



UNISUL

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
ANA LUIZA BECKER SALLES**

O CONCEITO DE EXPROPRIAÇÃO LÍCITA PARA O ICSID

Florianópolis

2014

ANA LUIZA BECKER SALLES

O CONCEITO DE EXPROPRIAÇÃO LÍCITA PARA O ICSID

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de graduação em Relações Internacionais em 2014, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito para aprovação no Curso.

Orientador: Prof. Larissa Miguel da Silveira, Msc.

Florianópolis

2014

ANA LUIZA BECKER SALLES

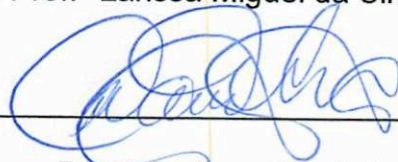
O CONCEITO DE EXPROPRIAÇÃO LÍCITA PARA O ICSID

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Relações Internacionais e aprovado em sua forma final pelo Curso de Relações Internacionais, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

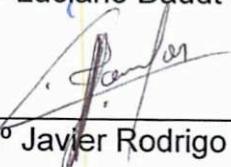
Florianópolis, 24 de Junho de 2014.



Prof.^a Larissa Miguel da Silveira, Msc.



Prof.^o Luciano Daudt da Rocha



Prof.^o Javier Rodrigo Maidana

RESUMO

O presente trabalho monográfico objetivou verificar como o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimento (ICSID) tem interpretado o cumprimento dos requisitos necessários à expropriação lícita prevista em Tratados Internacionais de Investimento. Para tanto, utilizou-se a pesquisa exploratória, bibliográfica e documental, para conhecer o Direito Internacional dos Investimentos; conceituar o Investimento Estrangeiro; conhecer o ICSID; conhecer a arbitragem internacional e a de investimentos; levantar os principais conflitos entre Investidor e Estado receptor de investimentos no que tange à expropriação; estudar o precedente relevante do ICSID que trata a expropriação; e definir o entendimento do tribunal arbitral sobre expropriação lícita. Assim, verificou-se que o ICSID considera uma expropriação lícita, ou seja, não contrária ao Direito Internacional dos Investimentos, a tomada de propriedade que detenha um efetivo e comprovado interesse público; realizada de forma não discriminatória em relação ao estrangeiro investidor, seja em relação ao tratamento concedido aos nacionais ou a outros estrangeiros; concedendo-se oportunidade ao investidor de manifestar-se e defender-se de acordo com os ditames do devido processo legal; e que exista em contrapartida compensação pela expropriação, nos termos previstos no tratado internacional de investimentos correspondente.

Palavras-chave: Centro Internacional de Soluções de Controvérsias sobre Investimento (ICSID). Expropriação lícita. Requisitos. Investimentos.

ABSTRACT

The present study aimed to determine how the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) has interpreted the fulfillment of requirements for legal expropriation provided for in International Investment Treaties. In this respect, one has used exploratory, literature and documental research, to understand International Law of Investment; conceptualize Foreign Investment; study the emergence International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID; understand international investments and ICSID arbitration; inquiry the main conflicts between Investor and State receiver investments with regard to expropriation; study the relevant previous ICSID case that expropriation; and finally to set the understanding of lawful expropriation to ICSID. Thereafter, it was found that for the ICSID to consider a lawful expropriation, ie not contrary to International Law of Investment, it is necessary that the taking of property holds an effective and proven public interest; conducted without discrimination of the foreign investor, whether in relation to the treatment accorded to nationals or other foreigners; giving up opportunity for the investor to speak up and defend themselves according to the dictates of due process of law; and that there is compensation in return for expropriation, under the corresponding international investment treaty.

Keywords: International Centre for Dispute Resolutions on Investment Disputes (ICSID). Unlawful Expropriation. Requirements. Investments.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
1.1 EXPOSIÇÃO DO TEMA E DO PROBLEMA	7
1.2 OBJETIVOS.....	9
1.2.1 Objetivo geral	9
1.2.2 Objetivos específicos	9
1.3 JUSTIFICATIVA.....	10
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....	10
1.5 ESTRUTURA DA PESQUISA	12
2 O DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	14
2.1 O DIREITO INTERNACIONAL	15
2.1.1 Fontes de Direito Internacional	17
2.1.2 Sujeitos de Direito Internacional	20
2.2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	25
2.3 NORMAS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTOS	35
2.3.1 Noções de Investimentos Estrangeiros	37
3 O ENTENDIMENTO DO ICSID QUANTO À EXPROPRIAÇÃO LÍCITA	45
3.1 ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....	45
3.1.1 Arbitragem de Investimentos	47
3.1.2 Arbitragem do ICSID	49
3.2 CONFLITOS RELATIVOS À EXPROPRIAÇÃO	52
3.2.1 Modalidades de expropriação	55
3.3 O ENTENDIMENTO DO ICSID PARA QUE UMA EXPROPRIAÇÃO SEJA CONSIDERADA LÍCITA	58
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo busca introduzir o Trabalho de Conclusão de Curso, essencial à graduação no Curso de Relações Internacionais. Para tanto, tratar-se-á dos elementos iniciais do trabalho monográfico, destacando-se a exposição do tema e do problema. Também serão apresentados os objetivos gerais e específicos que a pesquisa almeja alcançar, assim como a justificativa da escolha do tema e a metodologia científica utilizada para o desenvolvimento do trabalho, finalizando-se com a estrutura da pesquisa que previamente apresentará os elementos trazidos nos capítulos que compõe a resposta da pergunta de pesquisa desta monografia.

1.1 EXPOSIÇÃO DO TEMA E DO PROBLEMA

Os países em desenvolvimento, em geral, costumam possuir problemas nos âmbitos político, econômico e estrutural, resultando em dificuldades de prover sua infraestrutura de forma autônoma. Tal situação faz com que seus governos busquem capital externo para financiamento de suas atividades.

Este capital que se originava de instrumentos públicos de financiamento, devido às mudanças ocorridas na década de 90 (como esgotamento de créditos soberanos dos bancos, alterações nas políticas de empréstimos dos países desenvolvidos e a predominância do liberalismo econômico como filosofia utilizada pelas potências centrais) passa a ser proveniente de fontes privadas de investimento, principalmente, estrangeiros (VELOSO, 2006).

Nesse processo, países que originam investimentos e países que o recebem divergem sobre quais seriam os padrões mínimos de proteção que devem ser concedidos aos investimentos estrangeiros e de qual forma essas garantias devem ser estabelecidas (VALENTI, 2011).

Paralelamente, organismos internacionais passam a esboçar suas políticas de desenvolvimento e financiamento em função da quantidade de Investimentos que um Estado é capaz de atrair, surgindo a noção de que sem investimento não há crescimento econômico e sem crescimento econômico não há a possibilidade de existência de uma política econômica sustentável. Então, governos de países que necessitam de capital externo mobilizam-se no sentido de tornarem-se atraentes aos investimentos estrangeiros (VELOSO, 2006).

Isso resulta em reformas na normatização interna de muitos dos países e na aceitação do padrão mínimo de proteção ao investimento através da assinatura de Tratados Internacionais de Investimento,¹ especialmente em sua modalidade bilateral, os denominados BITs. Essa modalidade de tratado internacional é encarada como a solução dos problemas aos conflitos investidor-Estado receptor, uma vez que possui por objetivo a concessão da segurança jurídica necessária ao investidor e o incentivo aos investimentos nos países receptores. Assim, a quantidade de países signatários e de BITs assinados cresce exponencialmente dos anos 1990 ao 2000 (VALENTI, 2011).

Ademais, os Tratados Internacionais de Investimentos, em sua maioria, trazem a previsão da eleição da arbitragem internacional como método para solução de controvérsias sobre investimento e, por exemplo, nas cláusulas dos tratados latino-americanos, o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimento - ICSID é o principal foro eleito (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Ainda, questionamentos e debates relativos às consequências da expropriação de propriedades particulares pelos governos de países receptores de investimentos foram inerentes à evolução dos tratados sobre a matéria, passando da Cláusula Calvo à “formula *hull*”, resultaram em cláusulas com previsões indenizatórias nos tratados (VALENTI, 2011; DOLZER; SCHREUER, 2008).

Na atualidade o debate não se tornou menos importante. Afinal, nacionalizações de setores econômicos inteiros como o de extração de petróleo e gás natural, assim como confiscos² ou expropriações indiretas³ não pararam de acontecer.

Todavia, as cláusulas dos tratados que preveem indenização em caso de expropriação possibilitam a um Estado receptor excepcionalmente expropriar propriedade estrangeira em seu território sem ofender os ditames do direito internacional desde que haja interesse público, expropriação não discriminatória, acompanhada de indenização imediata, adequada e eficaz e de acordo com o devido processo legal (VALENTI, 2011).

Diante disso, a partir da análise de um precedente jurisprudencial, o presente trabalho busca responder o seguinte questionamento: Qual é a

¹ No presente trabalho os termos Acordo e Tratado foram considerados sinônimos.

² Entende-se por confisco a tomada dos direitos das propriedades legais sem compensação.

³ Entende-se por expropriações indiretas a perda econômica da propriedade sem formalização da perda do título de propriedade.

interpretação que o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimento tem concedido ao cumprimento dos requisitos necessários a expropriação lícita prevista nos Tratados Internacionais de Investimento?

1.2 OBJETIVOS

A partir do problema de pesquisa supra-exposto, passa-se a apresentação dos objetivos a serem alcançados no presente trabalho de conclusão de curso.

1.2.1 Objetivo geral

O objetivo geral do presente trabalho monográfico é verificar como o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimento tem interpretado o cumprimento dos requisitos necessários a expropriação lícita prevista em Tratados Internacionais de Investimento.

1.2.2 Objetivos específicos

De forma a atingir e complementar o objetivo geral, apresentam-se alguns objetivos específicos a serem alcançados no decorrer do trabalho:

- Conhecer o direito internacional dos investimentos;
- Conceituar o Investimento Estrangeiro;
- Conhecer o Centro Internacional de Solução de Controvérsias Sobre Investimento – ICSID;
- Conhecer a arbitragem internacional;
- Levantar os principais conflitos entre Investidor e Estado receptor de investimentos no que tange à expropriação;
- Estudar o precedente relevante do ICSID que trate expropriação; e
- Definir o entendimento de expropriação lícita para o ICSID.

1.3 JUSTIFICATIVA

De acordo com Sornarajah (2010), a contribuição trazida pelo investimento estrangeiro direto é, na atualidade, amplamente reconhecida como fundamental ao desenvolvimento dos países. No entanto em que pese sua importância econômica, no que se refere à regulamentação jurídica do investimento estrangeiro, observa-se um complexo conflito de interesses.

Os investidores visam segurança, proteção e incentivo à livre gestão e ao fluxo de capitais, e todas suas vantagens intrínsecas. Os Estados, por sua vez, mesmo necessitando do capital externo, querem proteger sua soberania, principalmente no que se refere às riquezas e recursos naturais (COSTA, 2006).

Ademais, conforme apresentado no item 1.1 Exposição do Tema e Problema do presente trabalho, o constante debate sobre o âmbito e o conteúdo das normas de direito internacional, que lidam com o tratamento dos bens do estrangeiro, sempre ficou na iminência da privação da propriedade, ou seja, expropriação (SACERDOTI, 1997).

Diante disso, o presente trabalho justifica-se para a sociedade brasileira, uma vez que, no atual contexto de liberalização dos mercados e dos capitais, é cada vez mais comum a utilização da arbitragem internacional para resolução dos conflitos entre os investidores e os Estados.

O presente trabalho também se justifica para a Academia e para a Universidade, uma vez que se trata de um tema pouco trabalhado na Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul.

Quanto à justificativa de cunho pessoal, esta se perfaz no interesse de difundir os conceitos e as experiências que serão trazidas pelo presente trabalho, acreditando que a expansão do conhecimento tornará melhor sua utilização e, assim, será possível usufruir em grande escala dos seus benefícios.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

De acordo com Andrade (1998, p. 101), pesquisa “é o conjunto de procedimentos sistemáticos, baseado no raciocínio lógico, que tem por objetivo encontrar soluções para problemas propostos, mediante a utilização de métodos científicos”.

Nesse mesmo sentido, Ruiz (1996) destaca a importância do método científico, que confere segurança, economia e perfeição a pesquisa realizada, constitui características tão importantes que logo, é possível identificar a ciência com seu método.

No presente trabalho, o tipo de pesquisa utilizado, quanto à natureza, é a pesquisa básica. De acordo com Gil (1994), a pesquisa básica objetiva gerar conhecimentos novos para avanço da ciência sem aplicação prática prevista.

Um dos métodos científicos utilizados pela autora será o dedutivo. Segundo Ruiz (1996), trata-se da pesquisa gerada a partir de enunciados mais gerais e em sequência de logicidade chega-se a conclusões específicas.

A forma de pesquisa exploratória também é utilizada no presente trabalho. Conforme Andrade (1998), este tipo de pesquisa é necessária a qualquer trabalho científico, pois proporciona maiores informações sobre o assunto, facilita a delimitação do tema e auxilia a obtenção dos objetivos e caracteriza-se pela não interferência do pesquisador no meio estudado, ele apenas observa, registra, analisa, classifica e interpreta os fatos (ANDRADE, 1998).

Quanto aos procedimentos utilizados, foram escolhidos: o de pesquisa bibliográfica, utilizando fonte secundária, ou seja, livros e outros documentos bibliográficos; e pesquisa documental, utilizando fonte primária, principalmente no que tange aos precedentes do Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimentos. Para Gil (1994) a pesquisa documental é aquela elaborada a partir de material que não recebeu tratamento analítico, enquanto que a bibliográfica a que se origina de material já publicado, ou seja, interpretado.

Por fim, a abordagem adotada será a qualitativa, voltada a situações complexas ou estritamente particulares. Para Minayo (apud GERHARDT; SILVEIRA, 2009, p. 32):

a pesquisa qualitativa trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis.

Diante do exposto, pretendeu-se expor os procedimentos metodológicos que definirão as características da pesquisa e os instrumentos de coleta de dados

utilizados no desenvolvimento do trabalho de conclusão de curso passando-se a tratar da estrutura da pesquisa elaborada.

1.5 ESTRUTURA DA PESQUISA

O presente trabalho monográfico possui por objetivo principal verificar como o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimento tem interpretado o cumprimento dos requisitos necessários à expropriação lícita prevista em Tratados Internacionais de Investimento. Com vistas a sanear o objetivo principal, o trabalho foi dividido em quatro capítulos.

Assim, o capítulo introdutório busca apresentar de que forma o trabalho será desenvolvido, apontando o tema e o problema de pesquisa - qual seja qual é a interpretação que o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimento tem concedido ao cumprimento dos requisitos necessários a expropriação lícita prevista nos Tratados Internacionais de Investimento? -, assim como os objetivos geral e específicos, a justificativa da escolha do tema e metodologia científica adotada. Por fim, a presente estrutura da pesquisa que informa o que se pretende alcançar em cada capítulo.

O segundo capítulo Direito Internacional dos Investimentos, apresentará o Direito Internacional Público, uma vez que necessária a compreensão das fontes e os sujeitos que o compõe que tanto se misturam como se diferenciam do Direito Internacional dos Investimentos. Na sequência, será apresentado como se deu a evolução do Direito Internacional dos Investimentos e o surgimento do Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimento- ICSID, quais são os principais tratados sobre a matéria, além de noções do que são investimentos estrangeiros.

Por sua vez, no capítulo 3 O Entendimento do ICSID quanto à Expropriação Lícita será verificado o que é arbitragem internacional e como se dá arbitragem de investimentos realizada pelo ICSID. Ademais, será estudado quais são os principais conflitos entre investidor e Estado receptor de investimentos relativos à expropriação, distinguindo-se as modalidades de expropriação. Por fim, com objetivo de responder a pergunta de pesquisa que impulsionou o presente trabalho, será verificado o entendimento do ICSID quanto aos requisitos necessários para que uma expropriação seja considerada lícita, ou seja, não contrária ao Direito

Internacional em geral, ao Direito Internacional dos Investimentos e a proteção ao investimento prevista nos tratados internacionais de investimento que vinculam os litígios sobre a matéria à arbitragem internacional.

Ao final, o capítulo 4 Considerações Finais, onde será realizado um apanhado dos principais pontos trabalhados, relacionando-os com o objetivo geral e específico do presente trabalho e apresentado o resultado alcançado pelo presente trabalho monográfico.

2 O DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

O Direito Internacional dos Investimentos é o ramo do direito que visa regular a proteção aos investimentos realizados em um determinado país, por um estrangeiro (VALENTI, 2011). Para melhor compreensão, antecipa-se o conceito de investimento estrangeiro:

Todo o bem, material ou imaterial, mobiliário ou imobiliário, todo o crédito devido por uma pessoa singular ou coletiva que se encontrar em território de um Estado estrangeiro constitui um investimento internacional. Tal é o sentido dado ao conceito de investimento por numerosas convenções bilaterais que, de acordo com seu preâmbulo, tem por finalidade proteger os investimentos estrangeiros. (TOUSCOZ, 1994, p. 323)

Portanto, de acordo com Touscoz (1994), retira-se que investimento é todo ativo devido por pessoa não nacional do Estado onde se encontra o respectivo investimento, além disso, o autor traz a noção de que a finalidade dos tratados internacionais de investimento é sua proteção.

Para Reinisch (2009), o Direito Internacional dos Investimentos é constituído por uma diversificada gama de legislações nacionais e internacionais, além de outros instrumentos. Assim, contempla-se no arcabouço regulamentar do Direito Internacional dos Investimentos leis internas dos países receptores que regulamentam o investimento estrangeiro; contratos de Estado realizados com investidores estrangeiros; acordos internacionais de investimentos, incluindo tratados bilaterais de investimento; acordos regionais que tratam inclusive de investimentos (NAFTA, UE, MERCOSUL); e acordos multilaterais de investimento.

Então, compreende-se por Direito Internacional dos Investimentos o ramo do direito que busca a proteção do investimento estrangeiro a partir de fontes jurídicas vigentes em âmbito nacional ou internacional, sendo estas bilateralmente firmadas ou construídas a partir de uma evolução histórica.

Ademais, o Direito Internacional dos Investimentos possui estreita relação com o Direito Internacional Público. De acordo com Valenti (2011), Direito Internacional dos Investimentos decorre do amplo Direito Internacional Econômico, que, por sua vez, possui sua origem no Direito Internacional Público (VALENTI, 2011).

Já Touscoz (1994) entende que o Direito Internacional dos Investimentos possui regras relativas a operações que se revestem de particular importância nas relações econômicas internacionais, mas é regulado pelo Direito Internacional.

Por sua vez, Reinisch (2009) alega que em razão da abrangência das fontes jurídicas, nacionais e internacionais, que formam o Direito Internacional dos Investimentos, este deve ser considerado um direito transnacional, que não estaria limitado ao Direito Internacional.

