

RECEBIDO EM: 23/05/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

# **UM NOVO CENTRO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM INVESTIMENTOS PARA A AMÉRICA DO SUL: BALANCEANDO INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS**

***A NEW CENTRE OF SETTLEMENT OF DISPUTES IN INVESTMENTS  
FOR SOUTH AMERICA: BALANCING PUBIC AND PRIVATE  
INTERESTS***

*Ana Rachel Freitas da Silva*

*Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub).*

*Visiting Scholar na American University Washington College of Law. Mestre em  
Direito das Relações Internacionais pelo UniCeub.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A experiência latino americana: breve histórico; 2 Algumas discussões no âmbito da UNASUL; 3 Limitações de uma reforma processual. 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Vários países da América do Sul demonstram insatisfação com os atuais sistemas de solução de controvérsias de investimentos, em especial, o ICSID. Limitações para a defesa de interesses públicos, inconsistência das decisões, interpretações extensivas das proteções e altos custos colocam em cheque o equilíbrio entre Estados e investidores. Tais críticas estão na base dos esforços dos países da UNASUL para criar um novo centro de solução de controvérsias de investimentos. O presente artigo tem o objetivo de informar e discutir algumas propostas gerais em negociação na UNASUL, sob a perspectiva do equilíbrio entre interesses de Estados e investidores. As propostas incluem ampliação da jurisdição para controvérsias entre Estados, mecanismos de prevenção de controvérsias e a possibilidade de apelação. O texto discute como tais propostas podem representar uma resposta aos problemas dos modelos atuais, com a limitação de que se tratam de reformas processuais. Concluimos que as mudanças podem ser úteis, contudo, o balanceamento dos interesses públicos e privados passa por uma reforma dos tratados vigentes e um debate conceitual sobre a inserção do chamado Direito Internacional dos Investimentos no Direito Internacional Público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Investimento. Controvérsia. Arbitragem. UNASUL. CIRDI.

**ABSTRACT:** Several countries in South America are dissatisfied with the actual investment dispute settlement institutions, specially, ICSID. Limitations in defending public interests, decision's inconsistency, restricted interpretations on the protections and high costs raise doubt about the balance between States and investors. This criticism is the base of the USAN Members' efforts to create a new Centre of Settlement for Disputes in Investments. This article aims to inform and discuss some propositions that are being negotiated in USAN, considering the balance between the States and investors interests. These propositions include the admission of controversies between the States, prevention of disputes and appellation. The text discuss how these propositions can be an answer for the model's imbalance, considering the limitations of proceeding's changes. We conclude that these changes can be useful. However, the reestablishment of the balance between public's and private's interests demands a reform on the treats model and a conceptual debate about the insertion of International Investment Law in International Law.

**KEYWORDS:** Investment. Dispute. Arbitration. USAN. ICSID.

## INTRODUÇÃO

Em 24 de novembro de 2010, o Conselho de Chefes de Estado e de Governo da União das Nações Sul Americanas (UNASUL) determinou a criação de um grupo de trabalho para elaborar o Acordo Constitutivo do Centro de Solução de Controvérsias em Matéria de Investimentos da UNASUL (Centro ou Tribunal da UNASUL). Muitos países em desenvolvimento têm se queixado dos sistemas atuais de solução de controvérsias, em especial, o do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (CIRDI ou ICSID, em inglês), por desconsiderar o interesse público. São ainda mencionadas a falta de transparência, de uniformidade e previsibilidade das decisões, a desconsideração de questões importantes como meio ambiente e saúde pública, os altos custos da defesa suportada pelos Estados, agravadas pelo fato de não serem admitidos como demandantes, falta de credibilidade quanto aos mecanismos de *enforcement* das decisões, entre outros<sup>1</sup>.

Vários países da América do Sul já demonstraram sua insatisfação e desconfiança em relação às decisões de tribunais arbitrais constituídos no âmbito do ICSID. De fato, essa postura questionadora frente ao capital estrangeiro não é nova para os países latino americanos. Discursos em favor da soberania sobre os recursos naturais, doutrina Calvo, oposição à criação do ICSID são evidências do dilema: como manter a atratividade para os investimentos estrangeiros e prover espaços para decisões políticas que assegurem a defesa dos recursos nacionais.

Contudo, após decisões adjudicando indenizações milionárias a investidores estrangeiros, a resistência parece ter se agravado. Bolívia, Venezuela e Equador denunciaram a Convenção do ICSID e não mais pertencem à instituição. A rejeição do ICSID, entretanto, não significou a derrogação dos benefícios aos investidores. Na impossibilidade de utilizar o ICSID, era preciso apresentar alternativas aos investidores. Nesse contexto foi proposta a criação de um Tribunal da UNASUL, que ambiciona converter-se em um novo paradigma para as controvérsias de investimentos.

As negociações não foram concluídas, porém, o interesse em regular a balança parece ser a tônica do grupo. Considerando a desproporção na distribuição de direitos e obrigações de Estados e investidores presente

---

1 Cf. GOMEZ, K. F. *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* Research Paper, University of Zaragoza, Zaragoza, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1708325>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

nos tratados, as propostas para a arbitragem no âmbito da UNASUL buscam restabelecer o equilíbrio em favor dos Estados, pelo menos do ponto de vista processual.

O conhecimento e a inserção do Brasil nesse debate são essenciais para o sucesso da iniciativa. O país representa a maior economia do grupo, recebendo e realizando um volume considerável de investimentos. Os recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos brasileiros incluem a arbitragem entre Estados como mecanismo de solução de controvérsias. O Tribunal da UNASUL poderá ser uma opção para essas arbitragens.

O presente artigo busca discutir a iniciativa sul-americana de criar um centro de solução de controvérsias em contraposição ao ICSID. Inicialmente, traçaremos um breve panorama do debate histórico sobre o tratamento a ser oferecido aos investidores estrangeiros por países em desenvolvimento. Num segundo momento, indicaremos alguns problemas enfrentados pelo modelo atual e possíveis alternativas apresentadas nas negociações da UNASUL. No último tópico, discutiremos os desafios a serem enfrentados pelo novo Centro, diante das inovações pretendidas. Concluímos que o equilíbrio entre interesse públicos e privados demanda não apenas uma reforma processual. Além da renegociação dos direitos substantivos previstos nos acordos vigentes, uma mudança no paradigma da arbitragem internacional de investimentos passa pela reconciliação com o Direito Internacional Público.

