



ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO: ANÁLISE COMPARATIVA LUSO-BRASILEIRA

Lucas Ferreira Rodrigues
Orientado por: Professora Dra. Elsa Dias Oliveira

Mestrado em Direito e Prática Jurídica
Direito Comercial Internacional

Lisboa, 2021

RESUMO

Em um espaço de tempo considerado curto, comparado ao geral, percebe-se um progresso significativo relativo ao desenvolvimento das relações transfronteiriças e da otimização destas, ao passo que também tecnologicamente o mundo foi avançando. Foram necessárias não mais que algumas décadas para que os vínculos económicos entre diferentes Estados e entes crescessem exponencialmente. Isso tudo, claro, contando com um grande suporte dos mais variados meios de comunicação que, assim como estes foram aperfeiçoados de forma célere, direta ou indiretamente, através dos diversos negócios e investimentos realizados mundo afora, os mesmos meios com sua devida evolução tecnológica também auxiliaram estas mais variadas alianças entre elementos da esfera pública e também privada. Hoje, com a multinacionalização latente das conexões entre estes entes, é cada vez mais comum que, além da comercialização de produtos e bens entre as mais variadas empresas privadas, haja também uma grande tendência a aplicação por parte destas companhias ou até mesmo por pessoas singulares de aportes financeiros em diversos Estados pelo mundo. Estes investimentos, apesar de possuírem o intuito de ajudar a fomentar determinados setores através dos quais estes Estados provem os mais variados suportes básicos para sua população ou para benesse própria, também permitem aos investidores que se valham de benefícios económicos em retorno ao que foi destinado a estes Estados. No entanto, estes investidores, ao se encontrarem no meio deste tipo de operação, necessitam de determinadas garantias ou proteções dada sua já existente vulnerabilidade na relação investidor-Estado quando esta inicia. Os Estados, por dotarem de soberania e interesse público, podem se valer em determinadas situações de recursos como a expropriação de investimentos realizados ou dos benefícios advindos destes, fator no qual poderá deixar o investidor ainda mais desprotegido caso não seja possibilitada uma solução eficaz de resolução de conflitos que venham a surgir mediante certo grau de discordância entre Estado e investidor em decorrência de um capital empregado. Desarte, focar-se-á no presente trabalho na maneira e nos benefícios de se resolver estes litígios através da arbitragem de investimento entre Estado e investidor, bem como na confrontação desta com outros meios de resolução de conflitos pré-existentes, fechando assim com uma análise comparativa entre os cenários da arbitragem de investimento de Portugal e Brasil.

Palavras-chave: Arbitragem de Investimento; Convenção ICSID; Investidor-Estado; BITs; Resolução de Litígios; ACFIs.

ABSTRACT

In a period of time considered short, compared to the general, a significant progress can be seen regarding the development of cross-border relations and their optimization, whereas the world has also advanced technologically. It took no more than a few decades to the economic links between different states and entities growing exponentially. All of this, of course, with great support from the most varied means of communication that, just as they were improved quickly, directly or indirectly, through the various businesses and investments made around the world, the same means with their due technological evolution also helped these most varied alliances between elements of the public and also private spheres. Today, with the latent multinationalization of the connections between these entities, it is increasingly common that, in addition to the commercialization of products and goods among the most varied private companies, there is also a great tendency to the application by these enterprises or even by natural persons of financial contributions in several States around the world. These investments, despite having the intention of helping to foment certain sectors through which these States provide the most varied basic supports for their population or for their own benefit, also allow investors to avail themselves of economic benefits in return for what was intended for these States. However, these investors, when they find themselves in the middle of this type of operation, need certain guarantees or protections due to their already existing vulnerability in the investor-state relationship when it starts. The States, as they have sovereignty and public interest, can use resources in certain situations such as the expropriation of investments made or the benefits arising from them, a factor which may leave the investor even more unprotected if it's not possible an effective solution for conflicts settlement that may arise due to a certain degree of disagreement between the State and the investor as a result of an employed capital. Therefore, this work will focus on the manner and benefits of resolving these disputes through investment arbitration between State and investor, as well as on confronting this with other means of pre-existing dispute settlement, finishing it then with a comparative analysis between investment arbitration scenarios in Portugal and Brazil.

Keywords: Investment Arbitration; ICSID Convention; Investor-State; BITs; Dispute Settlement; ACFIs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. A ARBITRAGEM NOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS	8
1.1 <i>Noções e Definições</i>	8
1.1.1 <i>Investidor</i>	8
1.1.2 <i>Investimento</i>	Erro! Marcador não definido.
1.1.3 <i>Arbitragem de Investimento e suas noções iniciais</i>	16
1.2. <i>Doutrina Calvo e o que antecedeu a arbitragem</i>	22
1.3 <i>A relevância da arbitragem nas relações entre investidores e Estados</i>	27
1.4 <i>Demais mecanismos disponíveis na resolução de litígios</i>	29
2. PANORÂMICA DAS FONTES DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO	32
2.1 <i>Convenção de Washington</i>	32
2.2 <i>BITs</i>	37
2.3 <i>Outros Tratados Multilaterais</i>	43
3. A ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA	54
3.1 <i>Enquadramento geral do investimento internacional no Direito da EU (Mudanças trazidas aos BITs europeus)</i>	54
3.2 <i>A arbitragem nos tratados bilaterais entre Estados-Membros</i>	62
3.3 <i>A arbitragem nos Tratados multilaterais de investimento entre Estados-Membros da União Europeia e Estados terceiros</i>	74
4. ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO NO BRASIL.....	82
4.1 <i>Panorama Geral</i>	82

<i>4.2 Fontes da Arbitragem de Investimento e demais mecanismos de solução de controvérsias utilizados no país: transição dos BITs aos ACFIs</i>	<i>88</i>
<i>4.3 Participação do Brasil em acordos multilaterais</i>	<i>96</i>
5. SÍNTESE COMPARATIVA.....	99
CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105

INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, com o mundo mais globalizado e as relações socioeconômicas mais práticas, a população vem precisando se adequar e se reinventar de acordo com as demandas que surgem neste contexto de desenvolvimento, nomeadamente no que se refere à rapidez nas quais os negócios podem ser celebrados e o alcance de informações mais amplo que norteia mais eficazmente a celebração daqueles, demandas essas, por exemplo, que são advindas da evolução secular tecnológica.

Com o presente tema não é diferente. Muitos diferendos que surgem entre Estado e investidor diante de uma questão relacionada a um investimento feito pelo último no primeiro podem ser resolvidos através do aparelho estatal, mediante os tribunais do Estado em que recebe o investimento.¹ No entanto, muitas das vezes não há garantia de imparcialidade através desses meios, visto que muitas influências político-econômicas podem pesar na decisão dos tribunais nos quais são impelidos dentro do Estado em que recebe o investimento, deixando o investidor ainda mais vulnerável perante a máquina estatal de onde investiu.²

Diante disso, o presente tema vem em busca de contribuir com estudos e dados nos quais podem influenciar de forma positiva um contraponto em relação ao uso do aparelho estatal para resolver litígios relacionados a investimentos internacionais, explicando melhor porque a arbitragem pode e deve ser uma boa alternativa para dirimir essas questões, flexibilizando ainda mais os investimentos feitos por pessoas físicas ou jurídicas dentro da realidade luso-brasileira.

Em primeiro lugar, serão analisados aspetos iniciais relacionados à arbitragem de investimento internacional, caminhando pelas noções de investidor, investimento e da própria

¹ Exemplo do BIT entre Angola e Portugal (em vigor desde 2020), que afirma em seu art. 11 n.º2 que caso os diferendos entre uma Parte contratante e o investidor de outra parte contratante não possam ser resolvidos de forma amigável “no prazo de seis meses contados da data em que uma das Partes no diferendo o tiver suscitado, o investidor poderá, a seu pedido, submeter o diferendo: a) Aos tribunais competentes da Parte no território da qual se situa o investimento;” Diário da República, 1.ª série — N.º 197 — 10 de Outubro de 2008.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5675/download>

² “Com efeito, a sujeição da empresa “estrangeira” aos tribunais do Estado envolvido implica, em caso de litígio, o risco de processos judiciais lentos, onerosos e, eventualmente, sem a necessária garantia de imparcialidade. Encerra também o risco de o sujeito público fazer valer atos normativos e administrativos com os quais a empresa não podia contar quando tomou a decisão de investir.”

Luís de Lima Pinheiro. Introdução à arbitragem de investimentos no sector da energia perante as ordens jurídicas portuguesa e angolana, in Revista da Ordem dos Advogados, A. 75, n.º 1 (Jan.-Jun. 2015), 2015, pag. 17-38, pag. 19.

Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B62b9feef-3915-4f7f-90c5-d8ee80370a2e%7D.pdf>

arbitragem entre investidor estrangeiro e Estado anfitrião. No mesmo contexto, são expostos posteriormente os elementos históricos antecedentes e consolidadores deste modelo de arbitragem, como a passagem da Doutrina Calvo e o que se determinava em relação à resolução de conflitos investidor-Estado até os primeiros passos significativos dados no que respeita a solidificação da arbitragem de investimento no cenário do direito internacional. Como parâmetro a isto, também se abordarão meios alternativos à arbitragem de investimento para a solução de litígios investidor-Estado disponíveis e prováveis nos dias de hoje.

Em seguida, se dará lugar a vez de dispor sobre as principais fontes legais existentes que mantêm a arbitragem de investimento em uso nas relações internacionais entre os Estados e os investidores: a Convenção de Washington (1965), responsável por instituir a arbitragem como modo de solução de controvérsias entre investidor e Estado juntamente com a criação do Centro Internacional Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (ICSID); os Tratados Bilaterais de Investimento (BITs) celebrados entre dois diferentes Estados e que dispõem de regras no tocante a investimentos feitos por particulares nacionais de um Estado contratante em outro Estado contratante, incluindo a arbitragem como um meio de resolução de litígios entre investidor e Estado e; alguns tratados multilaterais envolvendo uma pluralidade de países relevantes para o estudo da arbitragem de investimento em questão.

A posteriori, examinar-se-á, mediante os conhecimentos apresentados preliminarmente a respeito do tema, o panorama individual da arbitragem investidor-Estado de cada uma das realidades: União Europeia/Portugal e Brasil, respectivamente. Aspectos legislativos, a forma como solucionaram internamente o acolhimento ou não da arbitragem de investimento em seus ordenamentos jurídicos e também famosas disputas arbitrais no âmbito investidor-Estado, somadas a outras variáveis, que ajudaram a moldar o cenário deste modelo de arbitragem em cada conjuntura, são pontos valiosos que terão sua devida exposição e que, iminentemente, se complementarão em cada contexto.

Consumando assim o objetivo final do presente trabalho, após o entendimento de todos os elementos citados, das definições gerais, aspectos históricos até o efeito real da arbitragem investidor-Estado no cenário luso-brasileiro, é realizada uma síntese comparativa dos dois painéis expostos, de Brasil e Portugal/Europa, relativo à matéria da arbitragem de investimento.

1 A ARBITRAGEM NOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

1.1 Noções e Definições

No que pese em compreender tudo o que está por trás da arbitragem investidor-Estado, devemos considerar os fundamentos iniciais desta que são primordiais para o desenvolvimento da matéria da arbitragem aqui em questão.

Em primeiro lugar, devemos ter em conta quais dos elementos são a base da arbitragem de investimento antes de aprofundarmos sobre as demais características desta: quem investe (investidor), o próprio investimento e o Estado que recebe este investimento (*host-state*). Através destes elementos, poderá ocorrer ou não a arbitragem de investimento propriamente dita, figura esta escopo do nosso estudo e que veremos mais adiante.

1.1.1 Investidor

Falando a respeito da *persona* que investe, e considerando a definição desta prevista em convenções e tratados internacionais, podemos, *a priori*, de forma sucinta, definir estes como “individuais (pessoas naturais) ou companhias (pessoas jurídicas)”³.

Também é definível, por exemplo, os investidores como “os nacionais de um Estado contratante que investem no território de outro Estado contratante”⁴, que podem ser, de acordo com alguns tratados de investimento (e também similar com a definição de *Dolzer & Schreuer* no parágrafo acima), pessoas naturais (individuais) ou pessoas legais (companhias)⁵. Também pode ser delimitado como “pessoas físicas ou jurídicas que tenham cidadania ou estejam incorporadas em um Estado membro do tratado, ou seja, seu Estado de origem, e não

³ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*, OUP Oxford, 2nd edition, 2012, pag. 44.

“either individuals (natural persons) or companies (juridical persons)”

⁴ Tomáš Fecák. *International Investment Agreements and EU Law*. Kluwer Law International, 2016, pag. 17.

Disponível em: https://books.google.pt/books?id=SIyWDwAAQBAJ&pg=PT133&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false

“the nationals of one contracting state who invest in the territory of the other contracting state”

⁵ Suzy H. Nikièma. *Best Practices: Definition of Investor*. International Institute for Sustainable Development (IISD), 2012, pag 2.

Disponível em: https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practices_definition_of_investor.pdf

“Investors are defined in BITs as being either natural persons (individuals) or legal persons (companies/businesses). (...) Today, foreign private investors are largely constituted by transnational company groups, also called multinational enterprises or international companies. Despite this terminology, the group does not have its own specific nationality. Rather, each company within the group holds its own nationality.”

tenham cidadania ou residência no Estado anfitrião”⁶. Estes investidores pessoas jurídicas são “geralmente uma empresa, pessoa de direito privado, que possui interesses próprios, os quais, em princípio, produzem conseqüências no âmbito de atuação da própria empresa”⁷.

Na Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados⁸, onde está prevista a arbitragem de investimento, e que ao longo do trabalho será referida como Convenção ICSID, estes “Nacionais de outros Estados” de acordo com o art. 25 (2), podem ser “qualquer pessoa singular que tenha a nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no diferendo, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou arbitragem”⁹.

Já no ACFI (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento) entre Brasil e Angola, com assinatura em 2015 e em vigor desde 2017, o Art. 3, diferentemente da maioria dos BITs que estamos a analisar, deixa a definição de investidor (e também de investimento) a cargo do ordenamento jurídico dos Estados-Parte do Acordo.¹⁰

No âmbito do direito internacional, inexistente uma única definição de investidor e investimento estrangeiro. No direito internacional convencional, entendido como o direito que emerge dos tratados internacionais, os tratados bilaterais, os tratados multilaterais regionais e as convenções de caráter mundial, podem ser encontradas definições do que investidor estrangeiro e investimento estrangeiro possam significar para esses diplomas. Todavia, essas definições possuem efeitos jurídicos somente em relação aos Estados que ratificaram esses tratados internacionais.¹¹

Em adição, é importante notar como se procede à questão da nacionalidade das pessoas físicas ou jurídicas baseada em acordos de investimento. Para as pessoas físicas, estes acordos

⁶ Daniel Girsberger, Nathalie Voser. *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Third Edition)*. Kluwer Law International; Schulthess Juristische Medien AG, 2016, pag. 466

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-2016-03-014-n?q=investment%20arbitration>

“generally includes natural persons or corporations that have citizenship or are incorporated in a member state of the treaty, i.e. their home state, and do not have citizenship or residency in the host state”.

⁷ Adriana Noemi Pucci. “Arbitragem e Investimentos Estrangeiros”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Kluwer Law International, 2004, Volume I, Issue 02, pp. 7-31, pp. 7.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-rba-0102002-n?q=investidor>

⁸ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984.

Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

⁹ *Idem*, art. 25 n.º 2 a).

¹⁰ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola. 2015, art. 3.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4720/download>

¹¹ Adriana Noemi Pucci. “Investidor Estrangeiro e Investimento Estrangeiro”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2011 pag. 39-60, pag. 39 – 40. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1447205-n?q=investidor>

usualmente fundamentam de forma exclusiva a nacionalidade de acordo com a lei do Estado de onde houve a reivindicação da nacionalidade, podendo estes acordos vir também a contemplar critérios alternativos como o requerimento de domicílio ou residência por parte da pessoa física; no caso das pessoas jurídicas, devido à forma de operação das empresas de anos para cá, definir a nacionalidade destas fica bem mais complexo, ao passo em que estes tipos de pessoas geralmente possuem critérios específicos em acordos que as fazem destas um investidor (nacional) de uma Parte contratante, tendo estes critérios também por vezes a forçar os próprios tratados em incluir cláusulas de “negação de benefícios” em caso daqueles incluírem pessoas nas quais um Estado contratante não deseja estender a proteção do tratado¹².

In the context of investor-State arbitration, cases of dual nationality are more complicated for natural persons than for legal persons. This is primarily explained by the fact that it is relatively rare for companies to be able claim both nationalities equally on the basis of the same criterion. Nevertheless, it does occur with joint venture companies where they are controlled by two partners equally. In this case, they can be considered to hold the nationality of each partner. A secondary explanation lies in the fact that companies themselves, together with their individual shareholders, are generally deemed investors by BITs. On this basis, where the nationality of the company presents a problem, every shareholder can claim the benefit of a treaty in his or her own name.¹³

Importante frisar que a nacionalidade do investidor tem o objetivo de “delimitar a jurisdição do ICSID, bem como para verificar se o investimento está amparado pela proteção dos Tratados Bilaterais para Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos”¹⁴.

Diante da dissecação de algumas destas definições, podemos concluir que a figura do investidor envolverá cidadãos, individuais ou colectivos, provenientes de países signatários de acordos de investimento com outros Estados, que realizam um investimento no território de

¹² Catherine Yannaca-Small, Lahra Liberti. “Chapter 1 - Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements”. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD, 2008, pp. 7-100, pp 8.

Disponível em: <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf>

¹³ Suzy H. Nikièma. *Best Practices: Definition of Investor*. International Institute for Sustainable Development (IISD), 2012, pag 2.

Disponível em: https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practices_definition_of_investor.pdf

Tradução livre: No contexto da arbitragem investidor-Estado, casos de dupla nacionalidade são mais complicados para pessoas físicas do que para pessoas jurídicas. Isso é explicado principalmente pelo fato de que é relativamente raro as empresas poderem reivindicar ambas nacionalidades igualmente com base no mesmo critério. No entanto, isso ocorre com empresas de joint venture onde elas são controladas por dois parceiros igualmente. Nesse caso, pode-se considerar que possuem a nacionalidade de cada parceiro. Uma explicação secundária reside no facto de que as próprias empresas, juntamente com seus acionistas individuais, são geralmente considerados investidores pelos BITs. Nesta base, onde a nacionalidade da empresa apresenta um problema, todo o acionista pode reivindicar o benefício de um tratado em seu próprio nome.

¹⁴ Adriana Noemi Pucci. “Investidor Estrangeiro e Investimento Estrangeiro”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2011 pp. 39-60, pp. 60.

outra Parte Contratante destes tratados e que terão sua figura em sua maioria regulada de acordo com legislação dos Estados signatários de determinado acordo.

1.1.2 Investimento

Quando falamos no ato de investir ao âmbito da arbitragem, este conceito também poderá conter determinadas variações de fonte para fonte. Em alguns acordos comerciais de investimento entre países, podemos encontrar diferentes definições no que diz respeito ao vocabulário (e não menos importante, na língua utilizada), o que por vezes pode acontecer também com os demais preceitos básicos. No entanto, muitas destas definições ou quase sua totalidade possuem similaridades apesar da variação de escrita.

O que merece uma breve atenção antes de qualquer análise é que, na Convenção ICSID¹⁵, já citada acima, há a menção do termo “investimento” no âmbito da arbitragem em seu Art. 25, no qual determina:

1 - A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica directamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, diferendo 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.¹⁶

Em alguns casos, pode ser que haja confusão na hora de identificar em uma situação concreta se a relação é mesmo ou não de investimento de acordo com a escassez de uma definição sólida nos termos da Convenção. Com esta lacuna deixada, muitas vezes fica a cargo dos próprios acordos e tratados entre os Estados buscar delimitar uma definição para o termo, apesar de muitas destas serem semelhantes. Até porque, o investimento necessita ser identificado em um caso concreto a fim de o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (ICSID)¹⁷ estabelecer sua jurisdição sobre o caso. No entanto, esta tem permanecido por esses anos sem uma definição completamente concreta e

¹⁵ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984.
Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

¹⁶ *Idem*, art. 25 n.º1.

¹⁷ *Idem*, Art. I.

uniforme, “deixando que o conteúdo e a função do requisito de investimento sejam interpretados pelos tribunais arbitrais para fins de estabelecimento da jurisdição do Centro”¹⁸.

No caso *FEDAX N.V. vs The Republic of Venezuela*¹⁹, por exemplo, a Venezuela se recusou a honrar seis notas promissórias que havia emitido a empresa *Fedax* como instrumento de dívida, argumentando que estas não eram consideradas investimento segundo o escopo do ICSID por este ser “uma transferência a longo prazo de recursos financeiros - fluxo de capital - de um país para outro (o destinatário do investimento), a fim de adquirir participações em uma empresa, uma transação que normalmente envolve certos riscos para o potencial investidor”²⁰. Também brevemente no caso *Abaclat and Others v. Argentine Republic*²¹, de acordo com as considerações do Professor *Georges Abi-Saab*:

O investimento que a Convenção busca fomentar por meio de uma garantia processual internacional é aquele que contribui para o desenvolvimento econômico do país anfitrião, ou seja, para a ampliação de sua capacidade produtiva, contribuição que pressupõe compromisso com essa tarefa não só de recursos econômicos, mas também em termos de duração no tempo e de assunção de riscos, com a expectativa de colher lucros e / ou receitas em troca.²²

Devido a esta margem dada às cortes de arbitragem pela Convenção, em algumas decisões foram seguidos determinados requisitos que diferem a figura de investimento de, por exemplo, uma transação comercial usual, como articulado no Caso *Salini v Morocco*²³. Estes

¹⁸ Roberto Castro de Figueiredo, “Chapter 3: The Notion of Investment and Economic Development under the ICSID Convention”. in Crina Baltag. *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*. Kluwer Law International, 2016, pp. 75 – 130, pp. 75.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-baltag-2017-ch03?q=icsid%20convention>

“leaving the content and the function of the investment requirement to be construed by arbitral tribunals for the purposes of establishing the jurisdiction of the Centre”.