Portanto, observa-se que o Direito Internacional dos Investimentos pode ser considerado uma derivação do Direito Internacional, mas, também, um Direito que transcende os limites do direito interno, incorporando o Direito Internacional. Assim, faz-se necessário esclarecer que, em determinados aspectos, o Direito Internacional dos Investimentos se confunde com o Direito Internacional Público, porém, em outros, possui características próprias.

Diante da inerente relação com o Direito Internacional, inicialmente, antes de aprofundar-se na matéria relativa aos investimentos internacionais, é importante a compreensão de alguns aspectos do Direito Internacional. Por isso, o presente capítulo apresentará o Direito Internacional Público, assim como as fontes e os sujeitos que o compõe e, na sequência, apresentará a evolução do Direito Internacional dos Investimentos, os principais tratados sobre a matéria e a noção do que é investimento estrangeiro.

2.1 O DIREITO INTERNACIONAL

O Direito Internacional é um conjunto de regras e de instituições que ordenam a sociedade internacional e que buscam estabelecer a paz e a justiça, promovendo o desenvolvimento (TOUSCOZ, 1994). De acordo com Touscoz (1994), esta definição acentua o caráter universal do direito e das instituições, que se aplica a todos os indivíduos dos diferentes países.

Nessa mesma linha, de acordo com Dinj, Daillirer e Pellet (2003), o Direito Internacional é o direito que se aplica a uma sociedade internacional e que regula as relações entre os Estados, também chamado de direito interestatal. Formalmente, divide-se em Direito Internacional Público e Privado, sendo que o primeiro regula as relações entre os Estados e o segundo trata das relações

interpessoais, particulares ou comerciais, em âmbito internacional (DINH, DAILLIER E PELLET, 2003).

A divisão entre os dois troncos do Direito Internacional, no entanto, não pode ser considerada absoluta. Em diversas situações se observa uma necessária miscigenação entre os dois, por exemplo, a regulamentação do Direito Internacional Privado é realizada pelos entes Estatais, que, por sua vez, firmam contratos de Estado com partes privadas (DINH, DAILLIER E PELLET, 2003).

Por esse motivo, Touscoz (1994, p. 60) alega que os dois ramos seriam indissociáveis:

a *summa divisio* clássica entre o Direito Internacional público e o Direito Internacional privado. Ora, esta separação estrita entre o Direito público e Direito privado é actualmente posta em causa em todos os domínios; sabe-se perfeitamente que estes dois ramos do Direito são indissociáveis.

De todo modo, diante da importante participação do Estado no Direito Internacional dos Investimentos, no presente trabalho adotar-se-á a divisão entre o ramo público e privado do Direito Internacional, considerando que o Direito Internacional dos Investimentos decorre do Direito Internacional Público.

Todavia, independentemente de acatar-se a divisão clássica, ou não, pode se definir o Direito Internacional como aquele que regulamenta as regras e os princípios internacionais da sociedade internacional (MELLO, 2011). Desta feita, mister a conceituação de sociedade internacional.

De acordo com Mello (2011), compreendem-se por sociedade internacional os integrantes e as forças atuantes da vida social internacional.

Para Varela (2010), a sociedade internacional é composta por Estados, Organizações Internacionais, entes com características estatais, indivíduos, empresas e Organizações Não-Governamentais – ONGs.

Rezek (2002, p. 1) aponta que, de forma divergente das comunidades nacionais, a sociedade internacional é descentralizada, não havendo uma hierarquia entre os entes, conforme segue:

No plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente. Os Estados se organizam horizontalmente, e prontificam-se a proceder de acordo com as normas jurídicas na exata medida em que estas tenham constituído objeto do seu consentimento. A criação de normas é, assim, obra direta de seus destinatários.

Retira-se do entendimento de sociedade internacional, apresentado por Rezek, um importante fundamento que rege o Direito Internacional, a igualdade soberana. De acordo com Varella (2010), o princípio da igualdade soberana é aquele que preceitua a igualdade entre os Estados, ou seja, todos são iguais perante o direito.

Também é considerada como princípios de direito internacional a autonomia dos Estados, que se perfaz pela não ingerência de nenhum Estado em assuntos internos de outro; a solução pacífica de controvérsias e a interdição ao uso da força, sendo a utilização desta lícita somente em casos de legítima defesa ou segurança coletiva; o respeito aos direitos humanos; e a cooperação internacional, que indica a necessidade de colaboração dos Estados para alcançar os objetivos comuns (VARELLA, 2010).

Os princípios de Direito Internacional compõem, juntamente com os Tratados e o costume, as fontes de Direito Internacional, que serão tratadas no item seguir. Na sequência, serão apresentados os sujeitos de Direito Internacional que compõe a sociedade internacional.

2.1.1 Fontes de Direito Internacional

De acordo com Gentil (2008), a expressão “fontes”, em fontes de Direito, detém o significado de origem, de onde algo nasce ou provém. Dessa forma, compreende-se por fontes de Direito os meios pelos quais nascem ou se estabelecem as normas jurídicas.

No Direito Internacional não é diferente. Para Touscoz (1994, p. 203):

Na ordem internacional, como em toda ordem jurídica, as regras do Direito, as normas jurídicas são prescrições de alcance geral elaboradas segundo processos estabelecidos cuja execução é sancionada através da coação social organizada.

Compreende-se, portanto, que as fontes de Direito Internacional são as diretrizes a serem seguidas, as regras que regem internacionalmente, estabelecidas por meio de uma sociedade internacional organizada.

Como parâmetro para o estabelecimento de um rol de fontes de direito internacional, utiliza-se o Estatuto da Corte Internacional de Justiça – CIJ (REZEK,

2002). A utilização do Estatuto da CIJ dá-se “*em razão de este ser o estatuto do primeiro tribunal vocacionado para resolver litígios entre Estados sem qualquer limitação de ordem geográfica ou temática*” (REZEK, 2002, p.9).

Dessa forma, o Artigo 38º do Estatuto determina como regras aplicáveis a CIJ (a) os Tratados ou Convenções; (b) os costumes e (c) os princípios gerais de Direito. Prevê, como meios auxiliares, a jurisprudência e a doutrina. Ainda, a referida normativa faculta a utilização da equidade em determinadas condições específicas (COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, 2014).

O artigo 38º da CIJ prevê os Tratados como “as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes”⁴ (COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, 2014).

De maneira sucinta, os tratados internacionais são acordos realizados em âmbito internacional firmados entre Estados e em consonância com o Direito Internacional (TOUSCOZ; 1994).

De acordo com Din, Daillier e Pellet (2003, p. 120) fixa-se a seguinte definição: “O tratado designa qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, destinado a produzir efeitos de direito e regulado pelo direito internacional”.

Ainda, conforme preceituam Din, Daillier e Pellet (2003), o tratado internacional possui quatro características fundamentais: (a) um concurso de vontades entre as partes contratantes, uma vez que um tratado não nasce de um ato unilateral de vontade, mas da união de interesses de duas ou mais partes; (b) sujeitos de direito internacional como as partes do acordo, demonstrando a fundamental importância na ampliação da interpretação do rol de sujeitos direito para que não fiquem os tratados internacionais limitados aos Estados como parte; (c) criação de efeitos legais, já que qualquer tratado cria compromissos jurídicos; e (d) submissão ao Direito Internacional, visto que todo tratado deve ser regulado pelo Direito Internacional, não existindo, todavia, obrigação de ser exclusivamente por ele regulado.

Por fim, os acordos possuem denominações variadas, que não necessariamente se relacionam com sua consequência jurídica. As principais

⁴ Tradução livre de: *les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige.*

denominações são: tratado, pacto, carta, acordo, convenção e protocolo (TOUSCOZ, 1994).

Também se compreende o tratado como:

Na afirmação clássica de Georges Scelle, o tratado internacional é em si mesmo um simples *instrumento*; identificamo-lo por seu processo de produção e pela *forma* final, não pelo conteúdo. (*apud* REZEK, 2002, p. 14)

Ou seja, não é o conteúdo que definirá se determinado documento trata-se de um tratado ou não, mas sim o respeito às formalidades necessárias para elaborá-lo, uma vez que um tratado consiste em um mero instrumento da vontade das partes que o firmam.

Por sua vez, o costume internacional é definido pelo Artigo 38º da CIJ “como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito”⁵ (COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, 2014).

Para Rezek (2002, p. 113), o costume trata-se de “uma prática geral aceita como sendo o direito”. Dessa forma, os costumes são atos reiterados dos Estados, que lidam com um assunto de uma mesma maneira, são precedentes.

De acordo com Touscoz (1994), define-se o costume por seus elementos constitutivos, quais sejam, os precedentes (o ato em si) e opinião segundo a qual estes precedentes são constitutivos de uma regra ou normal jurídica.

Para Sornarajah (2010), um costume é considerado fonte de direito internacional quando é internacionalmente difundido, quando existe uma opinião jurídica na comunidade internacional do que é previsto em um determinado costume é algo obrigatório a ser cumprido.

Em especial, um costume internacional possui relação direta com o presente trabalho, qual seja, a previsão de que quando uma propriedade particular é tomada pelo Estado (expropriação) deve haver uma compensação pecuniária. No entanto, ainda não há um costume estabelecido de como esta compensação deve ser calculada, motivo pelo qual os litígios relativos são levados a apreciação de juízes, árbitros e etc (SORNARAJAH, 2010).

Por fim, os princípios gerais de Direito, de acordo com o Artigo 38 da Corte Internacional de Justiça, “são aqueles reconhecidos pelas nações civilizadas”⁶.

⁵Tradução livre de: *la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit.*

⁶Tradução livre de: *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.*

Os princípios gerais de direito podem ser divididos em dois grupos: os princípios gerais de direito comuns à ordem jurídica internacional - princípios que descendem da lógica jurídica, como reparação de prejuízos, vedação ao enriquecimento sem causa –; e os princípios fundamentais, os que sem eles não se concebe um estado de Direito (TOUSCOZ, 1994).

Importante salientar que muitos dos princípios que são utilizados pelo Direito Internacional dos Investimentos, foram baseados em princípios gerais de Direito. Por exemplo, as previsões de pagamento de indenizações sobre expropriação de propriedade estrangeira foram criadas com base em argumentos relacionados com as noções de enriquecimento sem causa e direito adquirido, típicas do Direito doméstico (SORNARAJAH, 2010).

Ademais, mesmo que a jurisprudência internacional seja considerada uma fonte subsidiária do Direito internacional, as decisões preferidas em jurisdições internacionais possuem importante influência na definição dos princípios do direito internacional, principalmente no que tange ao Direito Internacional dos Investimentos (SORNARAJAH, 2010). Sentenças arbitrais proferidas em litígios decorrentes de operações de investimento estrangeiro contribuem diretamente para a construção de normas do direito internacional sobre a matéria (SORNARAJAH, 2010).

Diante da averiguação das fontes de Direito Internacional que também se aplicam ao Direito Internacional dos Investimentos, passa-se configuração daqueles que atuam no Direito Internacional, os chamados sujeitos de direito internacional.

2.1.2 Sujeitos de Direito Internacional

Sujeitos de Direito são indivíduos ou entidades dotadas de personalidade jurídica própria, aos quais podem ser atribuídos direitos e obrigações. Em âmbito internacional, sujeitos de Direito Internacional são aqueles que detêm capacidade jurídica de reclamar seus direitos e ser responsabilizados por seus deveres (MOREIRA; LECH, 2004).

De acordo com Moreira e Lech (2004), os Estados, por possuírem população, território e governo, são considerados os sujeitos internacionais por excelência. Além disso, os Estados possuem soberania⁷, fundamento último da

⁷ De acordo com Litrento, , compreende-se como soberania interna "o poder do Estado em relação às pessoas e coisas dentro do seu território, isto é, nos limites da sua jurisdição" e soberania externa,

personalidade jurídica internacional, sendo também considerados os sujeitos de Direito Internacional originários.

Além dos Estados, as organizações internacionais (OIs) são classicamente definidas como sujeitos de Direito Internacional, porém derivadas. Não são soberanas e possuem personalidade internacional limitada aos seus tratados constitutivos e sua criação dá-se em razão da vontade dos Estados e não pela própria natureza (MOREIRA; LECH, 2004).

Moreira e Lech (2004, p. 26) aduzem que somente os Estados e as organizações internacionais podem ser considerados sujeitos de Direito Internacional, leia-se:

(...) torna-se relevante caracterizar somente Estados e OI como sujeitos de direito internacional. As demais entidades de direito internacional são caracterizadas como atores no cenário internacional, haja vista a limitação de suas respectivas personalidades internacionais e a real inferioridade da capacidade jurídica⁸ que gozam, além, da relação que possuem com sujeitos de direito internacional propriamente ditos (Estados e OI).

Na mesma linha, Rezek (2002) também entende unicamente como sujeitos de Direito Internacional os Estados e as organizações internacionais. Para Rezek, os indivíduos e as empresas não possuem personalidade jurídica internacional, não são sujeitos de direitos e deveres, porque não estão diretamente envolvidos na produção normativa internacional e sequer dispõem da prerrogativa de reclamar a garantia de seus direitos em foros internacionais.

No que tange à eventual participação do indivíduo em jurisdições internacionais, Rezek (2002, p. 147) expõe que:

Os foros internacionais acessíveis aos indivíduos – ou mesmo a empresas – são-no em virtude de compromisso estatal tópico, e esse quadro pressupõe a existência, entre o particular e o Estado co-patrocinador do foro, de um vínculo jurídico de sujeição, em regra o vínculo de nacionalidade.

Contrariamente, Touscoz (1994) sustenta que devem ser consideradas sujeitos de Direito Internacional as pessoas jurídicas com fins lucrativos, como

entre Estados, como "a competência conferida aos Estados pelo Direito Internacional que se manifesta na afirmação da liberdade do Estado em suas relações com os demais membros da comunidade internacional, confundindo-se com a independência" (LITRENTO, 2001, 116).

⁸Capacidade jurídica é capacidade de gozo ou direito e a medida da jurídica da personalidade (MOREIRA; LECH, 2004).

empresas multi ou transnacionais⁹; organizações da sociedade civil organizada, sem fins lucrativos, como organizações não governamentais - ONGs, e, sobretudo, as pessoas singulares.

Resumidamente, Touscoz (1994, p. 59) justifica sua argumentação por meio da seguinte afirmação:

Historicamente, o Direito Internacional surgiu antes de os Estados existirem, tal o caso do Direito das gentes, aplicável em todos os lugares. Não se percebe por que razão o aparecimento dos Estados, que são eles mesmos estruturas contingentes, poderia ter tido como efeito uma redução do Direito Internacional a um direito inter-estadual.

Em outras palavras, não se pode considerar que uma instituição abstrata como o Estado, cuja constituição é formada por indivíduos, e posterior ao surgimento do Direito Internacional, seja considerada o único sujeito de Direito Internacional.

Como afirma Touscoz (1994), um sujeito de Direito Internacional é qualquer pessoa ou entidade que detenha direitos e obrigações. E, importante ressaltar, que a quantidade de direitos e de obrigações não é determinante para que a entidade seja ou não considerada sujeito de Direito Internacional, mas sim sua qualidade e existência.

Nesse mesmo sentido, Dinj, Daillier e Pellet (2003) alegam que são consideradas membros da comunidade internacional as pessoas e entidades que se destinam aos direitos, diretos, de normas internacionais. Assim, um membro da comunidade internacional é um sujeito de Direito Internacional.

Ainda, afirma-se que “nada proíbe, portanto, a coexistência de sujeitos diversos de direito internacional que se distinguem por estatutos jurídicos diferentes e uma personalidade jurídica mais ou menos afirmada” (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 413).

Assim, a visão tradicional do Estado como sujeito único de Direito Internacional baseia-se na clássica divisão do Direito Internacional em público e privado (TOUSCOZ, 1994). Como já verificado, de acordo com o Touscoz (1994), essa separação é descabida, sendo estes dois ramos do direito indissociáveis, tanto na ordem jurídica interna quanto internacional.

⁹ Como será explicado adiante, empresas multi ou transnacionais são empresas que organizam sua produção e estratégia em âmbito internacional, não limitando-se a um único país. Possuem uma matriz mas atuam em diferentes Estados por meio de subsidiárias e filiais (MELLO, 1993).

Ademais, Mello afirma que “a personalidade jurídica tem uma dimensão histórica, significando isto que os sujeitos de direito não são sempre os mesmos e variam conforme a época histórica” (MELLO, 1993, p. 101).

Não se questiona aqui se o Estado é, ou não, o principal sujeito de Direito Internacional, principalmente no que tange à ramificação pública e interestadual da matéria. Contudo, práticas empresariais, transações econômicas e comerciais exercidas por sujeitos não-estaduais delineiam uma ramificação em constante crescimento no Direito Internacional, que não pode ser desconsiderada. Tal ramificação possui especial importância para o presente trabalho monográfico, uma vez que trata de conflitos de expropriação resultantes de relações econômicas (investimentos externos) entre Estados e sujeito não-estaduais que tradicionalmente não são considerados sujeitos.

Diante disso, passa-se a tratar de alguns sujeitos de Direito Internacional que possuem especial relação com o Direito Internacional dos Investimentos.

De acordo com Favaro (2011), faz-se mister aceitar que com as mudanças ocorridas no cenário internacional após a 1ª Guerra Mundial surgiram novos e importantes atores, como os indivíduos e as organizações internacionais. Também, a partir de 1960, as empresas transnacionais e multinacionais despontaram como sujeitos de Direito Internacional Econômico.

Dessa forma, temos não só o surgimento de novos sujeitos de Direito Internacional, como a consolidação de sujeitos exclusivamente de Direito Internacional Econômico, a exemplo dos agentes econômicos internacionais (FAVARO, 2011).

Sob essa ótica, Favaro (2011) considera sujeitos de Direito Internacional Econômico os Estados, sujeitos primários e criadores dos demais sujeitos; as organizações internacionais econômicas - Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BIRD), a Organização Mundial do Comércio (OMC), entre outras; os agentes econômicos internacionais; e as empresas transnacionais e multinacionais.

Para Sornarajah (2010), além daqueles descritos por Favaro, acrescentam-se ao rol de sujeitos de direito internacional econômico os indivíduos pessoas físicas singulares e organizações não governamentais que são organizações da sociedade civil organizada que não detêm fins lucrativos.

Entende-se por agentes econômicos internacionais: “(...) entidades dotadas de poder de decisão criados ou não pelos Estados com a finalidade de

trazer empreendimentos benéficos, auxiliando a economia de países” (FAVARO, 2011, p. 90).

