranhos à matéria concernente ao tratado. Tal desrespeito contradiz os princípios de soberania e independência dos Estados, em virtude do qual não se pode impor aos mesmos obrigações às quais estes não consentiram, e não se respeitaria o princípio da boa fé que domina o direito dos tratados.

⁴⁴ Inserida no tratado, a cláusula determina que a utilização do recurso à um método de solução ao litígio impede a utilização posterior de outro método disponível, para dirimir a mesma controvérsia. Essa cláusula foi objeto de análise dos árbitros no caso CMS c. Argentina. Neste caso, houve ação interposta em âmbito nacional, que como se relacionava apenas a reclamações relativas a contrato entre a empresa e o Estado receptor – contract claims – não contamina uma reclamação com base em violação a um tratado – treaty claims – permitindo, assim, o acesso à arbitragem internacional. Obviamente, numa decisão de mérito, os árbitros somente poderão analisar as violações ao tratado, e não ao contrato. CMS Gaz Transmission Company c. Argentina, Decision on Jurisdiction, July 17, 2003. http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Decision_english.pdf. P. 24, § 80. Acesso em 01/03/2008.

litígio às jurisdições internas ou à arbitragem internacional, da qual a opção do investidor é irreversível. Ainda se um sistema particular de arbitragem é determinado pelo tratado, a invocação da cláusula NMF não pode ser utilizada pelo investidor para iniciar o procedimento via um mecanismo diverso de solução de litígios, contido em um outro tratado. Enfim, se as partes escolheram um sistema muito institucionalizado, como é o caso do sistema NAFTA, cujas regras processuais são específicas, é claro que nenhum desses mecanismos pode ser alterado posto que a especificidade das regras é o reflexo da vontade das partes. Finalmente os árbitros consideraram que a cláusula NMF do TBI Argentina-Espanha englobava as provisões concernentes ao sistema de solução de controvérsias, e que o investidor argentino poderia submeter uma reclamação direta à arbitragem ICSID, se considerando competentes para dirimir o litígio⁴⁵.

Em outra sentença, a questão do emprego da cláusula NMF volta à análise dos árbitros. Trata-se do caso Siemens c. Argentina. A demandante sustenta que as principais considerações discutidas se aplicam no caso em tela: os dois tratados são da mesma categoria, contém previsões quase idênticas sobre a solução de controvérsias, o texto das duas cláusulas NMF não revela grande diferença no seu escopo de aplicação⁴⁶. O tribunal considerou que o TBI em tela, como outros tratados de proteção dos investimentos, dispõe de um mecanismo especial de solução de litígios que não está normalmente aberto aos investidores. O acesso a esses mecanismos é parte integrante da proteção ofertada pelo Tratado, e assim o tribunal rejeitou a objeção de jurisdição do Centro e ele se considerou competente para dirimir o litígio. Tal abordagem foi abandonada em arbitragem mais recente. No caso Plama c. Bulgária, os membros do tribunal estiveram diante do TBI Bulgária-Chipre (Estado de nacionalidade do investidor) que contém cláusula NMF e cláusula arbitral *ad hoc* para causas relativas à expropriação, e um segundo BIT búlgaro com provisões relativas ao

⁴⁵ Maffezini c. Spain. *op. cit.*, pp. 25, § 64.

⁴⁶ Siemens A.G. c. Argentina, (ARB 02/8), Decision on jurisdiction, August 3, 2004. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/siemens-decision-en.pdf>. pp. 21-22, § 60. Acesso em 01/03/2008.

sistema de solução de controvérsias mais amplo, o tribunal constatou haver diferenças em relação aos casos *supra* citados, uma vez que a inclusão da referência à arbitragem *ad hoc* supõe um acordo posterior e exclui, pois, a idéia de uma arbitragem institucionalizada⁴⁷.

Segundo os árbitros, a intenção clara e inequívoca das partes seria necessária para se chegar a um acordo arbitral posterior, e que tal acordo não pode ser presumido de uma *clausula NMF*⁴⁸, aduzindo que “[uma] coisa é adicionar ao tratamento oferecido em um tratado um tratamento mais favorável presente em outro. Outra totalmente diferente é substituir o procedimento especificamente negociado pelas partes por um mecanismo totalmente diverso”⁴⁹. Devemos ressaltar que o tribunal Plama acaba avançando um princípio diverso do que fora posto pela jurisprudência Maffezini: uma previsão NMF em um tratado-base não incorpora o sistema de solução de conflitos, em todo ou em parte, salvo se as disposições do tratado base não deixam dúvidas de que as Partes Contratantes desejam incorporá-las⁵⁰.