¹⁹ ICSID Case No. ARB/96/3, *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, July 11, 1997.

Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf

²⁰ *Idem*, par. 19.

“a long term transfer of financial resources-capital flow-from one country to another (the recipient of the investment) in order to acquire interests in a corporation, a transaction which normally entails certain risks to the potential investor”.

²¹ ICSID Case No. ARB/07/5, *Abaclat and Others v. Argentine Republic (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic)*. Decision on Jurisdiction and Admissibility (Dissenting Opinion: Professor Georges Abi-Saab), August 04, 2011.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4085.pdf>

²² *Idem*, par. 50.

“The investment that the Convention seeks to encourage by providing it with an international procedural guarantee is that which contributes to the economic development of the host country, i.e. to the expansion of its productive capacity, a contribution that presupposes a commitment to this task not only of economic resources, but also in terms of duration in time and the taking of risk, with the expectation of reaping profits and/or revenue in return”

²³ ICSID Case No. ARB/00/4, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*. Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>

se seguem como: (a) Um contributo (*apport*) económico do investidor em dinheiro ou outros bens; (b) Uma certa duração temporal, situada por alguns entre dois e cinco anos; (c) A susceptibilidade de gerar lucros ou rendimentos; (d) A assunção pelo investidor dos riscos da operação em causa; e (e) Que o investimento concorra para o desenvolvimento económico do Estado de acolhimento²⁴. Não obstante, outras decisões, após esta delimitação, seguiram um raciocínio diferente, de que a definição de investimento também pode ser retirada de tratados bilaterais, não necessariamente estando atrelada estritamente a estes requisitos mencionados no *Salini Test*, pois nem sempre estes conseguiam ser preenchidos a risca²⁵. Mediante esta interpretação, não se perderia o direito a jurisdição arbitral pela falta de preenchimento destes requisitos.

Uma solução para este choque de interpretações acima poderia ser uma combinação de versões flexíveis das duas abordagens tomadas pelos tribunais, no qual fará com que o “investimento” referido no art. 25 da Convenção exista no momento em que os Contratantes de um BIT ou acordo concordarem em tratar aquele como tal, contanto que a aplicação do termo no caso não esteja em contraste claro com seu entendimento geral²⁶.

Poderíamos ainda delimitar o conceito da figura do investimento em duas definições. O investimento direto, quando este “traduz na constituição de empresas ou na aquisição de equipamentos, instalações, *stocks* ou participações sociais em empresas já existentes num país por empresas, particulares ou entes públicos estabelecidos noutros países”²⁷ e o investimento indireto, quando este acaba se dando “sob a forma de financiamentos”²⁸.

Tomando, neste caso, como perspectiva os acordos celebrados entre os Estados, o BIT entre Portugal e Bosnia e Herzegovina, assinado em 2002 e em vigor desde 2009²⁹, assim

²⁴ Dário Moura Vicente. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 71, nº 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770, pag. 754. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>

²⁵ No Caso *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. Government of Malaysia* (ICSID Case no. ARb/05/10), é proferido pelo Tribunal que: “The Arbitral Tribunal notes in this regard that, over the years, many tribunals have approached the issue of the meaning of ‘investment’ by reference to the parties’ agreement, rather than imposing a strict autonomous definition as per the Salini Test (citation omitted). To this end, even if the Republic could demonstrate that any, or all, of the Salini criteria are not satisfied in this case, this would not necessarily be sufficient – in and of itself – to deny jurisdiction.” Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0497.pdf>

²⁶ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. OUP Oxford, 2nd edition, 2012, pag. 51-52.

²⁷ Dário Moura Vicente. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 71, nº 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770, pag. 755. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>

²⁸ *Idem*.

²⁹ Bosnia and Herzegovina – Portugal BIT (2002). Investment Policy Hub, United Nations (UNCTAD).

como em outros BITs, temos uma definição longa, na qual determina o conceito inicial e, após, algumas características. Diz que o termo investimento significa “toda a espécie de bens e direitos investidos com a finalidade de adquirir um benefício económico ou qualquer outro com carácter empresarial, por um investidor de uma das Partes Contratantes, no território da outra Parte Contratante”³⁰, incluindo, em particular, porém não de forma exclusiva:

a) Propriedade sobre móveis e imóveis, bem como quaisquer outros direitos reais, tais como hipotecas, garantias, penhores e direitos análogos; b) Acções, quotas ou outras partes sociais ou outros interesses no capital de sociedades ou quaisquer outras formas de participação e ou interesses económicos resultantes da respectiva actividade; c) Direitos de crédito ou quaisquer outros direitos com valor económico; d) Direitos de propriedade intelectual, tais como direitos de autor e direitos conexos, incluindo patentes, modelos de utilidade e desenhos industriais, marcas, denominações comerciais, segredos comerciais e industriais, processos técnicos, know-how e clientela (aviamento); e) Concessões conferidas por força de lei, nos termos de contrato ou acto administrativo, emanado por uma autoridade pública competente, incluindo concessões para prospecção, pesquisa, extracção e exploração de recursos naturais; f) Bens que, no âmbito e em conformidade com a legislação e respectivos contratos de locação, sejam colocados à disposição de um locador no território de uma Parte Contratante, em conformidade com a sua legislação.³¹

No caso do BIT entre Brasil e Dinamarca, redigido em 1995, porém não entrou em vigor³², há uma certa similaridade com o BIT mencionado acima no que diz respeito a definição de investimento, qual seja, em seu art. 1º, “todo o tipo de haveres e inclui, em particular, ainda que não exclusivamente”³³:

i. bens tangíveis e intangíveis, móveis e imóveis e quaisquer outros direitos como concessões, hipotecas, penhoras, cauções, usufrutos, garantias e quaisquer outros direitos similares; ii. uma companhia ou empresa comercial, ou ações, títulos ou outras formas de participação em uma companhia ou empresa comercial, bem como títulos e dívidas de uma companhia ou empresa comercial; iii. rendas reinvestidas, títulos de crédito ou direitos em relação à execução de quaisquer atividades de acordo com um contrato com valor econômico; iv. direitos de propriedade intelectual, incluindo direitos autorais, patentes, marcas comerciais, tecnologia, marcas registradas, fundo de comércio, know-how e outros direitos similares;³⁴

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/620/bosnia-and-herzegovina---portugal-bit-2002->

³⁰ Acordo entre a República Portuguesa e a Bósnia-Herzegovina sobre a Promoção e a Protecção Recíprocas de Investimentos. Diário da República, N° 71 — 25 de Março de 2003, Art. 1º Definições.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/486/download>

³¹ *Idem*

³² Brazil - Denmark BIT (1995). Investment Policy Hub, United Nations (UNCTAD).

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/645/brazil---denmark-bit-1995->

³³ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino da Dinamarca sobre a Promoção e a Protecção Recíproca de Investimentos. Brasília, em 04, de maio de 1995. Art. 1º, pag. 1-2.

Disponível em: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/BRZ_Denmark_p.pdf

³⁴ *Idem*

Disponível em: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/BRZ_Denmark_p.pdf

No BIT já referido previamente entre Brasil e Portugal (1994)³⁵, é dito que o investimento se caracteriza por ser “toda a espécie de bens e direitos adquiridos pela aplicação ou reaplicação de recursos, efectuados de acordo com a legislação da Parte Contratante recipiente”³⁶ incluindo, entre outros:

a) Acções, quotas e outras formas de participação no capital de sociedades; b) Os direitos de crédito ou quaisquer outras obrigações com valor económico que estejam diretamente relacionadas com um investimento; c) a propriedade de bens móveis e imóveis, bem como quaisquer outros direitos reais; d) Concessões conferidas por lei, contrato ou acto administrativo de uma autoridade pública competente, em particular as relacionadas com a prospecção, pesquisa e exploração de recursos naturais; e) Direitos no âmbito da propriedade intelectual, incluindo a propriedade industrial e os direitos de autor;³⁷

Segundo Adriana Noemi Pucci, “a ausência de uma única definição do que se entende por “investimento estrangeiro” tem ajudado no desenvolvimento do direito dos investimentos internacionais, permitindo incluir, no seu escopo, distintos empreendimentos e atividades, facilitando, dessa forma, a proteção de importantes operações comerciais e empresariais que hoje se realizam no mundo”.³⁸

Interessante também apontar que “um investimento é frequentemente uma operação bastante complexa, composta de várias transações inter-relacionadas, cada elemento das quais, isoladamente, pode nem em todos os casos ser qualificado como um investimento”³⁹. Com isso, em relação às transações comerciais comuns, se um litígio sobre investimento tiver como base uma transação na qual sozinha não seria qualificada como um investimento, esta poderá ser considerada apta a ficar sob a jurisdição de um tribunal de investimento, contanto que esta transação em particular integre uma operação geral que se qualifique como um investimento.⁴⁰

Como referido, as definições, no que diz respeito ao vocabulário utilizado por quem redige, podem variar de acordo para acordo ou outras fontes de pesquisa mediante o termo do

³⁵ Acordo para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República Federativa do Brasil. Diário da República, N.º. 184 – 10-8-1994. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/511/download>

³⁶ Idem, art. I, 1., III) caput

³⁷ Idem, art. I; 1.; III); a), b), c), d), e)

³⁸ Adriana Noemi Pucci. “Investidor Estrangeiro e Investimento Estrangeiro”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2011, pag. 39-60, pag. 60.

³⁹ ICSID Case No. ARB/97/4, *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v. The Slovak Republic*. Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, para. 72. “An investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which, standing alone, might not in all cases qualify as an investment”.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0144.pdf>

⁴⁰ Idem.

investimento. No entanto, percebe-se certa similitude no que diz respeito à base do conceito de investimento no âmbito investidor-Estado dentre estes dispositivos, apesar de algumas nuances referidas, por exemplo, em algumas interpretações entre os tribunais arbitrais de investimento.

Mesmo que não haja ainda uma uniformidade evidente entre alguns preceitos, poderíamos fincar que, de maneira global, o investimento, ao âmbito da arbitragem investidor-Estado, seria um ato de natureza económica que envolve a aplicação de determinada fortuna, capital, bens ou mesmo direitos por um investidor proveniente de um Estado a outro Estado que seja o anfitrião deste aporte financeiro, ao âmbito de um acordo de investimento entre estas duas nações, visando assim uma benesse pecuniária para o investidor em troca de contribuições deste para o desenvolvimento económico do Estado acolhedor do benefício.

1.1.3 Arbitragem de Investimento e suas noções iniciais

Passadas as definições básicas entre investidor e investimento, temos aqui uma congênere situação com a Arbitragem de Investimento. Assim como os institutos acima citados, a arbitragem investidor-Estado possui muitas informações nas quais ajudam a delimitar o que ela realmente é.

Se formos analisar, a Arbitragem em *lato sensu* pode ser definida como “um meio de heterocomposição das controvérsias sobre direitos disponíveis em que participa um terceiro, impondo uma decisão vinculante para as partes”⁴¹, assim como também “um modo jurisdicional de resolução de controvérsias em que a decisão é confiada a particulares”⁴². Também pode ser concebida a definição de que esta “é um acordo contratual privado pelo qual as partes em uma controvérsia concordam em encaminhá-la a uma terceira parte

⁴¹ Giovanni Bonato. “Panorama da Arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2014, Volume XI, Issue 43, pag 59-92, pag. 70.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1447004-n?q=arbitragem>

⁴² Luís de Lima Pinheiro. “Introdução à arbitragem de investimentos no sector da energia perante as ordens jurídicas portuguesa e angolana”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 75, n.º 1 (Jan.-Jun. 2015), pag. 17-38, pag. 17-18.

Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B62b9feef-3915-4f7f-90c5-d8ee80370a2e%7D.pdf>

“Assim, a arbitragem e, em especial, a arbitragem voluntária constitui numa alternativa ao recurso aos tribunais estaduais. No comércio internacional, porém, a arbitragem, mais do que um modo alternativo de resolução de controvérsias, é o modo normal de resolução de controvérsias.”

independente (o árbitro), ou a um tribunal arbitral, para determinação”⁴³. Baseado no judiciário inglês, a arbitragem igualmente pode ser elucidada como “um procedimento para determinar os direitos e obrigações legais das partes judicialmente, com efeito vinculativo, que é exequível em direito, refletindo assim em processos privados o papel de um tribunal civil”⁴⁴.

Já a arbitragem no âmbito do investimento, em uma de suas definições possíveis, pode se dar como “a arbitragem entre Estados ou entes públicos autónomos e empresas “estrangeiras” com respeito à afetação de meios produtivos a uma atividade económica no território do Estado de acolhimento”⁴⁵, visando com isso “dirimir litígios entre um investidor de um Estado estrangeiro e os receios dos investidores com relação ao uso dos Tribunais do outro Estado ou aos riscos de imunidade soberana deste último”⁴⁶. Quando esta se encontra em tratados, “refere-se à resolução de disputas entre investidores e Estados anfitriões de acordo com uma cláusula de resolução de disputa que prevê arbitragem e está contida em um tratado de investimento”⁴⁷. Além dos tratados, a arbitragem de investimento pode ter como

⁴³ Anna Carboni, Gordon Humphreys, et al. “Chapter 1: Mediation as a Resolution Method in IP Disputes”. in Sophia Bonne, Théophile Margellos, et al. *Mediation: Creating Value in International Intellectual Property Disputes*. Kluwer Law International, 2018, pag. 1-172, pag. 22-23.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-kipl-bonne-2018-ch01?q=what%20is%20arbitration>

“Arbitration is a form of alternative dispute resolution (ADR) outside the framework of traditional court proceedings. Unlike court litigation, arbitration is a private contractual arrangement whereby the parties to a dispute agree to refer it to an independent third party (the arbitrator), or an arbitral tribunal, for determination.”

⁴⁴ Case No.97/1668, *O’Callaghan v Coral Racing Ltd*, APP.L.R. 11/19. Judgment, 19 november 1998.

Disponível em:

<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ZzzzarbitrationLawReports/O’Callaghan%20v%20Coral%20Racing%201998.pdf>

Pag 28: “To my mind the hallmark of the arbitration process is that it is a procedure to determine the legal rights and obligations of the parties judicially, with binding effect, which is enforceable in law, thus reflecting in private proceedings the role of a civil court of law”.

⁴⁵ Luís de Lima Pinheiro. “Introdução à arbitragem de investimentos no sector da energia perante as ordens jurídicas portuguesa e angolana”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 75, n.º 1 (Jan.-Jun. 2015), pag. 17-38, pag. 18-19

Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B62b9feef-3915-4f7f-90c5-d8ee80370a2e%7D.pdf>

⁴⁶ André Zanatta Fernandes de Castro, Camila Biral Vieira da Cunha, et al. “O Futuro da Arbitragem de Investimentos: uma Perspectiva Brasileira”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2011, pag. 215 – 234, pag. 218.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1447211-n?q=investment%20arbitration%20AND%20arbitragem%20de%20investimento>

⁴⁷ Daniel Girsberger, Nathalie Voser. *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Third Edition)*. Kluwer Law International; Schulthess Juristische Medien AG, 2016, pag. 465.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-2016-03-014-n?q=investment%20arbitration>

“refers to the resolution of disputes between investors and host states pursuant to a dispute resolution clause that provides for arbitration and is contained in an investment treaty”

base “(i) o acordo entre o Estado anfitrião e o investidor ('contrato de investimento'), (ii) o estatuto de investimento do Estado anfitrião”⁴⁸.

Thomas W. Wälde fala, por exemplo, que:

É finalmente um erro equiparar a arbitragem de investimentos a algo que beneficia o investidor à custa da população local do estado respondente. Arbitragem de investimento é sobre a criação de disciplinas externas e executáveis de forma independente para ancorar as políticas de reforma econômica associadas ao desenvolvimento econômico para a prosperidade e a civilização em um ambiente institucional fora do alcance da política doméstica protecionista, geralmente por grupos de interesse estreito capturando e conspirando com políticos e burocratas.⁴⁹

Com isso, a arbitragem de investimento se torna uma opção alternativa às vias judiciais usuais por ser um mecanismo “despolitizado e independente, menos custoso e eficiente”⁵⁰, visto que evitaria riscos ao investidor de haver uma politização ao litígio em caso de se submeter a jurisdição do Estado anfitrião do investimento, sendo assim o conflito julgado por indivíduos autônomos.

Exemplo de cláusula arbitral que pode ser invocada entre investidores de um Estado e o Estado receptor do investimento feito por aqueles pode ser encontrada mesmo no BIT entre Brasil e Portugal, aonde é dito que:

⁴⁸ Hans van Houtte, Maurizio Brunetti. “Investment Arbitration - Ten Areas of Caution for Commercial Arbitrator”. in William W. Park (ed). *Arbitration International*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 29, Issue 4, 2013, pag. 553 – 574, pp. 554.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/new-kli-ka-arbi-2904001?q=investment%20arbitration>

“An investment contract is – at least partially – deemed to be subject to international law, so, for example, the international law principle of pacta sunt servanda protects the investor against expropriation. The arbitration clause in an investment contract may give rise to investment contract arbitrations. This was the case with the oil concessions of the 1950s, 1960s, and 1970s (2) and still remains the case when foreign investors conclude contracts with a State or State entity – for example, for the construction of a road, dam, or power plant.

The investment statute of the host State may allow foreign investors to submit disputes arising out of this law to arbitration (investment law arbitration).”

⁴⁹ Thomas W. Wälde. “Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience”, in Norbert Horn, Stefan M. Kröll (eds). *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*. Studies in Transnational Economic Law, Volume 19, Kluwer Law International, 2004, pag. 193 – 235, pag. 195.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn28294?q=investment%20arbitration>

“It is finally mistaken to equate investment arbitration with something that benefits the investor at the cost of the local people of the respondent state. Investment arbitration is about setting up external and independently enforceable disciplines to anchor economic reform policies associated with economic development towards prosperity and civilization in an institutional setting outside the grasp of protectionist domestic politics, usually by narrow-interest groups capturing and colluding with politicians and bureaucrats.

⁵⁰ Maria Antónia Mata Antunes da Silva. *Mecanismos De Resolução De Litígios Com Investidores e Direito Da União Europeia*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro, Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, Especialidade de Direito Comercial Internacional. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, pp. 26.

Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/44782/1/ulfd144534_tese.pdf

Art. VII – Solução de diferendos entre as Partes Contratantes

2 – Caso não se chegue a um entendimento no prazo de seis meses a contar da data da notificação do diferendo, qualquer das Partes Contratantes poderá submetê-lo a um tribunal de arbitragem *ad hoc*, em conformidade com as disposições deste artigo.⁵¹

Uma das coisas que mais diferenciam a arbitragem comercial da arbitragem de investimento, e que ajudam também a definir melhor a última é justamente “a presença de um Estado soberano em cada uma dessas disputas”⁵². Além disto, a questão da confidencialidade e da transparência (visto que alguns procedimentos podem ser considerados mais transparentes em relação ao público que as arbitragens comerciais), juntamente com a possibilidade de participação de terceiros⁵³ através da apresentação de argumentos no processo também são fatores que trazem distinções na arbitragem de investimento em relação à arbitragem comercial⁵⁴.

Outro ponto que evidentemente diferencia as duas arbitragens é a natureza do consentimento das partes para se submeter ao procedimento arbitral. Enquanto que na arbitragem comercial este consentimento basicamente se exprime em uma reciprocidade entre as duas partes previamente estipulada em contrato ou por compromisso arbitral,⁵⁵ na arbitragem de investimento além de este consentimento poder se configurar através de uma convenção de arbitragem celebrada diretamente entre investidor-Estado ou de uma lei nacional que trate sobre investimentos estrangeiros⁵⁶, pode também se caracterizar por um

⁵¹ Acordo para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República Federativa do Brasil. Diário da República, N.º 184 – 10-8-1994. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/511/download>

⁵² Borzu Sabahi, Noah Rubins, Don Wallace Jr. *Investor-State Arbitration (Second Edition)*. 2nd edition, Borzu Sabahi, Noah Rubins, Don Wallace, Jr.; Oxford University Press, 2019. pp. 112. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-sabahi-2020-ch06?q=investment%20arbitration>

⁵³ “For the reasons set out above, pursuant to Article 15(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules, the Tribunal declares that it has the power to accept *amicus* written submissions from the Petitioners; whilst it is at present minded to receive such submissions subject to procedural limitations still to be determined by the Tribunal (to be considered with the Disputing Parties), it will make a final decision whether or not to receive them at a later stage of their arbitration proceedings; and accordingly the Petitions are accepted by the Tribunal to this extent, but otherwise rejected.”

Methanex vs. United States. Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “*amici curiae*”, 15 January 2001, para. 53.

Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf

⁵⁴ Daniel Girsberger, Nathalie Voser. *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Third Edition)*. Kluwer Law International; Schulthess Juristische Medien AG, 2016, pp. 480.

⁵⁵ Como diz, por exemplo, o Art. 1.º n.º3 da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (Lei de Arbitragem Voluntária – LAV) – “A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).”