Com denominação variável, os agentes econômicos podem ser públicos ou privados e possuem características diversas dentre as quais se pode destacar a detenção de personalidade internacional e o interesse público como objetivo. Os Bancos Centrais dos diferentes países são exemplos de agentes econômicos públicos. Por sua vez, os agentes econômicos privados são entes que mesmo não estatais atuam em interesse do país. Um exemplo é o Clube de Londres¹⁰ (FAVARO, 2011).

As empresas multi ou transnacionais são aquelas empresas que organizam sua produção e estratégia em âmbito internacional, que não estão limitadas ou vinculadas a um único país. Possuem uma matriz, mas atuam em diferentes Estados por meio de subsidiárias e filiais (MELLO, 1993).

Para Favaro (2011, p. 93), as empresas transnacionais:

São consideradas como tais tendo em vista que são destinatárias de normas jurídicas internacional, ou seja, elas detêm capacidade jurídica. Por esse motivo, convém a nova ordem internacional que suas atividades sejam regulamentadas e, se assim for necessário, imposto limites a atuação dessas empresas no território nacional

Então, assim como os agentes econômicos, as empresas transacionais não são tradicionalmente consideradas sujeitos de Direito Internacional, porém, uma vez que detêm capacidade jurídica internacional, são consideradas sujeitos de Direito Internacional Econômico (FAVARO, 2011).

Ademais, as empresas transnacionais são relevantes ao Direito Internacional Econômico atual. Nesse sentido, Sornarajah (2010, p. 60; tradução nossa) afirma que:

Ao contrário dos antigos tipos de investimentos estrangeiros, que geralmente eram de duração limitada, aventureiros que retornam para casa com seus lucros assim que o empreendimento terminava, os novos tipos de investimentos feitos por empresas multinacionais têm a intenção de durar por um longo período de tempo. O foco da lei tem, conseqüentemente, mudado da proteção de indivíduos ou grupos de indivíduos para a proteção do processos de investimentos feitos por empresas multinacionais.¹¹

¹⁰ Equivalente privado do Clube de Paris, o Clube de Londres é um grupo de credores privados composto majoritariamente por grandes bancos internacionais que autorizados pelos países devedores procuram uniformizar as condições de amortização da dívida (SERRA, 2003).

¹¹ Tradução livre de: Unlike the old types of foreign investment which were usually of limited duration, the adventurers returning home with their profits once the venture had ended, the new types of

Portanto, em razão da mudança na origem dos investimentos externos de investidores individuais, que visavam ao lucro rápido, para investimentos de longo prazo realizados por grandes corporações multinacionais, a regulamentação de proteção dos investimentos tem focado nas empresas multinacionais, demonstrando sua relevância contemporânea ao Direito Internacional Econômico (SORNARAJAH, 2010).

Observa-se do presente item que os sujeitos de Direito Internacional Econômico são fundamentais ao presente trabalho. Prioritariamente, são os Estados, os indivíduos e as empresas transnacionais que compõem as partes nos litígios que tangem as expropriações no Direito Internacional e, conseqüentemente, que integram as controvérsias que serão analisadas.

Assim, este subcapítulo buscou introduzir alguns aspectos do Direito Internacional que serão úteis à compreensão do presente trabalho. A seguir, será apresentada a evolução do Direito Internacional dos Investimentos, que, como inicialmente exposto, busca a proteção do investimento estrangeiro.

2.2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

Para uma visão geral da evolução do Direito dos investimentos internacionais, Valenti (2011, p. 44; tradução nossa) identifica três importantes momentos:

Originalmente, princípios gerais foram compartilhados pelos então membros da comunidade internacional, países exportadores de capital; em seguida, países importadores de capital, principalmente os recém-independentes, opuseram-se aos princípios e criaram uma visão própria sobre a relação com os investidores estrangeiros em seu território, simultaneamente, uma rede de tratados bilaterais se desenvolveu trazendo uma dimensão inteiramente nova à matéria.¹²

investment made by multinational corporations are intended to last for a long period of time. The focus of the law has consequently shifted from the protection of single individuals or groups of individuals to the protection of the process of investment made by multinational corporations (SORNARAJAH, 2010, p. 60).

¹² Tradução livre de: *Originally, some general principles were shared by the then members of the international community; capital-importing countries, mostly newly independent ones, opposed afterwards those principles and purported their own vision about relationship existing with foreign investors on their territory, in the meantime, a network of bilateral treaties has developed giving an entirely new dimension subject.*

O que se pode observar da afirmação trazida pela autora é que inicialmente as potências dominantes determinavam as regras relativas aos investimentos internacionais. Conforme se deu a solidificação de novos Estados no cenário internacional, mais complexas tornaram-se as negociações relativas ao capital circulante, uma vez que, paralelamente ao crescimento desses novos Estados houve o fortalecimento de interesses divergentes à ordem estabelecida. No entanto, como a atração de capital externo é fundamental a economia global, principalmente aos países não desenvolvidos, buscou-se uma solução nos tratados bilaterais de investimento (VALENTI, 2011).

Quanto ao surgimento dos modernos tratados sobre investimentos estrangeiros, Dolzer e Schreuer (2008) define a assinatura do acordo entre Estados Unidos da América (EUA) e França, em 1778, como primeiro comercial sobre a matéria. Apesar do objetivo do acordo permear questões de ordem comercial, ele continha normas que visavam à compensação do estrangeiro em caso de expropriação.

Durante o século XIX, a prática costumeira entre os Estados era firmar tratados que estabeleciam a proteção da propriedade estrangeira em consonância com a legislação interna do país receptor. Acreditava-se que cada Estado, no âmbito de sua legislação nacional, protegeria a propriedade privada e essa proteção se estenderia ao proprietário estrangeiro. Isso se observa, por exemplo, no Tratado de 1850 firmado entre Suíça e EUA, em seu artigo 2(3):

Em caso de (...) desapropriação para fins de utilidade pública, os cidadãos de um dos países contratantes, residente em outro, deve ser colocado em pé de igualdade com os cidadãos do país de residência no que diz respeito a indenizações por danos que possam ter sofrido (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 12; tradução nossa).¹³

Além do tratamento igualitário ao nacional nos casos de expropriação, para Valenti (2011), nesse primeiro período de evolução do direito internacional dos investimentos, entendia-se que o país receptor também deveria conceder ao estrangeiro total proteção e segurança e tratá-lo em equivalência em relação aos nacionais sob as leis domésticas.

¹³ Tradução livre de: *In case of (...) expropriation for purposes of public utility, the citizens of one of the two countries, residing in other, shall be placed on an equal footing with the citizens of the country in which they reside in respect to indemnities for damages they may have sustained.*

Então, três princípios eram considerados: proteção e segurança totais ao estrangeiro, tratamento justo e igualitário ao nacional e respeito à propriedade privada, principalmente no que tange às expropriações, que só poderiam ocorrer condicionadas a determinadas exigências, entre as quais o pagamento de indenização ao proprietário (DOLZER; SCHREUER, 2008).

A regra de proteção e segurança total ao estrangeiro, basicamente, significava que o Estado deveria disponibilizar os meios necessários à prevenção e ao processamento de possíveis lesões, ou seja, a disponibilização normal do policiamento e acesso ao judiciário, o tratamento justo e equitativo, nada mais é do que a garantia do mesmo tratamento ao estrangeiro daquele oferecido ao nacional e a proteção contra a expropriação que só poderia ocorrer quando existente interesse público, não discriminação, devido processo legal e, acima de tudo, a indenização devida (VALENTI, 2011).

Contrário a essa noção, o jurista argentino Carlos Calvo publicou em 1868 um estudo apresentando uma nova perspectiva relativa à proteção dos investimentos, o que deu início ao segundo período evolutivo. Para Calvo (apud DOLZER; SCHREUER, 2008), deveria ser permitido ao Estado receptor do investimento reduzir a proteção da propriedade alienígena quando também reduzisse as garantias das propriedades de nacionais, o que permitiria diversos graus de garantias nacionais aos investimentos estrangeiros, variando de alto nível de proteção à total ausência.

Além disso, importante ressaltar que a doutrina Calvo baseia-se na visão de que os estrangeiros devem fazer valer os seus direitos perante os tribunais nacionais e eles não têm o direito à proteção diplomática de seu estado de origem ou acesso aos tribunais internacionais (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Ou seja, para o autor, seria necessário que os investidores resolvessem seus litígios internamente, sob a jurisdição do país receptor do investimento. Para Costa (2006) isso se justifica pelo fato de Calvo ter elaborado sua teoria em um contexto da diplomacia da força, muito utilizada pelos países exportadores de capital, que impunham seu ponto de vista do direito internacional aos governos estrangeiros.

Nessa mesma conjuntura, motivado principalmente pela crise venezuelana de 1902¹⁴, o Ministro das Relações Exteriores da Argentina, Luis Maria Drago, realizou um manifesto de descontentamento das nações latino-americanas em relação às práticas abusivas dos Estados exportadores na utilização da proteção diplomática. De acordo com Accioly e Silva (1996, p. 111):

a sua ideia, conhecida posteriormente como Doutrina Drago, consistia no repúdio à cobrança coercitiva das dívidas públicas, mediante a intervenção armada das potências europeias em nações mais fracas, o que fatalmente as conduziria à ruína. O dever da nação devedora de reconhecer as suas respectivas dívidas e liquidá-las não era negado pela ideia de Drago, sendo o repúdio exclusivamente em relação à utilização do recurso à força na cobrança das dívidas.

A doutrina Drago foi exposta e defendida pelo general norte-americano Horace Porter na Segunda Conferência de Paz de Haia, em 1907. Ao final, a doutrina foi adotada e a Convenção Drago-Porter passou a proibir o recurso da força para a cobrança de dívidas contraídas por um país em favor de nacionais de outros Estados, somente com exceção de duas situações: quando o Estado devedor se recusasse a submeter a controvérsia à arbitragem, ou, após aceitá-la, o Estado recusasse a participar do procedimento ou se negasse a cumprir o laudo arbitral eventualmente proferido (PUCCI apud COSTA, 2006).

No entanto, diferentemente da tese sustentada por Calvo, a Doutrina Drago-Porter nada menciona a respeito da jurisdição exclusiva e plena dos Estados sobre o seu território e da competência *prima facie* dos tribunais nacionais para a solução de controvérsias envolvendo investimento estrangeiro. Pelo contrário, a fim de contribuir para a diminuição dos conflitos internacionais de origem econômica, privilegia a solução pacífica de controvérsias por meio da arbitragem entre Estados e reconhece o recurso à força apenas em última instância (COSTA, 2006).

A ideia de reorientação das regras internacionais, desse segundo período evolutivo do direito internacional dos investimentos, iniciada pela doutrina Calvo, foi utilizado pela União Soviética após a Revolução Russa de 1917 e como justificativa para as nacionalizações ocorridas no México em 1938 (DOLZER; SCHREUER, 2008).

¹⁴ A Crise da Venezuela de 1902-1903 foi um bloqueio naval, que durou de dezembro de 1902 a fevereiro de 1903, imposto pela Grã-Bretanha, Alemanha e Itália contra a Venezuela, como resultado da recusa do presidente da Venezuela, Cipriano Castro em pagar as dívidas externas e os prejuízos sofridos pelos cidadãos europeus em uma guerra civil recente no país.

No caso da União Soviética, a prática corriqueira era expropriar empresas nacionais sem compensação. Então de acordo com a ideia trazida por Carlos Calvo, uma vez que o tratamento concedido aos nacionais é baixo, também será aquele concedido aos estrangeiros, é a flexibilização do nível de tratamento dos investimentos estrangeiros balizada pelos nacionais (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Entretanto, a justificativa de baixo nível de proteção doméstica da URSS não prevaleceu na arbitragem resultante dos atos expropriatórios. E, por exemplo, no caso *Lena Goldfields Arbitration*¹⁵, a URSS foi condenada a pagar compensação à requerente estrangeira com base no conceito de enriquecimento ilícito (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Com as mudanças no cenário internacional, a partir dos anos de 1940, os acordos assinados pelos Estados Unidos passaram a tratar não só de cláusulas de compensação em caso de expropriação, como também do direito de estabelecer determinadas modalidades de negócio ou empreendimentos no país contratante. E entre 1945 e 1966, os investimentos passaram a ser regulado em tratados específicos e mais detalhados (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Nos anos de 1950, os europeus iniciam a assinatura de acordos que têm como objetivo primordial a proteção dos investimentos estrangeiros. Em 1959, Alemanha e Paquistão assinaram um tratado de investimento, que entrou em vigor em 1962, e deu início a era dos modernos tratados bilaterais de investimento (BITs) (DOLZER; SCHREUER, 2008).

O governo alemão possuía especial interesse em acordos que visassem à proteção do investidor. Isso se dava pelo fato que, devido à violação ao Direito Internacional cometida pela Alemanha na Segunda Guerra Mundial, nas negociações do pós-Guerra, o país perdera grande parte de seus investimentos anteriormente realizados, mesmo aqueles privados. Por esse motivo, a política do

¹⁵ Em 12 de Fevereiro de 1930 uma empresa inglesa começou um processo de arbitragem contra a URSS sob uma cláusula de arbitragem *ad hoc* contida no contrato de concessão por escrito assinado por ambas as partes. A concessão, concedida pela União Soviética em 1925, era em relação a mineração de ouro e outras propriedades anteriormente operado por filiais russas da empresa inglesa, antes da sua desapropriação pelo governo soviético russo em 1918, após a Revolução de Outubro de 1917. Em maio de 1930, após três meses do início da arbitragem, a União Soviética retirou-se abruptamente do processo de arbitragem, abandonando tanto a defesa quanto a sua reconvenção e instruindo seu árbitro nomeado para não participa mais no processo. Quatro meses depois, em 2 de setembro de 1930, a empresa inglesa obteve um enorme resultado monetário em seu favor, assinado em Londres por dois árbitros apenas (VEEDER, 1998).

país passou a se direcionar no sentido de promover a proteção dos investimentos externos a partir de então (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Em 1962, foi apresentado o primeiro esboço de um tratado multilateral de investimentos, realizado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁶, fórum de países exportadores de capital, com objetivo de estabelecer padrões mínimos de proteção ao investimento estrangeiro. E, em 1967, foi apresentado o projeto da Convenção de Proteção à Propriedade Estrangeira. No entanto, pelo fato de ambos alcançarem Estados não signatários, e não membros da OCDE, sem sucesso, não prosperaram (DOLZER; SCHREUER, 2008).

A partir dos anos 70, a OCDE passou a focar-se nos recorrentes conflitos entre países exportadores e importadores de capital, especialmente no que tange aos princípios de Direito do Investimento Estrangeiro (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Além dos debates ocorridos no âmbito da OCDE, as principais discussões relativas aos conflitos países investidores *versus* países receptores se dava no seio da Organização das Nações Unidas - ONU. Os conflitos resumiam-se a dois pontos principais: (a) a utilização de um padrão mínimo de tratamento, defendido pelos países exportadores de capital, contra o princípio do padrão nacional de proteção, requerido pelos países receptores de capital; e (b) a importância da compensação da expropriação (VALENTI, 2011).

O chamado padrão mínimo de tratamento, buscado pelos países exportadores de capital, era a garantia de que, mesmo que a legislação nacional do país receptor entendesse cabível proteção inferior ao piso considerado aceitável no país de origem, a este seria garantido um alto nível de proteção. Por sua vez, os países importadores de capital consideravam tal princípio uma injustificada interferência nas atividades econômicas de seu território (VALENTI, 2011).

Quanto ao segundo ponto, Valenti (2006, p. 35; tradução nossa) explica que: “os países importadores de capital, embora não chegassem ao ponto de negar

¹⁶ A Organização Para Cooperação e Desenvolvimento - OCDE teve origem em 1948 como Organização para a Cooperação Econômica (OECE), liderada pelo economista francês Robert Marjolin, com o intuito de auxiliar a gestão do Plano Marshall americano para a reconstrução da Europa após a Segunda Guerra Mundial. Atualmente é um órgão internacional e intergovernamental que reúne os países 34 países, a maioria deles industrializados e alguns emergentes como México, Chile e Turquia. Por meio a OCDE, os representantes se reúnem para trocar informações e alinhar políticas com o objetivo de potencializar seu crescimento econômico e colaborar com o desenvolvimento dos países membros (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2013).

o dever de compensar a propriedade estrangeira expropriada, tentavam reduzir a importância da compensação¹⁷.

A autora aponta, ainda, que o debate era essencialmente em torno do montante a ser pago e as modalidades de indenização. A maioria dos países desenvolvidos investidores apoiou a chamada "fórmula Hull"¹⁸, segundo a qual a compensação deveria ser "imediate, adequada e eficaz" (SACERDOTI, 1987).

Para Vallenti (2003), a compensação "imediate, adequada e eficaz" significaria que as indenizações deveriam ser pagas imediatamente após o ato expropriatório ocorrido, em quantia equivalente ao valor de mercado da propriedade, e o pagamento realizado na totalidade (não em prestações), em moeda facilmente conversível.

Os países em desenvolvimento, por sua vez, opuseram-se à referida fórmula hull e impuseram o conceito de compensação apropriada, que deveria considerar a conduta do estrangeiro e a possível ocorrência de enriquecimento ilícito (VALENTI, 2011).

A Resolução nº 1803, de 1962, da Assembleia Geral da ONU, conhecida como Declaração de Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais evidencia os distintos posicionamentos dos Estados-Membros no período. Inicialmente, os países desenvolvidos conseguiram consagrar seus padrões mínimos de proteção, no entanto, na mesma resolução, é conferido espaço às necessidades dos países hospedeiros, reconhecendo sua soberania para admitir, restringir ou proibir o capital externo necessário, por exemplo, à exploração dos recursos naturais (VALENTI, 2011).

Nos anos 70, uma série de resoluções que afirmam o posicionamento legal dos países receptores de investimento foram aprovadas pela Assembleia Geral da ONU, em sua maioria, com a abstenção dos países desenvolvidos. Esse conjunto de resoluções restou conhecido como a "Nova Ordem Econômica Internacional"¹⁹ (VALENTI, 2011).

¹⁷ Tradução livre: "(...) *capital-importing countries, while not going so far as to deny the duty to compensate for expropriated foreign property, tried to curtail its significance* "

¹⁸ Cordell Hull foi juiz, político e diplomata norte americano, agraciado com o premio Nobel da paz em 1945 por ser considerado um dos fundadores da ONU. Quando secretário de Estado, em 1938, Hull enviou uma carta ao governo Mexicano à respeito das expropriações agrárias ocorridas no México nos anos anteriores definindo que a compensação deveria ser "imediate, adequada e eficaz". (VALENTI,2011).

¹⁹ São exemplos das referidas resoluções: Resolução 3.201 (1º de Maio de 1974), "Declaração de Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial", Plano de Ação para o Estabelecimento

Paralelamente à essas disputas, a prática entre os Estados desenvolvidos seguiu na direção do exemplo alemão. Estados europeus²⁰ passaram a concluir tratados bilaterais de investimentos com países em desenvolvimento, dando início ao terceiro período evolutivo (DOLZER; SCHREUER, 2008).