## 1 A EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA: BREVE HISTÓRICO

Os países latino-americanos, historicamente, têm oscilado entre uma atitude tolerante em relação aos anseios dos investidores por maior proteção e um discurso protecionista de limitação da participação estrangeira na economia nacional. Se, por um lado, reputavam importante assegurar o ingresso de capitais estrangeiros, oferecendo, para isso, maiores proteções aos investidores, por outro lado, tentavam assegurar certo controle sobre recursos e áreas consideradas estratégicas. A resistência à adoção de standards internacionais de proteção aos investimentos estrangeiros foi sintetizada nos trabalhos do Ministro de Relações Internacionais da Argentina Carlos Calvo, para quem “estrangeiros que se estabeleceram em um país detém os mesmos direitos de proteção dos nacionais, mas não podem pleitear medidas de maior proteção”<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> No original “aliens who established themselves in a country are certainly entitled to the same rights of protection as nationals, but they cannot claim any greater measure of protection”. (Cf. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2010. p.21.

A aproximação dos países em desenvolvimento no pós II Guerra Mundial fez ecoar a insatisfação destes com seu papel num cenário de bipolaridade. Tais países ansiavam tomar as rédeas para garantir seu próprio desenvolvimento econômico, proclamando uma Nova Ordem Econômica Internacional<sup>3</sup>. Tal postura teve repercussões no tratamento do capital estrangeiro, com afirmação da soberania permanente sobre os recursos naturais<sup>4</sup>. Países latino americanos, cientes de que seus recursos naturais despertavam o interesse estrangeiro, não estavam dispostos a oferecer garantias adicionais aos investidores.

Em meio a essas discussões, foi gestado, negociado e criado o ICSID. Trata-se de organização internacional com objetivo de proporcionar os meios de conciliação e arbitragem para controvérsias relacionadas a investimentos entre Estados e nacionais de Estados partes da Convenção, conforme disposto no art. 1º da Convenção de Washington<sup>5</sup>. O processo de criação foi controvertido, acusado de antidemocrático<sup>6</sup>. Os países latino americanos demonstraram, em vários momentos, sua insatisfação. Um dos momentos marcantes ficou conhecido como “o não de Tóquio”, em que os países votaram em bloco contrariamente à Resolução nº 214, que autorizava a continuação dos trabalhos de negociação do ICSID pelos Diretores Executivos do Banco Mundial<sup>7</sup>.

3 A Nova Ordem Econômica Internacional foi inaugurada com as Resoluções adotadas pela Assembleia Geral da ONU na VI Sessão Especial em 1974, englobando a “Declaração sobre o Estabelecimento de Nova Ordem Econômica Internacional” e o “Programa de Ação sobre o Estabelecimento de Nova Ordem Econômica Internacional”. Disponível em: <<http://research.un.org/es/docs/ga/quick/special>>.

4 CANÇADO TRINDADE, A. A. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). *Revista de Informação Legislativa* v. 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984. Suplemento, 01/1984. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/186371/000406294.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 06 de julho de 2015.

5 CONVENTION on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Washington, 1965. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf)>. Acesso em: 06 de agosto de 2015.

6 O projeto preliminar da Convenção foi preparado por Diretores Executivos do Banco Mundial com consultas a especialistas dos Estados membros. A Resolução nº 214, de 10 de setembro de 1964, aprovou o Relatório dos Diretores Executivos e solicitou a estes a elaboração de uma Convenção. A adoção de textos não consensuais levou em consideração o número de votos atribuídos a cada país, proporcional à participação no capital do Banco. (RAMINA, L. Entre democracia e diretório nas relações internacionais: a Criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados – CIRDI a Oposição dos Estados Latino-Americanos e o Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos. *Revista Jurídica do Centro Universitário de Curitiba*, v. 4, n. 37 (2014), p. 285-312. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/418/323>>. Acesso em: 06 de julho de 2015.)

7 Cf. RAMINA, L. Entre democracia e direito nas relações internacionais: a Criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de

Contudo, após essa rejeição inicial, nos anos 80 assistimos uma mudança no posicionamento dos países da região. A aparente coesão do bloco e seu discurso protecionista deram lugar a uma postura mais competitiva pelos capitais estrangeiros. Nas décadas de 80 e 90 foram assinados cerca de 260 Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (APPIs) pelos países sul-americanos<sup>8</sup>. Além disso, dos 12 países membros da UNASUL, 10 se tornaram membros do ICSID<sup>9</sup>. O poder dos APPIs de atrair capital estrangeiro passou a ser o discurso dominante. Os países latino-americanos se esforçavam para demonstrar seu compromisso com o capital estrangeiro - *credible commitment toward foreign investment*.<sup>10</sup>

As conseqüências dessa corrida para firmar APPIs só foram sentidas após alguns anos, quando os países em desenvolvimento começaram a enfrentar dezenas de processos no ICSID. Publicação com as estatísticas oficiais daquela instituição, edição de 2015, consignou que a América do Sul ocupa o primeiro lugar entre os demandados, respondendo a 26% dos casos registrados sob a Convenção do ICSID e o Mecanismo Adicional<sup>11</sup>. Nesses números, Argentina e Venezuela são os países que enfrentaram mais demandas, com 51 e 39 casos respectivamente<sup>12</sup>. De acordo com dados da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), aproximadamente três quartos de todas as demandas de investimentos conhecidas até o ano de 2013 foram contra países em

---

outros Estados – CIRD, a Oposição dos Estados Latino-Americanos e o Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos. *Revista Jurídica do Centro Universitário de Curitiba*, v. 4, n. 37, p. 285-312. 2014. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/418/323>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

8 Dados disponíveis no site da UNCTAD: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu>>.

9 Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=AtoE&rdo=BOTH>>.

10 O papel dos Acordos de Investimentos na atração de investimentos estrangeiros é controverso. Publicação da UNCTAD, de 2009, faz um apanhado dos estudos econométricos mais importantes realizados até aquela data sobre o assunto. As conclusões são contraditórias, ora indicando uma contribuição positiva, ora reconhecendo a impossibilidade de fazer essa relação entre as duas variáveis. Em suma, após apresentar os resultados desses estudos, o documento elaborado pela UNCTAD elenca os Acordos Internacionais de Investimentos entre os elementos que influenciam as decisões sobre onde investir, indicando que outras variáveis podem ser, inclusive, mais importantes nesse processo. (Cf. UNCTAD. *The role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*. New York and Geneva, 2009. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/diaeia20095\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeia20095_en.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2014).

11 ICSID, The Icsid Caseload – Statistics (Issue 2015-1). Available at: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)\\_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf)>.

12 Ibidem.

desenvolvimento. Em 85% dos casos, o autor da ação tinha nacionalidade de um país desenvolvido<sup>13</sup>.