6. O Procedimento Arbitral

O procedimento arbitral encontra-se descrito no Cap. IV da Convenção, que contém 20 artigos. A regra primordial do procedimento arbitral do sistema ICSID é aquela do art. 44 da Convenção de Washington, que tem a seguinte redação:

Qualquer processo de arbitragem deverá ser conduzido em conformidade com as disposições da presente seção e, exceto se as partes acordarem diferentemente, em conformidade com o

⁴⁷ Os árbitros afirmaram ainda que “as provisões sobre solução de litígios em um Tratado específico foram negociadas para solucionar as disputas sob o mesmo. Estados Contratantes não podem presumir ter acordado que tais provisões possam ser alargadas para incorporar as provisões sobre solução de litígios de outros Tratados negociados em um contexto totalmente diverso” (Tradução livre). Plama Consortium Limited c. Bulgária (ARB 03/24), Decision on jurisdiction, February 8, 2005. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/plama-decision.pdf>. p. 327, § 207. Acesso em 01/03/2008.

⁴⁸ Plama c. Bulgária. *op.cit.* pp. 325, § 199.

⁴⁹ Plama c. Bulgária. *op.cit.* pp. 328, § 209.

⁵⁰ Plama c. Bulgária. *op.cit.* pp. 332, § 223.

Thiago José Zanini Godinho

Regulamento de Arbitragem em vigor na data em que as partes consentirem na arbitragem. Se surgir qualquer questão de índole processual não prevista pela presente seção ou pelo Regulamento de Arbitragem ou quaisquer outras regras acordadas entre as partes, será a mesma devolvida pelo tribunal. (tradução livre)

Vemos que a fonte primordial do direito processual arbitral do ICSID é a sua Convenção; que vem completada pela Regras de Arbitragem do Centro, chamadas de Regulamentos Administrativos e Financeiros⁵¹, Regulamento para Iniciação de Instância⁵², e o Regulamento de Arbitragem⁵³ propriamente dito, bem como as normas próprias estabelecidas pelas partes quando instituem a solução arbitral para a sua controvérsia. Assim, analisaremos nesse estágio os passos de uma arbitragem ICSID, e os seus comandos processuais.

6.1. O início do procedimento arbitral

A petição arbitral pode ser feita pelo demandante, Estado receptor ou investidor estrangeiro, mesmo que na maior parte dos casos seja o investidor quem o faça, ou ainda, por ambas as partes ao Secretário Geral do Centro, que remete a contrafé à outra parte⁵⁴.

A exordial é tratada de forma aprofundada no Regulamento para Iniciação de Instância⁵⁵, cujo art. 2 contém o que ela deve

⁵¹ *Administrative and Financial Regulations, texto integral em ingles, francês e espanhol no site <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>, acesso em 01/03/2008.*

⁵² *Institution Rules, texto integral em ingles, francês e espanhol no site <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>, acesso em 01/03/2008.*

⁵³ *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, texto integral em ingles, francês e espanhol no site <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>, acesso em 01/03/2008.*

⁵⁴ Art. 36(1) : Qualquer Estado Contratante ou qualquer nacional de um Estado Contratante que deseje abrir um processo de arbitragem deverá remeter um requerimento, por escrito, nesse sentido ao secretário geral, que enviará uma cópia do mesmo à outra parte.

⁵⁵ Que complementa a redação do art. 36 (2), que dispõe que “o requerimento deverá indicar o objeto do diferendo, a identidade das partes e o seu consentimento na arbitragem, em conformidade com as regras processuais relativas ao início da instância de conciliação e arbitragem”.

Thiago José Zanini Godinho

apresentar, como a indicação precisa das partes no litígio, endereço, data do consentimento estatal e os instrumentos probatórios do mesmo. Deve indicar ainda que o investidor é nacional de um Estado contratante, sua nacionalidade na data do seu consentimento, e se esta parte é pessoa física, além de não ser nacional do Estado receptor na data do consentimento. Ademais, deve conter informações sobre o objeto da disputa, indicando ser este objeto jurídico de diretamente ligado à operação de investimento.