É nesse contexto internacional que em 1961, o Banco Mundial exerceu um papel proeminente, entre as organizações econômicas internacionais, abordando a estrutura emergente do investimento estrangeiro, direcionando sua liderança para a ligação existente entre o desenvolvimento econômico, a cooperação internacional e o papel do investimento privado internacional (COSTA, 2006).

Devido à dificuldade em concretizar um consenso global sobre o conteúdo das regras de investimento, Aron Broches, membro do então Conselho Geral do Banco Mundial, propôs que a instituição providenciasse mecanismos eficientes para soluções das controvérsias sobre os investimentos, o que resultou na Convenção de Washington de 1965, que criou o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre investimento – ICSID a quinta organização junto ao Banco Mundial (COSTA, 2006). Para Costa (2006, p. 07):

Este tratado {Convenção de Washington} foi elaborado sob o patrocínio do Banco Mundial com a intenção de fornecer aos investidores e aos Estados um mecanismo internacional de solução de controvérsias neutro e imparcial, que despolitizasse as disputas envolvendo investimentos estrangeiros e contribuísse para o aumento do fluxo de aportes de capital para os países menos desenvolvidos.

Além do mais, por conta do elemento de estraneidade na relação jurídica, formada por Estado e um investidor estrangeiro, a jurisdição internacional, que seria o fórum natural para a solução desses litígios, “não estava disponível” (STERN, 2003).

Tanto a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPIJ) quanto a Corte Internacional de Justiça (CIJ) recusaram-se a submeter a arbitragem em seu âmbito um contrato entre um Estado e uma parte privada ao Direito Internacional. Para exemplificar, dois importantes casos citados por Stern (2003): a) no primeiro, *Serbian Loans*, envolvendo um investidor internacional de nacionalidade francesa e a Sérvia, a CPJI declarou que um contrato, em cujas as partes não eram Estados

de uma Nova Ordem Econômica Mundial" — Resolução 3.202 (1º de Maio de 1974) e "Carta de Direitos e Deveres dos Estados" — Resolução 3.281 (12 de Dezembro de 1974).

²⁰ Suíça assinou seu primeiro tratado em bilateral em 1961 e a França em 1972.

submetidos ao direito internacional, esta sujeito a jurisdição interna do país em questão (COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, 1928); b) no caso anglo-iraniano, *Anglo Iranian Oil Co.*, a CIJ afirmou que um contrato firmado entre um Estado e um contratante estrangeiro não é um tratado, e se descumprido, não se trata de uma violação internacional, portanto sua competência não é possível (COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, 1951).

Portanto, é possível afirmar que a criação do ICSID foi de fundamental importância à cooperação relativa ao papel da proteção dos investimentos externos. A referida jurisdição combina cinco características pertinentes: investidores não estatais podem acionar a jurisdição diretamente contra Estados receptores de investimento; a imunidade estatal é restrita; o direito internacional pode ser aplicado a relação investidor e Estado hospedeiro, a princípio os recursos legais locais são excluídos e as decisões do ICSID são auto-executáveis nos territórios signatários da convenção (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Paralelamente, o número de tratados de investimento concluídos nos últimos anos é exponencial, e não só entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, mas também entre países em desenvolvimento. Além dos tratados bilaterais de investimento, a partir dos anos de 1990, tratados internacionais estabelecendo áreas de livre comércio e uniões aduaneiras surgem de forma contundente e passam também a regular os movimentos e tratamentos dado ao capital (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2013).

Como o investimento estrangeiro implica na relação entre investidor, geralmente um ente privado estrangeiro, e Estado, onde o investimento deverá ser aplicado e desenvolvido, conflitos provenientes dos interesses diversos das duas partes são comuns. Para tanto, as cláusulas prevendo a solução desses litígios são uma constante em tratados internacionais de investimento (COSTA, 2006).

Em caso de conflito, as opções concedidas ao estrangeiro variam. Pode se submeter à legislação do Estado com o qual foi instaurado o conflito, pleitear junto ao sistema judiciário do seu país de origem que julgue o caso, solucionar a disputa por meio da arbitragem, negociação ou mediação ou recorrer à proteção

diplomática²¹ (VALENTI, 2011).

As cláusulas que tratam da solução das disputas de investimentos são variáveis. No entanto, a cláusula típica define o meio diplomático, ou amigável²², como primeiro método de solução de controvérsias entre investidores e, em caso de insucesso, que a disputa poderá ser tanto analisada pelo judiciário do país receptor do investimento quanto submetida a um tribunal arbitral internacional (VALENTI, 2011).²³

Apesar de a previsão de o litígio ser submetido a um tribunal arbitral internacional não ser recepcionada na integralidade dos acordos internacionais de investimento, sua contínua e progressiva presença tem se tornado um importante mecanismo aos investidores estrangeiros. Isso levou tribunais arbitrais a questionar se o sistema não estaria desequilibrado em favor do estrangeiro em detrimento do Estado Receptor (JULLIARD, 1994).

No entanto, na atualidade Estados que originam investimentos são também receptores, e ao definir as cláusulas dos acordos eles podem restringir os benefícios ao estrangeiro e possibilitar ao Estado contratante mais flexibilidade no

²¹ O recurso da proteção diplomática torna a divergência em um conflito entre os Estados. No entanto, a Corte Internacional de Justiça entendeu que não seria competente para decidir esse tipo de litígio entre investidor não estatal e um Estado.

²² Como exemplo o Art. 9º do Bit Chile-Grécia: *“Arreglo de Diferencias entre un Inversionista y una Parte Contratante 1. Las diferencias entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativas a una obligación de esta última en virtud del presente Acuerdo, que se relacione con una inversión de la primera, deberán ser resueltas, si fuera posible, en forma amigable entre las partes en la diferencia. 2. Si tales diferencias no pudieren ser resueltas dentro de tres meses a contar de la fecha en que cualquiera de las partes haya solicitado un arreglo amigable, el inversionista afectado podrá someter la diferencia ya sea a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión o a arbitraje internacional.”*

²³ O Artigo 7 do BIT assinado entre Itália e Líbano serve como exemplo: *1- In case of disputes regarding investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, consultations will take place between the Parties concerned with a view to solving the case, as far as possible, amicably. 2- If these consultations do not result in a solution within six months from the date of written request for settlement, the investor may submit the dispute, at his choice, for settlement to: a) the competent court of the Contracting Party in the territory of which the investment has been made; or b) the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) provided for by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of the other States, opened for signature at Washington, on March 18, 1965, in case both Contracting Parties have become members of this Convention; or c) an ad hoc arbitral tribunal which, unless otherwise agreed upon by the Parties to the dispute, shall be established under the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) The choice made as per subparagraphs a, b, and c herein above is final. 3- The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this Agreement and the applicable rules and principles of international law. The awards of arbitration shall be final and binding on both parties to the dispute. Each Contracting Party shall carry out without delay any such award and such award shall be enforced in accordance with domestic law. 4- The Contracting Party which is a party to the dispute shall, at no time whatsoever during the procedures involving investment disputes, assert as a defense its immunity or the fact that the investor has received compensation under an insurance contract covering the whole or part of the incurred damage or loss.*

exercício de seu poder regulatório. Inclusive, alguns Estados têm retirado as cláusulas que fazem referência à arbitragem do ICSID, ou até encerrado os BITs que estipulam a arbitragem internacional como solução de controvérsias, objetivando não mais se sujeitar à jurisdição internacional (VALENTI, 2011).

Assim, diante da evolução do Direito Internacional dos Investimentos, passa-se a tratar das normas que de forma abrangente ou específica o regulamentam.

2.3 NORMAS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTOS

Um tratado de investimento internacional possui por objetivo a proteção dos investimentos realizados por pessoas de um dos Estados contratantes em outro. Para tanto, estabelece garantias de tratamento ao estrangeiro com a expectativa de que isso seja um atrativo ao capital externo e, assim, útil ao desenvolvimento econômico do país receptor do investimento (SACERDOTI, 1997).

Os referidos acordos internacionais, aliados à normatização interna dos países sobre a matéria, formam o arcabouço jurídico da regulação dos investimentos. A regulação doméstica dos investimentos é realizada por intermédio de normas jurídicas de direito interno, seja de âmbito constitucional ou infraconstitucional. A regulação internacional se dá por meio de acordos/tratados internacionais relativos aos investimentos, os quais podem ser assinados em âmbito multilateral, regional ou bilateral.

Em âmbito multilateral, atualmente não existe um acordo geral e amplo sobre investimentos. O projeto mais próximo de concretização de um acordo como esse foram as negociações para o Acordo Multilateral de Investimentos (AMI), realizadas no âmbito da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE) conjuntamente ao Banco Mundial (VELOSO, 2006).

De acordo com Kleinheisterkamp (2004), a intenção contida no projeto era a uniformização dos direitos materiais conferidos aos investidores estrangeiros, além da determinação da solução de controvérsias entre países receptores e investidores, via arbitragem. Em virtude da pressão da sociedade civil, as negociações encerraram-se sem sucesso após três anos, em 1998.

Desta forma, na atualidade, os acordos multilaterais existentes sobre investimentos restringem-se à temas determinados. É o caso da Convenção de

Washington, de 1965, como previamente explicitado, que instituiu, junto ao Banco Mundial, o Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID), com a finalidade de resolução de conflitos envolvendo investidores e Estados hospedeiros, por meio de arbitragem internacional.

Também junto ao Grupo Banco Mundial²⁴ foi instituída a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), resultante da Convenção de Seul, de 1985. A agência foi criada com o objetivo de estimular investimentos estrangeiros nos países em desenvolvimento. O estímulo é realizado através de garantias aos investidores, contra prejuízos causados por riscos não comerciais. Além disso, a Agência auxilia os países a divulgarem informações sobre oportunidades de investimento (THE WORLD BANK, 2013).

No âmbito da OMC, há três acordos multilaterais firmados que possuem relação com o investimento estrangeiro, quais sejam: o Acordo sobre Medidas de Investimentos relacionadas ao Comércio (TRIMS), o Acordo sobre Medidas relacionadas à Propriedade Intelectual (TRIPS), e o Acordo sobre o Comércio de Serviços (GATS), com os respectivos objetivos de regulação do fluxo de investimento restritos ao comércio de bens, à propriedade intelectual e ao comércio de serviços. Apesar de multilaterais, os referidos acordos versam sobre medidas de comércio que se relacionam com o investimento, porém não regulam a relação entre investidor e Estado receptor do investimento. (DORNELES, 2009).

Os acordos regionais (ou multilaterais de âmbito regional) objetivam a criação de áreas de cooperação e integração econômica. No que tange aos investimentos, como também ocorre nos acordos bilaterais, possuem definições amplas, que facilitam a circulação de capitais, e são voltados para a realização de atividades econômicas a longo prazo no âmbito do bloco. Suas previsões costumam se restringir aos investimentos externos, realizados por pessoas (físicas ou jurídicas), provenientes de outro Estado contratante, e aos Investimentos Externos especificamente. Os principais exemplos de liberalização dos investimentos estrangeiros e a proteção dos investidores estrangeiros em espaços integrados são a legislação comunitária da União Europeia e o capítulo nº 11 do Tratado de Livre

²⁴ Na atualidade o Grupo Banco Mundial é composto pelo Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD), Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA), Corporação Financeira Internacional (IFC), que trabalha com o setor privado, pela Agência Multilateral de Garantia de Investimentos, MIGA e pelo Centro Internacional de Solução de Controvérsia sobre Investimentos, ICSID.

Comércio da América do Norte (NAFTA).

Por fim, os acordos bilaterais são comumente celebrados entre os países que originam e os países que recebem os investimentos. Eles são fundamentais para encorajar o investimento dos nacionais de um dos Estados contratantes na economia do outro. Para tanto, fixam-se mecanismos de proteção ao investidor, os quais: garantem o tratamento nacional não discriminatório justo e equitativo; concedem garantias relacionadas à repatriação do capital e do lucro; protegem o investimento de expropriações e nacionalizações e preveem a solução de controvérsias por meio da arbitragem internacional (COSTA, 2006).

2.3.1 Noções de Investimentos Estrangeiros

Os tratados internacionais, em sua totalidade, buscam definir os principais termos relativos ao seu objeto. No caso do Direito Internacional dos Investimentos, essas definições normalmente possuem elementos comuns que acabam por auxiliar para a compreensão do uso desses termos além dos limites do tratado, o que contribui para a estabilização e evolução dos conceitos internacionalmente utilizados (SORNARAJAH, 2010).

Dito isso, observa-se que os tratados internacionais contêm definições sobre o que deve ser considerado como investimento, que variam desde um detalhamento preciso de cada aspecto contido até a forma mais ampla e vaga possível (SORNARAJAH, 2010).

A definição trazida pelo Fundo Monetário Internacional sobre os investimentos estrangeiros diretos é no sentido de que eles são uma categoria de investimento internacional realizado por parte de uma entidade residente de uma economia, pessoa física ou jurídica, cujo objetivo é obter uma participação duradoura em uma empresa residente de outra economia (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 1993).

Para caracterizar o interesse duradouro deve vir a existir entre o investidor e a empresa na qual investe uma relação de longo prazo e um importante grau de influência do investidor na gestão desta empresa. Além das transações iniciais, serão consideradas investimento direto as transações realizadas entre investidor e empresa, e entre estes e empresas filiadas, incorporadas ou não (COSTA, 2006).

Também os Investimentos Externos Diretos possuem especial ênfase nos tratados de investimento por serem considerados um importante mecanismo de crescimento econômico e em razão de serem o principal meio utilizado pelas empresas transnacionais para construção de suas cadeias globais (COSTA, 2006)

Já os investimentos de portfólio, também chamados de carteira de investimentos, são aqueles que buscam unicamente a obtenção de rendimentos, não havendo, via de regra, participação ativa do investidor na empresa (MUNHOZ, 2004). De acordo com o FMI (1993), esta modalidade consiste em aplicações financeiras sob a forma de títulos públicos e privados, incluindo ações, bônus, debêntures e títulos de dívida pública.

Neste mesmo viés, Philippe Kahn (2009, p. 12; tradução nossa) traz uma definição conceitual dessas duas espécies de investimentos estrangeiros:

(...) o investimento direto é caracterizado por uma entrada do investimento em dinheiro ou em espécie, durante a duração do empreendimento que deve ser de médio a longo prazo, e com a participação do investidor estrangeiro nas decisões relativas ao negócio. São exemplos uma compra de propriedade, a constituição de uma sociedade ou participação, fusão, entre outros. Rapidamente, adicionamos os investimentos de portfólio, que ocorrem quando são destinados ao financiamento da operação proposta.²⁵

Entende o autor que essa definição, retirada da economia, serviu como base para a instituição de um quadro legal de incentivos e proteção, em um período que o Direito dos Investimento Internacionais ainda era inexistente (KAHN, 2009). Porém, Kahn (2009) pondera que, a partir da década de 60, surgiram as primeiras indagações sobre a noção de investimento. Sem contradizer a abordagem de investimento direto utilizada, busca traçar novos limites do significado do termo.

Ocorre que, paralelamente as assinaturas de acordos que tratam exclusivamente sobre investimentos, diversos outros contratos internacionais relativos a relações econômicas internacionais, cujo conteúdo se assemelhava ao investimento direto, passaram a ser concluído entre Estados. Isso ocorreu nas economias socialistas e em Estados recém-independentes, principalmente devido à aversão inicial à ideia de propriedade privada estrangeira, que era trazida pelos

²⁵ Tradução livre de: "(...) *l'investissement direct se caractérise par un apport de l'investisseur en espèce ou en nature, par la durée de l'entreprise que doit être moyenne ou longue, et par la participation de l'investisseur aux aléas de l'entreprise. La forme juridique peut être un achat en propriété, une constitution de société ou une participation, une fusion, etc. Rapidement, on y a ajouté les investissements de portefeuille, quand ils avaient pour objet le financement de l'opération projetée.*" (KAHN, 2009).

acordos de investimentos. Esses outros acordos abrangiam tanto financiamentos a longo prazo, de riscos comerciais e de políticas, quanto situações concretas de realização obras públicas ou concessões de lavra para a mineração (KAHN, 2009).

No entanto, foi inevitável a assimilação dos novos conceitos pelos tratados de investimento internacional. Isso porque o resultado econômico das operações reguladas por esses contratos era bastante semelhante ao do investimento direto e pelo fato dessas modalidades contratuais alternativas somente existirem diante da impossibilidade de realizar investimento direto, em determinados países (KAHN, 2009).

Como exemplo dessa assimilação, a Convenção de Seul de 1985, que instituiu a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos, prevê como elegíveis os seguintes investimentos:

participações societárias, incluindo empréstimos a médio ou longo prazo feitos ou garantidos por detentores de capital próprio da empresa em causa, e tais formas de investimento direto que possam ser determinadas pelo Conselho.²⁶

Ou seja, prevê outras formas de investimento direto além do investimentos em capital.

Mas, não só a prática contratual influenciou a evolução na lógica e nos limites da noção de investimento. Importantes fatores macroeconômicos acabaram por expandir a recepção ao investimento estrangeiro, como a globalização, as mudanças tecnológicas – particularmente no campo das comunicações –, o enfraquecimento dos Estados e a conseqüente abertura das fronteiras a uma competição entre países (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2011).

De acordo com a UNCTAD (2011), no atual cenário corre-se o risco de uma interpretação excessivamente ampla do que constitui o investimento, e assim diversas restrições acabam sendo introduzidas nas cláusulas de escopo e definição dos investimentos nos tratados internacionais.

²⁶ Vide Convenção de Seul 1985, Artigo 12: “*Eligible Investments (a) Eligible investments shall include equity interest, including medium- or long-term loans made or guaranteed by holders of equity in the enterprise concerned, and such forms of direct investment as may be determined by the Board. (b) The Board, by special majority, may extend eligibility to any other medium- or long-term form of investment, except that loans other than those mentioned in Section (a) above may be eligible only if they are related to a specific investment covered or to be covered by the Agency*”. (MULTILATERAL INVESTMENT GUARANTEE AGENCY CONVENTION, 2010)

Muitas vezes, exclui-se da definição determinados ativos, como por exemplo, os investimentos em portfólio. De acordo com Sornarajah (2004), justifica-se a retirada dessa modalidade de investimentos em razão do risco envolvido em carteiras de investimentos não ser tão alto ao investidor quanto o de um investimento direto, uma vez que o investimento de portfólio pode ser retirado do país receptor mais facilmente do que o direto.