As obrigações assumidas com os APPIs passaram a ser vistas como demasiado custosas para os Estados. Ganhavam espaço os questionamentos a respeito do custo-benefício destes acordos, tendo em vista o estreitamento do espaço de decisão estatal que essas obrigações impunham. Além disso, reacendiam as dúvidas quanto ao potencial dos APPIs para garantir a entrada e a permanência dos capitais internacionais<sup>14</sup>.

As relações entre a América do Sul e o ICSID ficaram ainda mais balançadas nos últimos anos. O Brasil, como maior economia da região, não ratificou a Convenção do ICSID, tampouco qualquer APPI previamente assinado, mantendo-se fora das arbitragens internacionais de investimentos. Bolívia, Equador e Venezuela denunciaram o tratado e a Argentina tem enfrentado dificuldades para cumprir as decisões arbitrais. Ademais, a experiência geral no ICSID resultaria numa dificuldade de conciliar os compromissos internacionais com uma recuperação do discurso nacionalista<sup>15</sup>.

As críticas ao ICSID incluem: falta de estrutura financeira e administrativa para responder ao número crescente de demandas, relação umbilical com o Banco Mundial com possibilidade de interferências deste último, altos custos na contratação de escritórios especializados, atenção inadequada dos árbitros para interesses não-comerciais como saúde e meio-ambiente, viés pró-investidor, decisões díspares de diferentes tribunais analisando casos semelhantes, não reconhecimento de situações econômicas excepcionais, impossibilidade de apelação, possibilidade de recurso apenas em casos excepcionais, problemas na execução e cumprimento dos laudos<sup>16</sup>.

13 UNCTAD. *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, nº 1, April 2014.

Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2015.

14 Professor Guzman realizou um estudo interessante sobre os motivadores para a corrida para assinatura dos APPIs pelos países em desenvolvimento. Sua análise sugere que a mudança de comportamento desses países se deve, principalmente, pelo acirramento da competição. Quando alguns assinaram os primeiros acordos, outros países em desenvolvimento, temerosos de perder investimentos estrangeiros, corriam para conceder condições iguais ou até mais favoráveis para investidores. GUZMAN, A. Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Berkeley Law Scholarship Repository*, 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1903&context=facpubs>>. Acesso em: 05 set. 2014.

15 Cf. GOMEZ, K. F. *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* Research Paper, University of Zaragoza, Zaragoza, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1708325>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

16 *Ibidem*.

As reclamações de alguns países com relação às decisões arbitrais condenatórias, somadas às críticas enumeradas acima, fomentaram a busca por alternativas. Uma instituição arbitral que pudesse ser desenhada por países em desenvolvimento se apresentou uma opção atraente. Os Estados esperavam que seus interesses pudessem ter maior peso na balança do Tribunal da UNASUL.

## 2 ALGUMAS DISCUSSÕES NO ÂMBITO DA UNASUL

Por ocasião da 39ª Sessão da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em maio de 2008, Equador ofereceu uma proposta para criação de um centro de mediação e arbitragem para disputas internacionais de investimentos. Em novembro de 2010, o Conselho de Chefes de Estado e de Governo da União de Nações Sulamericanas (UNASUL) emitiu declaração instituindo um Grupo de Trabalho, do qual participariam especialistas indicados pelos Estados membros, com vistas a tratar da constituição do Centro de Solução de Controvérsias em matéria de investimentos, Centro de Assessoria Legal em matéria de investimentos e um Código Conduta para os membros dos Tribunais Arbitrais<sup>17</sup>.

As negociações estão em andamento e boa parte do texto foi acordado. Contudo, a ausência de reuniões no ano de 2015 e as mudanças nos governos dos países membros podem alterar o curso das negociações. A proposta inicial de um Centro de Assessoria Legal foi abandonada, remanescendo a ideia de um centro especializado em solução de controvérsias de investimentos. As reuniões de 2014 ocorreram na cidade de Quito, sob a presidência *pro tempore* do Equador.

Os países da região, com exceção de Brasil e Suriname, possuem experiência no contencioso de investimentos. O modelo ICSID tem sido utilizado como parâmetro para discussão do novo Centro, contudo, parece haver consenso de que o modelo regional não deve reproduzir *ipsis literis* as disposições da Convenção de Washington. Ao contrário, os países sul-americanos buscam construir alternativas que possam resolver, ou pelo menos minimizar os problemas do ICSID.

O pilar principal dessa nova concepção se encontra, sem dúvida, na necessidade de balancear interesses de investidores e dos Estados,

17 UNASUR. *Declaración del Consejo de Jefas e Jefes de Estado y de Gobierno de La Unión de Naciones Suramericanas de 26 de noviembre de 2010*. Disponível em: <<http://docs.unasursg.org/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/6f61367a-84b0-4b2e-9ced-fa7a1d85d717/UNASUR-CO-JEG-DEC-10-0006.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014.



resguardando, para estes últimos, maior espaço para adoção de políticas públicas. Esse último argumento, inclusive, tem orientado a confecção dos recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) negociados pelo Brasil<sup>18</sup>.

Uma das questões iniciais colocadas pelos negociadores da UNASUL refere-se à abrangência que se pretende dar ao Centro. A definição das pretensões jurisdicionais pode determinar se este atenderá apenas aos membros da UNASUL ou se receberá demandas de países não membros do bloco. A abertura para participação de terceiros países pode fortalecer o Centro como alternativa aos sistemas existentes, ampliando a quantidade de demandas que podem ser objeto de apreciação. Alguns países do bloco, como Brasil, Suriname, Venezuela, Bolívia e Equador não são membros do ICSID e poderão utilizar o Centro da UNASUL para resolver suas demandas com terceiros países. Por outro lado, devem ser considerados os custos envolvidos na criação e manutenção do Centro. Grandes projetos, em geral, envolvem grandes orçamentos. A abertura gradual pode ser uma alternativa para que o Centro possa ampliar suas competências à medida que se fortalece e ganha confiança internacional.

A abrangência da jurisdição envolve, ainda, a definição de que tipo de controvérsia pode ser apreciada. As controvérsias tradicionais, envolvendo investidores e Estados, parecem ser a escolha natural. Contudo, algumas novidades podem ser pleiteadas. Nos referimos às controvérsias entre Estados. Os novos modelos de ACFI negociados pelo Brasil, por exemplo, incluem a solução de controvérsias Estado-Estado<sup>19</sup>.

As controvérsias entre Estados envolvem, tradicionalmente, a interpretação e aplicação dos tratados. Contudo, existem outras hipóteses que podem ser contempladas no Centro da UNASUL. Casos de arbitragem Estado-Estado envolvem: 1) controvérsias sobre a correta interpretação de acordos de investimento; 2) proteção diplomática feita por Estados buscando compensação em lugar de seus investidores; e 3) requerimentos declaratórios

---

18 Até a presente data, o Brasil assinou seis Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos. Em 30/03/2015 foi assinado o acordo com Moçambique, em 01/04/2015 foi assinado o acordo com Angola e em 26/05/2015 foi assinado o acordo com o México. O acordo com a Colômbia foi assinado em 09/10/2015 e com o Chile foi assinado em 24/11/2015. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/27#iiaInnerMenu>>.