⁵⁶ Dário Moura Vicente. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 71, n.º 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770, pag 756-757.

tratado de investimento entre o Estado anfitrião do aporte financeiro e o Estado contraparte, aonde este primeiro expressa seu consentimento através de uma oferta aberta de arbitragem aos nacionais do segundo, que após aceita se transforma em uma convenção de arbitragem em caso de um nacional investidor iniciar o procedimento arbitral em desfavor do Estado anfitrião⁵⁷.

Até sua consolidação no ordenamento jurídico internacional, a arbitragem de investimento percorreu um vasto trajeto. Após a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, ocorreu uma forte transformação geopolítica, com o surgimento de novos Estados na ordem internacional e que conseqüentemente estes vinham sem muitos recursos financeiros e de tecnologia, necessitando de investimentos privados que teriam como intuito alavancar seu desenvolvimento na economia. Tais investimentos foram atraídos através da celebração de contratos entre investidores e os países que recebiam estes aportes financeiros, contratos estes que em algumas situações possuíam cláusulas compromissórias nas quais as partes acordavam em suprimir a jurisdição das cortes locais de resolver litígios que poderiam surgir entre investidores estrangeiros e Estados anfitriões do investimento.⁵⁸

Diante deste cenário, era evidente a necessidade de criação de mecanismos capazes de dirimir legalmente conflitos relativos à relação investidor-Estado. Deste modo, a possibilidade de submeter tais litígios à arbitragem, especialmente por parte do investidor que se sentir lesado, iniciou em 1962, através do Projeto de Convenção *Abs-Shawcross* sobre Investimentos no Exterior⁵⁹, que foi apresentado na Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico (OCDE) e, mesmo sem lograr êxito, serviu como uma base para

Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>

⁵⁷ Aloysius Llamzon. *Corruption in International Investment Arbitration*. Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, 2014, pag. 90.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-llamzon-2020-ch05?q=investment%20arbitration&publicationtype=book&publicationtype=loose-leaf>

⁵⁸ Roberto Castro de Figueiredo, “As Origens do Uso da Arbitragem Como Modo de Solução de Controvérsias em Disputas Relativas a Investimentos”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2011, pag. 7 – 19, pag. 15.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1447202-n?q=arbitragem%20de%20investimento>

⁵⁹ Herman Abs and Hartley Shawcross. "Draft Convention on Investments Abroad". in "The proposed convention to protect private foreign investment: a round table". *Journal of Public Law (presently Emory Law)*, vol. 1, Spring 1960, pp. 115-118.

Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf>
“Article VII, 2. A national of one of the Parties claiming that he has been injured by measures in breach of this Convention may institute proceedings against the Party responsible for such measures before the Arbitral Tribunal referred to in paragraph 1 of this Article, provided that the Party against which the claim is made has declared that it accepts the jurisdiction of the said Arbitral Tribunal in respect of claims by nationals of one or more Parties, including the Party concerned.”

elaborar, também ao ano de 1962, o Projeto de Convenção da OCDE sobre a Proteção de Propriedade Estrangeira⁶⁰. Novamente no mesmo ano⁶¹, foi adotada pela Corte Permanente de Arbitragem (CPA) sediada em Haia as Regras de Arbitragem e Conciliação para Resolução de Litígios de Investimento entre Duas Partes das quais uma é um Estado, sendo esta editada por último em 2012⁶².

Todavia, o real paradigma da arbitragem de investimento veio em março de 1965, com a criação da Convenção de Washington sobre Solução de Disputas de Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados⁶³, instituindo assim o Centro Internacional para a Solução de Disputas de Investimento (ICSID) e proporcionando assim, além de um órgão especializado em controvérsias relacionadas ao investimento, “uma alternativa eficaz e confiável para dirimir conflitos legais surgidos do relacionamento entre entidades privadas de diferentes nacionalidades e Estados”⁶⁴.

Diante do analisado, pode-se dizer que a arbitragem entre investidor e Estado ocorre quando se visa decidir conflitos relacionados ao investimento feito por um indivíduo ou por uma coletividade destes a um país anfitrião deste investimento, tendo como abrigo cláusulas em tratados internacionais (bilaterais ou multilaterais), leis internas ou acordos celebrados entre investidor e Estado anfitrião que prevejam o procedimento entre o investidor de um Estado contratante e o outro Estado contratante receptor do aporte investido, sem que estes conflitos passem necessariamente por tribunais estaduais do país receptor e sendo resolvidos assim por árbitros independentes.

⁶⁰ Draft Convention on the Protection of Foreign Property (Text with Notes and Comments). Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), 2 International Legal Materials 241, 1963.

Disponível em: <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>

⁶¹ Crina Baltag. *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*. Kluwer Law International, 2016, pag. 4.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-baltag-2017-ch01?q=icsid>

⁶² Permanent Court of Arbitration (PCA). Arbitration Rules, Effective December 17, 2012.

Disponível em: <https://docs.pca-cpa.org/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>

⁶³ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984, Art. 28º nº 1.

Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

⁶⁴ Daniel Luís Tavela. *Proteção do Investimento Estrangeiro: O sistema do Centro Internacional Para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas Alternativas*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, pag 81.

Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08012014-084342/publico/20130730_Dissertacao_Daniel_Tavela_Luis.pdf

1.2 Doutrina Calvo e o que antecedeu a arbitragem

Algumas décadas prévias ao desenvolvimento massivo do cenário do investimento internacional, a Doutrina Calvo vinha com outra proposta no que dizia respeito à resolução de litígios entre Estados anfitriões e investidores estrangeiros.

Carlos Calvo, percussor da doutrina em estudo, através de suas convicções e pensamentos acerca deste preceito, “propôs que os estrangeiros - como os nacionais - estão sujeitos às leis e à jurisdição do Estado onde fazem negócios ou residem, inclusive quando sofrem danos ou prejuízos como resultado de desordem local, distúrbios políticos ou guerra civil.”⁶⁵.

Esta linha de raciocínio se criou devido ao facto de que, algumas potências estrangeiras, em especial as europeias, ao século XIX, se utilizaram de uma prática denominada “*gunboat diplomacy*”⁶⁶. Esta prática era comum pelo facto de um investidor que se sentisse lesado não poder naquela época fazer uma reclamação direta contra o Estado anfitrião de seu investimento, devendo peticionar ao seu próprio Governo a aceitação da reivindicação em seu nome. Daí em diante, indivíduos ou corporações influentes “convenceriam seu governo a enviar um pequeno contingente de navios de guerra para atracar ao largo da costa do Estado ofensor até que a reparação chegasse”⁶⁷, vindo a seguir o já citado jurista Carlos Calvo a defender sua doutrina em nome dos Estados que haviam garantido sua independência recentemente dentro daquele lapso temporal, pois acreditava que investidores estrangeiros não deveriam se posicionar legalmente de forma mais favorável em um país do que os próprios

⁶⁵ Horacio Alberto Grigera Naón. “Chapter 19: Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks”, in Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis (eds). *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*. Sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer, International Arbitration Law Library, Volume 16, Kluwer Law International, 2007, pag. 393 - 454, pag 401-402. Pag 401-402.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1451023?q=carlos%20calvo>
“Propounded that foreign aliens – like nationals – are subject to the laws and jurisdiction of the state where they do business or reside, including when they suffer harm or damage as a result of local disorder, political disturbances or civil war.”

⁶⁶ Blackaby Nigel, Constantine Partasides, et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*, 6th edition, Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015, pag. 441.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-redfern-06-013?q=Redfern%20and%20Hunter%20on%20International%20Arbitration&authorfullnamereversed=Redfern%2C%20Alan> Tradução nossa: diplomacia de canhoneira

⁶⁷ *Idem*, “would convince their government to send a small contingent of warships to moor off the coast of the offending state until reparation was forthcoming”.

investidores locais destes⁶⁸, como parecia acontecer quando seus Estados de origem agiam como seus agentes diplomáticos.

Porém, esta mesma vertente de pensamento poderia restringir mais a figura do investidor estrangeiro, por mais que se buscasse igualdade de tratamento entre estes e investidores nacionais, independente do Estado proveniente, pois na prática possivelmente haveria margem para que não se concebesse um tratamento igualitário por não haver uma garantia mais concreta de imparcialidade já que, dependendo de cada caso concreto, um juiz designado por este Estado poderia agir em último caso de acordo com os interesses políticos e legislativos desta nação.

Um exemplo clássico de disposição de lei na qual tem como influencia a Doutrina Calvo se dá no art. 27 da Constituição Mexicana (*Constitucion de los Estados Unidos Mexicanos*):

*I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.*⁶⁹

Em suma, os investidores provenientes de um Estado estrangeiro deveriam se submeter à jurisdição do Estado anfitrião do investimento, não sendo mais facultado a estes a possibilidade de um aparato diplomático, mesmo que de forma subsidiária, caso fosse constatada sua necessidade de acordo com o conflito.

A Cláusula Calvo explicita bem esta ideia aqui trazida. É compelido ao investidor estrangeiro que, ao celebrar contrato com o Estado no qual visa investir, formalize também a denominada Cláusula. Esta, por sua vez, “exige que os estrangeiros se comprometam, por contrato com o Estado, a não buscar proteção diplomática do Estado de que são nacionais em

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Secretaria de Gobernación. Art. 25, I.

Disponível em: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/27.pdf>

Tradução nossa: Somente os mexicanos de nascimento ou por naturalização e as empresas mexicanas têm o direito de adquirir a propriedade de terras, águas e suas acessibilidades, ou de obter concessões de mineração ou exploração de água. O Estado pode conceder o mesmo direito aos estrangeiros, desde que concordem perante o Secretário de Relações em se considerarem nacionais quanto a esses bens e não invocarem, portanto, a proteção de seus governos em relação a eles; sob pena, em caso de violação do acordo, de perder em benefício da Nação os bens que por ela tenham adquirido.

relação ao Estado Contratante que supostamente lhes causou algum dano. A cláusula, portanto, equivale a uma renúncia ao direito à proteção diplomática”⁷⁰.

Deste modo, pode-se dizer também que a dita Doutrina, ao remover a possibilidade de proteção diplomática por parte de investidores estrangeiros, ajudaria a preservar a soberania do Estado anfitrião do investimento, pois sendo esta última “um poder do Estado, que não pode ser limitado por outro poder”⁷¹, a suposta proteção diplomática do Estado em que é nacional o investidor poderia ameaçar de alguma forma a legitimidade do Estado anfitrião em caso de ter que tomar decisões de acordo com alguma necessidade que pudesse ter relação direta ou indireta com o investimento feito.

Além disso, apesar de a proteção diplomática por muito tempo ter tido sua consolidação no ordenamento internacional e por em meados do século XIX ser uma das únicas saídas dos investidores de se resguardarem já que não se podia, como já citado anteriormente, reclamar diretamente ao Estado anfitrião, podemos citar alguns obstáculos que podem surgir até a sua execução em tempos mais contemporâneos. Em primeiro lugar, necessitaria obrigatoriamente que se fossem esgotados pelo investidor os meios disponíveis através do Estado de acolhimento do investimento, nos quais estes se revelam por muitas vezes morosos e nem sempre imparciais. Apesar disso tudo, a diplomacia a luz do Direito Internacional é exercida de forma discricionária pelo Estado do nacional, devendo este decidir sobre em que condições esta diplomacia se exercerá⁷². O que naturalmente acarretaria riscos de deixar o investidor sem proteção alguma, já que a diplomacia não era obrigatoriamente vinculante.

Este último detalhe citado em relação à diplomacia exercida pelo Estado do nacional pode ser confirmado através de um trecho de um acórdão do caso *Barcelona Traction (Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain))*, referente a uma busca do Governo Belga por reparação de danos em desfavor do Governo

⁷⁰ Patrick Juillard. *Calvo Doctrine/Calvo Clause*. Oxford Public International Law, 2007, parag. 5. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e689>

“that aliens commit themselves, by their very contract with the State, not to seek diplomatic protection from the State of which they are nationals as against the Contracting State which allegedly caused them some damage. The clause therefore amounts to a waiver of the right to diplomatic protection.”

⁷¹ Ana Cláudia Borges. Jéssica Blank, et al. *Soberania no Direito Internacional*. XVII Seminário Internacional de Educação no Mercosul, 2015, Pag 6.

Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015/1%20-%20ARTIGOS/SOBERANIA%20NO%20DIREITO%20INTERNACIONAL.PDF>

⁷² Dário Moura Vicente. “Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores na perspectiva europeia: desenvolvimentos recentes”. *Liber amicorum Fausto de Quadros*. Almedina, Coimbra, Volume 1, 2016, pag. 695-721, pag 696-697.

Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B93319a25-06a7-4c72-97e5-6a0c4612a7c3%7D.pdf>

Espanhol, proferido em 5 de fevereiro de 1970 pelo Tribunal Internacional de Justiça⁷³, que diz:

*The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case*⁷⁴.

Podemos citar como exemplo de uma Cláusula Calvo um trecho contido em um contrato formalizado entre *North American Dredging Co* e o Governo do México de 23 de novembro de 1912, em seu Art.18:

*The contractor and all persons who, as employees or in any other capacity, may be engaged in the execution of the work under this contract either directly or indirectly, shall be considered as Mexicans in all matters, within the Republic of Mexico, concerning such work and the fulfilment of their contract. They shall not claim, nor shall they have, with respect to the interests and the business conducted within this contract, any other rights or means to enforce the same than those granted by the Republic to Mexicans, nor shall they enjoy any other rights than those established in favor of Mexicans. They are consequently deprived of any rights as aliens, and under no conditions shall the intervention of foreign diplomatic agents be permitted, in any matter related to this contract.*⁷⁵

Diante de toda esta breve explanação em relação a essa doutrina e dada a vulnerabilidade do investidor perante o *host-state* citada mais acima, é muito controversa a adoção deste pensamento quando se visa atrair mais investimentos, principalmente os de longo prazo. Dependendo da realidade do país no qual recebe o investimento, nem sempre este oferecerá segurança de imparcialidade em caso de surgimento de diferendos relativos a

⁷³ International Court of Justice. Case Concerning *The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (Belgium vs Spain) Second Phase*, General Lis No. 50. Judgment Of 5 February, 1970.

Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>

⁷⁴ *Idem*, pag 44, parag. 79.

Tradução Nossa: O Estado deve ser visto como o único julgador a decidir se sua proteção será concedida, em que extensão, e quando esta irá cessar. A este respeito, retém um poder discricionário, cujo exercício pode ser determinado por considerações de natureza política ou de outra natureza, não relacionadas com o caso particular.

⁷⁵ Patrick Juillard. Calvo Doctrine/Calvo Clause. Oxford Public International Law, 2007.

Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e689>

Tradução nossa: O contratante e todas as pessoas que, como empregados ou em qualquer outra capacidade, possam estar envolvidos na execução do trabalho no âmbito deste contrato, direta ou indiretamente, serão considerados mexicanos em todos os assuntos, dentro da República do México, em relação a esse trabalho e o cumprimento de seu contrato. Eles não devem reivindicar, nem devem ter, com relação aos interesses e os negócios conduzidos no âmbito deste contrato, quaisquer outros direitos ou meios para fazer cumprir os mesmos que os concedidos pela República aos mexicanos, nem devem gozar de quaisquer outros direitos além daqueles estabelecido em favor dos mexicanos. Eles são, consequentemente, privados de quaisquer direitos como estrangeiros e, sob nenhuma condição, a intervenção de agentes diplomáticos estrangeiros será permitida, em qualquer assunto relacionado a este contrato.

investimentos feitos neste, seja pelo fator político como econômico, que muitas vezes estão bem atrelados⁷⁶.

Não menos importante, há também a discussão sobre o direito a proteção diplomática, que é impossibilitado pela Doutrina Calvo. No caso da *Panevezys-Saldutiskis Railway*⁷⁷, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional (PCIJ) sustentou com as seguintes palavras o direito aqui discutido:

*In taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a state is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rules of international law. This right is necessarily limited to the intervention on behalf of its own nationals because, in the absence of a special agreement, it is the bond of nationality between the state and the individual which alone confers upon the state the right of diplomatic protection, and it is as a part of the function of diplomatic protection that the right to take up a claim and to ensure respect for the rules of international law must be envisaged.*⁷⁸

Facto disto tudo é que a Doutrina Calvo foi um divisor de águas no que diz respeito à criação de novos mecanismos mais imparciais de resolução de litígios como também a melhoria dos que já existiam a sua época, nomeadamente a busca pelo recurso estatal para resolver tais questões, voltando-se ao ponto da proteção diplomática que alcançou uma discussão doutrinária mais abrangente diante de sua demandante necessidade em diversos aspectos e casos.

⁷⁶ “Neste contexto, é natural que a <<Doutrina Calvo>>, sobretudo quando aplicada em países menos desenvolvidos e com menos garantias de separação de poderes e de independência do poder judicial, seja um importante fator desincentivador para investimentos estrangeiros, sobretudo para investimentos de longa duração que implicam grandes dispêndios financeiros em infra-estruturas e a recuperação do capital investido ao longo de um período longo (como, por exemplo, nos contratos de concessão)”.

Tiago Duarte. *O reconhecimento e a execução de sentenças ICSID-CIRDI: Portugal à espera da primeira vez*. Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, coordenação Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida. Coimbra, Almedina, 2008. Pag 772.

Disponível em: <https://a.storyblok.com/f/46533/x/026e1a8b01/reconhecimento-execucao-sentencas-icsid-cirdi-portugal-primeira-vez-tiago-duarte-2008.pdf>

⁷⁷ PCIJ Series A/B. No 76, *Panevezys-Saldutiskis Railway*. Judgment, 28 Feb 1939.

Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-panevezys-saldutiskis-railway-judgment-tuesday-28th-february-193>

⁷⁸ *Idem*, pag. 16.

Tradução: livre. “Ao tomar o caso de um de seus nacionais, recorrendo a ações diplomáticas ou procedimentos judiciais internacionais em seu nome, um Estado está na realidade fazendo valer o seu próprio direito, o direito de assegurar na pessoa de seus nacionais o respeito pelas regras de direito internacional. Este direito está necessariamente limitado à intervenção em nome de seus próprios nacionais porque, na ausência de um acordo especial, é o vínculo de nacionalidade entre o Estado e o indivíduo que, por si só, confere ao Estado o direito à proteção diplomática, e ele é como parte da função de proteção diplomática que o direito de reclamar uma reclamação e de assegurar o respeito pelas regras do direito internacional deve ser contemplado”.

1.3 A relevância da arbitragem nas relações entre investidores e Estados

Todos sabemos que a rotatividade nos investimentos internacionais é gritante ainda mais quando comparada a décadas atrás, como foi o caso da época do uso da Doutrina Calvo no sentido de ser um dos pontos de partida para a regulação dos investimentos e dos litígios decorrentes destes há alguns anos atrás, principalmente na América Latina.

Quando se fala no impacto que o investimento em si pode trazer a diversas economias, pode-se dizer que este deve ser diferente mediante o estágio econômico de cada Estado. Podemos citar como exemplo, nas economias emergentes, que o investimento “é um instrumento fundamental a fim de viabilizar a exploração dos recursos naturais de que são titulares e a construção das infraestruturas de que carecem”⁷⁹, enquanto que nos países desenvolvidos “é uma forma não menos relevante de suprir as necessidades de capital do Estado e das empresas”⁸⁰.

Na medida em que se aplica algum determinado tipo de investimento em um Estado, aquele passa a deter uma vulnerabilidade e corre risco de sofrer determinadas medidas através de atos do Estado que o recebeu, “quer por via de medidas de nacionalização ou expropriação, quer através de restrições ao repatriamento dos lucros do investidor, do aumento de impostos ou de alterações legislativas de outra natureza”⁸¹. Eis que, a partir deste raciocínio, se justificam e vem realmente a surgir litígios neste âmbito.

Portanto, este ambiente de investimento internacional, da passagem da Doutrina Calvo e até mesmo do uso da força através da *gunboat diplomacy*, citada anteriormente, no século passado, tem necessitado de um meio de resolução no qual promova “a segurança jurídica internacional, que constitui um elemento capaz de expandir os fluxos econômicos internacionais através da redução dos riscos empresariais”⁸².

Diante de todo este cenário, se desenvolvem os mecanismos ISDS (*Investment-State Dispute Settlement*) aonde contém a arbitragem em estudo, nos quais estes visam resolver

⁷⁹ Dário Moura Vicente. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 71, n° 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770, pag 752.

Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Idem*.

⁸² Daniela Souza Lima Martins. *A Arbitragem de Investimento Estrangeiro. Em especial, a problemática da confidencialidade do procedimento arbitral nas disputas investidor-Estado*. Dissertação Orientada pelo Professor Doutor João Salvador Velez Pacheco de Amorim, Mestrado em Direito, Especialidade na área de Ciências Jurídico-Administrativas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015, pp. 17. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/83214/2/36329.pdf>

extrajudicialmente os litígios decorrentes do investimento internacional, em que além de buscarem reforçar conseqüentemente a proteção de quem investe, também objetivam garantir os direitos da outra parte⁸³. Estes mecanismos fornecem, principalmente em um tribunal arbitral, uma jurisdição independente e neutra para demandas investidor-Estado, que se fundamentam no incumprimento do Estado demandado de suas obrigações correspondentes ao investimento feito, e não vinculam obrigatoriamente que os investidores se sujeitem as instâncias de um tribunal estadual, tampouco a proteção diplomática de seus Estados de origem⁸⁴.