Ademais, também são comuns:

restrições de proteção exclusivas à investimentos diretos, ou ainda a investimento realizados por intermédio de empresas locais, enfatizando que somente uma contribuição com base em uma transferência de financeira e controle gerencial sobre o investimento será suficiente para garantir a proteção.(...) (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2011, p. 10; tradução nossa)²⁷

Demonstra-se uma busca por investimentos que impliquem comprometimento de recursos e assunção de riscos pelo investidor. Nesse mesmo sentido, o uso de uma lista rigidamente definida de investimentos protegidos é uma prática de alguns países em seus acordos de investimento internacionais. O Modelo Bilateral de Investimentos dos Estados Unidos (2012, p. 2; tradução nossa) ilustra essa situação:

"Investimento" significa que todos os ativos que o investidor possui ou controla, direta ou indiretamente, que tem as características de um investimento, incluindo características tais como o compromisso de capital ou de outros recursos, a expectativa de ganho ou lucro, ou a assunção de risco. Formas que um investimento pode tomar incluem:

- (a) uma empresa;
- (b) ações, quotas e outras formas de participação no capital de uma empresa;
- (c) títulos, debêntures e outros instrumentos de dívida e empréstimos;
- (d) futuros, opções e outros derivados;
- (e) turnkey, construção, gestão, produção, concessão, de partilha de receitas, e outros contratos semelhantes;
- (f) os direitos de propriedade intelectual;
- (g) licenças, autorizações, permissões e direitos semelhantes concedidos em conformidade com o direito interno, e
- (h) outras propriedades tangíveis ou intangíveis, móveis ou imóveis, e direitos de propriedade relacionados, tais como arrendamentos, hipotecas, penhoras, e promessas.²⁸

²⁷ Tradução livre de: *"Other approaches can restrict protection only to direct investments or investments made through a locally established enterprise, thereby emphasizing that only a contribution based on a transfer of finance and managerial control over the investment will be sufficient to warrant protection, (...).*

²⁸ Tradução livre de: *"investment" means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the*

Listagens como essa permitem a proteção de uma ampla gama de interesses e expõe um conjunto de características que permitem uma distinção clara a ser traçada entre ativos e transações protegidas ou não (REINISCH, 2009).

De acordo com o estudo realizado pela UNCTAD (2011), é importante que os países considerem, cuidadosamente, as consequências da inclusão ou exclusão de determinados tipos de investimento na definição de "investimento" aplicada aos tratados. Essas considerações críticas devem observar o objetivo do acordo de investimento e a natureza das disposições operacionais para o qual a definição é aplicada.

A UNCTAD (2011) também entende que termos específicos, como direitos de propriedade intelectual, participações ou ágio, não devem ser definidos pelo tratado, que devem ser regidos pela legislação nacional do país anfitrião e somente complementados pelo Direito Internacional. Ainda, sugere que quando a definição do país anfitrião é consistente com os compromissos internacionais, então a definição nacional pode ser expressamente usada como base na definição Tratado Internacional de Investimento.

No entanto, de uma forma geral, países em desenvolvimento costumam adotar definições menos detalhadas de investimento. Comumente, privilegiam em suas legislações nacionais a outorga de proteção exclusiva a investimentos estrangeiros direitos, em consonância com a ideia de que somente investimentos que envolvem tarefas de gerenciamento contribuem com o desenvolvimento socioeconômico do Estado (REINISCH, 2009).

Ademais, a definição de investimento também possui importante relevância no contexto da solução de controvérsias, uma vez que a arbitragem realizada entre investidores e Estados receptores de investimento somente abrange investimentos constantes no respectivo acordo. É a chamada limitação à jurisdição *ratione materiae* constante na Convenção de Washington, que instituiu o ICSID. Com efeito, o artigo 25 da referida convenção assim dispõe:

commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include: (a) an enterprise; (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise; (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans; (d) futures, options, and other derivatives; (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts; (f) intellectual property rights; (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law; and (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges”.

A jurisdição do Centro abrangerá os litígios 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, litígio esse 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 (INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2006b, p. 18, tradução nossa).²⁹

De acordo com Relatório dos Diretores Executivos do Banco Mundial (INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2006b), no artigo 25 da Convenção de Washington não se teve a intenção de definir o termo investimento, por existir o requisito essencial de consentimento das partes e o mecanismo através do qual os Estados Contratantes podem tornar conhecido antecipadamente, se assim o desejarem, as classes de disputas que desejam ou não submeter-se ao Centro.

No entanto, ao se analisar a jurisprudência do Centro de Soluções de Controvérsia de Investimentos, pode-se observar que, em relação ao conceito de investimento buscado pelo artigo 25, dois momentos podem ser delineados. Inicialmente a jurisprudência do ICSID demonstra que o tribunal se entendia competente a julgar investimentos externos diretos, como se pode observar no caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. vs. República da Eslováquia*, em que o tribunal decidiu o seguinte:

O conceito de um investimento como enunciados nessa disposição é de natureza objetiva, em que as partes podem concordar com uma definição mais precisa ou restritiva da sua aceitação da jurisdição do Centro, mas não podem optar por enviar disputas ao Centro que não são relacionado a um investimento. Um teste duplo deve, portanto, ser aplicado para determinar se este Tribunal tem competência para examinar o mérito do pedido: se o litígio trata de um investimento na acepção da Convenção e, em caso afirmativo, se a controvérsia diz respeito a um investimento na acepção do consentimento das partes para arbitragem ICSID, em sua referência ao BIT e as definições pertinentes contidas no artigo 1º do BIT firmado ³⁰

²⁹ Tradução livre de: “Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”

³⁰ Tradução livre de: “The Slovak Republic is correct in pointing out, however, that an agreement of the parties describing their transaction as an investment is not, as such, conclusive in resolving the

(INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 1999, p. 274, tradução nossa).

Como se pode observar, a decisão é nos termos do entendimento definido pelo Relatório da diretoria executiva do Banco Mundial. Todavia, diversos foram os esforços de doutrinadores para extrair da Convenção de Washington um sentido intrínseco ao termo investimento utilizado no artigo 25 da Convenção (REINISCH, 2009).

O Centro acabou por ceder aos critérios elencados pela Doutrina no julgado *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. vs. Reino de Marrocos*:

A doutrina considera geralmente que infere em investimento: contribuições, um certo período de execução do contrato e uma participação nos riscos da transação (cf comentário de E. Gaillard, já referido, p 292.). Ao ler o preâmbulo da Convenção, pode-se adicionar a contribuição para o desenvolvimento econômico do Estado de acolhimento do investimento como uma condição adicional.

Na realidade, estes vários elementos podem ser interdependentes. Assim, os riscos da transação podem depender das contribuições e da duração da execução do contrato. Como resultado, esses vários critérios devem ser avaliados globalmente, mesmo que, por uma questão de raciocínio, o Tribunal considera-los individualmente aqui³¹ (INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2001, p. 622, tradução nossa).

Essa decisão assentou que, para ser considerado investimento, deve ter uma determinada duração, um regular retorno financeiro, um elemento de risco e um comprometimento substancial que deve significar uma contribuição ao desenvolvimento do Estado receptor. A partir de então, passou-se a utilizar o chamado teste *Salini* para determinar se o investimento está ou não contido na

question whether the dispute involves an investment under Article 25(1) of the Convention. The concept of an investment as spelled out in that provision is objective in nature in that the parties may agree on a more precise or restrictive definition of their acceptance of the Centre's jurisdiction, but they may not choose to submit disputes to the Centre that are not related to an investment. A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim: whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined in the Parties' consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions contained in Article 1 of the BIT."

³¹ Tradução Livre de: "The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (cf commentary by E. Gaillard, cited above, p. 292). In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition. In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions and the duration of performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here."

competência *ratione materiae* prevista no artigo 25 da Convenção de Washington (REINISCH, 2009).

Dessa forma, para o presente trabalho será considerado investimento aquele de acordo com o teste *Salini*, ou seja, que durou por determinado período de tempo, deteve um regular retorno financeiro, elemento de risco, comprometimento substancial que significou uma contribuição ao desenvolvimento do Estado receptor.

Assim sendo, verifica-se a importância que a definição do termo investimento representa para o Direito Internacional dos Investimentos, uma vez que influencia diretamente a interpretação sobre a aplicação da proteção prevista em um tratado, bem como sua possível repercussão econômica e na decisão de controvérsias de litígios provenientes da relação Estado receptor e investidor.

Diante da averiguação da evolução e dos aspectos fundamentais do Direito Internacional dos Investimentos, incluindo a apresentação dos sujeitos e fontes de direito internacional e a noção de investimento estrangeiro, encerra-se o presente capítulo e passa-se a análise do entendimento concedido pelo ICSID quanto aos requisitos necessários a expropriação lícita.

3 O ENTENDIMENTO DO ICSID QUANTO À EXPROPRIAÇÃO LÍCITA

O presente capítulo tem por objetivo apresentar quais são os requisitos necessários para que o ICSID considere uma expropriação como legal, ou seja, não contrária ao Direito Internacional Público e dos Investimentos, tampouco às normas de proteção dos investimentos estrangeiros. Para tanto, primeiramente, será realizada uma análise do que é a arbitragem internacional e como ela é realizada no Centro Internacional de Soluções de Controvérsias de Investimento. Após, serão estudados os principais conflitos entre investidor e Estado receptor do investimento relativos à expropriação e como se dá a proteção dos investimentos estrangeiros. Por fim, a partir de um precedente do ICSID, será ilustrado o que o órgão entende por expropriação lícita.

3.1 ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A origem da arbitragem remonta à Idade Média e vem acompanhando a evolução do Estado Moderno até os dias atuais. Sua utilização pode se dar tanto internamente, em âmbito nacional, quanto internacionalmente (TOUSCOZ, 1994). De uma maneira geral, trata-se de uma via jurisdicional, mas não judiciária, de solução pacífica de conflitos ocorridos, cabendo às partes envolvidas a eleição de um árbitro ou tribunal arbitral para solucionar o conflito, a delimitação da matéria a ser resolvida e a definição do direito aplicável (REZEK, 2002).

Para Stern (2003), a arbitragem é uma forma de lide entre duas ou mais partes, que será decidida por um ou mais árbitros, os quais são constituídos de poderes para a solução de uma disputa, por meio de um acordo, vinculante, firmado entre as partes. E para que uma arbitragem seja internacional, esta não pode estar restrita às fronteiras de um único Estado.

A arbitragem é considerada mais consentânea com a soberania do Estado do que a resolução judiciária, além de ter antecedido as jurisdições nacionais na história das relações internacionais (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003).

Conforme preceitua Touscoz (1994), seja doméstica ou internacional, a arbitragem baseia-se em contrato firmado entre as partes que fixam o Direito aplicável e os poderes dos árbitros.

Relativamente aos litígios internacionais, a arbitragem internacional pública, originalmente, era um meio de solução de conflitos instituídos envolvendo exclusivamente dois ou mais Estados, desde que prevista em um tratado internacional de arbitragem. Atualmente, também alcança a solução de disputas entre Organizações Internacionais (OI) e Estados, bem como conflitos de OIs entre si (STERN, 2003).

No que tange ao carácter voluntário do compromisso da arbitragem, Din, Daillier e Pellet (2003) trazem que o consentimento para a instituição de uma arbitragem sobre um litígio deve ser claro e preciso, de forma suficiente a não restar dúvidas, para que assim constitua uma obrigação.

Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça, assentou que “a soberania implica o direito de recusar ser julgado por um terceiro: ela implica para tanto o direito de fazer exceção a esta recusa por um compromisso convencional” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE apud DINH, DAILLIER E PELLET, 2003, p. 886). Compreende-se, portanto, que, mesmo que o consentimento claro e explícito seja necessário, este pode ser retirado de um compromisso prévio à instauração de um litígio, por exemplo, de um tratado internacional de investimento.

De acordo com Stern (2003, p. 46), a arbitragem internacional pública poderá se instituir “quando ambas as partes em uma disputa forem sujeitos de direito internacional³²”. Porém, esta não é a única modalidade de arbitragem internacional. Há também a arbitragem comercial internacional, que engloba um litígio envolvendo duas partes privadas, e a arbitragem *sui generis*, que envolve um Estado e uma parte privada ou um ente não-estatal (STERN, 2003).

Observa-se que, em razão das partes envolvidas, a composição de uma arbitragem será pública, comercial ou *sui generis*. Independentemente da composição das partes em uma arbitragem, existem duas categorias de órgãos arbitrais na arbitragem comercial internacional: composição de árbitros *ad hoc* ou a arbitragem institucional.

No primeiro tipo de arbitragem, *ad hoc*, têm-se a arbitragem propriamente dita, na qual a vontade das partes é a regra, escolhem-se os árbitros, a lei aplicável, as regras que nortearão o procedimento e se é sigilosa ou não. Nesse sentido, aponta Stern (2003, p. 49):

³² Os Sujeitos de Direito Internacional mencionados por Stern (2003) são aqueles tradicionalmente considerados, conforme visto no item precedente 2.1, os Estados e as Organizações Internacionais.

A arbitragem *ad hoc* está perfeitamente adaptada à filosofia da arbitragem, que pressupõe uma grande confiança das partes nos árbitros. Ela está igualmente adaptada à arbitragem entre Estados e contratantes privados, uma vez que assegura ao Estado o respeito à sua soberania, graças a livre escolha dos árbitros a quem submete a arbitragem. A arbitragem *ad hoc* apresenta também a vantagem de poder ser mantida em segredo.

Por sua vez, a arbitragem institucional é aquela prevista em acordos, nos quais as partes submetem-se, previamente, à determinada jurisdição e às suas regras pré-estabelecidas. Existe uma gama variada de instituições internacionais e nacionais que realizam a arbitragem institucional³³. A arbitragem institucional é a que costumeiramente abarca os conflitos de investimento, os quais envolvem um Estado receptor do investimento e uma parte privada, investidora, proveniente em regra de um país desenvolvido (STERN, 2003).

Em síntese, portanto, compreende-se que arbitragem internacional é uma via não judicial de resolução de conflitos em âmbito internacional, podendo ser previamente estabelecida (institucional) ou instituída *ad hoc*.

No que tange à matéria apreciada por uma corte arbitral, estas podem ser gerais ou especializadas. Isso significa que há jurisdições arbitrais que estão aptas a apreciar conflitos em geral e outras que somente tratam de temas específicos, delimitados por seus tratados constitutivos (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003).

O presente trabalho selecionou averiguar o entendimento construído pelo ICSID, órgão arbitral que se restringe a solucionar litígios que envolvem investimentos estrangeiros. Diante disso, faz-se mister a análise da arbitragem de investimentos.

3.1.1 Arbitragem de Investimentos

De acordo com Sornarajah (2010), os litígios envolvendo os investimentos estrangeiros têm sua origem quando o poder de barganha do investidor cessa. Uma vez que os acordos internacionais são geralmente o meio de entrada do investimento, o poder de barganha do investidor estrangeiro junto ao país receptor

³³ Alguns exemplos de Instituições arbitrais: Câmara arbitral da câmara e comércio de Paris; Corte de Arbitragem de Londres; Associação Americana de Arbitragem; Câmara de Comércio Internacional (ICC); Corte Árabe de Arbitragem, além do Centro Internacional de Controvérsias de Investimento - ICSID, objeto do presente trabalho monográfico.

do investimento está no momento da entrada do recurso, quando ele pode negociar condições favoráveis.

Todavia, o poder de negociação do investidor estrangeiro diminui à medida que o projeto de investimento avança. Quando o investimento já foi realizado, o investidor torna-se totalmente dependente do Estado receptor. Isso ocorre, principalmente, porque o Estado possui o aparelho legislativo à sua disposição, podendo mudar os termos do acordo inicial. Eventualmente, essas alterações podem resultar em conflitos entre investidor e Estado receptor (SORNARAJAH; 2010).

Quando há a deflagração de um conflito, Touscoz (1994) afirma que os operadores da economia internacional possuem preferência pela utilização do instituto da arbitragem, em detrimento das jurisdições nacionais, mesmo sendo a efetivação (execução) de uma sentença arbitral mais difícil do que a de um juízo nacional. Isso decorre da maior independência que o instituto da arbitragem internacional concede à solução do litígio, além de um melhor preparo técnico dos árbitros em relação à matéria trabalhada e à possibilidade de sigilo quanto ao litígio.

Porém, segundo Dornelles (2009), os conflitos relacionados aos investimentos envolvem questões tanto de ordem pública como privada. Assim, as tradicionais regras de Direito Internacional não conseguem solucionar essas controvérsias, pois possuem como foco as relações entre Estados soberanos. Tampouco, o direito internacional privado consegue solucionar os litígios, uma vez que seu objeto de estudo consiste nas relações entre os entes privados de diferentes nacionalidades.

A aplicação prática de uma arbitragem que diz respeito a investimentos possui limitações à autonomia da vontade, em razão de ter um Estado como parte no litígio. Assim, não se pode falar em arbitragem de investimentos, sem ao menos considerar-se os limites que são impostos pela soberania nacional (LUÍS, 2013).

Essa natureza mista de um procedimento arbitral que envolve um Estado soberano e uma parte privada propicia controvérsias relativas ao próprio procedimento, como a seleção do foro competente e o direito aplicável em face de uma eventual disputa dessa natureza (DORNELLES, 2009).

Além disso, quanto à origem dos poderes do tribunal arbitral, cujo objeto é um conflito envolvendo as partes de um investimento estrangeiro, têm-se que o

consentimento para a participação em uma arbitragem resulta de um ato fundamental do Estado. Para Luís (2013, p. 61):

Sem dúvida, é necessário que Estado e investidor consentam com a arbitragem, no entanto, o consentimento do Estado pode ser genérico – por meio de uma lei nacional, um tratado ou um acordo internacional. A fonte imediata dos poderes do tribunal arbitral, portanto, é um ato fundamentalmente estatal, e não privado, como ocorre na arbitragem comercial.

Ademais, a matéria trabalhada em uma lide de investimento estrangeiro geralmente está relacionada com “as consequências econômicas decorrentes de um ato expropriatório ou limitador do direito de propriedade, ilegal, que limite o retorno do investimento ou o acesso ao investimento” (LUÍS, 2013, p.64).

Diferentemente da arbitragem propriamente dita, em que as partes envolvidas são livres para estabelecerem o regime jurídico sob qual desejam que a lide seja solucionada, no caso de uma arbitragem de investimentos, invariavelmente, o Direito Internacional Público será aplicável, mesmo que de forma subsidiária a um ordenamento jurídico pátrio, comumente, do país receptor do investimento. De acordo com Luís (2013, p. 64):

Esse aspecto é uma decorrência do fato de a fonte primária de poderes do tribunal arbitral ser um ato estatal (geralmente um tratado internacional), e não privado, como ocorre na arbitragem comercial, baseada em contratos.

Dessa forma, observa-se que três aspectos diferenciam fundamentalmente a arbitragem de investimentos das demais: a matéria arbitrável, os sujeitos participantes (Estado e ente privado) e o direito aplicável (LUÍS, 2013).