19 O artigo 19.1 do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos assinado com o México em 26/05/2015 prevê que “qualquer das Partes poderá recorrer à arbitragem entre os Estados, uma vez que tenha sido esgotado o procedimento previsto no parágrafo 3 do Artigo 18, sem que o litígio tenha sido resolvido”.

sobre a violação ou não de um tratado<sup>20</sup>. A arbitragem no ICSID se mostra muito restritiva, não admitindo controvérsias entre Estados<sup>21</sup>.

Além de não incluir a arbitragem entre Estados, as decisões arbitrais limitam a atuação dos Estados como autores ou reconvintes nas demandas<sup>22</sup>. A primeira dificuldade seria a necessidade de comprovar que o investidor consentiu com a arbitragem. Mesmo em caso de reconvenção, algumas decisões não consideram que seria suficiente o ingresso do investidor com a ação principal para caracterizar o consentimento.<sup>23</sup>

Outro argumento contrário à reconvenção refere-se à base das alegações do Estado. Muitas questões trazidas pelos Estados para impedir ou mitigar o pagamento de indenização têm relação com as obrigações do investidor contidas nos contratos ou previstas na legislação nacional do Estado anfitrião e não poderiam ser examinadas pelos tribunais arbitrais<sup>24</sup>.

O Tratado Constitutivo do Centro deve tratar da reconvenção. Ela possibilita que o árbitro tenha conhecimento de outros fatos relacionados ao pleito. Permite eficiência processual com o julgamento conjunto das demandas conexas, maior legitimidade para o sistema uma vez que Estados e investidores terão oportunidades iguais para apresentar suas demandas e fortalece o Estado de Direito (*rule of law*). Contudo, a menção expressa ao instituto processual não garante, por si só, o sucesso dos Estados enquanto demandantes. Os acordos de investimentos e sua interpretação pelos árbitros poderão restringir ou ampliar o conteúdo das demandas.

---

20 Cf. ROBERTS, A. State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority. *Harvard International Law Journal*, v. 55, 2014. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2315078](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2315078)>. Acesso em: 11 maio 2015.

21 A Convenção de Washington em seu art. 25 (1) limita sua jurisdição a controvérsias entre Estados e nacionais de outros Estados, proibindo a proteção diplomática em seu art. 27.

22 Ao analisar as demandas do Estado reconvinte no caso Roussalis versus Romênia, o Tribunal entendeu que, por não conter obrigações para os investidores, o APPI não permitiria a reconvenção: "as mentioned above, the BIT imposes no obligations on investors, only on contracting States. Therefore, where the BIT does specify that the applicable law is the BIT itself, counterclaims fall outside the tribunal's jurisdiction" (ICSID. Spirydon Roussalis v. Romania. *ICSID Case N°ARB/06/1*. Award of December, 07 2011. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2015).

23 Cf. BJORKLUND, Andrea K. The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law. *Lewis & Clark Law Review*, v. 17:2, 2012. Disponível em: <<http://law.lclark.edu/live/files/12556-2012-fall-forumbjorklund-paper>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

24 *Ibidem*.

Outro tema que tem sido discutido pelo GT formado na UNASUL é a utilização de meios alternativos à arbitragem na solução de conflitos em investimentos. Apesar da conciliação constar entre os mecanismos do ICSID, ela tem sido pouco utilizada e pouco efetiva. Dos oito casos, registrados na base do ICSID, submetidos à conciliação e concluídos, apenas dois casos resultaram em acordo entre as partes<sup>25</sup>. O fortalecimento da conciliação e a busca por alternativas para a prevenção de controvérsias têm sido defendidos pelo Brasil nas reuniões.

Uma das propostas para a prevenção de controvérsias é a facilitação, um misto de mediação e assessoria técnica. A instituição de um local neutro, onde as partes podem conversar e contar com a ajuda de especialistas, pode reduzir o grau de litigiosidade. Além do viés conciliatório, a facilitação pode ajudar a delimitar os pontos controvertidos, auxiliando as partes na tomada de decisão a respeito da arbitragem. Impede ainda, que sejam instauradas arbitragens desgastantes e custosas. Outra possibilidade seria a obrigatoriedade de realizar consultas ou tentar a conciliação como condição de acesso à arbitragem.

Sobre esse tema, apenas a título de ilustração, citamos os institutos para prevenção de controvérsias presentes nos ACFIs brasileiros<sup>26</sup>. Os acordos assinados pelo Brasil contém a figura de um ponto focal em cada país, responsável por receber as demandas de investidores da outra parte. Além disso, os acordos preveem a apresentação obrigatória da controvérsia a um Comitê Conjunto, formado por representantes das Partes, antes do início da arbitragem. Tais iniciativas são positivas para a prevenção e a solução de controvérsias. Se existe interesse dos envolvidos na continuidade dos investimentos, não faz sentido acirrar os ânimos em disputas judiciais.

As propostas para a constituição do Centro da UNASUL também incluem a preocupação com a neutralidade e a independência dos árbitros. Os negociadores estão cientes de que a confiança no Centro depende, em grande parte, dessas garantias. Para isso, é necessário que o Centro conte

---

25 Disponível no sítio eletrônico do ICSID <<https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx?cs=CD28&cte=CD19>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

26 O ACFI firmado entre Brasil e México trata da prevenção de controvérsias em seu artigo 18, com a participação do Ponto Focal e do Comitê Conjunto. Segundo o artigo citado:

1. Os Pontos Focais ou "Ombudsmen" atuarão articuladamente entre si e com o Comitê Conjunto de forma a prevenir, gerir e resolver as controvérsias entre as Partes.
2. Antes de iniciar eventual procedimento arbitral, em conformidade com o Artigo 19 do presente Acordo, qualquer disputa entre as Partes deverá ser avaliada por meio de consultas e negociações entre as Partes e será previamente examinada pelo Comitê Conjunto.

com procedimentos eficientes que permitam o conhecimento a respeito de fatos que possam causar impedimento ou suspeição dos árbitros e a possibilidade de recusa desses árbitros.