O consentimento à arbitragem de investimento entre investidor e Estado costuma se dar sob três formas. A primeira delas é mediante acordo direto entre o investidor e o Estado. A segunda forma de consentimento é por meio de lei interna, que consiste em uma oferta pelo Estado de se submeter à arbitragem, caso o investidor assim deseje, em momento posterior. Já a terceira é dada mediante cortesia entre o Estado destinatário do investidor e o Estado da nacionalidade do investidor, os quais podem ser travados em nível bilateral (BITs), regional (*por exemplo*, Nafta) ou mesmo multilateral (*por exemplo*, Tratado da Carta da Energia ou “ECT”). O consentimento prévio pelo Estado e o fato de o investidor não ser parte do tratado levaram o mecanismo a ser denominado, em inglês, de “*arbitragem sem prividade*”. No próprio instrumento de consentimento, comumente se opta pela aplicação das regras da Convenção ICSID⁸⁵.

Mediante todas essas características e com o passar dos anos, desde que a Convenção ICSID⁸⁶ foi criada, o alcance da arbitragem de investimento tomou outras proporções. É por agora “escolhida como o mecanismo de solução de controvérsia em milhares de tratados e de contratos de investimento e lidera centenas de casos por ano na prática entre Estados e empresas estrangeiras”⁸⁷.

⁸³ Elsa Dias Oliveira. *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*. Lisboa, Almedina, 2020. Pag. 241.

⁸⁴ Dário Moura Vicente. “Os Mecanismos de Resolução de Litígios entre Estados e Investidores na Perspectiva Europeia: Desenvolvimentos Recentes”. *Liber amicorum Fausto de Quadros*. Almedina, Coimbra, Volume 1, 2016, pag. 695-721, pag 697.

Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B93319a25-06a7-4c72-97e5-6a0c4612a7c3%7D.pdf>

⁸⁵ Ana Gerdau de Borja Mercereau. “Clássicos da Arbitragem: Nota à Convenção de Washington para Resolução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (“Convenção ICSID”, 1965) em homenagem ao 50º aniversário do estabelecimento do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos (“CIRDI”), de 1966”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International, Volume XIII, Edição 51, 2016, pag. 256 – 278, pag. 256 – 257.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-rba-1351018-n?q=conven%C3%A7%C3%A3o%20icsid>

⁸⁶ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984, Art. 2º.

Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

⁸⁷ Karl-Heinz Böckstiegel. “Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?”. *The Journal of the London Court of International Arbitration*. The Lalive Lecture 2012, Volume 28, Issue 4, 2012, pag. 575-590, pag 578.

É importante também destacarmos os aspetos em que o tipo de arbitragem em estudo difere das outras arbitragens. Apesar de suficientemente ter-se já compreendido que as partes nas quais participam nos litígios são diferentes das demais arbitragens, por a arbitragem em estudo se caracterizar “pela existência de interesses público-privados divergentes”⁸⁸, envolvendo um Estado que recebe um investimento e um investidor nacional de outro Estado, e também pela matéria do litígio ser diferente, temos outro ponto não menos importante que também merece rápida análise.

Pela imparcialidade da arbitragem de investimento, esta acaba por “despolitizar” as disputas, sem que envolva tanto a influencia do Estado receptor do investimento mediante julgamento por seus tribunais estaduais como tira também, caso entre em curso, a possibilidade de proteção diplomática por parte do Estado que advém o investidor. A “despolitização” se refere assim como “remoção de controvérsias sobre investimentos do âmbito da proteção diplomática em favor de um foro judicial sujeito a normas legais e um processo de solução de controvérsias pré-formulado”⁸⁹.

1.4 Demais mecanismos disponíveis na resolução de litígios

Como abordado acima, demos, e continuamos a dar ênfase durante o trabalho, a arbitragem de investimento que faz parte dos mecanismos ISDS. No entanto, não é conveniente se furtar também de outros mecanismos já existentes e de possíveis que possam vir a existir em um futuro próximo a depender de como o debate e outras circunstâncias sobre o tema irão prosseguir.

Ao longo do tempo surgiram novos projetos e possibilidades para serem implementados nas disputas sobre investimento internacional, devendo ser abordados mesmo que brevemente como forma de paradigma a arbitragem de investimento aqui estudada.

Disponível em: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media113644853030910bckstiegel_lalive_lecture_offprint.pdf
“chosen as the dispute settlement mechanism in thousands of treaties and investment contracts and leads to hundreds of cases per year in practice between states and foreign enterprises”

⁸⁸ Daniela Souza Lima Martins. “A Arbitragem de Investimento Estrangeiro. Em especial, a problemática da confidencialidade do procedimento arbitral nas disputas investidor-Estado.” Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015, pag 17.

Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/83214/2/36329.pdf>

⁸⁹ Gabrielle Kaufmann-Kohler, Michele Potestà. “Why Investment Arbitration and Not Domestic Courts? The Origins of the Modern Investment Dispute Resolution System, Criticism, and Future Outlook”. *Investor-State Dispute Settlement and National Courts*. European Yearbook of International Economic Law, Special Issue, 2020, pag. 7-29, pag. 17-18.

Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-44164-7_2

Tradução nossa: “removal of investment disputes from the realm of diplomatic protection in favor of a judicial forum subject to legal rules and a pre-formulated dispute settlement process”.

Em 2017, a Comissão Europeia emitiu uma recomendação ao Conselho para que iniciasse negociações à criação de um Tribunal Multilateral de Investimento (TMI)⁹⁰. Cerca de 2 anos antes, a própria Comissão, com relação ao Tribunal ora citado, já falara que este se aplicaria aos mais variados acordos e entre diferentes parceiros comerciais, e que teria como objetivo a multilateralização do órgão julgador, seja como um corpo autônomo internacional ou através de uma incorporação a um órgão multilateral já existente⁹¹. Este Tribunal, portanto, serviria para simplificar a arbitragem em acordos no âmbito da UE, se tornando um mecanismo longo que resolvesse disputas abrigadas por vários destes acordos⁹².

Esta hipótese de multilateralização visa: a formação de um tribunal de primeira instância que iria ouvir as controvérsias suscitadas para logo em seguida conduzir o litígio da mesma forma que é feito com os tribunais arbitrais nos dias de hoje e; um tribunal de apelação, que daria ouvidos aos recursos do tribunal de primeira instância, possuindo assim o poder de corrigir possíveis erros legais ou manifestar falhas na apreciação fáctica⁹³. Isto pressuporia, neste caso, “a passagem do quadro de arbitragem habitual para um sistema jurisdicional”⁹⁴.

O TMI serviria para, de certa forma, sanar críticas feitas à arbitragem de investimento, ou os mecanismos ISDS, no sentido de que estes não possibilitam a publicidade dos processos que em seu âmbito tramitam, coisa que as cortes multilaterais o fariam. Além do que, este formato de julgamento teria juízes vitalícios nos quais poderiam possibilitar uma maior

⁹⁰ Recomendação de DECISÃO DO CONSELHO que autoriza a abertura de negociações com vista a uma convenção que estabelece um tribunal multilateral para a resolução de litígios em matéria de investimento. COM(2017) 493 final, Bruxelas, 13.9.2017.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0493>

⁹¹ European Commission. Investment in TTIP and Beyond—The Path for Reform, Enhancing the Right to Regulate and Moving from Current ad hoc Arbitration Towards an Investment Court. 11 May 2015.

Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

“Therefore, the EU should pursue the creation of one permanent court. This court would apply to multiple agreements and between different trading partners, also on the basis of an opt-in system. The objective would be to multi-lateralize the court either as a selfstanding international body or by embedding it into an existing multilateral organization. Work has already begun on how to start this process, in particular on aspects such as architecture, organization, costs and participation of other partners.”

⁹² Colin M. Brown, “Chapter 13: The EU's Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement”. in Ana Stanič and Crina Baltag (eds). *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*. Kluwer Law International, 2020, pag. 219-236, pag. 224.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/KLI-KA-Stanic-2020-Ch13>

⁹³ UNCITRAL Working Group III, Submission from the European Union and its Member States. A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 January 2019, pp. 4.

Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>

⁹⁴ Conselho Europeu: Conselho da União Europeia. *Tribunal multilateral de investimento: Conselho confere mandato à Comissão para encetar negociações*. 20 de março de 2018.

Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/>

independência nos julgados, além de uma câmara de apelação na qual uniformizaria os litígios resolvidos⁹⁵.

Por outro lado, este modelo impossibilitaria as partes de escolherem seus próprios árbitros, fator no qual, na arbitragem, é um dos que provem a liberdade dos dois polos poderem dispor de seus próprios julgadores, sendo esta vantagem completamente removida⁹⁶.

Apesar destes projetos mais contemporâneos, a própria Convenção ICSID, objeto do segundo capítulo, oferece, além da arbitragem para conflitos de investimento, a própria conciliação prévia em seu art. 28º, dizendo no nº 1 que “qualquer Estado Contratante ou qualquer nacional de um Estado Contratante que deseje abrir um processo de conciliação deverá encaminhar um requerimento por escrito, neste sentido, ao secretário geral, que enviará uma cópia à outra parte”⁹⁷.

⁹⁵ Dário Moura Vicente. “Os Mecanismos de Resolução de Litígios entre Estados e Investidores na Perspectiva Europeia: Desenvolvimentos Recentes”. *Liber amicorum Fausto de Quadros*. Almedina, Coimbra, Volume 1, 2016, pag. 695-721, pag 708.

Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B93319a25-06a7-4c72-97e5-6a0c4612a7c3%7D.pdf>

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984. Art. 28º nº 1.

Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

2. PANORÂMICA DAS FONTES DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO

No capítulo passado, fizemos uma pequena introdução acerca da arbitragem de investimento e seus elementos. Agora, vamos aprofundar mais formalmente de onde surgiram os elementos nos quais fazem parte desta arbitragem e onde eles podem ser encontrados legalmente.

2.1 Convenção de Washington

Principal instrumento criado até o presente momento em relação à arbitragem de investimento e também o que a institui, a Convenção Para a resolução de Diferendos relativos a investimentos Entre Estados e Nacionais de outros Estados, ou Convenção ICSID, foi celebrada em Washington, D.C., no ano de 1965⁹⁸. Esta foi assinada por 163 Estados e ratificada por 155 destes até o presente momento, onde dentre estes Estados se encontra Portugal, que a ratificou em julho de 1984 (Brasil não a aderiu)⁹⁹. Juntamente com esta foi instituído o Centro Internacional Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos¹⁰⁰, que será referido como ICSID ao longo do trabalho.

Antes da instituição formal da arbitragem de investimento através desta Convenção, houve as possibilidades de se julgar o litígio de investimento através do poder judiciário nacional e da recorrência a proteção diplomática pelo investidor ao seu país de origem, detalhes já visto anteriormente. Apesar disto, também houvera a alternativa de submeter o litígio através de arbitragem entre o Estado nacional do investidor e o Estado receptor do investimento, o que não era acessível ao próprio investidor.¹⁰¹

No que diz respeito a matéria da proteção diplomática, o art. 27º da Convenção diz:

⁹⁸ Dário Moura Vicente. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 71, nº 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770, pag 753.

Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>

⁹⁹ Database of ICSID Member States. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), World Bank Group.

Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>

¹⁰⁰ *Idem*.

“The ICSID Convention is a treaty ratified by 155 Contracting States. It entered into force on October 14, 1966, 30 days after ratification by the first 20 States.”

¹⁰¹ Daniel Aun, Eliana Baraldi, et al., “Arbitragem Como Meio de Solução de Controvérsias em Investimento: Aspectos Processuais”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, 2011, pag. 61-106, pag. 63-64.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1447206-n?q=conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20washington>

1 - Nenhum Estado Contratante concederá protecção diplomática nem apresentará internacionalmente uma reclamação respeitante a um diferendo que um dos seus nacionais e outro Estado Contratante terão consentido submeter ou hajam submetido a arbitragem no quadro da presente Convenção, exceto nenhum caso de outro Estado Contratante não acatar a sentença proferida no dito diferendo.

2 - A protecção diplomática, efeitos para do n.º 1, não incluirá diligências diplomáticas informais, complicadas unicamente a resolução do diferendo.¹⁰²

O Centro referido tem sua instituição formalizada logo no art. 1.º da convenção, possuindo como objetivo “proporcionar os meios de conciliação e arbitragem dos diferendos relativos a investimentos entre Estados Contratantes e nacionais de outros Estados Contratantes em conformidade com as disposições desta Convenção”¹⁰³, sendo assim “*an arm of the World Bank Group*”¹⁰⁴.

Artigo 2.º A sede do Centro será a do Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (daqui para a frente denominado Banco). A sede poderá ser transferida para outro local por decisão do conselho de administração aprovada por uma maioria de dois terços dos seus membros.¹⁰⁵

A Convenção ICSID tem como objetivo principal “criar um novo foro arbitral para a resolução de controvérsias entre investidores e Estados, por meio da inclusão de cláusulas arbitrais em contratos estaduais”¹⁰⁶, proporcionando “uma alternativa eficaz e confiável para dirimir conflitos legais surgidos do relacionamento entre empresas privadas e Estados de diferentes nacionalidades”¹⁰⁷.

¹⁰² Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984. Art. 1.º n.º 2.

Disponível em: <http://gddc.ministeriublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ Mark A. Kantor, “Amendments to the ICSID Arbitration Rules take Effect”. *Asian Dispute Review*. Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), Volume 8, Issue 4, 2006, pag. 127 – 129, pag. 127.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-adr-2006038-n?q=washington%20convention%20icsid>

Tradução livre: um braço do Grupo Banco Mundial.

¹⁰⁵ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984. Art. 2.º.

Disponível em: <http://gddc.ministeriublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

¹⁰⁶ Blackaby Nigel, Constantine Partasides, et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. 6th edition, Kluwer Law International; Oxford University Press, 2015, pag. 443.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-redfern-06-013?q=Redfern%20and%20Hunter%20on%20International%20Arbitration&authorfullnamereversed=Redfern%2C%20Alan>

Tradução nossa: creating a new arbitral forum for the resolution of disputes between investors and states by means of the inclusion of arbitration clauses in state contracts

¹⁰⁷ Celso de Tarso Pereira. *O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID)*. Brasília, a. 35, n. 140, out./dez. 1998, pag. 1.

Também, nesta Convenção, vale reiterar o que foi adiantado no primeiro capítulo em relação ao investimento, no qual não é disponibilizada uma definição para este, conseqüentemente deixando a cargo dos tratados de investimento estabelecerem definições próprias e aos julgadores a identificação deste em um caso concreto, tendo como base o descrito no Art. 25 n°1¹⁰⁸ da Convenção.

Não obstante, no art. 26 da Convenção diz que “O consentimento dado pelas partes para a arbitragem dentro do âmbito da presente Convenção será, excepto no caso de estipulação contrária, considerado como implicando a renúncia a qualquer outro meio de resolução. Um Estado Contratante poderá exigir a exaustão dos meios administrativos e judiciais internos como condição para dar o seu consentimento à arbitragem no âmbito da presente Convenção”¹⁰⁹. Doravante o referido dispositivo, via de regra, a arbitragem será exclusivamente o meio no qual as partes deverão se ater para a resolução litigiosa de investimento.

Assim, podemos falar também sobre as Regras Sobre Facilidades Adicionais¹¹⁰, nas quais tiveram sua adoção em 1978, sendo que através delas “a arbitragem ICSID foi estendida a outros litígios para além dos previstos no art. 25º, nos quais pelo menos o Estado parte ou o Estado de que é originário o investidor é membro da Convenção. Alargou-se assim a jurisdição do ICSID a casos em que um desses Estados não se encontra vinculado à Convenção. Esta não se aplica, todavia, às arbitragens instauradas ao abrigo das Facilidades Adicionais, conforme o declara expressamente o artigo 3º das referidas Regras; o que tem importância, em especial no tocante ao reconhecimento das decisões arbitrais proferidas ao

Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/420/r140-09.pdf?sequence=4&isAllowed=y#:~:text=%E2%80%93%20o%20Centro%20Internacional%20para%20a.os%20ausp%C3%ADcios%20do%20Banco%20Mundial>

¹⁰⁸ 1 - A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica directamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, diferendo 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.

¹⁰⁹ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984, art. 26.
Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

¹¹⁰ International Centre for Settlement of Investment Disputes. ICSID Additional Facility Rules, ICSID/11, April 2006.

Disponível em: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/AFR_2006%20English-final.pdf

abrigo das Facilidades Adicionais, que não beneficiam do princípio do reconhecimento automático previsto na Convenção”¹¹¹.

No art. 36 n.º 3 da Convenção, mostra que a secretaria só poderá recusar um requerimento a arbitragem se o litígio estiver fora da competência do ICSID, no qual deverá ser analisado de acordo com a interpretação da Convenção:

3 - O secretário-geral procederá ao registo do requerimento, excepto se considerar, com base nos dados do mesmo, que o diferendo está manifestamente fora da competência do Centro. Notificará de imediato as partes do registo ou da recusa de registo.¹¹²

A Convenção em caso é “um tratado ratificado por 155 Estados Contratantes”¹¹³, neste feito entrando “em vigor em 14 de outubro de 1966, 30 dias após a ratificação pelos primeiros 20 Estados.”¹¹⁴. A execução das sentenças arbitrais do sistema ICSID tem a obrigação executória “como se fossem decisões de última instância de um tribunal da parte contratante em que se almeja a sua execução”¹¹⁵, sendo que neste caso “não estão sujeitas a recurso, sendo passíveis apenas de interpretação, revisão e procedimentos de anulação sob fundamentos bastante restritos”¹¹⁶.

O art. 53 n.º 1 da Convenção explicita bem a ideia da compulsoriedade da sentença e da não vinculação a recurso:

1 - A sentença será obrigatória para as partes e não poderá ser objecto de apelação ou qualquer outro recurso, excepto os previstos na presente Convenção. Cada parte deverá acatar os termos da sentença, excepto se a execução for suspensa em conformidade com as disposições da presente Convenção.¹¹⁷

¹¹¹ Dário Moura Vicente. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 71, n.º 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770, pag 755.

Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>

¹¹² Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984, Art. 36 n.º 3.

¹¹³ ICSID Convention. International Centre for Settlement of Investment Disputes, World Bank Group. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview> “a treaty ratified by 155 Contracting States”

¹¹⁴ *Idem*.

“into force on October 14, 1966, 30 days after ratification by the first 20 States”

¹¹⁵ Ana Gerda de Borja Mercereau. “A Aplicação do Direito Comunitário em Arbitragens de Investimento”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2010, Volume VII, Issue 25, pp. 60-75, pp. 69.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-rba-0725004-n?q=conven%C3%A7%C3%A3o%20icsid>

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. Ministério Público Portugal, 1984, art. 53 n.º 1.

Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

Neste caso, pode-se dizer que os arts. 53 e 54 acabam por ecoar “o regime da não interferência da Convenção, ao disporem que as sentenças arbitrais não estão sujeitas a qualquer mecanismo de apelação ou anulação, exceto aos mecanismos previstos na própria Convenção, e que devem ser reconhecidas e executadas pelos Estados contratantes como uma sentença nacional final”¹¹⁸.

Além disto, é colocado em artigos anteriores três possibilidades nas quais as partes podem dispor no que diz respeito a esta sentença: A interpretação desta, que pode ser pedida “Se surgir qualquer diferendo entre as partes sobre o significado ou o âmbito”¹¹⁹ da decisão em questão; a revisão, na que ocorre “com fundamento na descoberta de algum facto susceptível de exercer uma influência decisiva sobre a sentença, desde que, à data da sentença, tal facto fosse desconhecido do tribunal e do requerente sem culpa deste”¹²⁰; e a anulação desta sentença, na qual os fundamentos para tal ato estão elencados no art. 52º da convenção.

Ocorrem também motivos para haver substituições de árbitros e conciliadores. Via de regra não pode haver este tipo de substituição, exceto “em caso de falecimento, incapacidade ou demissão de um conciliador ou de um árbitro”¹²¹, devendo a vaga ser preenchida “em conformidade com as disposições da secção 2 do capítulo III ou secção 2 do capítulo IV”¹²².

Falamos mais acima, no capítulo passado, sobre as regras de direito aplicável a arbitragem. Em regra, estas são pactuadas em comum acordo das partes. Porém, o Art. 42 nº 1 traz uma regra subsidiária em caso de falta de acordo destas:

1 - O tribunal julgará o diferendo em conformidade com as regras de direito acordadas entre as partes. Na ausência de tal acordo, o tribunal deverá aplicar a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os princípios de direito internacional aplicáveis.

¹¹⁸ Ana Gerda de Borja Mercereau. “Clássicos da Arbitragem: Nota à Convenção de Washington para Resolução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (“Convenção ICSID”, 1965) em homenagem ao 50º aniversário do estabelecimento do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos (“CIRDI”), de 1966”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International, Volume XIII, Edição 51, 2016, pag. 256 – 278, pp. 257.
Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-rba-1351018-n?q=conven%C3%A7%C3%A3o%20icsid>

¹¹⁹ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984, Art. 50 nº 1.
Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

¹²⁰ *Idem*, Art. 51 nº 1.

¹²¹ *Idem*, Art. 56 nº 1.

¹²² *Idem*.

2 - O tribunal não pode recusar-se a julgar sob pretexto do silêncio ou da obscuridade da lei.

3 - As disposições dos n.os 1 e 2 não prejudicarão a faculdade de o tribunal julgar um diferendo *ex aequo et bono* se houver acordo entre as partes.¹²³

Visto, de forma mais aprofundada, alguns pontos pilares que sustentam a eficácia e a credibilidade da convenção no que diz respeito a matéria que esta regula, passemos agora a fazer um breve resumo de que se trata cada capítulo do dispositivo em estudo.