Diante de tal complexidade, o meio encontrado para a solução de controvérsias envolvendo investidores e Estados foi a arbitragem mista, institucionalizada (DORNELLES, 2009). Nesses moldes é que se dá a arbitragem realizada pelo Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimento.

3.1.2 Arbitragem do ICSID

Em 1961, o Grupo Banco Mundial exerceu um papel proeminente entre as organizações econômicas internacionais, abordando a estrutura emergente do investimento estrangeiro, direcionando sua liderança para a ligação existente entre o

desenvolvimento econômico, a cooperação internacional e o papel do investimento privado internacional (COSTA, 2006).

A Instituição buscou providenciar um mecanismo que solucionasse as controvérsias sobre os investimentos, despolitizado, neutro e imparcial, que contribuísse para o aumento do fluxo de transferência de capital. Em 1965, a Convenção de Washington foi elaborada e o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre investimento (ICSID) foi criado (COSTA, 2006)³⁴.

De acordo com Dornelles (2009), a pretensão do Grupo Banco Mundial ao criar o foro de investimentos era criar um clima favorável ao fluxo de capital e possibilitar que investidor e o Estado receptor de investimentos pudessem discutir em condições de igualdade. Assim:

O objetivo era proporcionar uma alternativa mais eficaz e segura tanto para o investidor como para o Estado Receptor, além de promover o desenvolvimento econômico através de um sistema de soluções de controvérsias eficaz, no contexto de uma instituição internacional.

Então, o ICSID foi instituído como alternativa para solução de litígios entre investidor e Estado receptor. Além deste órgão, existem outras jurisdições internacionais em que disputas entre Estados nacionais e investidores privados podem ser resolvidas, tais como a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL). Porém, nos tratados internacionais que tratam de investimentos, quando há previsão de resolução de conflito pela arbitragem internacional institucionalizada, o ICSID possui prevalência (DOLZER; SCHREUER,

³⁴ Atualmente 159 Estados são signatários da Convenção de Washington, sendo que 150 ratificaram o instrumento, quais sejam: Afeganistão, Albânia, Argélia, Argentina, Armênia, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belarus, Bélgica, Benim, Bósnia e Herzegovina, Botsuana, Brunei, Bulgária, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboja, Camarões, Canadá, República Centro-Africana, Chade, Chile, China, Colômbia, Comores, República Democrática do Congo, República do Congo, Costa Rica, Costa do Marfim, Croácia, Chipre, Dinamarca, Egito, El Salvador, Estônia, Fiji, Finlândia, França, Gabão, Gâmbia, Geórgia, Alemanha, Gana, Grécia, Granada, Guatemala, Guiné, Guiana, Haiti, Honduras, Hungria, Islândia, Indonésia, Irlanda, Israel, Itália, Jamaica, Japão, Jordânia, Cazaquistão, Quênia, República da Coreia, Kosovo, Kuwait, Letônia, Líbano, Lesoto, Libéria, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Madagascar, Malawi, Malásia, Mali, Malta, Maurítânia, Maurícia, Micronésia, Moldávia, Mongólia, Montenegro, Marrocos, Moçambique, Nepal, Holanda, Nova Zelândia, Nicarágua, Níger, Nigéria, Noruega, Omã, Paquistão, Panamá, Papua Nova Guiné, Paraguai, Peru, Filipinas, Portugal, Qatar, Romênia, Ruanda, Samoa, São Tomé e Príncipe, Arábia Saudita, Senegal, Sérvia, Seicheles, Serra Leoa, Cingapura, Eslováquia, Eslovênia, Ilhas Salomão, Somália, Sudão do Sul, Espanha, Sri Lanka, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granada, Sudão, Suazilândia, Suécia, Suíça, Síria, Tanzânia, Timor Leste, Togo, Tonga, Trinidad e Tobago, Tunísia, Turquia, Turquemenistão, Uganda, Ucrânia, Emirados Árabes Unidos, Uganda, Reino Unido, Estados Unidos, Uruguai, Uzbequistão, Iémen, Zâmbia, Zimbabue (ICSID, 2014).

2008).

Assim, o ICSID é um órgão arbitral, que, conforme estabelece o art. 3º da Convenção de Washington, é composto por um secretariado e por um Conselho Administrativo Permanente, bem como por painéis de conciliação e de arbitragem, denominados tribunais, formados a partir do estabelecimento de demanda jurisdicional (VELOSO; SALLES, 2011).

Como exposto, a criação do ICSID foi de fundamental importância à cooperação relativa à proteção dos investimentos externos. Essa arbitragem institucional combina cinco características pertinentes: investidores não estatais podem acionar a jurisdição diretamente contra Estados receptores de investimento; a imunidade estatal é restrita; o Direito Internacional pode ser aplicado à relação investidor e Estado hospedeiro; os recursos legais locais são excluídos; e as decisões do ICSID são auto-executáveis nos territórios dos países signatários da Convenção de Washington (DOLZER; SCHREUER, 2008).

De acordo com Costa (2006, p.18), a arbitragem realizada pelo ICSID representa uma flexibilização do direito internacional tradicional, pois

não só permite o acesso direto dos particulares a um mecanismo arbitral internacional posto em funcionamento contra um Estado, com também autoriza, pelo livre acordo entre as partes, a renúncia do Estado às suas prerrogativas jurisdicionais e a aceitação da sua submissão a um foro internacional para discutir a reparação devida a particulares pelo cometimento de atos que não necessariamente configuram ilícitos internacionais.

Além do mais, o sucesso do ICSID é perceptível, principalmente por sua rápida entrada em vigor – a Convenção de Washington foi assinada em 1965 e passou a vigorar em 1966 -, e também pelo fato de que os tratados de investimentos passaram a referenciá-lo como o fórum competente para a resolução dos litígios relacionados à matéria (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Não há dúvidas de que o ICSID foi criado sob uma moldura que busca equilibrar os interesses e necessidades das partes envolvidas. Assim, o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimento afasta a influência política das soluções das disputas, visto que está fundado em um tratado internacional, de modo que suas regras são independentes do direito nacional das partes (DORNELLES, 2009).

De acordo com Dornelles (2009), a capacidade de um ente privado

postular uma lide em uma jurisdição internacional é a inovação mais significativa trazida pela referida convenção. Esta inovação é observada em relação à independência do investidor em pleitear seus direitos na jurisdição do Centro sem a necessária proteção diplomática do Estado de origem para tanto, bem como no tocante à garantia ao Estado receptor de que eventual litígio decorrente de um contrato de investimento não evolua para uma disputa entre Estados.

Ainda, em razão da natureza do objeto trabalhado na arbitragem do ICSID, investimentos internacionais, e do acesso às partes litigantes, as decisões do Centro estão amplamente livres do âmbito de atuação dos Estados, gerando a possibilidade de uma maior consonância com a legalidade internacional (VELOSO; SALLES, 2011).

Por fim, observa-se que nos últimos anos o Centro de Solução de Controvérsias sobre Investimentos vem experimentando um aumento expressivo no número de litígios. Isso ocorre devido, principalmente, à grande proliferação de Acordos Bilaterais, Multilaterais e de Integração Regional (COSTA, 2006).

Além disso, o ICSID também tem se pronunciado sobre os mais diversos assuntos relativos à investimento, requerendo exames profundos sobre a atividade econômica nos variados setores. Isso demonstra que o órgão firma-se cada vez mais como alternativa viável para a solução de controvérsias no que tange a investimentos internacionais (VELOSO; SALLES, 2011).

Diante do exposto, foi possível observar a importância do Centro Internacional de Soluções de Controvérsias sobre Investimento para resolução dos conflitos entre investidor estrangeiro e Estado Receptor de investimentos. Entre as discórdias existentes entre esses dois sujeitos, constata-se especial importância daquelas relativas à expropriação. Inclusive, de acordo com Reinisch (2009), a proteção contra a expropriação ou medidas que a compensem são os assuntos de maior relevância ao Direito Internacional dos Investimentos. Portanto, na sequência, serão analisados os conflitos relativos à expropriação.

3.2 CONFLITOS RELATIVOS À EXPROPRIAÇÃO

De acordo com Sacerdoti (1997), o constante debate sobre o âmbito e o conteúdo das normas de Direito Internacional, que lidam com o tratamento dos bens do estrangeiro, sempre ficou na iminência da privação da propriedade. Para o autor,

essa possibilidade poderia ocorrer por intermédio de confisco, expropriação, nacionalização ou outras formas de impedimento ou privação da propriedade, incluindo a progressiva diminuição dos direitos do investidor por medidas regulatórias, também conhecido como expropriação rasteira. As referidas ações poderiam e podem ocorrer devido à mudança no regime político ou na política econômica do país hospedeiro, ao nacionalismo contra os estrangeiros em geral ou como forma de represália em um contexto de relações bilaterais tensas.

Até o advento da Revolução Comunista Russa em 1917, não havia, entre as potências centrais e os principais juristas de Direito Internacional, a real preocupação com proteção do investimento realizado no exterior. Os marcantes acontecimentos do final do século XIX e início do XX foram fundamentais para o surgimento da noção, principalmente entre os países emissores de investimento, da necessidade de um padrão/standard internacional mínimo de tratamento (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Além disso, outros conceitos de proteção foram elaborados pela prática, sendo os principais: o padrão mínimo de tratamento internacional igual ao tratamento do nacional, o tratamento da nação mais favorecida, tratamento justo e equitativo, o direito à indenização em caso de expropriação (REINISCH, 2009), sendo que este último possui estreita relação com o presente trabalho.

Como observado por Sacerdoti (1997), é possível definir o direito à indenização em caso de expropriação dos estrangeiros e seus investimentos, previsto em tratados internacionais, ou medidas análogas, como a principal matéria no que tange à proteção dos investimentos.

Questionamentos e debates relativos às consequências da expropriação foram inerentes à evolução dos tratados sobre investimentos. Na atualidade os conflitos relativos à expropriação não perderam importância importante, uma vez que se observa casos de nacionalizações de setores econômicos inteiros como o de extração de petróleo e gás natural, assim como confiscos³⁵ ou expropriações indiretas³⁶ (REINISCH, 2009).

Para a UNCTAD (2012), a primeira grande fase de expropriações em massa ocorreu na primeira metade do século XX. Foram as chamadas

³⁵ Entende-se por confisco a tomada dos direitos das propriedades legais sem compensação.

³⁶ Entende-se por expropriações indiretas a perda econômica da propriedade sem formalização da perda do título de propriedade.

expropriações em massa, decorrentes principalmente dos movimentos revolucionários na Rússia e no México.

Na sequência, ocorreu uma segunda onda de nacionalizações e expropriações, após a Segunda Guerra Mundial. Em um período de independência de ex-colônias, as discussões focaram-se no direito dos Estados à autodeterminação econômica, que deveria incluir o direito de expropriar sem necessidade de "reparação integral", de acordo com fórmula hull³⁷, mas com "compensação adequada", que deveria considerar a conduta do estrangeiro e a possível ocorrência de enriquecimento ilícito (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012; e VALENTI, 2011), conforme já exposto no capítulo anterior.

No entanto, após o ímpeto inicial de nacionalizações, houve uma mudança de foco dos grandes setores industriais para a segmentação de empresas em áreas específicas (SORNARAJAH, 2010). De acordo Sornarajah (2010, p. 395; tradução nossa):

Os países em desenvolvimento instituíram mudanças em relação à forma de entrada de investimento estrangeiro. Houve um maior controle administrativo sobre o investimento. O veículo de investimento estrangeiro foi muitas vezes uma empresa joint-venture obrigatória, incorporada ao Estado de acolhimento. Esta empresa tornou-se nacional do Estado de acolhimento e, portanto, mais maleável ao seu controle. O próprio processo de investimento estrangeiro chegou a ser intrincado em uma série de regulamentos que o orientam para os objetivos do desenvolvimento econômico e proteção ambiental³⁸.

Assim, o foco dos conflitos existentes entre investidor e Estado Receptor mudou. A questão quanto à remuneração ser integral ou adequada perdeu importância frente à questão de saber se uma violação de um acordo de investimento estrangeiro em si gera a responsabilidade de indenização (SORNARAJAH, 2010).

³⁷ Como explicitado no capítulo introdutório a fórmula hull originou-se quando o secretário de Estado dos Estados Unidos enviou uma carta ao governo Mexicano à respeito das expropriações agrárias ocorridas no México nos anos anteriores definindo que a compensação deveria ser "imediate, adequada e eficaz". (VALENTI,2011).

³⁸ Tradução livre de: *Developing countries instituted changes regarding the manner of entry of foreign investment. There was greater administrative control over investment. The vehicle of foreign investment was often a mandatory joint-venture company incorporated in the host state. The company became a corporate citizen of the host state and thus more amenable to its control. The process of foreign investment itself came to be enmeshed in a host of regulations which directed it to economic development objectives and environmental protection* (SORNARAJAH, 2010, p. 395).

De acordo com a UNCTAD (2012), para as expropriações que não desencadearem a responsabilidade internacional do Estado, é necessário que sejam cumpridos determinados requisitos. Todavia, além disso, deve se considerar o direito legítimo do Estado para regular no interesse público o que pode, por vezes, resultar na perda do valor econômico dos investimentos, sem valor de uma expropriação, e, portanto, sem a necessidade de compensação.

Além disso, ao longo dos anos, diversas medidas para definição da expropriação foram realizadas pelos Estados e contestadas pelos investidores. Por exemplo, nos últimos tempos, uma nova modalidade de tomada de propriedade fortemente se desenvolve, a chamada expropriação indireta. Essa nova tendência é decorrente da forte intervenção na economia por parte de muitos Estados, muitas vezes resultando em impactos negativos sobre os interesses econômicos dos atores privados. No entanto, como atualmente os direitos dos investidores estão consagrados em inúmeros acordos de investimentos internacionais, celebrados nos últimos 50 anos, essa nova modalidade é constantemente questionada em fóruns especializados, de forma direta, sem a necessidade de intervenção do Estado de origem (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012).

Assim, é fundamental apresentar as principais modalidades de expropriação, consideradas pelo Direito Internacional dos Investimentos.

3.2.1 Modalidades de expropriação

Cabe apontar que a tomada de propriedade particular, aqui chamada de forma genérica de expropriação, decorre do direito de um Estado soberano em captar a propriedade particular, de nacionais ou estrangeiros, por meio de nacionalização ou expropriação, aqui em sentido estrito³⁹, em razão de questões econômicas, políticas ou sociais e em consonância com o Direito Internacional (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012).

³⁹ Sentido estrito, ou *stricto sensu*, significa que determinado conceito deve ser compreendido de forma restritiva, em oposição ao sentido amplo, ou *latu sensu*, onde a interpretação cabível seria a mais abrangente. No presente trabalho considera-se em sentido amplo expropriação como a tomada de propriedade e estritamente, de acordo com a UNCTAD: “como tomada de propriedades específicas de empresas específicas onde os direitos de propriedade permanecem com o Estado ou são transferidas pelo Estado para outros operadores econômicos” (2012, p. 20-21).

Apesar de ser uma regra derivada do costume, atualmente, a maioria dos tratados bilaterais de investimento contém ao menos uma cláusula referenciando a expropriação. As principais denominações relativas à tomada de propriedade são: expropriação, a assunção, a nacionalização, a privação e espoliação (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012). Assim tem-se que:

Nacionalização geralmente refere-se a tomada de propriedade privada em massa, ou grande escala, em todos os setores econômicos ou industriais - ou setor básico específico. Nacionalizações definitivas em todos os setores econômicos são geralmente motivadas por motivações políticas; as medidas são destinadas a conseguir o controle completo pelo Estado da economia e envolve a aquisição de todos os meios privados de produção. Muitas ex-colônias consideraram as nacionalizações como parte integrante de seu processo de descolonização no período após a Segunda Guerra Mundial. Nacionalizações em toda uma base industrial ocorre quando um governo procura reorganizar uma indústria em particular, assumindo as empresas privadas do setor e criando um monopólio estatal. Nestes casos, os ativos tomados tornam-se propriedade pública (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012, p. 20; tradução nossa)⁴⁰.

E como expropriação:

Expropriações geralmente se referem à tomada de propriedades de empresas específicas em que os direitos de propriedade permanecem com o Estado ou são transferidos pelo Estado para outros operadores econômicos. Expropriações podem consistir em uma tomada em larga escala de terras pelo Estado, feita com o propósito de redistribuí-las, ou tomadas específicas, nas quais o alvo é uma empresa estrangeira (por exemplo, uma empresa que domina um mercado ou indústria) ou um lote específico de terra (por exemplo, para construir uma autoestrada) (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012, p. 20-21; tradução nossa)⁴¹.

⁴⁰ Tradução livre de: *Nationalization usually refers to massive or large-scale takings of private property in all economic sectors or on an industry – or sector-specific basis. Outright nationalizations in all economic sectors are generally motivated by policy considerations; the measures are intended to achieve complete State control of the economy and involve the takeover of all privately owned means of production. Many former colonies regarded nationalizations as an integral part of their decolonization process in the period following the end of the Second World War. Nationalizations on an industry- wide basis take place when a government seeks to reorganize a particular industry by taking over the private enterprises in the industry and creating a State monopoly. In these cases, the assets taken become publicly owned* (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012, p. 20).

⁴¹ Tradução livre de: *Expropriations generally refer to property-specific or enterprise-specific takings where the property rights remain with the State or are transferred by the State to other economic operators. Expropriations may consist of a large-scale taking of land by the State, made with the purpose of redistributing it, or specific takings where the target is a specific foreign firm (for example, a firm dominating a market or industry) or a specific plot of land (for example, to build a highway)* (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012, p. 20-21).

Ainda, acrescenta-se o confisco ao rol de tomadas de propriedade, que, para Sornarajah (2010, p. 364; tradução nossa):

é a tomada por um capricho da propriedade pelo governante, ou o círculo dirigente do Estado, para ganho pessoal. Isso era comum em estados governados por ditadores e oligarquias. Tais tomadas ainda acontecem, embora com menos frequência, nos tempos modernos⁴².

Assim, os incidentes relativos à tomada de propriedade que ocorrem atualmente são melhor descritos como expropriação, que em consonância com Sornarajah (2010, p. 365; tradução nossa), “é um termo específico que poderia ser usado para descrever o direcionamento de negócios individuais de interferência por razões econômicas ou outras específicas”⁴³.

Ademais, muitos dos casos atuais de expropriação envolvem o uso de mecanismos regulatórios, o que não significa que as tomadas dos tipos confisco e nacionalização não aconteçam mais (SORNARAJAH, 2010).

No entanto, para que o exercício da soberania seja legítimo, determinadas condições precisam ser observadas em relação à propriedade tomada: (a) deve ser por utilidade pública; (b) selecionada de uma forma não-discriminatória; (c) realizada de acordo com o devido processo legal; e (d) acompanhada de compensação (REINISCH, 2009).