O sistema ICSID permite que as partes indiquem fatos que impliquem em suspeição, mas não indica que situações seriam passíveis de questionamento, deixando aberto para que o próprio Tribunal decida (art. 57 da Convenção de Washington<sup>27</sup>). A interpretação, dada pelo Tribunal, tem exigido que a parte que argui a suspeição comprove fatos que tornem óbvio ou altamente provável que o árbitro não possa agir com independência e imparcialidade no julgamento<sup>28</sup>. O Caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A e Vivendi Universal S.A versus Argentina* ilustra a interpretação estrita em casos de conflito de interesse. No caso mencionado, um dos árbitros teria sido membro do Comitê de Diretores de um banco que possuía investimentos nas empresas reclamantes. O mesmo banco que remunerou o árbitro por ocasião de sua participação no Comitê seria terceiro interessado no sucesso da demanda das empresas autoras. O Tribunal arbitral não acatou os argumentos do reclamado que colocavam em dúvida a imparcialidade de um dos árbitros.<sup>29</sup>

A qualificação dos árbitros e possíveis conflitos de interesse devem ser analisados com seriedade. Pesquisas sobre o perfil dos árbitros de investimentos revelam a existência de um grupo restrito, que serve alternadamente como árbitro e como consultor jurídico das partes envolvidas<sup>30</sup>. O tratado que criar o Centro pode cuidar mais detalhadamente das hipóteses de recusa, sem que se exija comprovação exaustiva da parte que alega. É claro que alegações meramente protelatórias devem ser

---

27 Article 57. A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. A party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of an arbitrator on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Section 2 of Chapter IV.

28 Cf. FIEZZONI, S. K. The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration. *Beijing Law Review*, 2011, 2, 134-144. Disponível em: <[www.scirp.org/journal/PaperDownload.aspx?paperID=7722](http://www.scirp.org/journal/PaperDownload.aspx?paperID=7722)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

29 Cf. ICSID. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A.S.A. versus The Argentine Republic*, ARB/03/17, Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 2008. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0812.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

30 Cf. PAUWELYN, J. *WTO Panelists are from Mars, ICSID Arbitrator are from Venus: Why and Does It Matter?* April 2015. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2549050](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549050)>. Acesso em: 10 jul. 2015.

desestimuladas, mas fortes indícios de conflito de interesse podem ser suficientes para a substituição dos árbitros.

Além de ampliar as hipóteses de recusa nos casos específicos, algumas propostas permitiriam a recusa de árbitros potenciais, que poderiam ser barrados das listas de árbitros da instituição. Tais sugestões devem ser examinadas com muita cautela porque tem impacto direto nos casos em que as partes não chegam a um consenso em relação à nomeação dos árbitros. Nesses casos, o presidente da instituição poderia ser chamado para indicar o terceiro árbitro dentro aqueles indicados na lista. Uma recusa de árbitros potenciais não se baseia no conflito de interesses no caso concreto. Ela pode ser usada para favorecer árbitros com viés pró Estado e com isso suscitar desconfianças dos investidores quanto à imparcialidade das decisões.

Outra preocupação dos negociadores do Centro da UNASUL é quanto à previsibilidade e uniformidade das decisões. Uma das maiores críticas ao sistema ICSID é a existência de decisões contraditórias sobre assuntos relacionados. Um dos exemplos icônicos é o caso argentino, em que se discutia a caracterização de estado de necessidade. Durante a crise financeira dos anos 2000, a mudança da política econômica, que previa a paridade do peso com o dólar, levou muitos investidores a buscar indenizações junto ao ICSID. Só para citar um exemplo, no caso *CMS v. Argentina*, o Tribunal entendeu que não prevaleceu o estado de necessidade porque apesar da crise ter sido severa, não foi o suficiente para caracterizar estado de necessidade<sup>31</sup>. Menos de um ano depois, contudo, outra arbitragem no ICSID julgou a demanda da *LG&E Energy Corp.* e entendeu que a situação argentina atingiu o nível de estado de necessidade, excluindo a responsabilidade do Estado<sup>32</sup>. Esse é apenas um exemplo da fragmentação do direito dos investimentos<sup>33</sup>.

---

31 Cf. ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ARB/01//8, Award of May 2005, 44 ILM 1205, 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/documents/290>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

32 Cf. ICSID. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, ILM 40, 2007. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/documents/623>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

33 Cf. REINISCH, August. *The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration*. In: *International Law between Universalism and Fragmentation - Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, J. Crawford/A. Pellet/I. Buffard/S. Wittich* (eds.), page(s): 107-125 2008.

A consistência das decisões pode ser materializada de duas formas: vertical e horizontal<sup>34</sup>. Nenhuma dessas opções está disponível no ICSID. A consistência vertical parte da premissa de uma hierarquia, em que a interpretação é realizada por instâncias com diferentes graus de autoridade. As cortes com maior hierarquia podem reinterpretar assuntos decididos por outras instâncias. Essa consistência se realiza pelos níveis de recurso<sup>35</sup>.

A consistência horizontal, por outro lado, não pressupõe níveis de decisão hierarquizados. Assegura que os direitos e obrigações permaneçam idênticos e universais no tempo, ainda que os casos sejam diferentes e as circunstâncias variem. Um julgamento se utilizará da mesma interpretação dada a um caso semelhante, já que as decisões estão vinculadas ao precedente<sup>36</sup>.

Alternativas para resolver o problema de inconsistência e integridade das decisões têm sido discutidas no âmbito da UNASUL. O recurso de apelação parece ser uma possibilidade. Como o tratado ainda está em discussão, é possível inserir o recurso sem grandes problemas, diferentemente do que acontece atualmente com o ICSID<sup>37</sup>.

A apelação no Centro de Solução de Controvérsias da UNASUL deve ser limitada a questões de direito, nos moldes do que ocorre com o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio. Entretanto, o assunto é objeto de discussões e parece não encontrar consenso entre os membros sobre o melhor modelo: julgamento por um corpo permanente ou por comissões *ad hoc*. Argumentos favoráveis à constituição de um corpo permanente apontam a consolidação da jurisprudência com reflexo na consistência e previsibilidade das decisões. Elencam ainda, a maior independência dos árbitros, que farão jus a um mandato e não estariam comprometidos com as partes que os elegeram para o caso.

34 Cf. GAL-OR, Noemi. The Concept of Appeal in International Dispute Settlement. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 43-65. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2238795](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2238795)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*.