Passando pelo primeiro capítulo, vemos normatizado como se criou e se organizou o órgão ICSID. Já no corpo do segundo capítulo, trata-se da competência do órgão citado com abertura no art. 25, já destrinchado anteriormente. Entrando no terceiro capítulo, é abordado como se dá o procedimento de conciliação entre o nacional investidor e o Estado Contratante parte no litígio. No Capítulo IV se dispõe sobre a arbitragem propriamente dita entre as partes componentes. No quinto capítulo fala-se sobre as formas nas quais se dão possíveis substituições e-ou proibições de árbitros ou conciliadores perante o procedimento que for instaurado. Já nos Capítulos VI e VII aborda-se, respectivamente, sobre as custas e o local onde se dará o processo. No oitavo, nono e décimo capítulo, são citados, de forma respectiva: diferendos entre os Estados-parte da convenção (no que diz respeito a letra da lei ou sua aplicação); propositura de possíveis alterações a convenção pelos Estados componentes desta; e suas disposições finais¹²⁴.

Com este breve apanhado sobre o dispositivo-base da institucionalização da arbitragem de investimento entre investidores estrangeiros e Estados (em regra, signatários da convenção), poderemos fazer uma análise mais profunda e mais respaldada dos outros elementos do estudo que encorpa o tema em apreço.

2.2 *BITs*

Da mesma forma que existem dispositivos como a Convenção analisada anteriormente usada para normatizar as premissas da arbitragem internacional de investimento, há também vários acordos feitos entre países com o intuito de fomentar a relação de investimento em uma escala mais global. Neste prisma, vamos aqui tratar sobre os que são celebrados de forma bilateral.

Inicialmente, deve-se salientar que, o que os BITs (*Bilateral Investment Treaties*) em questão possuem como objetivo é simplesmente “regulamentar o tratamento a ser conferido

¹²³ *Idem*, Art. 53 n° 1.

¹²⁴ *Idem*.

ao investidor de um desses Estados ao investir no território do outro Estado”¹²⁵, pavimentando assim uma segurança jurídica maior a quem investe.

Ademais, estes tratados em si possuem um papel fundamental para a atividade da Convenção ICSID. Até o início dos anos 80, a Convenção parecia não possuir a aderência expectável aquando sua fundação, possuindo em seu órgão uma procura pífia no que diz respeito à entrada em processos. Foi a partir da década de 90, quando fora celebrados em escala considerável os tratados bilaterais relativos ao investimento estrangeiro que o ICSID começou a operacionalizar de uma forma mais ávida¹²⁶.

Vale salientar que os modelos modernos destes tratados bilaterais deram início na década de 50, através de uma grande expansão internacional no investimento estrangeiro, seguida por Estados Unidos, Europa, Japão, dentre outras partes do mundo posteriormente. Apesar de sempre terem existido estes acordos entre nações visando o comércio, não havia antes quase nenhum destes voltado para o próprio investimento.¹²⁷

Mesmo com o crescimento exponencial do investimento no cenário mundial, havia um campo de incertezas manifestado explicitamente pela Corte Internacional de Justiça no famoso caso *Barcelona Traction* já citado anteriormente, aonde se diz: “Tendo em conta os importantes desenvolvimentos da última metade do século, o crescimento dos investimentos estrangeiros e a expansão da actividade internacional das empresas, em particular das sociedades holding, muitas vezes multinacionais, e tendo em conta a forma como proliferaram os interesses económicos dos Estados, pode parecer à primeira vista surpreendente que a evolução do direito não tenha ido mais longe e que nenhuma regra geralmente aceita na matéria tenha se cristalizado no plano internacional”.¹²⁸

¹²⁵ Érika Capella Fernandes, Jete Jane Fiorati. *Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: Uma análise comparada*. RIL Brasília, a. 52, n. 208, out./dez. 2015, pp. 247-276, pp 248.

Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517706/001055994.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹²⁶ Dário Moura Vicente. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”.

Revista da Ordem dos Advogados. A. 71, nº 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770, Pag 759.

Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>

¹²⁷ Jeswald W. Salacuse. “Chapter 14. The Energy Charter and Bilateral Investment Treaty Regimes”. in Thomas W. Wälde (ed). *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. Kluwer Law International, 1996, pag. 321-348, pag. 323.

Disponível em:

<https://www.kluwerarbitration.com/search?q=%27Chapter%2014.%20The%20Energy%20Charter%20and%20Bilateral%20Investment%20Treaty%20Regimes>

¹²⁸ International Court of Justice. Case Concerning *The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (Belgium vs Spain) Second Phase*, General Lis No. 50. Judgment Of 5 February, 1970, Pag 44.

Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>

Já quando do período pós Segunda Guerra Mundial, os investidores estrangeiros encontravam poucas normas de cunho internacional que lhes proovessem segurança, em um momento aonde houve um considerável crescimento na atividade econômica internacional.¹²⁹ Pode-se dizer que por estes foi encontrada “uma estrutura efêmera que consiste largamente de provisões de tratados espalhadas, alguns costumes questionáveis, e princípios jurídicos contestáveis”.¹³⁰

Esta escassez de elementos a disposição do investidor e sua fiabilidade nestes conflituava com o que a própria Corte Internacional de Justiça aplica em seu Estatuto, aonde esta indica três pilares que são necessários para o desenvolvimento do Direito Internacional:

Article 38

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;*
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;*
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;¹³¹*

Diante deste breve cenário e voltando a entrar nas características dos BITs propriamente dito, estes, além de buscarem “promover e proteger os investimentos realizados pelos nacionais de cada um dos respectivos Estados partes no território do outro Estado parte”¹³², também disponibilizam aos investidores determinadas garantias fundamentais, quais sejam: “(a) O tratamento nacional e da nação mais favorecida; (b) A proibição de expropriações e nacionalizações com caráter discriminatório e sem indenização; (c) A livre transferência do

“Considering the important developments of the last half-century, the growth of foreign investments and the expansion of international activities of corporations, in particular of holding companies, which are often multinational, and considering the way in which the economic interests of states have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of law has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallized on the international plane.”

¹²⁹ Jeswald W. Salacuse, Nicholas P. Sullivan. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. Volume 46, Number 1, Winter 2005. pag 68.

Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hilj46&id=73&collection=journals&index>

¹³⁰ *Idem*.

“an ephemeral structure consisting largely of scattered treaty provisions, a few questionable customs, and contested principles of law.”

¹³¹ Internacional Court of Justice. Statute Of The Internacional Court of Justice, 1945.

Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>

Tradução livre: Artigo 38. 1. O Tribunal, cuja função é decidir, de acordo com o direito internacional, as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, gerais ou particulares, que estabelecem normas expressamente reconhecidas pelos Estados concorrentes; b. costume internacional, como evidência de uma prática geral aceita como lei; c. os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

¹³² Dário Moura Vicente. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 71, nº 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770, pag 759.

capital e dos rendimentos do investimento; e (d) A resolução dos diferendos entre as partes por negociações e, caso estas não bastem, por arbitragem”¹³³.

Após o primeiro BIT tomar forma em 1959, entre Alemanha e Paquistão, diversos modelos similares a este foram surgindo com o passar do tempo, destacando-se a facilidade em acordos entre dois Estados quando se comparado a estes feitos envolvendo uma pluralidade entre países com interesses bem antagônicos¹³⁴. Há de se frisar também o facto de que, para Estados mais desenvolvidos, de acordo com o ponto de vista destes, “mostra-se mais viável a celebração de acordos bilaterais – nos quais os Estados menos desenvolvidos têm pouco poder de barganha – do que a assunção de compromissos multilaterais, em que os Estados menos desenvolvidos têm a possibilidade de unir-se para reivindicar a contemplação de seus interesses”¹³⁵, podendo as vezes causar um certo desnivelamento nas negociações.

Pegando um dos protagonistas do nosso estudo na presente tese, que possui uma situação bem peculiar, o Brasil, na década de 1990, aonde esta foi marcada por uma forte liberalização econômica no país, assinou 14 (quatorze) BITs¹³⁶ com os países que se seguem: Bélgica e Luxemburgo, Chile, Cuba, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Itália, Coreia do Sul, Holanda, Portugal, Suíça, Reino Unido e Venezuela, sendo que nenhum destes estão em vigor atualmente¹³⁷. Destes acordos, apenas os celebrados com França, Alemanha, Suíça, Portugal, Chile e Grã-Bretanha foram submetidos ao Congresso Nacional Brasileiro¹³⁸, sendo que nunca foram aprovados e até retirados de pauta posteriormente¹³⁹. Hoje, o Brasil possui

¹³³ *Idem*.

Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>

¹³⁴ Érika Capella Fernandes, Jete Jane Fiorati. *Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: Uma análise comparada*. RIL Brasília, a. 52, n. 208, out./dez. 2015, pag. 247-276, pag. 248.

Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517706/001055994.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ *Idem*, Pag 249.

¹³⁷ Información sobre Brasil (Tratados Bilaterales de Inversión). Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE), Organización de los Estados Americanos.

Disponível em: http://www.sice.oas.org/ctyindex/BRZ/BRZBITs_s.asp

¹³⁸ Débora Bithiah Azevedo. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. Brasília, Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2001, pag. 6.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/arquivos-pdf/pdf/102080.pdf>

¹³⁹ Wei Dan. *Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos: Práticas do Brasil e da China*. N.º 125, 4.ª Série, Primavera 2010, pag. 157-191, pag. 166.

Disponível em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/3245/1/NeD125_WeiDan.pdf

ACFIs (Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos) em vigor com dois países: México e Angola¹⁴⁰.

Portugal, por sua vez, tem sido parte de 60 tratados bilaterais de investimento, dos quais 44 ainda se encontram em vigor, totalizando hoje em todo o mundo cerca de 2852 BITs celebrados e 2298 destes em vigor atualmente.¹⁴¹

The last two decades have witnessed an explosive growth of BITs. By the new millennium, close to 2,000 BITs had been concluded, reflecting increased global competition for foreign capital and a perception of the economic success of these instruments. The World Bank (World Bank Group) issued supplemental best practice guidelines concerning foreign direct investment ('FDI') in 1992.¹⁴²

Os BITs, todavia, pode-se dizer que possuem duas partes, entre as quais a primeira engloba “regras substantivas de proteção dos investimentos estrangeiros, entre as quais avultam: a) A proibição de expropriações e nacionalizações sem indemnização adequada; b) O direito a um tratamento justo e equitativo; c) A proibição de medidas arbitrárias ou discriminatórias; d) A livre transferência de fundos relacionados com os investimentos; e e) A cláusula da nação mais favorecida”¹⁴³ e a segunda parte é regulada pelo “modo de resolução de litígios que venham a surgir, incluindo-se, por regra, a possibilidade de recurso a arbitragem internacional¹⁴⁴.

A priori, não é exigível que se esgote previamente os recursos judiciais do Estado em que recebe o investimento em caso de litígio direto, devendo o investidor estrangeiro expor o

¹⁴⁰ International Investment Agreements Navigator. Brazil, Bilateral Investment Treaties (BITs). Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>

¹⁴¹ International Investment Agreements Navigator. Portugal, Bilateral Investment Treaties (BITs). Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/169/portugal>

¹⁴² Marc Jacob. *Investments, Bilateral Treaties*. Oxford Public International Law, 2014, Parag. 13.

Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1061>

Tradução nossa: As últimas duas décadas testemunharam um crescimento explosivo de BITs. No novo milênio, cerca de 2.000 BITs foram concluídos, refletindo o aumento da competição global por capital estrangeiro e a percepção do sucesso econômico desses instrumentos. O Banco Mundial (*Grupo do Banco Mundial*) emitiu diretrizes suplementares de melhores práticas relativas ao investimento estrangeiro direto ('IDE') em 1992.

¹⁴³ Dário Moura Vicente. “Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores na perspectiva europeia: desenvolvimentos recentes”. *Liber amicorum Fausto de Quadros*. Almedina, Coimbra, Volume 1, 2016, pag. 695-721, pag 698.

Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B93319a25-06a7-4c72-97e5-6a0c4612a7c3%7D.pdf>

¹⁴⁴ Elsa Dias Oliveira. *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*. Lisboa, Almedina, 2020, Pag. 243-244.

seu consentimento em relação ao mesmo e intencionalmente mostrar seu interesse de recorrer ao mecanismo arbitral¹⁴⁵. Dado mecanismo previsto nos BITs “evita muitas das armadilhas (reais ou imaginárias) da regra tradicional sobre o esgotamento dos recursos locais”¹⁴⁶.

As estruturas dos BITs em si variam de acordo para acordo, seja pela morfossintaxe na forma de expressar uma regra ou mesmo nas diferenças proporcionais de cada um. Alguns deles “adicionam uma cláusula segundo a qual os investimentos feitos antes da entrada em vigor do tratado também se beneficiarão de sua proteção. Por outro lado, os litígios de investimento que surgiram anteriormente e os créditos liquidados são habitualmente excluídos”¹⁴⁷.

Porém, se quisermos ter em mente uma forma estrutural mais básica e padrão destes acordos bilaterais, podemos dizer que esta pode ser composta por oito tópicos: 1. O escopo de sua aplicação; 2. As condições para a entrada de um investimento estrangeiro; 3. Normas gerais de tratamento para os investimentos estrangeiros; 4. Transferência monetárias; 5. As condições operacionais do investimento; 6. Proteções contra expropriação e desapropriações; 7. Compensação por perdas; 8. Resolução de controvérsias de investimento¹⁴⁸.

Um ponto importante é que estes acordos bilaterais de investimento podem influenciar bastante nas legislações internas dos países que os ratificam em matéria de investimento, pois quando o fazem estão basicamente tornando estes acordos parte dos seus ordenamentos jurídicos¹⁴⁹. Neste caso, as leis de um país que adota os BITs tendem a se modificar de acordo com as disposições dos acordos.

¹⁴⁵ Dário Moura Vicente. “Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores na perspectiva europeia: desenvolvimentos recentes”. *Liber amicorum Fausto de Quadros*. Almedina, Coimbra, Volume 1, 2016, pag. 695-721, pag 699.

Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B93319a25-06a7-4c72-97e5-6a0c4612a7c3%7D.pdf>

¹⁴⁶ Marc Jacob. *Investments, Bilateral Treaties*. Oxford Public International Law, 2014, Parag. 73.

Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1061>

“avoids many of the (actual or imagined) pitfalls of the traditional rule concerning the exhaustion of local remedies”

¹⁴⁷ *Idem*, Parag. 56

“add a clause according to which investments made prior to the treaty’s entry into force will also benefit from their protection. Investment disputes that arose earlier and settled claims, on the other hand, are habitually excluded”

¹⁴⁸ Jeswald W. Salacuse, Nicholas P. Sullivan. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. Volume 46, Number 1, Winter 2005, pag. 79.

Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hilj46&id=73&collection=journals&index=>

¹⁴⁹ *Idem*, Pp 70-71.

Vale ressaltar também que, em 2020, o número de BITs e de outros acordos tem sofrido uma severa escassez devido a pandemia de COVID-19, tendo em vista que “um número de rodadas de negociações para tratados bilaterais de investimento (BITs) e tratados com provisões sobre investimento (TIPs) tem sido cancelados ou adiados devido a pandemia”¹⁵⁰

2.3 Outros Tratados Multilaterais

Da mesma forma da Convenção de Washington e dos BITs, outra fonte importante para o fomento do investimento internacional são os tratados celebrados entre vários Estados, conseqüentemente envolvendo uma gama maior de interesses.

A regulamentação do investimento em si, a exemplo do que vimos no tópico passado em relação aos BITs, vem se desenvolvendo desde o período que cessou a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista que “diversos instrumentos vêm sendo negociados como forma de conferir maior segurança e estimular o fluxo de investimentos entre os países”¹⁵¹.

Os primeiros acordos multilaterais referentes à resolução de litígios entre Estados por via arbitral surgem já no fim do século XIX e início do século XX, com as Convenções da Haia para a Resolução Pacífica de Litígios Internacionais, de 1899 e 1907, mas é apenas no pós-guerra da segunda guerra mundial que o panorama verdadeiramente se altera como direito de propriedade a constar da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e de diversas constituições.¹⁵²

Se os BITs são elaborados por dois Estados, os tratados realizados de forma multilateral relativos ao investimento são “*entered into by three or more states*”¹⁵³. Podemos até dizer que a estrutura de ambos os tipos de tratados se assemelham em alguns aspectos, porém raramente sendo idênticos, podendo haver diferenças a primeira vista mínimas entre as disposições

¹⁵⁰ World Investment Report 2020. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Nova Iorque/Genebra, 2020, pag. 112.

Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_en.pdf

“a number of negotiating rounds for bilateral investment treaties (BITs) and treaties with investment provisions (TIPs) have been cancelled or postponed due to the pandemic”

¹⁵¹ Lauriana de Magalhães Silva. “Direito Internacional dos Investimentos e Tratados Internacionais Contra Dupla Tributação da Renda”. *Revista do Mestrado em Direito UCB*. 2008, pp. 55.

¹⁵² Maria Antónia Mata Antunes da Silva. *Mecanismos De Resolução De Litígios Com Investidores e Direito Da União Europeia*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro, Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, Especialidade de Direito Comercial Internacional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, pag. 51.

Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/44782/1/ulfd144534_tese.pdf

¹⁵³ Michael McIlwrath and John Savage. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. Kluwer Law International, 2010, pp. 371.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1016008-n?q=multilateral%20investment%20treaties>

Tradução nossa: celebrados por três ou mais estados

regulatórias de ambos os tipos de tratados, mas que resultam ou podem resultar em uma disparidade expressiva no patamar de proteção que cada um fornece.¹⁵⁴

Como principais tratados multilaterais de investimento e que se sabem que surgiram casos de arbitragem, podemos citar “o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) (1) e o Acordo Compreensivo de Investimento da ASEAN (ACIA), (2) que são organizados em uma base regional, e a Tratado da Carta de Energia (TCE), (3) que incide sobre uma determinada atividade económica”¹⁵⁵.

Há também o Acordo Unido para o Investimento de Capital Árabe nos Estados Árabes, fazendo parte deste 20 países de origem árabe:

*The Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States was signed on 26 November 1980 in Amman, Jordan, during the Eleventh Arab Summit Conference. It entered into force on 7 September 1981. The draft statutes of the Arab Investment Court came into force on 22 February 1988. The member States of the League of Arab States are Algeria, Bahrain, Comoros, Djibouti, Egypt, Iraq, Jordan, Kuwait, Lebanon, Libyan Arab Jamahiriya, Mauritania, Oman, Palestine, Qatar, Saudi Arabia, Syrian Arab Republic, Somalia, Sudan, Tunisia, the United Arab Emirates and Yemen. The agreement has been ratified by all member States of the League except Algeria and the Comoros.*¹⁵⁶

Fazendo uma breve síntese destes tratados, o NAFTA, já citado anteriormente, foi assinado por Canadá, México e Estados Unidos em 1992¹⁵⁷, aonde em seu preâmbulo cita,

¹⁵⁴ *Idem*, pp. 373

¹⁵⁵ Campbell McLachlan, Laurence Shore, et al. *International Investment Arbitration: Substantive Principles (Second Edition)*. Oxford International Arbitration Series, Campbell McLachlan, Laurence Shore, and Matthew Weiniger 2017; Oxford University Press, 2017 pp. 26.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-mclachlan-2020-ch02?q=multilateral%20investment%20treaties>

“the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), which are organised on a regional basis, and the Energy Charter Treaty (ECT), which is focused on a particular economic activity”

¹⁵⁶ Unified Agreement For The Investment Of Arab Capital in The Arab States. *International Investment Instruments: A Compendium*, UNCTAD, 1980, pag. 211.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2394/download>

Tradução Livre: O Acordo Unido para o Investimento de Capital Árabe nos Estados Árabes foi assinado em 26 de Novembro de 1980 in Amman, Jordânia, durante a Décima Primeira Conferência da Cúpula Árabe. Este entrou em vigência em 7 de Setembro de 1981. O projeto dos estatutos do Tribunal de Investimento Árabe entrou em vigência em 22 de Fevereiro de 1988. Os Estados-Membros da Liga dos Estados Árabes são Argélia, Bahrein, Comores, Djibuti, Egito, Iraque, Jordânia, Kuwait, Líbano, Líbia, Mauritania, Oman, Palestina, Qatar, Arábia Saudita, República Árabe da Síria, Somália, Sudão, Tunísia, Emirados Árabes Unidos e Yemen. O acordo foi ratificado por todos os Estados-Membros da Liga exceto Argélia e o Comoros.

¹⁵⁷ Campbell McLachlan, Laurence Shore, et al. *International Investment Arbitration: Substantive Principles (Second Edition)*, Oxford International Arbitration Series, Campbell McLachlan, Laurence Shore, and Matthew Weiniger 2017; Oxford University Press, 2017, pp. 36.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-mclachlan-2020-ch02?q=multilateral%20investment%20treaties>

entre vários objetivos, os de “criar um mercado expandido e seguro para os bens e serviços produzidos nos seus territórios; Reduzir distorções para a barganha; Estabelecer clara e mutuamente regras vantajosas que regulem o mercado; Garantir uma estrutura comercial previsível para o planejamento de negócios e investimento”¹⁵⁸. O tratado passou a vigorar em 1994¹⁵⁹.

Uma definição adequada ao NAFTA seria “um acordo assimétrico, uma vez que compreende dois Estados Membros desenvolvidos e um país em desenvolvimento”¹⁶⁰. No ano de 2017, com mais de 20 anos após a criação deste tratado, os 3 Estados-parte resolveram renegociá-lo, aonde pode-se dizer que neste contém características que são determinantes no que diz respeito as diferenças existentes entre os dois principais Estados-Membros e o México, principalmente pela natureza intragovernamental das instituições que compõem o tratado¹⁶¹.