Independentemente do direito dos Estados em expropriar ser reconhecido, por óbvio, a fruição do respectivo direito desencadeia inevitáveis conflitos, debates e divergências (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012).

De acordo com Sornarajah (2010), soma-se a já controvertida matéria as diferentes denominações de expropriação trazidas em tratados de investimento, mas que se resumem a três tipos de tomada de propriedade: direta, indireta e equivalentes a uma expropriação.

Assim, tem-se por expropriação direta uma transferência obrigatória do título de propriedade ou sua apreensão física direta, realizada por ato expropriatório legal. Normalmente, a expropriação beneficia o próprio Estado ou um terceiro a

⁴² Tradução livre de: *Confiscation is the capricious taking of property by the ruler or the ruling coterie of the state for personal gain. This was common in states ruled by dictators and oligarchies. Such takings happen, though less frequently, in modern times* (SORNARAJAH, 2010, p. 364).

⁴³ Tradução livre de: (...) *which is a specific term that could be used to describe the targeting of individual businesses for interference for specific economic or other reasons* (SORNARAJAH, 2010, p. 365).

mando do Estado, uma concessionária de serviço público, por exemplo (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012).

De acordo com a UNCTAD, nos casos de desapropriação direta: “há uma intenção aberta, deliberada e inequívoca, que se reflete em uma lei, decreto ou ato físico, para privar o proprietário de sua propriedade por meio da transferência de título ou confisco”⁴⁴ (2012, p. 7).

Por expropriação indireta compreende-se a privação total ou quase total de um investimento, sem uma transferência formal do título ou confisco. Não há, portanto, um ato expropriatório legal (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012.)

Por fim, observa-se que apesar do difícil relacionamento entre Estados receptores de investimentos e investidores, as jurisdições internacionais, que permitem o pleito de um indivíduo contra um Estado, como o caso do ICSID, auxiliam na solução dos conflitos e, de uma certa forma, contribuem para construção de definições a serem adotadas no Direito Internacional dos Investimentos. Diante disso, passa-se a análise da interpretação do ICSID quanto aos requisitos necessários à expropriação lícita.

3.3 O ENTENDIMENTO DO ICSID PARA QUE UMA EXPROPRIAÇÃO SEJA CONSIDERADA LÍCITA

Nos casos de litígios levados ao ICSID, são comuns os pleitos de indenização por expropriação, direta ou indireta (HAMILTON, 2008).

A seguir serão tratados dois casos julgados⁴⁵ pelo Centro Internacional de Soluções de Controvérsias sobre Investimentos que demonstram o posicionamento do Tribunal Arbitral sobre a licitude ou não da expropriação. Cumpre salientar, que essas demandas foram julgadas pelo ICSID em decorrência da previsão de solução de controvérsias em cláusulas dos tratados bilaterais de investimento firmados pelos Estados receptores do investimento e os Estados que o originam, com as

⁴⁴ Tradução livre de: (...) *there is an open, deliberate and unequivocal intent, as reflected in a formal law or decree or physical act, to deprive the owner of his or her property through the transfer of title or outright seizure* (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012, p. 7).

⁴⁵ A escolha dos casos se deu em razão de cada um tratar de uma forma de expropriação, direta e indireta, porém os dois decorrem de tomada de propriedade clássicas, provenientes de atos discricionário da administração do Estado Receptor, além de possuírem no corpo do julgamento considerações sobre os requisitos de forma evidenciada.

características de uma arbitragem de investimentos como apresentado no item 3.1.2.

O caso *Compania de Aguas del Aconquija e Vivendi Universal v. República Argentina* constitui um exemplo de expropriação indireta. O litígio surge de um contrato de concessão, de 1995, celebrado entre as partes acima citadas, que privatizou os serviços água e esgoto da Província de Tucumán, na Argentina (INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2007).

O processo arbitral foi extenso, levando quase dez anos para ser julgado. Em agosto de 2007, o ICSID concluiu que, embora não tivesse ocorrido desapropriação de forma direta, as ações contrárias à concessão, tomadas pelas autoridades da província de Tucumán, e contra os investidores estrangeiros, tiveram um considerável efeito negativo sobre a viabilidade econômica da concessão, acabando por torná-la sem valor. Dessa forma, o Tribunal Arbitral considerou uma violação ao Tratado Bilateral firmado entre Argentina e França, expropriando indiretamente e ilegalmente os investimentos do reclamante (INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2007).

No entanto, existe a possibilidade de um Estado receptor excepcionalmente expropriar propriedade estrangeira em seu território sem ofender os ditames do direito internacional (REINISCH, 2009). É o que se chama no presente trabalho de expropriação lícita.

O *draft* elaborado pela OCDE para o Acordo Multilateral de Investimentos serve de exemplo para demonstrar sob que condições as expropriações de propriedade estrangeira não são consideradas violações ao Direito Internacional dos Investimentos: interesse público, expropriação não discriminatória, acompanhada de indenização imediata, adequada e eficaz e de acordo com o devido processo legal⁴⁶ (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 1998).

⁴⁶ The Multilateral Agreement On Investment Draft Consolidated Text, OCDE, Artigo 2.1. : “A Contracting Party shall not expropriate or nationalise directly or indirectly an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or take any measure or measures having equivalent effect (hereinafter referred to as “expropriation”) except: a) for a purpose which is in the public interest, b) on a non-discriminatory basis, c) in accordance with due process of law, and d) accompanied by payment of prompt, adequate and effective compensation in accordance with Articles 2.2 to 2.5 below.”

No entanto, cabe ao órgão julgador do litígio interpretar se na lide em julgamento os requisitos foram ou não cumpridos e de que modo.

Com intuito de demonstrar como o Centro Internacional de Soluções de Controvérsias vem se posicionando quanto aos requisitos para que uma expropriação seja considerada lícita será apresentado o caso *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. República da Hungria*, que, apesar de não ter sido considerado uma expropriação lícita, abordou todos os itens constantes no rascunho do Acordo Multilateral de Investimentos, acima descritos.

Sucintamente, trata-se de um litígio ocorrido entre duas empresas nacionais do Chipre – ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited – e o Estado Húngaro, em razão de uma concessão relativa à renovação, construção e operação do Aeroporto Internacional Budapest-Ferihegy, na Hungria, assinada em 1995. As obras de renovação foram finalizadas em 1998 e as empresas operaram o terminal desde então. Todavia, um decreto emitido em 2001, pelo Ministro dos Transportes da Hungria, diretamente expropriou todas as atividades relacionadas à operação do aeroporto em questão (INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2006a)

Em razão de não cumprir os requisitos essenciais à expropriação lícita prevista no Tratado Bilateral de Investimentos (1989), firmado entre Chipre e Hungria, o Tribunal Arbitral julgou a expropriação como ilegal. Assim, passa-se a investigar a análise realizada pelo ICSID de cada um desses requisitos.

Para preenchimento do requisito de interesse público, a simples alegação de a expropriação ser com esse objetivo não é *per se* suficiente. É preciso comprovação do propósito público na expropriação (REINISCH, 2009). Na referida decisão, o ICSID entendeu da seguinte forma:

O requisito de "interesse público" do tratado requer algum interesse genuinamente público. Se a simples referência ao "interesse público" pode magicamente trazer esse interesse à existência e, portanto, satisfazer este requisito, então esse requisito se tornaria sem sentido uma vez que o Tribunal não pode imaginar situação em que esse requisito não seria cumprido ⁴⁷ (INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2006a, p.79, tradução nossa).

⁴⁷ Tradução livre de: "a treaty requirement for "public interest" requires some genuine interest of the public. If mere reference to "public interest" can magically put such interest into existence and therefore satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the Tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met" (ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 Oct 2006, para. 432).

Em outras palavras, a respeito do interesse público, o Tribunal entende que sua simples alegação não é o suficiente, sendo necessária a efetiva comprovação de que a expropriação daquele bem ocorreu visando atender a uma determinada finalidade de interesse público. Caso contrário, sem a devida demonstração, qualquer situação poderia ser considerada de interesse público e o requisito sempre seria cumprido.

Assim como o interesse público, o tratamento não discriminatório aos investimentos realizado por estrangeiro é outro requisito constante na maioria dos tratados internacionais de investimento para se caracterizar a expropriação legal.

De acordo com Maniruzzaman (1998), serão consideradas discriminatórias aquelas expropriações que atingirem exclusivamente os estrangeiros ou, entre eles, aqueles de uma nacionalidade específica.

De uma forma geral, os tribunais internacionais têm se posicionado contra a discriminação, mas ao mesmo tempo são criteriosos em diferenciar a discriminação dos casos em que há razões adequadas para a diferenciação entre os investidores (REINISCH, 2009). No caso em questão, o ICSID entendeu a ocorrência de discriminação em relação aos estrangeiros, de acordo com o seguinte parâmetro:

O Tribunal não pode aceitar o argumento do Reclamado que, como as únicas partes estrangeiras envolvidas na operação do aeroporto, os Reclamantes não estão em posição de alegar tratamento de forma discriminada.

É correto ao Reclamado salientar que, para que uma discriminação de existir, especialmente em um cenário de expropriação, deve haver tratamentos diferentes para diferentes partes. No entanto, e infelizmente, o Reclamado perde o sentido [da previsão de não discriminação], porque a comparação dos diferentes tratamentos é feita aqui entre aquele recebido pelo operador designado pelo Reclamado e o recebido por parte de investidores estrangeiros como um todo.

Por isso, o Tribunal rejeita as alegações feitas pelo Reclamado e conclui que as ações tomadas pelo Reclamado contra os Reclamantes foram discriminatórias ⁴⁸ (INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES ,2006a, p.80, tradução nossa).

⁴⁸ Tradução livre de: *The Tribunal cannot accept the Respondent's argument that as the only foreign parties involved in the operation of the Airport, the Claimants are not in a position to raise any claims of being treated discriminately.*

It is correct for the Respondent to point out that in order for a discrimination to exist, particularly in an expropriation scenario, there must be different treatments to different parties. However and unfortunately, the Respondent misses the point because the comparison of different treatments is made here between that received by the Respondent- appointed operator and that received by foreign investors as a whole.

Então, retira-se do trecho decisório que o Tribunal Arbitral compreende que, para se averiguar se há tratamento discriminatório, mesmo que não estejam envolvidos outros estrangeiros no litígio, é preciso compará-los com todo o tratamento concedido a investimentos estrangeiros em situações análogas, por exemplo, concessões públicas.

O devido processo legal também compõe o rol de requisitos necessários à expropriação legal, até porque é a partir de um processo devidamente constituído, que será definido o justo valor indenizatório (REINISCH, 2009). De acordo com Sornarajah (2010), o devido processo legal necessário à expropriação diferencia-se do devido processo necessário ao tratamento concedido ao investimento estrangeiro em geral. Assim, em uma situação de expropriação, a exigência do devido processo deve ser averiguada de acordo com o previsto no tratado de investimento.

Do todo modo, no caso *ADC v. Hungria*, verifica-se quais condições consideradas pelo ICSID são necessárias para se entender atendido o devido processo legal:

Alguns fundamentais mecanismos jurídicos, tais como razoável aviso prévio, audiência justa, árbitro não tendencioso e imparcial para avaliar as ações em disputa, devem estar prontamente disponível e acessível ao investidor para que o procedimento legal seja válido. Em geral, o procedimento legal deve ser de uma natureza que conceda ao investidor afetado uma chance razoável, dentro de um prazo razoável, para reivindicar seus legítimos direitos e ser ouvido. Se nenhum procedimento legal de tal natureza existe, o argumento de que *"as ações são tomadas sob o devido processo legal"* soa oco. E isso é exatamente o que o Tribunal considera no presente caso (INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2006a, p. 79, tradução nossa)⁴⁹.

Portanto, constata-se que o Tribunal Arbitral compreende que para que o requisito do devido processo legal seja considerado cumprido é preciso que na expropriação tenha sido concedido ao expropriado oportunidade de manifestação,

The Tribunal therefore rejects the contentions made by the Respondent and concludes that the actions taken by the Respondent against the Claimants are discriminatory. (ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 Oct 2006, para.441, 442 e 443)

⁴⁹ Tradução livre de: *"Some basic legal mechanisms, such as reasonable advance notice, a fair hearing and an unbiased and impartial adjudicator to assess the actions in dispute, are expected to be readily available and accessible to the investor to make such legal procedure meaningful. In general, the legal procedure must be of a nature to grant an affected investor a reasonable chance within a reasonable time to claim its legitimate rights and have its claims heard. If no legal procedure of such nature exists at all, the argument that "the actions are taken under due process of law" rings hollow. And that is exactly what the Tribunal finds in the present case"*.

de defesa em uma audiência, com antecedência ao ato expropriatório, entre outras medidas.

Além disso, o *quantum* indenizatório é uma questão polêmica no Direito dos Investimentos Internacionais. Os tratados internacionais sobre a matéria possuem invariavelmente previsão quanto a uma indenização devida, variando terminologicamente entre indenização imediata, adequada e efetiva e compensação apropriada, justa ou equitativa (VALENTI, 2011).

Para Valenti (2011), a indenização imediata, adequada e eficaz significa que as indenizações devem ser pagas imediatamente após o ato expropriatório, em quantia equivalente ao valor de mercado da propriedade, o pagamento deve ser realizado na totalidade (não em prestações), em moeda facilmente conversível e, em caso de expropriação ilegal, será acrescido ao valor de mercado do investimento o dano emergente e o lucro cessante. Esse entendimento coaduna-se com o posicionamento dos tradicionais países exportadores de capital.

Por outro lado, embasados em argumentos relacionados à soberania estatal, países latino-americanos, africanos, asiáticos, além dos antigos integrantes da URSS, compreendem que o Estado detém o direito absoluto à expropriação de propriedades de investidores estrangeiros, assim como de nacionais, a qualquer momento. Consideram cabível a compensação pela tomada de propriedade, porém de acordo com a legislação pátria (REINISCH, 2009).

O artigo 4º do Tratado Bilateral de Investimentos acordado entre Chipre e Hungria (1989) estabelecia a forma de cálculo do valor da compensação por expropriação:

2. O montante da compensação deve corresponder ao valor de mercado dos investimentos expropriados no momento da expropriação. 3. O montante dessa compensação poderá ser estimado de acordo com as leis e regulamentos do país onde a expropriação é feita.(AGREEMENT, 1989)⁵⁰

Porém, no caso analisado, o Centro Internacional de Solução de Controvérsias de Investimentos entendeu que, como não houve o cumprimento dos requisitos previstos no tratado bilateral de investimentos firmado entre Chipre e Hungria, principalmente no que tange à compensação, a expropriação era ilegal e,

⁵⁰ Tradução livre de: 2. *The amount of compensation must correspond to the market value of the expropriated investments at the moment of the expropriation.* 3. *The amount of this compensation may be estimated according to the laws and regulations of the country where the expropriation is made.*

portanto, não deveria ser ressarcida de acordo com o que o previsto no Tratado para compensação, mas de acordo com o padrão estabelecido costumeiramente.

Para compensar a expropriação ilegal ocorrida, o Tribunal Arbitral decidiu que a norma padrão contida no direito consuetudinário internacional que mais se adequava ao caso em questão era aquela aplicada ao Caso *Chorzów Factory*⁵¹.

A norma do direito internacional consuetudinário para a avaliação do dano resultante de um ato ilegal é definido na decisão do PCIJ no caso *Chorzów Factory* na página 47 do acórdão onde se lê:

"A reparação deve, na medida do possível, eliminar todas as consequências do ato ilícito e restabelecer a situação que teria, com toda a probabilidade, existido, se esse ato não tivesse sido cometido".

(...)

Além disso, o PCIJ considerou que os princípios para determinar o montante da compensação por um ato contrário ao direito internacional são: "A restituição em espécie, ou, se isso não for possível, o pagamento de uma quantia correspondente ao valor que a restituição em espécie iria suportar; a indenização, se necessário, de prejuízos causados por perdas sofridas que não abrangidos pela restituição em espécie ou pagamento no lugar." (página 47 do acórdão) (INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2006a, p. 89, tradução nossa).⁵²

Assim, o Tribunal Arbitral compreendeu que a compensação deveria ser suficiente a restabelecer o investidor além do bem expropriado, por tudo que ele receberia caso não tivesse ocorrido a expropriação em espécie ou pagamento de quantia correspondente, acrescido de uma indenização pelas perdas e danos. Como no caso trabalhado a restituição do bem propriamente não seria possível, o Tribunal Arbitral concluiu que a expropriação deveria ser restituída em soma correspondente de acordo com o definido no julgamento *Chorzów Factory*.

⁵¹ O Império Alemão possuía um contrato com uma empresa alemã para construir e operar a fábrica de nitrato em Chorzow, na Alta Silésia. Porém, com a assinatura da Convenção de Genebra, a região da Alta Silésia, onde ficava a fábrica passou a ser território polonês. Em razão disso, o governo polonês transferiu a concessão para um nacional. Então, em nome das empresas lesadas, a Alemanha acionou a Corte Internacional de Justiça por violação da Convenção de Genebra. Diante da impossibilidade de restaurar a fábrica Chorzow para a empresa, a Corte decidiu que a empresa deveria ser ressarcida com indenização em valor correspondente ao da expropriação. Assim, a decisão estabeleceu que a reparação de um dano deve consistir em uma indenização correspondente ao dano, reparação para a tomada de propriedade exige compensação e que a reparação é devida quando há violação de uma obrigação. (THE PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, 1928)

⁵² Tradução livre de: *The customary international law standard for the assessment of damages resulting from an unlawful act is set out in the decision of the PCIJ in the Chorzów Factory case at page 47 of the Judgment which reads: "reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed." Moreover, the PCIJ considered that the principles to determine the amount of compensation for an act contrary to international law are: "Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it." (Page 47 of the Judgment.)*

Assim, a partir da análise dos requisitos elencados, ilustrada por precedentes do ICSID, foi possível verificar uma construção que indica qual comportamento que deve ser adotado por um Estado em caso de expropriação, que não fere os acordos firmados com outros Estados e o Direito Internacional dos Investimentos.

Por conseguinte, o entendimento de expropriação lícita para o ICSID é uma tomada de propriedade que detenha um efetivo e comprovado interesse público; realizada de forma não discriminatória em relação ao estrangeiro investidor, seja em relação ao tratamento concedido aos nacionais ou a outros estrangeiros; concedendo-se oportunidade ao investidor de manifestar-se e defender-se de acordo com os ditames do devido processo legal; e que exista em contrapartida compensação pela expropriação, nos termos previstos no tratado internacional de investimentos correspondente. No entanto, ressalva-se que, caso a compensação não ocorra e a expropriação seja considerada ilegal, a tendência é que o Centro Internacional de Soluções de Controvérsias de Investimento se posicione favoravelmente à proteção do investimento e ao investidor potencialmente lesado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico teve por objetivo geral averiguar o entendimento que o Centro Internacional de Soluções de Controvérsias Sobre Investimento (ICSID) tem concedido ao cumprimento dos requisitos necessários à expropriação lícita em um litígio levado aos seus auspícios. Para tanto, a pesquisa foi dividida em quatro capítulos: introdutório, fundamental, de aprofundamento e de considerações finais.