37 A inclusão da apelação entre os recursos previstos no âmbito do ICSID foi objeto de discussão em 2004. Contudo, a maior dificuldade para inserir o recurso é a necessidade de alterar a Convenção de Washington, o que demandaria concordância de todos os signatários. Isso se daria porque o art. 53 (1) da Convenção do ICSID, estabelece que os laudos não estarão sujeitos a qualquer recurso, com exceção daqueles previstos na Convenção. Cf. ICSID. Possible improvements of the framework for ICSID Arbitration. *ICSID Secretariat. Discussion Paper. October 22, 2004*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

Posições contrárias questionam esse último ponto: a independência e imparcialidade dos árbitros. Ressaltam que, por serem provavelmente escolhidos pelos Estados membros, não seria assegurada a isonomia entre Estados e investidores. Diferentemente do que ocorre nos tribunais arbitrais, os investidores não teriam a oportunidade de indicar um árbitro de sua confiança. Uma alternativa ao corpo permanente seria a constituição de comissões *ad hoc* para o julgamento das apelações. Contudo, essa alternativa pode não ser capaz de contribuir para a formação de uma jurisprudência no Centro, já que não existe a obrigatoriedade do precedente.

Opção intermediária poderia ser a atribuição de maior autoridade às decisões das Comissões Revisoras, tornando suas interpretações obrigatórias para os julgamentos de primeiro grau. Essa proposta constituiria um misto entre a consistência vertical e a consistência horizontal. Entretanto, seja com um Tribunal Permanente, seja com Comissões Revisoras *ad hoc*, a decisão de permitir um recurso deve ser ponderada com a diminuição da celeridade e o aumento do custo das demandas que podem resultar da ampliação de recursos.

### 3 LIMITAÇÕES DE UMA REFORMA PROCESSUAL

Os tradicionais APPIs, sob os quais se fundam as decisões arbitrais nas cortes de investimentos, contém obrigações para os Estados anfitriões, dispondo pouco ou praticamente nada a respeito das obrigações dos investidores interessados em gozar dos direitos oferecidos pelos tratados. O movimento de balanceamento de interesses dos Estados e investidores passa, necessariamente, por uma reforma desses acordos. Contudo, como estamos discutindo de que forma a criação de um novo tribunal de investimentos pode contribuir para restabelecer o equilíbrio, nos concentramos, no capítulo anterior, em regras procedimentais e na interpretação dos acordos pelos tribunais.

No entanto, a contribuição dessas novas regras procedimentais é pequena. Se forem muito restritivas, os investidores simplesmente não utilizarão o centro. A maioria dos acordos em vigor contém mais de uma opção de foro para o investidor. Como são os investidores os demandantes, certamente vão escolher aquele que os beneficia. Por esse motivo, os países devem estar atentos. O acordo constitutivo do Centro não é o local adequado para restringir as proteções conferidas nos APPIs, sob pena de inviabilizar o Centro antes mesmo de começar a funcionar.

O balanceamento dos interesses dos Estados e dos investidores vai exigir um rearranjo dos direitos e obrigações nos APPIs. Os acordos

tradicionais se assentam sobre a premissa de que os investidores tem sempre direito à proteção. Não lhes é exigida contrapartida. A contrapartida se daria na contribuição desses investimentos para o desenvolvimento do Estado anfitrião<sup>38</sup>.

O documento publicado pela UNCTAD, intitulado *UNCTAD Investment Policy Framework*<sup>39</sup>, ressalta a necessidade de integrar o objetivo de desenvolvimento nos APPIs e observar a relação entre os direitos e obrigações de Estados e investidores. Elenca a necessidade de avaliar a relação entre os compromissos assumidos nos tratados e o direito estatal de regular.

Os modelos tradicionais de APPIs, com cláusulas de proteção muito amplas, conceitos vagos e pouco espaço para atuação estatal, têm gerado polêmica até para os países desenvolvidos, tradicionais defensores dos APPIs. A Parceria Trans Pacífica (TPP), assinada em 4 de janeiro de 2016, apesar de contar com cláusulas que garantem maior espaço para regulação e limitar alguns conceitos problemáticos como tratamento justo e equitativo, é objeto de muitas críticas no Estados Unidos, em especial em relação à arbitragem investidor-Estado<sup>40</sup>. A Parceria Transatlântica, que tem sido negociada entre Estados Unidos e União Europeia, também é vista com preocupação pelos europeus.<sup>41</sup> Em razão das críticas feitas, as negociações foram suspensas e foi iniciada uma consulta pública comandada pela Comissão Europeia<sup>42</sup>. Dentre as questões apresentadas para a consulta, podemos destacar as questões 4 e 5, que esclarecem o objetivo da UE

---

38 Cf. MANN, H. The right of States to regulate and International Investment Law. Expert Meeting on Development of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the *National and International Context*. Genebra, 6-8 Nov. 2002. Disponível em: <[http://www.iisd.org/pdf/2003/investment\\_right\\_to\\_regulate.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf)>

39 UNCTAD. *Investment Policy Framework for Sustainable Development 2015*. Julho de 2015. Disponível em: <[http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/INVESTMENT%20POLICY%20FRAMEWORK%202015%20WEB\\_VERSION.pdf](http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/INVESTMENT%20POLICY%20FRAMEWORK%202015%20WEB_VERSION.pdf)>. Acesso em: 15 de dezembro de 2016.

40 Cf. JONHSON, L.; SACHS, L. e SACHS, J. Investment State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law. In: *CSSI Policy Paper*. Columbia Center on Sustainable Development. May 20015. Disponível em: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/05/Investor-State-Dispute-Settlement-Public-Interest-and-U.S.-Domestic-Law-FINAL-May-19-8.pdf>>

41 Cf. EBERHARDT, P. Investment Protection at Crossroads: the TTIP and the Future of International Investment Law. *Dialogue on Globalization*, Jul 2014. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10875.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2015.

42 Cf. EUROPEAN COMMISSION. Public consultation on modalities for investment protection and ISCS in *TTIP*. Disponível em: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc\\_152280.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf)>. Acesso em: 30 de agosto de 2015.



de prover guias para interpretação que evitem demandas contra medidas legítimas de interesse público.

Contudo, não basta prever o direito estatal de regular se esse direito for objeto da análise meritória por parte dos árbitros. Alguns casos, como os argentinos citados anteriormente e a emblemática disputa entre a americana *Metalclad* contra o México<sup>43</sup>, ilustram essa revisão da política pública pelos árbitros. Apenas para exemplificar, nesse último caso, os árbitros entenderam que o município não poderia negar a permissão para a construção de um depósito para processamento de resíduos perigosos por questões ambientais, por serem estas últimas de competência federal. O Município somente poderia negar a licença por problemas físicos ou técnicos da obra.

Essa análise do mérito da decisão pública deve ser reservada aos Estados. A estes deve ser concedida “deferência” para que emitam juízo de valor dentro de suas atribuições de regular a atividade econômica e promover o bem-estar social<sup>44</sup>. As autoridades governamentais estariam mais próximas das comunidades e teriam legitimidade democrática. Além disso, os Estados dispõem de equipes especializadas, aptas a avaliar as melhores opções para proteção do meio ambiente, patrimônio histórico-cultural, proteção da saúde entre outros. Essa “deferência”, entretanto, não deve funcionar como um “cheque em branco” para autorizar medidas discriminatórias ou que esvaziem o tratado.