A petição deve ser acompanhada de preparo. As custas iniciais, não reembolsáveis em caso de desistência ou recusa da ação, remontam a US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares), seguindo o comando do art. 16 dos Regulamentos Administrativos e Financeiros. Esta petição é mero requerimento de abertura de procedimento arbitral, e não deve ser equiparada a uma petição inicial de processo civil de direito interno. Seu escopo é restrito, e novas indicações serão apontadas em memoriais posteriores. Não obstante, recomenda-se que tal petição contenha um resumo dos fatos, tal como apontamento dos dispositivos legais que servem de fundamentação jurídica do pedido⁵⁶.

O próximo passo no procedimento arbitral é o registro do requerimento pelo Secretário Geral. A recusa de registro somente é permitida no caso de patente falta de jurisdição do Centro para o caso⁵⁷, como no caso de o Estado nacional do investidor ou o Estado receptor não forem Partes contratantes da Convenção de Washington, e consultas ao ICSID, e até mesmo um pré-requerimento de instância⁵⁸, podem ser efetuadas pela parta autora, a fim de se evitar recusa do requerimento. Com o registro efetivado, temos, em seguida, a notificação do mesmo, instrumento este que indica a data de registro e envio da notificação, convida as partes a comunicar ao

⁵⁶ TOWNSEND, (J). The Initiation of Arbitration Proceedings: My Story Had Been Longer, 13 ICSID Review – FILJ 21 (1998), p. 24.

⁵⁷ Cf. art. 36(3) da Convenção. Tal dispositivo é complementado pelo art. 6 do Regulamento para Iniciação de Instância.

⁵⁸ Esse apontamento é feito pela doutrina. V. BROWER, C. The Initiation of Arbitration Proceedings: Jack be Nimble, Jack be Quick...! 13 ICSID Review – FILJ 15 (1998).

Secretário Geral as disposições relativas à nomeação dos árbitros, sendo acompanhada de uma lista de árbitros.

6.2. O Tribunal Arbitral

Agora, devemos nos preocupar com a formação de um tribunal arbitral, que deve ser escolhido pelas partes relacionadas ao litígio. A livre escolha dos componentes de tal tribunal sempre foi vista como uma vantagem comparativa desta solução jurisdicional, uma vez que permite uma grande especialidade dos julgadores no tema em discussão. Com efeito, percebe-se que os Estados vão se decidir em favor de uma solução arbitral “em função de suas implicações sobre a identidade precisa dos decisores e das possibilidades que cada uma das fórmulas lhe dá para influenciar esta identidade de decisores”⁵⁹. (tradução livre). Esta “escolha dos homens”⁶⁰ deve ser refletida minuciosamente pelas partes. No caso do ICSID, as disposições sobre a constituição do tribunal estão nos art. 37 a 40 da Convenção.

O art. 37(2)(a) impõe que o tribunal seja composto por um número ímpar de componentes. Ainda, a prática arbitral do Centro, mesmo permitindo composição divergente, tem sido de tribunais com três membros. A fim de se encontrar um acordo sobre a composição do tribunal, o art. 2 do Regulamento Arbitral aponta regras de composição, no caso da falta de acordo prévio. Tal medida tem como finalidade não permitir o travamento do processo pela falta da composição do tribunal, uma vez que em 90 dias pode-se chegar a um acordo concernente aos membros do mesmo.

Entretanto, tal acordo pode não sobrevir, e a Convenção não se furta a impor a designação de árbitros nesse caso. Esse contorno à autonomia da vontade das partes é presente no art. 38 da Convenção, que aduz que

⁵⁹ LACHARRIERE, Guy de, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, p. 156.

⁶⁰ BARDONNET, Daniel. « Quelques observations sur le recours au règlement juridictionnel » *Theory of international law at the threshold of the 21st century - Mél. Skubiszewski*. 1996, p. 741.