No Art. 102 do NAFTA contém os objetivos nos quais o tratado possui, que são: “a) eliminar as barreiras ao comércio e facilitar o movimento transfronteiriço de bens e serviços entre os territórios das Partes; b) promover condições de concorrência leal na área de livre comércio; c) aumentar substancialmente as oportunidades de investimento nos territórios das Partes; d) fornecer proteção e aplicação adequadas e eficazes dos direitos de propriedade intelectual no território de cada Parte; e) criar procedimentos eficazes para a implementação e aplicação deste Acordo, para sua administração conjunta e para a solução de controvérsias; e f) estabelecer uma estrutura para uma maior cooperação trilateral, regional e multilateral para expandir e aumentar os benefícios deste Acordo”¹⁶².

¹⁵⁸ North American Free Trade Agreement. 1994, Preamble.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187%286%29.pdf>

“CREATE an expanded and secure market for the goods and services produced in their territories; REDUCE distortions to trade; ESTABLISH clear and mutually advantageous rules governing their trade; ENSURE a predictable commercial framework for business planning and investment”

¹⁵⁹ *Idem*, Chapter Twenty-One, Article 2203. “*This Agreement shall enter into force on January 1, 1994, on an exchange of written notifications certifying the completion of necessary legal procedures.*”

¹⁶⁰ M. Belén Olmos Giupponi. *Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America*. Kluwer Law International, 2018, pag. 178.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-giupponi-2018-ch06?q=nafta>

“an asymmetric agreement since it comprises two developed Member States and a developing country”

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² North American Free Trade Agreement. 1994, Article 102.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187%286%29.pdf>

“a) eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of, goods and services between the territories of the Parties; b) promote conditions of fair competition in the free trade area; c) increase substantially investment opportunities in the territories of the Parties; d) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in each Party's territory; e) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, for its joint administration and for

Em relação ao ACIA, a Associação das Nações do Sudeste Asiático – ASEAN (Brunei, Camboja, Indonésia, Malásia, Mianmar, Filipinas, Cingapura, Tailândia, Laos e Vietnã) resolveram assinar este acordo em 2009, no qual se assemelha ao NAFTA e vários BITs no que diz respeito ao abrigo de proteções substantivas e mecanismos de resolução de litígios para os investidores estrangeiros, contendo uma prévia anuência dos membros da ASEAN a um acesso imediato a arbitragem relacionada a resolução de disputas de investimento no âmbito do acordo¹⁶³.

*The ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) came into effect on 29 March 2012 to support a free, open, transparent and integrated investment regime in the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) region in line with the goal of achieving an ASEAN Economic Community by 2015. This Guidebook aims to assist potential businesses and investors, both domestic and foreign, as well as those who already have their operations in ASEAN by providing an understanding of the ACIA and what it means to their investments.*¹⁶⁴

Este Acordo tem como alvo a fabricação no geral, setores na agricultura, silvicultura, pesca, pedreiras e mineração, também como qualquer setor a mais que os Estados que fazer parte do ASEAN acordem entre si¹⁶⁵. O ACIA tem como objetivos elencados: “(a) liberalização progressiva dos regimes de investimento dos Estados-Membros; (b) provisão de proteção melhorada a investidores de todos os Estados-Membros e seus investimentos; (c) melhoria de transparência e previsibilidade de normas de investimento, regulações e procedimentos propício ao investimento elevado entre Estados-Membros; (d) promoção conjunta da região como uma área integrada de investimento; e (e) cooperação para criar

the resolution of disputes; and f) establish a framework for further trilateral, regional and multilateral cooperation to expand and enhance the benefits of this Agreement”.

¹⁶³ Gary B. Born. *International Arbitration: Law and Practice (Second Edition)*. 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pag. 420.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-born-2015-ch18?q=asean%20comprehensive%20investment%20agreement>

¹⁶⁴ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA). A Guidebook for Businesses and Investors, Jakarta: ASEAN Secretariat, July 2013, Foreword, pag. 11.

Disponível em: <https://investasean.asean.org/files/upload/ACIA%20guidebook%20Business.pdf>

Tradução livre: O Acordo Compreensivo de Investimento da ASEAN (ACIA) entrou em vigor em 29 de março de 2012 para apoiar um regime de investimento livre, aberto, transparente e integrado na região da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) com o objetivo em linha de alcançar uma Comunidade Econômica do ASEAN em 2015. Este livro-guia visa ajudar potenciais empresários e investidores, domésticos como estrangeiros, e também aqueles nos quais já tem suas operações no ASEAN, promovendo um entendimento do ACIA e o que isto significa para seus investimentos.

¹⁶⁵ Gary B. Born. *International Arbitration: Law and Practice (Second Edition)*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pag. 420-421.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-born-2015-ch18?q=asean%20comprehensive%20investment%20agreement>

condições favoráveis para investimentos feitos por investidores de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro”¹⁶⁶.

Agora, damos análise ao Tratado da Carta de Energia (ECT). Esta prevê normas especializadas aos investimentos feitos por um investidor de um Estado Contratante no setor de energia no território de outro Estado Contratante, e que assim como outros tratados bilaterais/multilaterais já mostrados aqui, a Carta de Energia provém proteções de natureza substantiva (em desfavor da expropriação, tratamento injusto e/ou conduta semelhante vinda do governo) e mecanismos com o intuito de resolver disputas sem que para isso requeiram consentimento adicional de forma distinta das partes para que assim permita a investidores resolverem a disputa perante a arbitragem¹⁶⁷.

O ECT foi “concluído em Lisboa em 17 de dezembro 1994, que entrou em vigor na ordem internacional e em Portugal em 16 de abril de 1998”¹⁶⁸. Os Estados signatários incluem “todos os países da Antiga União Soviética, Estados da Europa Central e Oriental, Japão, Austrália e União Europeia com os seus Estados-Membros”¹⁶⁹, assim como houveram Estados que assinaram mas não ratificaram, como Rússia, Austrália, Belarus, Islândia e Noruega.¹⁷⁰ No atual texto, em que diz respeito a resolução de diferendos entre o investidor de uma parte contratante e uma outra própria parte que aderiu as disposições do tratado, o art. 26, em sua primeira parte, dispõe:

(1) Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern

¹⁶⁶ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (HACIA). 2009, Article 1.

Disponível em: <http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2005%20-%20ACIA.pdf>

“(a) progressive liberalisation of the investment regimes of Member States; (b) provision of enhanced protection to investors of all Member States and their investments; (c) improvement of transparency and predictability of investment rules, regulations and procedures conducive to increased investment among Member States; (d) joint promotion of the region as an integrated investment area; and 3 (e) cooperation to create favourable conditions for investment by investors of a Member State in the territory of the other Member States”

¹⁶⁷ Gary B. Born. *International Arbitration: Law and Practice (Second Edition)*. 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pag. 421.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-born-2015-ch18?q=asean%20comprehensive%20investment%20agreement>

¹⁶⁸ Elsa Dias Oliveira. *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*. Lisboa, Almedina, 2020. Pag. 244

¹⁶⁹ Campbell McLachlan, Laurence Shore, et al. *International Investment Arbitration: Substantive Principles (Second Edition)*. Oxford International Arbitration Series, Campbell McLachlan, Laurence Shore, and Matthew Weiniger 2017; Oxford University Press, 2017, pag. 40.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-mclachlan-2020-ch02?q=multilateral%20investment%20treaties>

“all countries of the Former Soviet Union, central and eastern European States, Japan, Australia, and the European Union with its Member States”

¹⁷⁰ *Idem*.

*an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.*¹⁷¹

Podemos dizer que este tratado inclui disposições para resolver os litígios “por via diplomática e tribunais ad hoc”¹⁷² (com diferendos entre Partes Contratantes) e que, caso o investidor não consiga chegar a um acordo em um prazo de três meses, pode dispor dos seguintes meios para apresentar o diferendo para resolução: “(a) através de tribunais civis ou administrativos; (b) de acordo com qualquer procedimento de resolução de diferendos acordado anteriormente; ou (c) em arbitragem ou conciliação internacional”¹⁷³.

Desde 2019¹⁷⁴, o texto do ECT tem estado sob discussões perante a União Europeia para efeito de renegociação do tratado, fazendo com que esta tenha lançado uma proposta de um texto mais moderno¹⁷⁵, que busca estar de acordo não só com a política e legislação de investimento europeia, como também com o Acordo de Paris sobre Mudança Climática e a legislação/política climática da UE atual¹⁷⁶. Entre algumas mudanças propostas pelo Secretariado da UE¹⁷⁷, estas abrangiam definições mais limitantes de “investimento” e “investidor”, um roll mais restritivo de violações do FET (*Fair and Equitable Treatment*)¹⁷⁸ para se incluir no Art. 10 (1) do ECT, limitação na finalidade da cláusula de negação de benefícios no Art. 17 do Tratado, procedimentos novos de reclamação frívola assim como

¹⁷¹ The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty, with Related Documents. Last Updated: 15 January 2016, pag. 78.

Disponível em: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>

Tradução livre: Os diferendos entre uma Parte Contratante e um investidor de outra Parte Contratante relativos a um investimento deste último no território da primeira que digam respeito a uma alegada violação de uma obrigação da Parte Contratante nos termos da parte III serão, se possível, resolvidos por meios amigáveis.

¹⁷² Protocolo e Tratado da Carta da Energia. Eur-Lex, última atualização 25.05.2020.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A127028>

(Referente ao Art. 27 e parágs do ECT).

¹⁷³ *Idem*

Art. 26 e parágs do ECT

¹⁷⁴ European Commission. Energy Charter Treaty modernisation: European Commission presents draft negotiating directives. Brussels, 2019.

Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2017>

¹⁷⁵ EU Commission. European Union text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty, 2021.

Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc_159436.pdf

¹⁷⁶ Martin Dietrich Brauch. *Should the European Union Fix, Leave or Kill the Energy Charter Treaty?*. Columbia Climate School, February 12 2021.

Disponível em: <https://news.climate.columbia.edu/2021/02/12/european-union-energy-charter-treaty/>

¹⁷⁷ EU Commission. ECT Modernisation: Revised Draft EU proposal, WK 2430/2020 INIT. Brussels, 20 April 2020.

Disponível em: <https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/04/EU-Proposal-for-ECT-Modernisation-V2.pdf>

¹⁷⁸ Fair And Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), New York and Geneva, 2012.

https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf

para financiamento de terceiros e segurança para custos¹⁷⁹. A União incluiu também mudanças aos mecanismos ISDS, que além de reafirmar sua intenção de criar um Tribunal Multilateral de Investimento (TMI)¹⁸⁰, traz a inadmissão da possibilidade de reclamação pelo investidor se o investimento feito tiver meios de “deturpação fraudulenta, ocultação, corrupção ou conduta equivalente a um abuso de processo”¹⁸¹.

Uma breve análise do *Trans-Pacific Partnership Agreement (TPPA)*¹⁸² também é válida. Um acordo que, de acordo com o preâmbulo, tem como meta:

*Establish a comprehensive regional agreement that promotes economic integration to liberalise trade and investment, bring economic growth and social benefits, create new opportunities for workers and businesses, contribute to raising living standards, benefit consumers, reduce poverty and promote sustainable growth.*¹⁸³

Dito acordo foi assinado em 6 de fevereiro de 2016, no qual até o momento ainda não entrou em vigor e possui sua ratificação controversa entre vários Estados que são signatários, no que apesar de tudo isso, se prevê um impacto significativo do texto em si nos anos posteriores ao acordo.¹⁸⁴

Com o TPPA, é estabelecida uma área comercial livre, bem mais ampla que um acordo padrão de investimento, no qual em seus trinta capítulos são abrangidos assuntos como têxteis, telecomunicações, serviços financeiros e propriedade intelectual.¹⁸⁵ Possui como

¹⁷⁹ Crina Baltag and Stefan Dudas. “Chapter 3: Achmea, Arbitral Tribunals and the ECT: Modernisation or Regression?”. in Ana Stanič and Crina Baltag (eds). *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*. Kluwer Law International, 2020, pp. 23-42. pp. 27.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/KLI-KA-Stanic-2020-Ch03>

¹⁸⁰ EU Commission. ECT Modernisation: Revised Draft EU proposal, WK 2430/2020 INIT. Brussels, 20 April 2020, Art. 26 (3) and (4).

¹⁸¹ EU Commission. ECT Modernisation: Revised Draft EU proposal, WK 2430/2020 INIT. Brussels, 20 April 2020, Art. 26 (4).

“For greater certainty, a claim submitted under subparagraph (2)(c) is inadmissible if the investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or conduct amounting to an abuse of process.”

¹⁸² Acordo de Parceria Transpacífica.

¹⁸³ Trans-Pacific Partnership Agreement (TPPA). 2016, Preamble.

Disponível em: http://www.sice.oas.org/Trade/TPP_Final_Texts/English/Preamble.pdf

Tradução Livre: Estabelecer um acordo regional abrangente que promova a integração econômica para liberalizar o comércio e o investimento, trazer crescimento econômico e benefícios sociais, criar novas oportunidades para trabalhadores e empresas, contribuir para elevar os padrões de vida, beneficiar consumidores, reduzir a pobreza e promover o crescimento sustentável.

¹⁸⁴ Campbell McLachlan, Laurence Shore, et al. *International Investment Arbitration: Substantive Principles (Second Edition)*. Oxford International Arbitration Series, Campbell McLachlan, Laurence Shore, and Matthew Weiniger 2017; Oxford University Press, 2017, pag. 40.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-mclachlan-2020-ch02?q=multilateral%20investment%20treaties>

¹⁸⁵ *Idem*.

Estados signatários Austrália, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japão, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Cingapura, Estados Unidos da América e Vietnã.¹⁸⁶

Assim como o TPPA, o Acordo Econômico e Comercial Global (CETA) foi assinado também em 2016, sendo que no dia 30 de outubro, entre o Canadá e a União Europeia, tendo seu texto publicado em setembro de 2014 pela primeira vez, e após revisão legal, mais um novo texto contendo um sistema de tribunal de investimento (ITS) em fevereiro de 2016.¹⁸⁷

Como alguns dos objetivos do CETA contidos no preâmbulo, temos como exemplo: “Consolidar a sua estreita relação económica e aprofundar os respetivos direitos e obrigações ao abrigo do Acordo de Marraquexe que institui a Organização Mundial do Comércio, celebrado em 15 de abril de 1994, e outros instrumentos de cooperação multilaterais e bilaterais; Criar um mercado alargado e seguro para os seus produtos e serviços através da redução ou eliminação de obstáculos ao comércio e ao investimento; Estabelecer regras claras, transparentes, previsíveis e mutuamente vantajosas que regulem o respetivo comércio e investimento”¹⁸⁸.

Basicamente, o CETA tem como visão aumentar o comércio no geral e os investimentos bilaterais e prover mais facilidade aos negócios transatlânticos¹⁸⁹. Além disso, os parceiros comerciais também terão como benefício a eliminação de barreiras não tarifárias, acesso a

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ Elsa Sardinha. “The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU–Vietnam Free Trade Agreement”. in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds). *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 32, Issue 3, 2017, pag. 625-672, pag. 625-626. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-icsid-2017-03-008?q=ceta>

¹⁸⁸ Official Journal of the European Union. Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). 14.1.2017, Preamble.

Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01))
“FURTHER strengthen their close economic relationship and build upon their respective rights and obligations under the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, done on 15 April 1994, and other multilateral and bilateral instruments of cooperation; CREATE an expanded and secure market for their goods and services through the reduction or elimination of barriers to trade and investment; ESTABLISH clear, transparent, predictable and mutually-advantageous rules to govern their trade and investment”

¹⁸⁹ Kevin Ackhurst, Stephen Natrass, et al. “CETA, the Investment Canada Act and SOEs: A Brave New World for Free Trade”. in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds). *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 31, Issue 1, 2016, pag. 58-76, pag. 58.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-icsid-2016-01-007?title=ICSID%20Review%20-%20Foreign%20Investment%20Law%20Journal>

oportunidades de aquisição sem precedentes, liberalização do comércio de serviços e proteção de propriedade intelectual¹⁹⁰.

É válido ressaltar que “em AIIs recentes, como o Acordo de Comércio Econômico Global entre o Canadá e a UE (CETA), o FTA UE-Cingapura, (1052) o FTA UE-Vietnã (1053) e o Acordo de Parceria Transpacífico (TPP), os objetivos de interesse público reconhecidos nesses tratados incluem a proteção do meio ambiente, a saúde pública e os direitos humanos”¹⁹¹.

Em fevereiro de 2017, o CETA tem sido votado favoravelmente no Parlamento Europeu, sendo ratificado em maio do mesmo ano pelo Canadá e entrando provisoriamente em vigor no dia 21 de setembro deste período anual, porém deve ser previamente aprovado pelos Parlamentos dos respetivos Estados-Membros para ocorrer a sua plena aplicação¹⁹².

Em relação às disposições que determinam a forma como são resolvidos os litígios ao âmbito do CETA, a Secção F do Capítulo 8¹⁹³ deste explicita esta matéria, determinando que as disputas sejam resolvidas prioritariamente de forma amigável¹⁹⁴ ou através da mediação¹⁹⁵. Caso a forma de resolução amistosa não logre êxito, o investidor pode submeter sua reclamação sob as seguintes regras: “a) a Convenção CIRDI e as regras processuais de arbitragem; b) as regras do Instrumento Adicional do CIRDI, caso não sejam aplicáveis as condições para a instauração de um processo ao abrigo da alínea a); c) as regras de arbitragem da CNUDCI; ou d) quaisquer outras regras acordadas pelas partes em litígio.”¹⁹⁶ A novidade fica por conta da implementação de um tribunal de apelação estabelecido no art. 8.28 do

¹⁹⁰ *Idem*, pp. 59.

¹⁹¹ Yulia Levashova. *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*. International Arbitration Law Library, Volume 50, Kluwer Law International, 2019, pag. 181.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-levashova-2019-ch07?q=trans-pacific%20partnership%20agreement>

“In recent IIAs, such as the Comprehensive Economic Trade Agreement between Canada and the EU (CETA), the EU-Singapore FTA, (1052) the EU-Vietnam FTA (1053) and the Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP), the public interest objectives acknowledged in these treaties include the protection of the environment, public health and human rights”

¹⁹² Elsa Dias Oliveira. *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*. Lisboa, Almedina, 2020. Pag. 246.

¹⁹³ Official Journal of the European Union. Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). 14.1.2017, SECTION F - Resolution of investment disputes between investors and states (arts. 8.18 a 8.45).

Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01))

¹⁹⁴ *Idem*, Article 8.19 – Consultations.

¹⁹⁵ *Idem*, Article 8.20 – Mediation.

¹⁹⁶ *Idem*, Article 8.23 - Submission of a claim to the Tribunal.

acordo¹⁹⁷, com poder de modificar ou reverter a decisão proferida pelo tribunal arbitral “de primeira instância” e também a matéria relativa a uma possível instituição de um tribunal multilateral de investimento pelas Partes Contratantes¹⁹⁸.

Fechando a nossa análise, o TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) é um acordo de âmbito internacional entre Estados Unidos da América e União Europeia, considerando-se assim um mega projeto entre as duas maiores atuantes econômicas a nível mundial¹⁹⁹.

Em outubro de 2014, foram divulgadas algumas orientações a respeito das negociações do acordo, ventilando a possibilidade da inclusão de mecanismos ISDS, na qual dependeria de uma solução satisfatória que fosse de encontro aos interesses da União em matéria de proteção de investimentos²⁰⁰, contidas no parágrafo 23 destas diretrizes.

Outrossim, a proposta do TTIP também gira em torno da implementação de uma instância recursal no seu mecanismo arbitral²⁰¹, semelhante ao CETA. Igualmente, além de buscar uma melhor relação entre os tribunais arbitrais e judiciais, há intenção de aperfeiçoar, por exemplo “a proteção do direito de regular, (ii) o estabelecimento e funcionamento de tribunais arbitrais”²⁰², abrindo precedentes para os Estados também agirem em prol do interesse público.

¹⁹⁷ *Idem*, Article 8.28 - Appellate Tribunal - 2. The Appellate Tribunal may uphold, modify or reverse a Tribunal's award based on: (a) errors in the application or interpretation of applicable law; (b) manifest errors in the appreciation of the facts, including the appreciation of relevant domestic law; (c) the grounds set out in Article 52(1) (a) through (e) of the ICSID Convention, in so far as they are not covered by paragraphs (a) and (b).

¹⁹⁸ *Idem*, Article 8.29 - Establishment of a multilateral investment tribunal and appellate mechanism: The Parties shall pursue with other trading partners the establishment of a multilateral investment tribunal and appellate mechanism for the resolution of investment disputes. Upon establishment of such a multilateral mechanism, the CETA Joint Committee shall adopt a decision providing that investment disputes under this Section will be decided pursuant to the multilateral mechanism and make appropriate transitional arrangements.

¹⁹⁹ Roland Kläger. “The Impact of the TTIP on Europe’s Investment Arbitration Architecture”. *Zeitschrift für Deutsches und Amerikanisches recht*. 2014, pp. 68.

²⁰⁰ Council of the European Union. Directives for the Negotiation of the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and The United States of America, DOC 11103/13. Brussels, 9 October 2014, Parag. 22.

Disponível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>

²⁰¹ World Investment Report 2015. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2015, pag. 108-109.

Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2015_en.pdf

²⁰² *Idem*.

“(i) the protection of the right to regulate, (ii) the establishment and functioning of arbitral tribunals”.

Algo da mesma forma inovador, por exemplo, trazido em texto não-formal da Comissão Europeia foi a possibilidade de, além das hipóteses de resolução de litígios de serem resolvidas através das regras da Convenção ICSID e de regras acordadas pelas partes, também a submissão das disputas através das próprias regras da UNCITRAL, observado previamente o lapso de 6 meses em que a disputa puder ser resolvida de forma amistosa²⁰³.