O capítulo introdutório apresentou de que forma o trabalho foi desenvolvido, apontando o tema e o problema de pesquisa - qual é a interpretação que o ICSID tem concedido ao cumprimento dos requisitos necessários à expropriação lícita prevista nos Tratados Internacionais de Investimento? -, assim como os objetivos geral e específicos, a justificativa da escolha do tema e a metodologia científica adotada. Por fim, abordou a estrutura da pesquisa, que informa o que se pretende alcançar em cada capítulo.

O segundo capítulo, intitulado 2 O Direito Internacional dos Investimentos, buscou (a) conhecer o Direito Internacional dos Investimentos, seus principais aspectos e evolução histórica; (b) conceituar o Investimento Estrangeiro; e (c) conhecer os principais aspectos do ICSID.

Para tanto, o capítulo apresentou a intrínseca relação do Direito Internacional dos Investimentos e o Direito Internacional, com suas vertentes pública e privada. Como se estudou, o primeiro pode ser considerado uma derivação do segundo, mas, também, um Direito que transcende os limites do direito interno, incorporando o Direito Internacional, sendo que, em determinados aspectos, o Direito Internacional dos Investimentos se confunde com o Direito Internacional Público, porém, em outros, possui características próprias.

Como se observou no decorrer do trabalho, essa característica peculiar do Direito Internacional dos Investimentos decorre de dois fatores. O primeiro deles é o arcabouço regulamentar que o compõe: leis internas dos países receptores que regulamentam o investimento estrangeiro; contratos assinados entre Estados e investidores estrangeiros, acordos internacionais, incluindo tratados bilaterais de investimento, acordos regionais que tratam inclusive de investimentos (NAFTA, UE, MERCOSUL) e acordos multilaterais de investimento que não tiveram sucesso (REINISCH, 2009). O segundo, decorre dos sujeitos envolvidos nas relações que

tangem aos investimentos internacionais. De um lado, invariavelmente, haverá um Estado receptor de investimentos e do outro haverá uma parte não estatal, que poderá ser um indivíduo, uma empresa multinacional, agentes econômicos, organizações internacionais de cunho econômico como FMI, BIRD, OMC, entre outros partícipes que não necessariamente são considerados sujeitos de Direito Internacional tradicionalmente, mas que possuem relevante participação no Direito Internacional dos Investimentos.

Além dessas particularidades, ao se analisar a evolução do Direito Internacional dos Investimentos, apresentou-se o conflituoso desenvolvimento costumeiro e regulamentar da proteção dos investimentos internacionais. No decorrer do desenvolvimento do Direito Internacional dos Investimentos, três momentos principais são observados.

Inicialmente, há um consenso entre as potências quanto às regras relativas a proteção dos investimentos internacionais, que concediam ao investimento estrangeiro total proteção e segurança, além do tratamento equivalente ao nacional.

Conforme se deu a solidificação de novos Estados no cenário internacional, mais complexas tornaram-se as negociações relativas ao capital circulante e o fortalecimento de interesses divergentes à ordem estabelecida. O conflito de posicionamentos quanto à proteção dos investimentos resumia-se a dois pontos principais: (a) a utilização de um padrão mínimo de tratamento, defendido pelos países exportadores de capital, contra o princípio do padrão nacional de proteção, requerido pelos países receptores de capital; e (b) a importância da compensação da expropriação, que para os países exportadores deveria ser nos termos da fórmula *hull*, imediata, adequada e eficaz, em vez da compensação apropriada, defendida pelos receptores, que leva em consideração a conduta do estrangeiro e a possível ocorrência de enriquecimento ilícito.

A despeito da posição coletiva dos países receptores de capital adotada nos fóruns de discussão quanto à proteção dos investimentos, a atração de capital externo é fundamental para a economia dos países não desenvolvidos, que passaram a assinar tratados bilaterais de investimento, concordando, em sua maioria, com o *standard* mínimo de tratamento dos investimentos imposto pelos países investidores.

Todavia, a assinatura de tratados não impede a deflagração dos conflitos relativos ao investimento realizado na prática. É nesse contexto que o Centro Internacional de Soluções de Conflitos sobre Investimentos (ICSID) surge como foro internacional alternativo à jurisdição nacional para resolução dos conflitos de investimentos internacionais, de fundamental importância à cooperação relativa ao papel da proteção dos investimentos externos.

A referida jurisdição combina cinco características pertinentes: (i) investidores não estatais podem acionar a jurisdição diretamente contra Estados receptores de investimento; (ii) a imunidade estatal é restrita; (iii) o direito internacional pode ser aplicado à relação investidor e Estado hospedeiro; (iv) a princípio, os recursos legais locais são excluídos; e (v) suas decisões são auto-executáveis nos territórios dos países signatários da Convenção de Washington, que criou o ICSID.

Por fim, o segundo capítulo tratou da definição da noção de investimento estrangeiro e indicou como o tipo de investimento considerado no presente trabalho, aquele de acordo com o teste *Salini*, que durou por determinado período de tempo, teve um regular retorno financeiro, elemento de risco, comprometimento substancial que significou uma contribuição ao desenvolvimento do Estado receptor.

O terceiro capítulo, intitulado 3 O Entendimento do ICSID quanto à Expropriação Lícita, teve por objetivo (a) conhecer a arbitragem internacional; (b) analisar a arbitragem internacional de investimentos do ICSID; (c) levantar os principais conflitos entre Investidor e Estado receptor de investimentos no que tange à expropriação; (d) estudar um precedente relevante do ICSID que abordasse expropriação; e (e) definir o entendimento de expropriação lícita para o ICSID.

Para tanto, averiguou-se a arbitragem internacional e suas modalidades, aprofundando-se na arbitragem internacional de investimentos que, por envolver um Estado soberano e uma parte privada, é considerada *sui generis*. Três aspectos diferenciam fundamentalmente a arbitragem de investimentos das demais: a matéria arbitrável, os sujeitos participantes (Estado e ente privado) e o direito aplicável.

Esse tipo peculiar de arbitragem é tratada no ICSID, uma instituição criada pelo Grupo Banco Mundial com o objetivo de providenciar um mecanismo que solucionasse as controvérsias sobre os investimentos, que fosse despolitizado, neutro e imparcial e que contribuísse para o aumento do fluxo de transferência de capital.

Observou-se que o ICSID firma-se cada vez mais como alternativa viável para a solução de conflitos entre investidor estrangeiro e Estado Receptor de investimentos. Entre essas discórdias, a proteção contra a expropriação ou medidas que a compensem são assuntos de maior relevância ao Direito Internacional dos Investimentos.

No item conflitos relativos à expropriação, foram apresentadas as modalidades de expropriação existentes (nacionalização, expropriação e confisco), assentando-se que elas podem ocorrer de forma direta, por ato normativo, ou indireta, em decorrência de outras ações que refletem na perda de propriedade. Para não desencadear uma responsabilização internacional do Estado, é necessário o cumprimento de determinados requisitos na expropriação: que ela vise a atender um interesse público, não seja discriminatória, seja acompanhada de indenização imediata, adequada e eficaz e respeite o devido processo legal.

O presente trabalho buscou compreender qual o entendimento que o Centro Internacional de Soluções de Controvérsias sobre Investimentos concede quanto ao cumprimento de tais requisitos, por parte dos Estados receptores de investimento, que são necessários para que uma tomada de propriedade não seja considerada ilegal. Para tanto, analisou-se os casos *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. República da Hungria* e *Compania de Aguas del Aconquija e Vivendi Universal v. República Argentina*, que, apesar de não terem sido considerados expropriações lícitas, foi possível averiguar a análise os requisitos.

A partir da análise dos casos responde-se a pergunta de pesquisa do presente trabalho monográfico constatando-se que a expropriação lícita para o ICSID é uma tomada de propriedade que detenha um efetivo e comprovado interesse público; realizada de forma não discriminatória em relação ao estrangeiro investidor, seja em relação ao tratamento concedido aos nacionais ou a outros estrangeiros; concedendo-se oportunidade ao investidor de manifestar-se e defender-se de acordo com os ditames do devido processo legal; e que exista em contrapartida compensação pela expropriação, nos termos previstos no tratado internacional de investimentos correspondente.

Verificou-se, ainda, que o Centro Internacional de Soluções de Disputas de Investimentos adotou um posicionamento tendente à proteção do investimento neste caso e observou-se uma aproximação na compreensão do tribunal arbitral

com os parâmetros de proteção ao investimento buscados pelos países que originam capital.

Porém observa-se que tal posicionamento decorre do objetivo central do ICSID, assim como do próprio Direito Internacional dos Investimentos, que é o incentivo ao fluxo de investimentos por meio de sua proteção, como exposto no decorrer do trabalho.

Contudo, essa possível tendência nas decisões pode resultar em críticas e descontentamento por parte de alguns Estados. Inclusive, após decisões contrárias aos interesses dos Estados, alguns países latino-americanos denunciaram a ratificação da Convenção de Washington (1965)⁵³.

Portanto, o que se pode concluir é que o sistema estruturado não é perfeito, mas é importante lembrar que a inexistência de um foro especializado no tema pode tornar soluções de conflitos mais complexas, ou inviáveis. Além do mais, um quadro jurídico-legal gerado a partir da ocorrência de diversas decisões arbitrais sobre disputas de investimento ao longo dos anos traz segurança jurídica às relações entre investidor e Estado receptor do investimento, o que é benéfico a ambas as partes.

É o que ocorre em relação à interpretação dos requisitos necessários à expropriação lícita. A partir da análise dos requisitos elencados, ilustrada por precedente do ICSID, foi possível verificar uma construção que indica qual comportamento que deve ser adotado por um Estado em caso de expropriação, para que não fira os acordos firmados com outros Estados e o Direito Internacional dos Investimentos.

Porém, caso haja uma expropriação considerada ilegal e a compensação não ocorra, a tendência é que o ICSID se posicione favoravelmente à proteção do investimento e ao investidor potencialmente lesado.

Diante do exposto, tem-se que o presente trabalho atendeu ao seu propósito, que era verificar como o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimento tem interpretado o cumprimento dos requisitos necessários a expropriação lícita prevista em Tratados Internacionais de

⁵³ A Bolívia foi o primeiro país a denunciar a ratificação da Convenção do ICSID, em 2 maio de 2007. Seguido pelo Equador, que, em um primeiro momento, denunciou parcialmente, notificando o Centro em 4 de dezembro de 2007 que não aceitaria submeter-se à jurisdição do ICSID em litígios relacionados à gestão de seus recursos naturais não-renováveis, como os recursos minerais e hidrocarbonetos. E, em 6 de Julho de 2009, o Equador denunciou totalmente. E a Venezuela, após diversas ameaças, denunciou a Convenção do ICSID em 24 de janeiro de 2012.

Investimento. Em especial, o caso *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. República da Hungria* escolhido para análise tratou de uma expropriação decorrente de um ato normativo expropriatório emitido pelo governo de um Estado receptor de investimento, ou seja, uma tomada de propriedade direta, na qual a perda do capital investido foi evidente.

Dessa forma, fica como sugestão para pesquisa futura a análise do entendimento que o ICSID tem concedido quanto à ocorrência ou não, e sob quais parâmetros, de expropriação indireta em razão de mudanças normativas internas decorrentes de acordos firmados em âmbito internacional, como por exemplo aqueles que envolvem questões ambientais, que venham a reduzir resultados econômicos de investimentos estrangeiros realizados em países receptores de investimento.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, C.E. do Nascimento E. **Manual de Direito Internacional Público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGREEMENT Between the Government of the Republic of Cyprus and The Government of the Hungarian People's Republic of Mutual Promotion And Protection of Investments. 24 maio 1989. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/hungary_cyprus.pdf>. Acesso em 10 maio 2014.

AGREEMENT Between the Argentine Republic and the Republic of France for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. 3 jul. 1991. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/ARG_France_f.pdf>. Acesso em 10 maio 2014.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 3 ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998. 151 p.

CONVENTION on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. 18 de mar. 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em 10 maio 2014.

COSTA, Larissa Maria Lima. **A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento**. 2006. 223 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, UFSC, Florianópolis, 2006.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Statut de la Cour**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

_____. **Anglo Iranian Oil Co. Case**. 22 jul. 1952. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>>. Acesso em: 31 mar 2014.

_____. **Serbian Loans Case**. 12 jul. 1929 Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AA_20/62_Emprints_Serbes_Arret.pdf>. Acesso em: 31 mar 2014.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. New York : Oxford University Press , 2008, 433 p.

DINH, Nguyen, DAILLER, Patrick, PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1999.

DORNELLES, Bárbara. **Resolução de Litígios em Matéria de Investimentos Estrangeiros: Impactos na América Latina do Laudo Pirâmides e AAPL v. Sri Lanka**. A Questão do Consentimento do Estado na Arbitragem do ICSID. 2009. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, UFSC, Florianópolis, 2009

FAVARO, Luciano Monti. OS SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, v. 1, n. 2, 2011.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Balance of Payments Manual**. New York: IMF, 5ª Ed., 1993.

GENTIL, Patrícia. Fontes do Direito. **Revista do Curso de Direito da Faculdade da Campo Limpo Paulista**, v. 6, Porto Alegre: IOB, 2008, Pp. 35 - 41.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, 120 p.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1994. 207 p.

GÓMEZ, Kátia Fach. **Latin America and ICSID: David versus Goliath?** Research Paper, University of Zaragoza, Zaragoza, 2010. 49 p.

HAMILTON, Jonathan C. **A Decade of Latin American Investment Arbitration**. In: CARBONNEAU, Thomas E.; MOURRA, Mary H. *Latin American Investment Treaty Arbitration: The Conflicts And Controversies*. Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn, 2008. Pp. 69-82. 224 p.

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**. Part B. 1965. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. vs. República da Eslováquia**. ICSID CASE No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction. 24 maio 1999. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0146_0.pdf> Acesso em: 19 abr. 2014.

_____. **Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. vs. Reino de Marrocos**. ICSID Case No. ARB/00/4 Decision on Jurisdiction. 23 jul de 2001. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

_____. **ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary**. ICSID Case No. ARB/03/16, Award. 2 out 2006a. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

_____. **ICSID Convention, Regulations and Rules. 2006b**. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em 20 abr. 2014.

_____. **Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/97/3, Award. 20 Ago. 2007. Disponível em: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/VivendiAwardEnglish.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2013.

_____. **ICSID Caseload - Statistics (Issue 2013-1)**, Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English41>>. Acesso em: 24 Dez. 2013.

_____. **List of Contracting States and other Signatories of the Convention**. Disponível em: < <https://icsid.worldbank.org>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Lisboa: Europa-América, 1994.

JUILLARD, Patrick. **L'évolution des Sources du Droit des Investissements**. In: Collected Courses of the Hague Academy of International Law 250. Martinus Nijhoff Publishers, 1994. 216 p.

KAHN, Philippe. **Les définitions de l'investissement international**. In: SOREL, Jean- Marc. Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle : en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard. Paris: Pedone, 2009. p. 11- 16.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. **O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros**. In: Di Sena Júnior, Roberto and Costa Sousa Cherem, Mônica Teresa, (eds.) Comércio internacional e desenvolvimento: uma perspectiva Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156-187.

LITRENTO, Oliveiros. **Curso de direito internacional público**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LUIS, Daniel Tavela. **Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MANIRUZZAMAN, A. F. M., **Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law or Foreign Investment: An Overview**. In: Journal of Transnational Law & Policy, Vol. 8, No. 2, 1998, p. 57-78.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1993.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, vol. 1, 15ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007.

MULTILATERAL INVESTMENT GUARANTEE AGENCY CONVENTION. 2010. Disponível em: <http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf>. Acesso em: 05 Arb. 2014.

MOREIRA, Luiz Carlos Lopes; LECH, Marcelo Mendes. **Manual de direito internacional público**. Canoas: Ed. ULBRA, 2004. 136 p.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **History**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/>>. Acesso em 20 abr. 2014.

_____. **The Multilateral Agreement On Investment Draft Consolidated Text, OCDE, Daffe/Mai(98)7/Rev1**. 22 abr. 1998. Disponível em: <<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>> Acesso em: 23 abr. 2014

REINISCH, August. **Recent Developments in International Investment Law**. Paris: Pedone, 2009, 81 p.

REZEK, J. F. (1998). **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2002

RUIZ, João Álvaro. **Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos**. 4 ed. São Paulo: Atlas S. A. 1996. 177 p.

SACERDOTI, Giorgio. **Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investments Protection**. In: Recueil des Cours, 1997, pp. 251-460.

SERRA, António M. de Almeida. **Glossário de termos sobre estabilização conjuntural, ajustamento estrutural e outros temas económicos**. 2003. Disponível em: <<http://www.iseg.utl.pt/disciplinas/mestrados/dci/dcipedgloss.htm>>. Acesso em: 31 abr. 2014.

SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**, 3ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 524 p.

STERN, Brigitte. **O Contencioso dos Investimentos Internacionais**. Manole: Barueri, 2003. 142 p.

THE PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **Case concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (The Merits), The government of Germany versus The Government of the Polish Republic. 13 sept 1928**. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf>. Acesso em: 05 Arb. 2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II: Scope and Definition (A sequel)**. Nova York e Genebra: UNCTAD, 2011. 149 p

_____. **UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II: Expropriation (A sequel)**. Nova York e Genebra: UNCTAD, 2012. 181 p

U.S. MODEL BILATERAL INVESTMENT TREATY (2012). Disponível em: <<http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>>. Acesso em 27 Abr. 2014.

VALENTI, Mara. **An Overview of the International Law of Foreign Investments**. In: CICCHETTI, Anna; FROSINI, Justin O.; GOLLA, Marcella. *Public Law and Regulation: Collected Essays*. Dogana: Maggioli, 2011.

VARELA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VEEDER, V. V. (1998) **The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas**. *International and Comparative Law Quarterly*, 47, pp 747-792.

VELOSO, Paulo Potiara. **Investimentos Estrangeiros Diretos Face à Ética da Responsabilidade de Hans Jonas: Os Paradoxos das Políticas de Atração**. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, UFSC, Florianópolis, 2006

VELOSO, P. P.; SALLES, A. L.. **Jurisdições Internacionais Sobre Investimentos: O ICSID**. In: 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2011, Brasília. *Direito Internacional: Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, 2011. v. 1. p. 104-114.

THE WORLD BANK. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/>>. Acesso em: 20 mai. 2014.