Thiago José Zanini Godinho

Se o tribunal não tiver sido constituído num prazo de 90 dias após a notificação de que o registo do requerimento foi feito pelo secretário-geral, em conformidade com o n.º 3 do artigo 36.º, ou dentro de qualquer outro prazo acordado entre as partes, o Presidente do Conselho Administrativo deverá, a pedido de qualquer das partes e, dentro do possível, depois de consultadas ambas as partes, nomear o árbitro ou árbitros que ainda não tiverem sido nomeados. Os árbitros nomeados pelo presidente, em conformidade com o presente artigo, não deverão ser nacionais do Estado Contratante parte no diferendo nem no diferendo nem do Estado Contratante de que é nacional a outra parte (Tradução livre)

Apesar de grande liberdade na escolha dos árbitros, esta é passível de três limitações, quais sejam: (a) proibição de arbitro nacional de um dos Estados envolvidos no litígio⁶¹, (b) qualificação técnica do arbitro⁶² e (c) independência do arbitro com relação às partes⁶³.

Interessante consideração deve ser colocada aqui, sobre a possibilidade de impugnação de um árbitro. Essa hipótese é prevista nos art. 57 e 58 da Convenção ICSID⁶⁴, e a jurisprudência do Centro

⁶¹ No caso de tribunais com mais de três membros, isso é possível. Vejamos a redação do art. 38 da Convenção: “A maioria dos árbitros deverá ser nacional de Estados que não o Estado Contratante parte no diferendo e o Estado Contratante cujo nacional é parte no diferendo; contudo, as precedentes disposições deste artigo não se aplicam no caso de o único árbitro ou cada um dos membros do tribunal ter sido nomeado por acordo entre as partes”.

⁶² Presentes no art. 14 (1) estão as qualificações técnicas dos arbitros, senão vejamos: “As pessoas assim designadas para figurar nas listas deverão gozar de elevada consideração e de reconhecida competência no domínio jurídico comercial, industrial ou financeiro e oferecer todas as garantias de independência no exercício das suas funções. A competência no domínio jurídico será de particular importância no caso das pessoas incluídas na lista de árbitros”.

⁶³ Mesmo não sendo exigência da Convenção, temos que o art. 6 (2) do Regulamento Arbitral obriga os indicados à assinatura de declaração de independência.

⁶⁴ Qualquer das partes pode pedir à comissão ou ao tribunal a inibição de qualquer dos seus membros com base num facto que indique uma manifesta falta das qualidades exigidas pelo n.º 1 do artigo 14.º A parte no processo de arbitragem pode, em acréscimo, pedir a inibição de um árbitro com fundamento no facto

nos traz um caso de pedido de desqualificação, que ocorreu no litígio entre AMCO c. Indonésia⁶⁵. Neste caso, o indicado a árbitro fora apontado como prévio conselheiro tributário do diretor da companhia reclamante, além de o escritório indicado e o conselho da empresa funcionar no mesmo local. Porém, as alegações da Indonésia não prosperaram, e a sentença de jurisdição determinou que para que tal inibição ocorra deve haver prova de que a falta de independência seja “manifesta ou altamente provável”⁶⁶.

6.3. A condução do processo

A norma de direito processual é indicada no art. 44 da Convenção. Ela determina que qualquer processo de arbitragem deverá ser conduzido em conformidade com as disposições da mesma, exceto se as partes acordarem diferentemente, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem em vigor na data em que as partes consentirem na arbitragem. Se surgir qualquer questão de índole processual não prevista pela Convenção ou pelo Regulamento de Arbitragem ou quaisquer outras regras acordadas entre as partes, será a mesma devolvida ao tribunal.

As partes podem transigir sobre regras processuais, específicas para o caso concreto, que sobreponham-se àquelas existentes no sistema ICSID. No caso de não terem decidido sobre isso anteriormente, a primeira audiência do tribunal é a oportunidade para estabelecer tais regras⁶⁷. Salvo decisão das partes em contrário, duas fases bem

de ele não preencher as condições de nomeação para o tribunal arbitral, estabelecidas na secção 2 do capítulo IV.

⁶⁵ Amco Asia Corporation c. Indonesia (ARB 81/1), 23 I.L.M. 351 (1984)

⁶⁶ Amco v. Indonesia, *op. cit.* p. 389.