No entanto, este acordo ainda se arrasta ao longo do tempo e ainda não há um desenvolvimento recente e relevante mediante as negociações. Inclusive, em 2019, a Comissão Europeia declarou que estas devem ser consideradas “*obsolete and no longer relevant*”, dado que atitudes políticas dos Estados Unidos a esta altura se conflitaram com interesses pertinentes da União²⁰⁴.

Mesmo com a explanação de cada um destes acordos, é válido pontuar que ainda que haja um projeto forte à criação de tribunais permanentes ao abrigo destes tratados, a intenção da Comissão Europeia, similar ao citado anteriormente no primeiro capítulo, “*es que en un futuro se cree un «tribunal multilateral sobre inversiones». De esta manera, se concentrarían en un solo «tribunal» las distintas controversias que fueran surgiendo a raíz de los distintos tratados de inversiones.*”²⁰⁵

²⁰³ EU Commission. Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-Commerce. Commission Draft Text TTIP - Investment, 2015, Chapter II, section 3, arts. 6.1 e 2. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf

²⁰⁴ Council of the European Union. Council Decision Authorising the Opening of Negotiations with the United States of America for an Agreement on the Elimination of Tariffs for Industrial Goods. Brussels, 9 April 2019, pag. 2.

Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/media/39180/st06052-en19.pdf>

²⁰⁵ Guillermo Schumann Barragán. “El Arbitraje de Inversiones en los Tratados de Libre Comercio de Nueva Generación: un Análisis Nacional desde la Perspectiva del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 12, Nº2, 2020, pag. 1446-1469, pag 1450.

Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5678/4088>

Tradução livre: é que em um futuro se crie um «tribunal multilateral de investimento». Desta maneira, se concentrariam em um só tribunal as mais diferentes controvérsias que foram surgindo a raiz dos disntintos tratados de investimento.

3. A ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Feita toda a abordagem passada, vamos em busca de particularizar mais este cenário da arbitragem nos investimento através de uma análise desta dentro do espaço europeu, já que um dos elementos de nosso estudo (Portugal) se engloba nesta realidade e que assim possamos adentrar melhor na nossa síntese comparativa luso-brasileira.

Pelo facto de que o ordenamento português, principalmente no que tange a matéria do investimento internacional, estar bastante atrelado à ordem jurídica da União Europeia e de que as mudanças legislativas da UE acabam por afetar todos seus Estados-Membros de uma forma ou de outra, é necessária uma análise majoritária desta matéria voltada ao direito da UE para que se possa compreender, conseqüentemente, dados mais particulares de Portugal no que diz respeito às ocorrências da arbitragem de investimento internacional relacionadas ao país.

3.1 Enquadramento geral do investimento internacional no Direito da EU (Mudanças trazidas aos BITs europeus)

De todo modo, há muitas nuances a serem observadas nas disposições normativas contidas no ordenamento jurídico europeu como um todo no que tange ao investimento internacional, quer entre Estados-Membros (intra-EU), quer do espaço europeu para o resto do mundo.

Neste tópico, iremos analisar a dinâmica geral de como foram e hoje são realizados tratados de investimento entre a União Europeia e Estados terceiros, bem como o que muda nos tratados intra-UE e o papel da União juridicamente no cenário global de investimento.

Os BITs foram desde sempre celebrados entre Estados-Membros e também deste com Estados fora do espaço da UE. Se pegarmos como exemplo, a Alemanha já tem sido parte de aproximadamente 155 destes acordos, nos quais treze foram celebrados com outros Estados-Membros e mais de 140 com Estados terceiros, sendo de toda esta contagem vinte e oito

destes já encerrados ou não a vigorar²⁰⁶. Portugal, como citado anteriormente, já foi parte de pelo menos aproximadamente 60 BITs.

Há algumas situações conflituosas que vem a emergir no âmbito destes acordos e das obrigações dos Estados-Membros aderentes a União Europeia, e conseqüentemente podem ocasionar através de determinadas incompatibilidades de regras substantivas ou até mesmo da concessão de competências entre Estados-Membros e UE²⁰⁷. Podemos salientar também que não há a prática, quer na ordem jurídica da UE, quer na arbitragem de investimento, de uso de precedentes, não vinculando o conteúdo de determinadas decisões a outras que possam ser tomadas posteriormente²⁰⁸.

No entanto, em dezembro de 2009, mais precisamente ao seu primeiro dia, entra em vigor o Tratado de Lisboa, que fora assinado pelos Estados-Membros da União em dezembro de 2007, também conhecido como Tratado Reformador da União Europeia²⁰⁹. Este consagrou no art. 207º n° 1 do TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) a competência exclusiva da União na negociação e celebração de AIIs (Acordos sobre Investimentos Internacionais) com outros Estados fora da UE, incluindo os próprios BITs que já abordamos mais acima²¹⁰.

Ipsis litteris, vejamos como fica o art. 207 n°1 do TFUE:

1. A política comercial comum assenta em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito às modificações pautais, à celebração de acordos pautais e comerciais sobre comércio de mercadorias e serviços, e aos aspetos comerciais da propriedade intelectual, ao investimento estrangeiro direto, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação, bem como às medidas de defesa comercial, tais como as medidas a tomar em caso de dumping e de subsídios. A

²⁰⁶ International Investment Agreements Navigator. Germany, Bilateral Investment Treaties (BITs). Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/78/germany>

²⁰⁷ Tomáš Fecák. *International Investment Agreements and EU Law*. Kluwer Law International, 2016, pag. 311.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-fecak-2016-ch04?q=Bilateral%20Investment%20Treaties%20and%20EU%20Law>

²⁰⁸ Maria Antónia Mata Antunes da Silva. *Mecanismos De Resolução De Litígios Com Investidores e Direito Da União Europeia*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro. Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, Especialidade de Direito Comercial Internacional. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, pp. 55.

²⁰⁹ Manuel Pereira Barrocas. “A Arbitragem no Direito da União Europeia”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Volume 13, Issue 52, 2016, pp. 55-67, pp. 56.

Disponível em: https://www.barrocas.com.pt/publ/A_Arbitragem_no_Direito_da_Uniao_Europeia.pdf

²¹⁰ *Idem*.

política comercial comum é conduzida de acordo com os princípios e objetivos da ação externa da União.²¹¹

Ou seja, deste modo acaba por se cumprir também o disposto no art. 2º nº1 do mesmo TFUE, aonde explicita que “quando os Tratados atribuem à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adotar atos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos atos da União”²¹². O Tratado de Lisboa em questão trouxe esta mudança significativa, dando prioridade a União na celebração de acordos de investimentos internacionais ao invés de seus Estados-Membros.

Contudo, devemos pontuar alguns contratempos que podem surgir em relação a esta competência exclusiva da União de celebrar acordos no âmbito do investimento com outros Estados que não sejam membros desta. A Arbitragem ICSID, por sua vez, pode encontrar um obstáculo no que diz respeito a sua aplicabilidade aos litígios envolvendo a União Europeia pelo simples facto de esta não ser uma signatária oficial da Convenção de Washington, no qual, via de regra, só é atribuído ao ICSID competência para resolução de litígios entre Estados parte e nacionais de outro Estado que seja igualmente parte da Convenção²¹³. Isso poderia acarretar em uma procura por outras alternativas (como a arbitragem sob as regras da UNCITRAL, por exemplo) que não ofereceria para os investidores os mesmos mecanismos que a arbitragem ICSID fornece, como o reconhecimento automático das sentenças arbitrais (art. 54 da Convenção de Washington)²¹⁴, acarretando, contudo, em mais dificuldade ao investidor²¹⁵.

O acordo CETA, citado no capítulo anterior, foi pioneiro no que diz respeito à aplicação destas novas competências que a União Europeia adquiriu através do Tratado de Lisboa, pois foi através deste que a UE pôde exercer pela primeira vez a autoridade que lhe foi concebida

²¹¹ Jornal Oficial da União Europeia. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, C 202/140. 07.06.2016, art. 207 Nº1.

Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

²¹² *Idem*, Art. 2º Nº1.

²¹³ Dário Moura Vicente. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 71, nº 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770, pag 766.

Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>

²¹⁴ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984, art. 54.

Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

²¹⁵ Dário Moura Vicente. “Arbitragem de investimento: A Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 71, nº 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770, pag 767.

Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>

pelo art. 207 N°1 do TFUE citado acima de celebrar tratados em seu nome ao invés de seus Estados-Membros independentemente. Naturalmente, com isto, o acordo CETA tomou lugar aos BITs em geral celebrados entre os Estados-Membros da União e o Canadá pela competência exercida pela União²¹⁶. Este Acordo e também o projeto do Acordo TTIP expõem uma não-coadunação ao modelo mais tradicional arbitral, assim como também a um flerte ao sistema judicial usual através da possibilidade de se submeter uma decisão de um tribunal arbitral a uma instância recursal prevista nestes tratados (como mostrado no capítulo passado), procurando desta forma contestar um certo abalo na confiança em relação a arbitragem de investimento e pondo esta como uma alternativa verídica e fidedigna aos tribunais estaduais em âmbito europeu²¹⁷.

*The key challenge for the EU's reformed investment policy is the need to ensure that the goal of protecting and encouraging investment does not affect the ability of the EU and its Member States to continue to pursue public policy objectives. A major part of that challenge is to make sure that any system for dispute settlement is fair and independent. The EU has already begun to address these challenges, through interactions with EU stakeholders and through the process of negotiation of the first generation of EU trade agreements that included investment protection and ISDS.*²¹⁸

Outro ponto importante a se incluir nesta discussão se refere às disposições do art. 351° do TFUE, no qual em seu primeiro parágrafo disserta que “as disposições dos Tratados não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à União, anteriormente à data da respetiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro”²¹⁹. Isto acaba por confirmar a primeira vista uma prioridade de acordos

²¹⁶ Maria Antónia Mata Antunes da Silva. *Mecanismos De Resolução De Litígios Com Investidores e Direito Da União Europeia*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro. Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, Especialidade de Direito Comercial Internacional. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, pag. 110.

Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/44782/1/ulfd144534_tese.pdf

²¹⁷ *Idem*, pag. 178

²¹⁸ European Commission Concept Paper. Investment in TTIP and beyond – the path for reform: Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court. 2015.

Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

Tradução livre: O Desafio-Chave para a reformada política de investimento da UE é a necessidade de garantir que o objetivo de proteger e encorajar o investimento não afeta a habilidade da UE e de seus Estados-Membros de continuar a buscar objetivos de política pública. Uma grande parte do desafio é assegurar que qualquer sistema de solução de controvérsias é justo e independente. A UE já começou a endereçar estes desafios, através de interações com acionistas da União e através do processo de negociação da primeira geração dos acordos comerciais da UE que incluem proteção ao investimento e o ISDS.

²¹⁹ Jornal Oficial da União Europeia. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, C 202/140. 07.06.2016, Art. 351° n°1.

Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

internacionais celebrados entre Estados-Membros e países terceiros antes da adesão dos primeiros ao bloco, não estendendo a estes acordos o princípio da supremacia do direito da UE²²⁰.

Em um julgado proferido pelo TJUE referente ao Caso *Conegate Limited v. HM Customs & Excise*, o Tribunal, em relação ao tema em questão, concluiu que a salvaguarda aos “direitos e obrigações” referida pelo art. 351 do TFUE em seu primeiro parágrafo pode ser aplicada apenas a estes que são provenientes entre Estados-Membros e países terceiros²²¹.

No caso de acordos que não sejam compatíveis com tratados celebrados a nível comunitário europeu, o parágrafo 2 do atual art. 351 do TFUE dispõe que os Estados devem recorrer a todos os meios que sejam congruentes para a eliminação de tais incompatibilidades que apareçam, devendo os Estados se auxiliarem de forma mútua, se for o caso, para assim realizar tal depuração²²². Não seria demais dizer que o objetivo deste dispositivo como um todo é a prevenção de conflitos entre as disposições comunitárias da UE e tratados com países terceiros prévios a adesão dos então Estados-Membros ao bloco, bem como que mira equilibrar a proteção garantida por tratados anteriormente celebrados e a probidade na integração europeia²²³.

Se de dentro para fora da União Europeia a situação se desenrola com a competência individual e exclusiva da UE na celebração de AIIs com outros países fora do bloco, os pactos de investimento considerados intra-UE também sofreram ajustes nos últimos anos, igualmente com uma interpretação similar dada aos acordos feitos de forma extracomunitária.

²²⁰ Tomás Fecák. *International Investment Agreements and EU Law*. Kluwer Law International B. V, 2016, pag. 317.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-fecak-2016-ch04?q=Bilateral%20Investment%20Treaties%20and%20EU%20Law>

²²¹ Neste sentido também a seguinte jurisprudência: Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 14 de Outubro de 1980. Processo C-812/79, *Attorney General contra Juan C. Burgoa*. ECLI:EU:C:1980:231, 1980, parág. 8.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61979CJ0812&from=EN>; Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 11 de março de 1986. Processo C-121/85, *Conegate Limited contra HM Customs & Excise*. ECLI:EU:C:1986:114, 1986, parág. 25.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61985CJ0121&from=EN>

²²² Jornal Oficial da União Europeia. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, C 202/140. 07.06.2016, Art. 351º nº2.

Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

²²³ Tomáš Fecák. *International Investment Agreements and EU Law*. Kluwer Law International, 2016, pag. 317.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-fecak-2016-ch04?q=Bilateral%20Investment%20Treaties%20and%20EU%20Law>

O chamado Acórdão *Achmea*²²⁴ conturbou um pouco este cenário do investimento intracomunitário. No caso emblemático entre República Eslovaca vs *Achmea BV*, ficou determinado que, usando como paradigma esta disputa, a arbitragem de investimento prevista em acordos celebrados entre Estados-Membros ao âmbito do investimento não se alinha como elemento que faça parte do agrupamento jurisdicional da União Europeia²²⁵.

Trata-se de uma decisão prejudicial emitida pelo TJUE a respeito da sentença arbitral relacionada ao caso acima, aonde o Governo Eslovaco alega que o tribunal arbitral responsável pela referida sentença não possui jurisdição para julgar a disputa pelo facto de a cláusula do BIT entre Eslováquia/Holanda, que previa a arbitragem em caso de litígios (art. 8º nº²²⁶ do BIT), não possuir concordância com o ordenamento europeu²²⁷.

Com este tipo de decisão, pode-se suscitar a dúvida de que se ela vincularia a todos os outros BITs intra-EU mesmo que estes não façam menção a aplicabilidade da Lei da EU pela arbitragem. Para *Burkhard Hess*²²⁸, a resposta é afirmativa, sendo o Acórdão vinculativo independentemente se há ou não referência de utilização do direito da UE, não podendo os Estados-Membros derogarem do que determinam estas leis.

Para melhor explicar a decisão do TJUE, devemos remeter ao caso resolvido por vias arbitrais. A *Achmea B.V*, que no caso era uma seguradora de saúde localizada na Holanda, processou arbitralmente a Eslováquia com base no BIT celebrado entre Holanda e a antiga Tchecoslováquia, contendo a motivação de uma mudança importante na legislação eslovaqua na qual renacionalizara o setor referente aos seguros-saúde do país, conseqüentemente

²²⁴ Acórdão de Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de março de 2018. Caso C-284/16, *Achmea v. Slovak Republic*. ECLI:EU:C:2018:158, 2018.
Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0284&from=PT>

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments Between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic. 1992, Art. 8º, nº2.
Disponível em: https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/netherlands-slovakia.pdf
“2) Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.”

²²⁷ Acórdão de Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de março de 2018. Caso C-284/16, *Achmea v. Slovak Republic*. ECLI:EU:C:2018:158, 2018.
Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0284&from=PT>

²²⁸ Burkhard Hess. *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*. MPILux Research Paper, 2018/3.

expropriando o investimento feito pela *Achmea* naquele território²²⁹. Com um prêmio de vinte e dois milhões de euros mais juros, a postulante acabou por ganhar o processo arbitral em 2012²³⁰, no que motivou a Eslováquia dar início a um processo anulatório no Tribunal Superior de Frankfurt alegando que o tribunal arbitral não possuía jurisdição para resolver o caso devido à proibição da legislação da UE para procedimentos arbitrais dentro de seu território. Embora o referido Tribunal tenha rejeitado o pedido da Eslováquia²³¹ e esta tenha recorrido posteriormente ao Tribunal Federal de Justiça Alemão, este último requereu ao TJUE uma decisão prejudicial para esclarecer os argumentos utilizados pelo ora demandante do pedido²³². Com isso, houve o veredicto do TJUE pela incompatibilidade da disposição do BIT que abrigara a disputa arbitral, fazendo com que o Tribunal Alemão efetivasse o Acórdão anulando o prêmio arbitral.

Segundo a interpretação do TJUE, o tribunal arbitral não faz parte dos órgãos jurisdicionais de um dos Estados-Membros no escopo do art. 267º do TFUE²³³ e que isso só se confirma exatamente por aqueles tribunais possuírem uma característica no BIT objeto da ação que derroga a utilização dos órgãos supracitados, o que acaba por ir pela contramão do que defende a interpretação do direito da União Europeia²³⁴.

Considerando isto, também devemos salientar determinada posição do TJUE, que prioritariamente busca preservar a soberania do seu ordenamento:

²²⁹ Nikos Lavranos and Tania Singla. “Achmea: Groundbreaking or Overrated?”. in Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds). *SchiedsvZ / German Arbitration Journal*. Kluwer Law International; Verlag C.H. Beck oHG, Volume 16, Issue 6, 2018. pag. 348 – 357, pag. 349.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-schiedsvz-2018-06-005-n?q=achmea>

²³⁰ PCA Case No. 2008-13, *Achmea v. Slovak Republic*. Award, ECLI:EU:C:2018:158, 7 December 2012. Parág. 352.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>

²³¹ *OLG Frankfurt am Main Ruling*, 18.12.2014 – 26 Sch 3/13. 2014.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7079.pdf>

²³² Bundesgerichtshof Ruling 3.3.2016 – ZB 2/15, *Slowakische Republik v. Achmea*. 2016, Questões 1, 2 e 3.

Disponível em: [http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2016&Sort=3&nr=74612&linked=bes)

[bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2016&Sort=3&nr=74612&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2016&Sort=3&nr=74612&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf)

²³³ Parte 1: “O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.”

Parte 2: “Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.”

²³⁴ Acórdão de Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de março de 2018. Caso C-284/16, *Achmea v. Slovak Republic*. ECLI:EU:C:2018:158, 2018, parágrafos 45-46.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0284&from=PT>

É certo que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, um acordo internacional que prevê a criação de um órgão jurisdicional encarregue da interpretação das suas disposições e cujas decisões vinculam as instituições, incluindo o Tribunal de Justiça, não é, em princípio, incompatível com o direito da União. Com efeito, a competência da União em matéria de relações internacionais e a sua capacidade para celebrar acordos internacionais comportam necessariamente a faculdade de se submeter às decisões de um órgão jurisdicional criado ou designado ao abrigo de tais acordos, no que respeita à interpretação e à aplicação das suas disposições, desde que a autonomia da União e da sua ordem jurídica seja respeitada.²³⁵

Esta situação descrita mediante o Acórdão em questão não causa grandes surpresas se consideradas as pontuações legalmente feitas pela União Europeia no que diz respeito a seara do investimento internacional em seu território, vide o contexto que nós temos visto até agora com a análise feita.

Mesmo que outros meios nos quais busquem solucionar um impasse neste campo da arbitragem de investimento no âmbito intra-EU em casos práticos sejam vislumbrados, esta decisão traz uma preocupação maior ao polo dos investidores singulares, visto que durante a arbitragem instaurada ao âmbito de um BIT entre dois países pertencentes ao bloco da UE, muitas despesas referentes ao procedimento em si e seu tempo de duração podem ser incumbidas aos investidores, fazendo com que uma diligência por parte da União ponha tudo isto a deriva, conseqüentemente²³⁶.

Também vale mencionar os riscos que uma decisão como esta pode trazer aos BITs celebrados extra-UE. Apesar de o Regulamento “*grandfathering*” 1219/2010²³⁷ ser uma garantia para a continuação destes modelos de BITs e estes só deixarem de existir mediante a substituição por algum outro tratado celebrado, pode haver situações ao âmbito destes BITs que os tribunais arbitrais devam interpretar ou aplicar a lei da UE e suscitar assim questões semelhantes às levantadas no Caso *Achmea*, por mais que em muitas disposições destes BITs não indiquem a lei europeia como aplicável²³⁸. Fora também a vantagem que investidores de

²³⁵ *Idem*, parágrafo 57.

²³⁶ Maria Antónia Mata Antunes da Silva. *Mecanismos De Resolução De Litígios Com Investidores e Direito Da União Europeia*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro. Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, Especialidade de Direito Comercial Internacional. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, pp. 110.

Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/44782/1/ulfd144534_tese.pdf

²³⁷ Jornal Oficial da União Europeia. L 351/40, Regulamento (UE) N.º 1219/2012 Do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 que estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento entre os Estados-Membros e os países terceiros. 20.12.2012.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&from=GA>

²³⁸ Nikos Lavranos and Tania Singla. “Achmea: Groundbreaking or Overrated?”. in Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds). *SchiedsVZ / German Arbitration Journal*. Kluwer Law International; Verlag C.H. Beck oHG, Volume 16, Issue 6, 2018. pag. 348 – 357, pag. 351.

países terceiros teriam por usar os mecanismos ISDS contra Estados-Membros, enquanto investidores destes não poderiam usufruir disto em conflitos intra-UE.