Por fim, apesar de contar com seu próprio corpo de normas, incluindo cláusulas comuns a vários acordos, o Direito dos Investimentos, se é que podemos reconhecer sua existência<sup>45</sup>, não pode ser considerado de forma apartada do sistema jurídico. A regulação atual foi forjada num contexto bilateral<sup>46</sup>. Não existe um acordo multilateral de investimentos e muitos

---

43 Cf. ICSID Additional Facility. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ARB(AF)/97/1, Award of 30/08/2000, 40 ILM 36. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

44 Cf. HENCKELS, C. *Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2013. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2192389](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2192389)>. Acesso em: 09 de julho de 2015.

45 LOWENFELD não apenas defende a existência de um Direito Internacional Consuetudinário dos Investimentos como discute a relação entre este último e os Tratados Bilaterais de Investimentos. (*International Economic Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008).

46 O aumento de acordos plurilaterais, a exemplo da Parceria Transpacificca e o próprio Acordo de Livre Comércio da América do Norte pode alterar a característica bilateral dos acordos. Contudo, considerando

países não possuem acordos bilaterais. Uma porção de Estados não pode pretender impor a outros os resultados de suas negociações bilaterais e de demandas próprias.

O fato de contar com normas próprias não torna esse assunto fechado e incomunicável. Estados e nacionais destes Estados estão sujeitos ao conjunto de normas legais vigentes no território em que se encontram. Esse sistema, formado por normas domésticas e internacionais, deve ser tomado como um todo. O princípio da especialidade das normas não significa independência absoluta. As relações entre investidores estrangeiros e Estados anfitriões devem ser pautadas por princípios e regras, independente da fonte. Ainda que não estejam especificamente mencionadas nos APPIs, os investidores devem cumprir com a legislação do Estado e com as normas de Direito Internacional<sup>47</sup>.

Esse reconhecimento da unidade do Direito tem o condão de atrair, para o julgamento de demandas de investimentos, pleitos relacionados diretamente com a questão, mas que não encontram previsão explícita nos APPIs. Essa abordagem permitirá, inclusive, a ampliação das possibilidades para reconvenção. Se um investidor demanda uma compensação sem ter cumprido com sua parte no avençado não faz jus às proteções. Não é razoável conceder indenizações milionárias a investidores que descumprem leis locais, disposições contratuais e normas internacionais, remetendo a apreciação destas questões às Cortes Nacionais. Ora, se a criação de cortes internacionais especializadas tem por objetivo oferecer prestação jurisdicional de melhor qualidade e independência, não há razão para que estas não apreciem questões conexas, desde que decorrentes diretamente dos investimentos.

Portanto, entendemos que o balanceamento de interesses públicos e privados no Direito Internacional dos Investimentos demanda não apenas a reforma de APPIs e dos tribunais existentes. Demanda uma mudança na forma com que esse ramo especializado pensa o Direito. O Centro da UNASUL pode significar um avanço, incluindo normas que visem responder às críticas endereçadas à arbitragem no ICSID. Contudo, esse avanço passa pelo aprofundamento da reflexão sobre o que é e para que foi criada a arbitragem de investimentos. Propiciar acesso a um fórum neutro, independente e especializado para investidores estrangeiros não significa restringir os legítimos direitos dos Estados anfitriões.

---

que a maioria dos acordos sobre investimentos é bilateral e que as disputas se dão de forma bilateral (investidor de uma Parte contra outra Parte), consideramos adequado falar em contexto bilateral.

47 Cf. KRYVOI, Y. *Counterclaims in Investor-State Arbitration*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 8/2011. Disponível em: <[http://eprints.lse.ac.uk/38469/1/WPS2011-08\\_Kryvoi.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/38469/1/WPS2011-08_Kryvoi.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2015.

#### 4 CONCLUSÃO

A insatisfação de alguns países sul-americanos com as arbitragens no ICSID os levou a pensar em uma alternativa. A proposta de criação de um Centro de Solução de Controvérsias em Investimentos na UNASUL foi lançada em 2010 e segue em negociação. A dificuldade em concluir um texto é reflexo das diferenças de posicionamento dos países da região. A região inclui países liberais abertos ao capital estrangeiro e países que defendem uma postura intervencionista, que buscam controlar, de alguma forma, a exploração dos recursos naturais.

Algumas propostas podem ser úteis para equilibrar as posições das partes no processo. Contudo, a desigualdade na distribuição de direitos e obrigações é da essência dos APPIs. Acordos de Proteção de Promoção de Investimentos objetivam proteger os investimentos. Visam também promover. Entretanto, a promoção de investimentos não se limita à proteção. Os investidores não consideram apenas o fator proteção na escolha do país anfitrião. Os APPIs devem ser interpretados tendo em vista os legítimos interesses de Estados e investidores, não apenas de investidores.

Várias propostas podem ser benéficas para o sistema. Novidades são vistas, normalmente, de forma maniqueísta: ou são rechaçadas *a priori* ou são tomadas com excessivo entusiasmo. Sugerimos cautela. Muitas propostas, que pretendem resolver problemas apresentados pelo ICSID, podem não responder aos anseios. A prática irá confirmar ou descartar essas novas ideias. Por esse motivo, acreditamos que o tratado deve prever revisões periódicas, permitindo ajustar o texto de acordo com os resultados obtidos.

Mais do que acordar sobre as regras gerais do Centro, o grande desafio será implementar e iniciar as atividades. A nova organização deve primar pelo rigor técnico dos julgamentos, sob o risco de tornar-se um ICSID às avessas, repetindo a experiência que tanto criticam. O ponto de equilíbrio é sutil. A busca pelo balanceamento entre interesses públicos e privados não pode ser usada para justificar a intervenção dos Estados nos julgamentos.

Por pretender equilibrar a balança em direção aos interesses estatais, o Tribunal da UNASUL poderá não ser atrativo para os investidores<sup>48</sup>. Novos

---

48 MORENO-PAREDES entende que os investidores só aceitariam utilizar outro Centro se fosse demonstrada sua superioridade em relação aos já existentes. Além disso, menciona que a utilização do Centro da UNASUL exigiria que os Estados emendassem seus APPIs para indicar essa instituição arbitral. Entendo que se as partes têm liberdade para determinar a utilização de arbitragem ad hoc

debates e a busca por restabelecer o equilíbrio será vista com muita desconfiança, a princípio. A confiança por parte dos investidores passa, indubitavelmente, pela garantia de independência e imparcialidade dos árbitros. Por isso, os países da região devem abster-se de utilizar sua influência política nos julgamentos. Esse distanciamento parece mais difícil, já que, inicialmente, o Centro contará com contribuições financeiras dos Estados membros da UNASUL. Contudo, à medida que cresça a demanda pelos serviços, esta dependência financeira tende a cessar, com o Centro tornando-se autossuficiente.