⁶⁷ Não raramente se utiliza nas arbitragens ICSID as regras processuais estabelecidas pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL, que edita importantes instrumentos sobre o tema, como a “UNCITRAL Arbitration Rules of 1976” e a “UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985”. V. PAULSONN, *Settling foreign investment disputes. UNITAR Training programmes on foreign economic relations. Doc. N° 4, Module VIII - Revised. New York, 2001. 32 pp.*

delimitadas são impostas pelo Regulamento de Arbitragem⁶⁸: uma fase escrita e uma fase oral. Na primeira, os memoriais das partes no litígio devem ser apresentados, seguindo as diretivas propostas pelo art. 31 (3) do Regulamento de Arbitragem, o memorial contém os fatos relativos à instância, uma exposição do direito e os pedidos; a seu turno, o contramemorial deve conter admissão ou contestação dos fatos expostos, sua fundamentação jurídica e seus pedidos. A fase oral é destinada para a oitiva de peritos e testemunhas, fora, claro, os agentes, advogados e conselheiros, e é precedida de uma tentativa de conciliação.

No que concerne à prova, cada parte deve comunicar sobre as provas que ela tem intenção de produzir e quais o Tribunal deve requisitar. Seguindo a regra do art. 34 (1), o Tribunal é o juiz da admissibilidade de toda prova invocada e de seu valor probante. Em definitivo, devemos ressaltar a possibilidade de requisição de medidas cautelatórias durante o procedimento arbitral. Elas são previstas no art. 47 da Convenção e melhor detalhadas no art. 39 do Regulamento de Arbitragem, e tem geralmente o condão de preservar ou apresentar provas documentais, como a cautelar de exibição de documentos do Código de Processo Civil Brasileiro.

6.4. A sentença arbitral

O regramento da Convenção ICSID não diverge do restante das normas gerais de laudos arbitrais, que deve ser emitida em 120 dias após o término da fase instrutória, segundo seu art. 46 do Regulamento de Arbitragem. Primeiramente, temos os requisitos formais indicados no art. 48 do referido Regulamento. Este impõe que a sentença deve conter: a qualificação das partes; declaração segundo a qual o tribunal se constituiu em virtude da Convenção, bem como a forma de sua constituição; nome dos membros e indicação de quem os nomeou; os nomes dos agentes, conselheiros e advogados de cada parte, as datas e locais das sessões do Tribunal; resumo do caso; exposição dos fatos; pedidos das partes; a decisão do tribunal sobre toda questão

⁶⁸ Art. 29 do Regulamento de Arbitragem.

submetida, que deve ser motivada⁶⁹; e qualquer decisão sobre custas processuais. Mesmo que algumas informações sejam publicadas, como as partes, membros do tribunal, estágio do julgamento, a sentença arbitral somente pode ser publicada com o consentimento das partes envolvidas⁷⁰.

7. Considerações Finais

O sistema ICSID é realmente inovador no âmbito do direito internacional relativo à solução de controvérsias interessando aos Estados. Primeiramente, a questão de saber se os acordos relativos ao sistema de solução de litígios constituem um direito substantivo que pode ser estendido ao beneficiário de uma cláusula NMF aparece no momento em que a disposição é escrita de forma ampla e que os Estados partes do tratado não expressamente excluíram os mecanismos de solução de controvérsia nem esclarecem a sua intenção de incluir tais mecanismos na proteção acordada aos seus beneficiários⁷¹. Nesses casos, a intenção das partes deve ser interpretada para incluir os direitos acordados aos investidores dos terceiros Estados, notadamente aqueles referentes ao de uma solução arbitral em preferência aos órgãos judiciais do Estado receptor.

Em segundo lugar, o elemento caracterizador da arbitragem ICSID repousa no requerimento unilateral pelo investidor. Vemos um desequilíbrio entre investidores e Estados, uma vez que o considerável liberalismo e ausência de formalismo na interpretação do consentimento fazem com que os investidores consigam atrair os Estados aos tribunais ICSID. Não podemos somente culpar os árbitros, que têm a tendência em se verem competentes, todavia, devemos

⁶⁹ Sob pena de anulação da sentença. V. art. 52 (1) (e) da Convenção: “Qualquer das partes poderá pedir por escrito ao secretário-geral a anulação da sentença com base em um ou mais dos seguintes fundamentos [...] (e) Vício de fundamentação.”

⁷⁰ Comando trazido pelo art. 48 (5) da Convenção.

⁷¹ ZANINI GODINHO, Thiago. Evolução da interpretação do consentimento das partes nas arbitragens do ICSID, in *Revista brasileira de direito internacional* (2005), vol. 2, n° 2, p. 158.

salientar o papel dos que redigiram os tratados. Esse desequilíbrio pode ser comparado ao que ocorre com o sistema da declaração facultativa de jurisdição obrigatória do artigo 36(2), do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁷², que oferece opção aos Estados que podem aceitar a competência obrigatória da Corte de forma antecipada. No que concerne ao acordo para conferir a competência à Corte anteriormente ao acontecimento do litígio, fala-se em jurisdição « obrigatória », o que geralmente foi descrito como um progresso⁷³.

De uma maneira geral, pode-se constatar que os Estados são assaz reticentes a se comprometer antecipadamente, visto que o consentimento é dado « às cegas », os Estados ignorando o objeto das controvérsias a surgir e a identidade do hipotético Estado demandante⁷⁴. A decisão dos Estados depende assim da « convicção que o risco de ser atraído como réu é compensado pela vantagem de poder peticionar unilateralmente a jurisdição »⁷⁵.

Se no caso do ICSID, a oferta dos TBIs permite que os investidores, desconhecido *a priori* pelos Estados receptores, apresentem livremente a reclamação ao Centro, na hipótese paralela

⁷² « Os Estados partes do presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória *ipso facto* e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias jurídicas que tenham por objeto: (a) A interpretação de um tratado; (b) Qualquer questão de direito internacional; (c) A existência de qualquer facto que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional; (d) A natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional ».

⁷³ Combacau fala de uma « *amélioration technique considérable* ». COMBACAU, Jean. e SUR, Serge. *Droit international public*, Paris: Montchrestien, 5^e édition, 2001, p. 583. Ela não significa que a jurisdição seja imperativa, pois se ela obriga um Estado réu a se ver atraído à um tribunal, ela não obriga que ele recorra, como demandante, em todos os casos, a um modo jurisdicional de solução des controvérsias, não sendo, pois, exclusiva, já que os outros modos permanecem abertos

⁷⁴ GUILLAUME, Gilbert. *Politique des États à l'égard du règlement pacifique par tierce partie. La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^{ème} siècle - Le regard d'un juge*. Paris: Pedone, 2003, p. 5.

⁷⁵ RUIZ FABRI, Helène, e SOREL, Jean-Marc. *Organisation judiciaire internationale. Juris-classeur du Droit International*, Paris, Fascicule 216, 2001, p. 6.

Thiago José Zanini Godinho

com a Corte, vemos que os Estados não são desejosos de correr o risco judiciário, preferindo, amplamente, no contexto de suas relações interestatais, a solução diplomática.

Contudo, o principal não é que a controvérsia seja resolvida por uma via jurisdicional – desejo pronunciado de muitos juristas – mas sim que ele seja dirimido por via pacífica. Também, não nos filiamos a uma corrente que lamenta uma utilização demasiadamente amedontrada da parte dos Estados de solução jurisprudencial postos à disposição⁷⁶. Entendemos que não se trata de um progresso da sociedade internacional, mas apenas uma das ferramentas – dentre inúmeras disponíveis – para assegurar a coexistência de Estados igualmente soberanos. Vaticinava o preclaro Louis Henkin que

é relevante acrescentar que a relutância em submeter à solução contenciosa não é necessariamente uma evidência de uma intenção de violar o direito internacional. Mesmo os Estados com grande índice de respeito ao direito internacional, e com a intenção de respeito no futuro, não tiveram vontade de submeter-se à Corte [e à jurisdição arbitral]. Os Estados parecem desejar manter que uma medida extra de liberdade de decidir se eles vão ou não observar o direito, mesmo que estes provavelmente o façam⁷⁷. (tradução livre).

⁷⁶ ZANINI GODINHO, Thiago. Tutela jurisdicional de investimentos internacionais, *Revista Mens Legis*, 2007, vol. 1, n° 3, pp. 58-59.

⁷⁷ HENKIN, Louis. *How Nations Behave - Law and foreign policy*. Columbia University Press, New York, 1979, p. 188.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAPL c. Sri Lanka (ARB 87/3), Final Award. *International Legal Materials*. Washington, D.C., vol. 30, pp. 577-579, 1991.

Amco Asia Corporation c. Indonesia (ARB 81/1), Award on Jurisdiction. *International Legal Materials*. Washington, D.C., vol. 23, pp. 351-583, 1984.

AMERASINGHE, Christopher F. “Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention of the Settlement of Investment Disputes between states and nationales of other states”, *British Yearbook of International Law*, Oxford, pp. 227-262, 1974-1975.