Por fim, a criação de um novo tribunal não logrará restabelecer o equilíbrio se a essência da arbitragem em investimentos não for repensada. Os APPIs não estão apartados do ordenamento jurídico. As relações entre investidores e Estados estão inseridas num arcabouço jurídico mais amplo, que contempla direitos e obrigações para ambas as partes. Não se trata de abandonar o estrangeiro em terra estranha. Trata-se de resgatar o sentido comutativo das relações entre Estados e investidores, dos benefícios que são auferidos por ambas as partes num ambiente favorável ao investimento estrangeiro.

## REFERÊNCIAS

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos. Cidade do México, 26 de maio de 2015. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/27/treaty/3567>>.

CONVENTION on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Washington, 1965. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). *Revista de Informação Legislativa* v. 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984. Suplemento, 01/1984. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/186371/000406294.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

---

ou institucional, elas podem acordar na utilização do Centro, ainda que não haja previsão no APPI. (El Arbitraje de Invesional en America del Sur: Propuesta de Creacion de um Centro Alternativo de Arbitraje de la Estructura Internacional de la Union de Nacionales Suramericanas. *University of Miami Inter-American Law Review*, 2010. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=umialr>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

EBERHARDT, P. *Investment Protection at Crossroads: the TTIP and the Future of International Investment Law*. Dialogue on Globalization, Jul 2014. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10875.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

EUROPEAN COMMISSION. *Public consultation on modalities for investment protection and ISCS in TTIP*. Disponível em: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc\\_152280.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2015.

FIEZZONI, S. K. The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration. *Beijing Law Review*, n. 2, p.134-144, 2011. Disponível em: <[www.scrip.org/journal/PaperDownload.aspx?paperID=7722](http://www.scrip.org/journal/PaperDownload.aspx?paperID=7722)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

GAL-OR, N. The Concept of Appeal in International Dispute Settlement. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 43-65, 2008. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2238795](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2238795)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

GOMEZ, K. F. *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* Research Paper, University of Zaragoza, Zaragoza, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1708325>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

GUZMAN, A. *Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*. Berkeley Law Scholarship Repository, 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1903&context=facpubs>>. Acesso em: 05 set. 2014.

HENCKELS, C. Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration, *Journal of International Dispute Settlement*, 2013. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2192389](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2192389)>. Acesso em: 09 jul. 2015.

ICSID, *The Icsid Caseload – Statistics (Issue 2015-1)*. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)\\_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf)>.

ICSID. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A.S.A. versus The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/03/17, Decision on a *Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal*, 2008. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0812.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/01/8, Award of May 2005, 44 ILM 1205, 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/documents/290>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ICSID. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/02/1, *Decision on Liability* of October, 3 2006, ILM 40, 2007. Disponível em: <http://www.italaw.com/cases/documents/623>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ICSID Additional Facility. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ARB(AF)/97/1, Award of August, 30 2000. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ICSID. *Possible improvements of the frame work for ICSID Arbitration*. ICSID Secretariat. Discussion Paper. October 22, 2004. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

ICSID. *Spirydon Roussalis v. Romania*. ICSID Case N°ARB/06/1. *Award*, of December, 2011. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

JONHSON, L.; SACHS, L.; SACHS, J. *Investment State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law*. In: CCSI Policy Paper. Columbia Center on Sustainable Development. May 20015. Disponível em: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/05/Investor-State-Dispute-Settlement-Public-Interest-and-U.S.-Domestic-Law-FINAL-May-19-8.pdf>>.

KRYVOI, Y. Counterclaims in Investor-State Arbitration. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 8/2011. Disponível em: <[http://eprints.lse.ac.uk/38469/1/WPS2011-08\\_Kryvoi.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/38469/1/WPS2011-08_Kryvoi.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2015.

LOWENFELD, A. *International Economic Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MANN, H.. The right of States to regulate and International Investment Law. Expert Meeting on Development of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the *National and International Context*. Genebra, 6-8 nov. 2002. Disponível em: <[http://www.iisd.org/pdf/2003/investment\\_right\\_to\\_regulate.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf)>.

MORENO-PAREDES, E. A. *El Arbitraje de Invesional em America del Sur: Propuesta de Creacion de um Centro Alternativo de Arbitraje de la Estructura Internacional de la Union de Nacionais Suramericanas*. University of Miami Inter-American Law Review, 2010. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=umialr>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

PAUWELYN, Joost. *WTO Panelists are from Mars, ICSID Arbitrator are from Venus: Why and Does It Matter?* April 2015. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2549050](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549050)>. Acesso em: 10 jul. 2015.

RAMINA, L. Entre democracia e diretório nas relações internacionais: a Criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados – CIRDI, a Oposição dos Estados Latino-Americanos e o Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos. *Revista Jurídica do Centro Universitário de Curitiba*, v. 4, n. 37, p. 285-312, 2014. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/418/323>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

REINISCH, A. The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration. In: *International Law between Universalism and Fragmentation - Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, J. Crawford/A. Pellet/I. Buffard/S. Wittich* (eds.), page(s): 107-125, 2008.

ROBERTS, A. State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority. *Harvard International Law Journal*, v. 55, 2014. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2315078](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2315078). Acesso em: 11 de maio de 2015.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2010.

UNITED NATIONS. *Program of Action on the Establishment of a New International Economic Order*. Resolução da Assembléia Geral de 1 de maio de 1974. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/s6r3202.htm>>.

UNASUR. *Declaración del Consejo de Jefas e Jefes de Estado y de Gobierno de La Unión de Naciones Suramericanas de 26 de noviembre de 2010*. Disponível em: <<http://docs.unasursg.org/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/6f61367a-84b0-4b2e-9ced-fa7a1d85d717/UNASUR-CO-JEG-DEC-10-0006.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014.

UNCTAD. *Brazil: Other investment Agreements*. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/27#iiaInnerMenu>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

UNCTAD. *Investment Policy Framework for Sustainable Development 2015*. Julho de 2015. Disponível em: <[http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/INVESTMENT%20POLICY%20FRAMEWORK%202015%20WEB\\_VERSION.pdf](http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/INVESTMENT%20POLICY%20FRAMEWORK%202015%20WEB_VERSION.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

UNCTAD. *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, nº 1, April 2014. Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2015.

UNCTAD. *The role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*. New York and Geneva, 2009. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/diaeia20095\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeia20095_en.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2014.