AMT c. Zaire, (ARB 93/1), Award. *International Legal Materials*. Washington, D.C., vol. 36, pp. 1531-1556, 1997.

BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilatéral*, Paris: Thèse Université de Paris II, 728 p., 2003.

BROCHES, Aron. “The Convention on the Settlement of investment disputes between States and nationals of other States”. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Leyde, v. 2., t. 136, 1972.

BURDEAU, Génévieve. « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats ». *Revue de l'arbitrage*, Paris, n° 1, pp. 3-37, 1995.

CMS Gaz Transmission Company c. Argentina (ARB 01/8), Decision on Jurisdiction, July 17, 2003. Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Ddecision_english.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2008.

COMBACAU, Jean. e SUR, Serge. *Droit international public*, Paris: Montchrestien, 5è édition, 2001.

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Ddecision_english.pdf.

Thiago José Zanini Godinho

[org/icsid/basicdoc/CRR_English-final.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR_English-final.pdf). Acesso em: 25 de junho de 2008.

DELAUME, Georges. « Le Centre International pour le règlement de différends relatifs aux investissements », *Journal du Droit international (Clunet)*, Paris, n°4, pp. 775-843, 1984.

Emilio Augustin Maffezini c. Spain, (ARB 97/7), Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction, January 25, 2000. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio DecisiononJurisdiction.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2008.

Fedax c. Venezuela (ARB 96/3), Award. *International Legal Materials*. Washington, D.C., vol. 37, pp. 1378-1390, 1998.

FOUCHARD, (P)., GAILLARD (E)., GOLDMAN (B)., *Traité d'arbitrage commercial international*, Litec, 1997.

GUILLAUME, Gilbert. Politique des Etats a regard du règlement pacifique par tierce partie. *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^{ème} siècle - Le regard d'un juge*. Paris: Pedone, 2003.

HENKIN, Louis. *How Nations Behave - Law and foreign policy*. Columbia University Press, New York, 1979.

INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR_English-final.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2006.

Mihaly c. Sri Lanka (ARB 00/2), Award, March 15, 2002. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly-award.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2006.

PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity, *ICSID Review - Journal*

of foreign investment, vol. 10, n^o2, pp. 232-257, 1995.

Plama Consortium Limited c. Bulgaria (ARB 03/24), Decision on jurisdiction, February 8, 2005. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/plama-decision.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2008.

POIRAT, Florence. L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'Energie: procédures de règlement de différends et statut des personnes privées. *Revue Générale de Droit international public*, Paris, pp. 45-84, 1998.

REUTER, Paul. Réflexion sur la competence du CIRDI. Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées: La Convention BIRD du 18 mars 1965. *Colloque S.F.D.I.-CREDIMI*, Dijon, pp. 3-19, 1969.

RUIZ FABRI, Helène, e SOREL, Jean-Marc. Organisation judiciaire internationale. *Juris-classeur du Droit International*, Paris, Fascicule 216, 2001.

SALEM, Mahmoud. Le développement de la protection conventionnelle des investimento. *Journal du Droit intenational (Clunet)*, Paris, n^o3, pp. 579-626, 1986.

Salini c. Jordânia (ARB 02/13), Decision on jurisdiction, November 29, 2004. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2008.

Salini c. Marrocos (ARB 00/4), Décision sur la juridiction, *Journal du Droit International, (Clunet)*, Paris, vol. 129, pp. 196-212, 2002.

SCHREUER, Christophe. Commentary on the ICSID Convention. Article 25. *ICSID Review - Journal of foreign investment*, vol. 11, n^o 2, pp. 429-441, 1996.

SCHREUER, Christophe. The interpretation of ICSID Arbitration Agreements. *International Law: Theory and Practice, Essays in*

Thiago José Zanini Godinho

honour of Eric Suy, The Hague, Boston, London: M. Nijhoff, pp. 719-735, 1998.

Siemens A.G. c. Argentina, (ARB 02/8), Decision on jurisdiction, August 3, 2004. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/siemens-decision-en.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2008.

STERN, Brigitte. Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement: que disent les travaux préparatoires. *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI: Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris, Litec, pp. 223-244, 2000.

WERNER, Jacques. The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration. *Journal of International Arbitration*, Genève, vol. 14, pp. 5-15, 1997.