Facto é que, mediante todo este cenário atual descrito, podemos tirar como uma das possíveis conclusões que “a globalização e a interação avançada entre atores públicos e privados levaram à criação de uma rede cada vez mais estreita de normas jurídicas internacionais, supranacionais e transnacionais²³⁹. Os casos envolvendo o ordenamento europeu com a seara do investimento internacional (intra e extra-UE) mostram ainda mais a atuação dos tribunais componentes da jurisdição europeia para, através dos casos práticos, buscar manter a supremacia do Direito da União Europeia em relação a algumas lacunas contidas em acordos de investimento celebrados pelos seus Estados-Membros, principalmente no que se refere a arbitragem no âmbito dos acordos, o que acaba lhe trazendo um certo limite de atuação.

3.2 A arbitragem nos tratados bilaterais entre Estados-Membros

No tópico passado buscamos abordar um panorama rápido de como se dava a seara do investimento internacional na União Europeia mediante a forma como esta é legislada, inclusive falando rapidamente sobre como estava se dando este investimento entre os Estados-Membros e suas mudanças recentes (que inclusive inclui a própria arbitragem). Agora, buscaremos, além das modificações feitas como se deu através do Acórdão *Achmea*, desenvolver um pouco acerca de alguns casos emblemáticos envolvendo a invocação da arbitragem através dos BITs *intra*-UE.

Como mencionado previamente, a arbitragem dentro da União Europeia possui uma relevância econômica e jurídica significativa, pois foram vários os acordos pactuados entre os Estados-Membros comparando a um quantitativo em escala global. Apesar da terminação assinada pelos Estados-Membros acerca dos BITs já existentes²⁴⁰, arbitragens abertas ao

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-schiedsvz-2018-06-005-n?q=achmea>

²³⁹ Julian Scheu and Petyo Nikolov. “The setting aside and enforcement of intra-EU investment arbitration awards after *Achmea*”. in William W. Park (ed). *Arbitration International*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 36, Issue 2, 2020, pag. 253 – 272, pag. 254.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-ai-2020-02-004?q=achmea>
“Globalization and advanced interaction between private and public actors have led to the creation of an increasingly tight web of international, supranational, and transnational legal rules.”

²⁴⁰ Jornal Oficial da União Europeia. L 169/1, Acordo relativo à cessação da vigência de Tratados Bilaterais de Investimento entre os Estados-Membros da União Europeia. 29.5.2020.

Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:2020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:2020A0529(01)&from=EN)

abrigo de alguns destes acordos contribuíram de um modo ou de outro a moldar e a afirmar através do teor das decisões tomadas pelos julgadores as premissas delimitadoras do investimento em espaço europeu de acordo com o Direito da UE.

O que pode-se notar curioso na União Europeia é que, em sua originalidade, ainda mais antes da onda de surgimento dos BITs intra-UE a partir de 2004, não se pactuou tantos acordos de investimento entre os países que deram origem ao bloco por se acreditar que a proteção ao investimento entre estes Estados era algo genuíno, sem necessidade de incluir neste mantra proteccionista mais artifícios como os BITs, e que inclusive os acordos já pré-existentes antes da alta quantidade surgida na década de 2000 nunca foram embasamento para qualquer arbitragem de investimento que seja²⁴¹.

Após mais de 10 países considerados da Europa Oriental e Central aderirem a UE, o número de BITs considerados *intra*-UE aumentou de forma considerável, visto que estes mesmos, com o objetivo de fomentar os seus respectivos desenvolvimentos políticos e econômicos, concluíram uma série de acordos bilaterais de investimento com vários países desenvolvidos (incluindo os da prévia União Europeia) e até mesmo entre si, fazendo com que na integração massiva destes países na UE o número de BITs celebrados entre países do bloco fosse para mais de 200²⁴².

Apesar da quantidade de BITs *intra*-UE que se deu automaticamente após a junção de vários outros Estados aos já originários da União Europeia, não havia BITs pactuados entre estes últimos após a adesão²⁴³. Apenas como exceção, “havia dois TBIs *intra*-UE em vigor já antes do alargamento de 2004, que foram concluídos pela Alemanha com a Grécia e Portugal antes da adesão destes dois últimos estados à CE”,²⁴⁴.

²⁴¹ Tomáš Fecák. *International Investment Agreements and EU Law*. Kluwer Law International, 2016, pag. 371-372.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-fecak-2016-ch05?q=Bilateral%20Investment%20Treaties%20and%20EU%20Law%20AND%20thomas>

²⁴² *Idem*.

²⁴³ Robert Stendel. *Achmea Case*. Oxford Public International Law, July 2019, parag. 2.

Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-epil/9780199231690/law-9780199231690-e2220>

²⁴⁴ Tomáš Fecák. *International Investment Agreements and EU Law*. Kluwer Law International, 2016, pag. 371.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-fecak-2016-ch05?q=Bilateral%20Investment%20Treaties%20and%20EU%20Law%20AND%20thomas>

“there had been two *intra*-EU BITs in force already before the 2004 enlargement, which were concluded by Germany with Greece and Portugal prior to the accession of the latter two states to the EC”.

Antes mesmo do caso simbólico envolvendo a República Eslovaca vs *Achmea BV* já abordado no tópico anterior, houve alguns outros de extrema relevância para esta interpretação trazida aos BITs entre países da União Europeia. Na disputa entre *Eastern Sugar BV* (Holanda) contra República Checa, foi “o começo da primeira arbitragem de investimento em tratados intra-UE, uma arbitragem ad hoc da UNCITRAL, sediada em Paris e administrada pela Câmara de Comércio de Estocolmo (SSC)”²⁴⁵.

No caso acima, após a *Eastern Sugar* suscitar a arbitragem protegida pelo art. 8 do *Agreement on encouragement and protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic*²⁴⁶, a República Tcheca levantou questões acerca da validade deste BIT, visto que pelo facto de o Estado tcheco ter adentrado na União Europeia aonde o país holandês já era membro, implicitamente o acordo de investimento entre as duas já teria sido suplantado pelo facto de a primeira ter aderido ao bloco²⁴⁷, invocando como base do seu argumento sobre a extinção do BIT entre os dois países o Art. 59º (1) da CVDT²⁴⁸. O tribunal arbitral do caso ao final rejeitou a argumentação feita

²⁴⁵ Anamaria TOMA-BIANOV. *Eu Law - The Twisted Tale Of The Compatibility Of An ISDS Clause Established By An Intra-EU BIT With The EU Law: A Scrutiny Of The Advocate General Wathelet's Opinion In The Achmea Case*. Transilvania University: Department of Law, Law Review, Vol. VII, Issue 2, 2017, pp. 03-33, pp. 5.

Disponível em: https://internationallawreview.eu/fisiere/pdf/Pages-from-Law_Review_2_2017_01_A_Toma_Bianov_1.pdf

“the beginning of the first intra-EU investment treaty arbitration, an ad-hoc UNCITRAL arbitration, seated in Paris and administered by Stockholm Chamber of Commerce (SCC)”.

²⁴⁶ Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments Between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic. 1991.

2. Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.

Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-agreement-on-encouragement-and-reciprocal-protection-of-investments-between-the-kingdom-of-the-netherlands-and-the-czech-and-slovak-federal-republic-netherlands-slovakia-bit-1991-monday-29th-april-1991>

²⁴⁷ Anamaria TOMA-BIANOV. *Eu Law - The Twisted Tale Of The Compatibility Of An ISDS Clause Established By An Intra-EU BIT With The EU Law: A Scrutiny Of The Advocate General Wathelet's Opinion In The Achmea Case*. Transilvania University: Department of Law, Law Review, vol. VII, issue 2, 2017, pag. 03-33, pp. 5.

Disponível em: https://internationallawreview.eu/fisiere/pdf/Pages-from-Law_Review_2_2017_01_A_Toma_Bianov_1.pdf

²⁴⁸ O art. 59º (1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados diz que: 1 - Considera-se que cessou a vigência de um tratado quando todas as Partes nesse tratado concluíram posteriormente um novo tratado sobre a mesma matéria e: a) Se resultar do tratado posterior ou se estiver, de outro modo, estabelecido que, segundo a intenção das Partes, a matéria deve ser regida pelo novo tratado; ou b) Se as disposições do novo tratado forem de tal modo incompatíveis com as do tratado anterior que seja impossível aplicar os dois tratados simultaneamente.

Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar67-2003.pdf> <<acesso em: 07/04/2021>>

pela República Checa²⁴⁹ com base no Art. 13 (3) do BIT em questão, aonde diz que: “em respeito aos investimentos feitos antes da data da terminação do presente acordo os artigos anteriores devem continuar a ser efetivos por um período de quinze anos desta data”²⁵⁰.

Além disso, ainda referente ao caso, na época deste, em janeiro de 2006, a Comissão Europeia foi clamada por ambas as partes a dar seu parecer sobre o caso, aonde de acordo com alguns trechos da sua posição perante o caso tendeu a ter uma posição semelhante a invocada pela República Checa sobre a invalidade do acordo:

*For facts occurring after accession, the BIT is not applicable to matters falling under Community competence. Only certain residual matters, such as diplomatic representation, expropriation and eventually investment promotion, would appear to remain in question. Therefore, where the EC Treaty or secondary legislation are in conflict with some of these BITs' provisions – or should the EU adopt such rules in the future – Community law will automatically prevail over the non-conforming BIT provisions.*²⁵¹

A posição do tribunal contraria o parecer da Comissão, como fez mais a frente da sentença arbitral em relação a República Checa, aonde menciona que este Tribunal “no entanto, acha a carta de 13 de Janeiro de 2006 em sua maioria diplomática ou ambígua, e em qualquer evento, pelos seus termos, sem prejuízo a qualquer interpretação de uma “autoridade judicial” que no entendimento do Tribunal Arbitral, inclui este mesmo Tribunal aqui presente”²⁵². Com isso, a jurisdição do tribunal através de demais sua interpretação foi mantida para o caso.

Além deste argumento, também se seguiu crucial para o prosseguimento do Tribunal Arbitral no caso o facto de a mesma Comissão não ter entabulado procedimentos por infringência contra República Tcheca e Holanda (bem como outros em posições parecidas)

²⁴⁹ SCC Case No. 088/2004, *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*. Partial Award, 27 de março de 2007, parág. 174-175.

Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf

²⁵⁰ “In respect of investments made before the date of the termination of the present Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of fifteen years from that date”.

²⁵¹ SCC Case No. 088/2004, *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*. Partial Award, 27 de março de 2007, parág. 119.

Tradução livre: “Para os factos ocorridos após a adesão, o BIT não é aplicável a questões que sejam da competência da Comunidade. Apenas certas questões residuais, como representação diplomática, expropriação e, eventualmente, promoção de investimentos, parecem permanecer em questão. Portanto, onde o Tratado CE ou a legislação secundária estiverem em conflito com algumas das disposições desses BITs - ou caso a UE adote tais regras no futuro - a legislação comunitária prevalecerá automaticamente sobre as disposições não conformes dos BITs”.

²⁵² *Idem*, para. 120.

“however finds the letter of January 13, 2006, for the most part diplomatic or ambiguous, and in any event, by its terms, without prejudice to any interpretation by a “judicial authority” which in the Arbitral Tribunal’s understanding, includes the present Arbitral Tribunal”.

por não haverem encerrado seus BITs, assim como o feito de a Comissão ter mencionado em suas exposições que as questões levantadas deveriam ser respondidas por “autoridades judiciais”, aonde claramente não se inclui a Comissão segundo o Tribunal²⁵³

Outro caso que chamou atenção e que possui de certo modo similaridades com a disputa anteriormente citada é entre a companhia *Eureko BV* e a República da Eslováquia²⁵⁴. Esta arbitragem, que ocorreu ao abrigo do BIT entre Países Baixos (Holanda) e Checoslováquia, teve também interferência da Comissão desfavorável a jurisdição do Tribunal Arbitral para este caso, aonde esta citou que os BITs *intra*-UE representavam uma “*anomaly within the EU internal Market*”²⁵⁵. Também, em suas observações, a Comissão abordou sobre o encerramento dos BITs entre Estados-Membros:

*Eventually, all intra-EU BITs will have to be terminated. Commission services intend to contact all Member States again, urging them to take concrete steps soon. Furthermore, while the Commission is in favour of consensual solutions with EU Member States, as guardian of the EU treaties it cannot exclude eventually having to resort to infringement proceedings against certain Member States.*²⁵⁶

Na época, esta posição da Comissão não foi bem recebida pela maioria dos Estados-Membros, nos quais “não partilhou da preocupação da Comissão no que diz respeito aos riscos de arbitragem e ao tratamento discriminatório dos investidores e uma clara maioria dos Estados-Membros preferiu manter os acordos existentes”²⁵⁷. É importante ressaltar também a posição de Estados como as próprias Eslováquia e República Tcheca, que ao contrário de grande parte deixaram de enxergar vantagens pertinentes em ainda possuir BITs celebrados com outros Estados-Membros, por não compensar os “encargos financeiros e as limitações potenciais sobre suas escolhas políticas que esses acordos implicam”²⁵⁸.

²⁵³ *Idem*, para. 121-124.

²⁵⁴ UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, *Eureko B.V. v. Slovak Republic*. Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>

²⁵⁵ *Idem*, para. 177.

Tradução livre: “uma anomalia dentro do mercado interno da UE”.

²⁵⁶ *Idem*, para. 182.

Tradução livre: Eventualmente, todos os BITs *intra*-UE terão que ser encerrados. Os serviços da Comissão pretendem contactar todos os Estados-Membros novamente, urgindo a estes a tomar passos concretos em breve. Além do mais, enquanto a Comissão é a favor de soluções consensuais com os Estados-Membros da UE, como guardião dos tratados da UE não pode excluir eventualmente ter que recorrer a processos de violação contra certos Estados-Membros.

²⁵⁷ 2008 Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, 17363/08. 17 December 2008.

“did not share the Commission’s concern in respect of arbitration risks and discriminatory treatment of investors and a clear majority of Member States preferred to maintain the existing agreements”.

²⁵⁸ Tomáš Fecák. *International Investment Agreements and EU Law*. Kluwer Law International, 2016, pag. 376.

Em suma, enquanto a Eslováquia alegava posição similar a da Comissão²⁵⁹, a *Eureko* sustentou que o facto de o país eslovaco ter aderido a União anteriormente a arbitragem não lhe removeria a opção legal de poder recorrer a esta última²⁶⁰. Finalmente o tribunal decidiu por seguir a linha de raciocínio em favor da tese defendida pela empresa e tomado para si a jurisdição com o intuito de resolver o caso²⁶¹, similarmente ao que aconteceu no caso da *Eastern Sugar* abordado previamente.

Diante das semelhanças e nuances entre as mais intrigantes disputas investidor-Estado no âmbito *intra*-UE dos BITs, podemos citar mais um caso como por exemplo o que envolve os cidadãos holandeses *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius* contra a República da Eslováquia²⁶². Nesta disputa, ao abrigo do BIT Holanda-Eslováquia, a Eslováquia novamente contestou, através de um de seus argumentos, análogo ao que foi suscitado no Caso *Eureko*, a incompatibilidade do BIT citado com o direito comunitário da UE²⁶³, afirmando que o acordo “tem sido encerrado nos termos do artigo 59 da Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados (a “Convenção de Viena”) sobre a adesão da República da Eslováquia a UE em 1 de Maio de 2004”²⁶⁴. Ao lado oposto, o requerente argumentou²⁶⁵ que não houvera incompatibilidade entre o BIT e o Tratado da Carta de Energia (citado como argumento pela parte ré²⁶⁶) e menciona o art. 307 deste mesmo tratado, “no qual fornece que acordos concluídos antes dos tratados comunitários entrarem em vigor permanecem efetivos e não são sobrescritos pelos termos do tratado”²⁶⁷.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-fecak-2016-ch05?q=eureko>

“the financial burden and potential limitations on their policy choices which these agreements entail”

²⁵⁹ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13. Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafos 26, 176-182.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>

²⁶⁰ *Idem*, parágrafos 61-62.

“Claimant describes the Intra-EU Jurisdictional Objection as boiling down to “an outright denial, by the Slovak Republic, of rights offered to a party that has invested in its economy to seek redress from an arbitral tribunal under the BIT because the Slovak Republic has chosen to enter the European Union.”

²⁶¹ *Idem*, parágrafos 219-230.

²⁶² UNCITRAL, *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*. Final Award, 23 de abril de 2012.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0933.pdf>

²⁶³ UNCITRAL, *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*. Decision on Jurisdiction, 30 Apr. 2010, para. 64 and 65.

Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1073_0.pdf

²⁶⁴ *Idem*, para. 66.

“has been terminated pursuant to Article 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (the “Vienna Convention”) upon the Slovak Republic’s accession to the EU on 1 May 2004”

²⁶⁵ *Idem*, para. 69.

²⁶⁶ *Idem*, para. 67.

²⁶⁷ *Idem*, para. 70.

Em uma breve síntese, o tribunal apoiou a demanda da requerente em relação ao não encerramento automático do BIT, porém com uma argumentação diferente a do Caso *Eureko*:

Accordingly, the Tribunal concludes that in the present case the BIT has not been terminated in accordance with Article 59 of the Vienna Convention. This said, while for the sake of completeness the Tribunal has considered the Parties' arguments on the application of Article 59, it must nonetheless be underlined that a scrupulous analysis of this Article is in fact unnecessary in the present case. This is so because there exists one fundamental reason which provides sufficient proof by itself that the BIT in question has remained in force and is applicable to the present dispute: the lack of retroactive effect of the EC Treaty.²⁶⁸

Se formos resumir, basicamente, o tribunal do Caso *Eureko* consumou no sentido de os dois tratados (BIT do caso e o Tratado da Carta de Energia) abordam assuntos distintos e como a questão da incompatibilidade sendo insustentável; e o tribunal do Caso *Oostergetel* determinou que mesmo que ambos os tratados tratem do mesmo assunto, não se pode haver uma comparação entre os dois²⁶⁹. No caso deste último, acredita-se que o facto de ter julgado mediante o raciocínio de não haver efeitos retroativos do Tratado da Carta de Energia²⁷⁰ “em apoio da conclusão anterior parece ser desnecessário, minando desnecessariamente a possibilidade de quaisquer litígios futuros baseados em TBIs de pré-adesão intra-EU”²⁷¹.

“which provides that agreements concluded before the community treaties came into force remain effective and are not overridden by the Treaty's terms”.

²⁶⁸ *Idem*, para. 88.

Tradução livre: Portanto, o Tribunal conclui que no presente caso o BIT não tem sido encerrado em concordância com o Artigo 59 da Convenção de Viena. Isto dito, enquanto pelo bem da completude o Tribunal tem considerado os argumentos das partes na aplicação do artigo 59, deve-se no entanto ser sublinhado que uma análise escrupulosa deste artigo é na verdade desnecessária no presente caso. Isso porque existe uma razão fundamental na qual por esta fornece prova suficiente que o BIT em questão permaneceu em vigor e é aplicável a presente disputa: a falta de efeito retroativo do Tratado da Carta de Energia.

²⁶⁹ Ahmad Ghouri. *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*. International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, Volume 32, 2015, pag. 170.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-ghouri-2015-ch05?q=oostergetel>

²⁷⁰ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL. Decision on Jurisdiction, 30 Apr. 2010, para. 91.

Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1073_0.pdf

“As noted above, the Tribunal has no reason to believe that the Parties intended for the EC Treaty to substitute or supersede the BIT. However, even if it were so, no evidence has been presented to the Tribunal permitting it to conclude that the Parties have agreed to a retroactive application of the EC Treaty.

²⁷¹ Ahmad Ghouri. *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*. International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, Volume 32, 2015, pp. 170.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-ghouri-2015-ch05?q=oostergetel>

“in support of the above conclusion appears to be uncalled for, unnecessarily undermining the possibility of any future disputes based on pre-accession intra-EU BITs”.

Passando adiante, temos o Caso *Mícula*²⁷², bastante relevante ao que vem sendo abordado até então. Um breve apanhado de como este se deu início inclui uma violação da ré Romênia ao BIT entre esta e a Suécia, aonde no polo dos reclamantes se inclui os irmãos *Mícula* e três empresas alimentícias, nos quais haviam aproveitado incentivos econômicos investindo em áreas romenas não muito favorecidas²⁷³.

No campo das discussões, enquanto a Romênia dizia que precisava revogar os incentivos que outrora havia concedido, no sentido de cumprir os requisitos impostos pela UE e que aqueles iam na contra-mão destes, os reclamantes arguiram que a revogação de forma prematura era ilegal e injusta, buscando refutar ainda o argumento da Romênia no prisma de que os incentivos tinham compatibilidade com a lei da UE. Além disso, os requerentes alegam que nada fez a Romênia para conter os efeitos adversos da dita revogação²⁷⁴.

A Comissão da UE, por sua vez, entrou, assim como em outros casos, nesta demanda com a função de *amicus curiae*²⁷⁵, aonde argumenta: “na sua intervenção, apresentada em 20 de julho de 2009, a Comissão explicou que os incentivos do DGE 24 eram ‘incompatíveis com as regras comunitárias em matéria de auxílios regionais. Em especial, os incentivos não respeitavam os requisitos da legislação comunitária em matéria de custos elegíveis e intensidades de auxílio. Além disso, as facilidades constituíam um auxílio ao funcionamento, que é proibido ao abrigo das regras relativas aos auxílios regionais’”²⁷⁶.

²⁷² ICSID Case No. ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*.

²⁷³ Stephan Wilske and Chloë Edworthy. “The Future of Intra-European Union BITs: A Recent Development in International Investment Treaty Arbitration against Romania and Its Potential Collateral Damage”. *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Volume 33, Issue 4, 2016, pag. 331 – 352, pag. 337.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-joia-330401?q=micula>

²⁷⁴ ICSID Case No. ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*. Final Award, 11 December 2013, parag. 255.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>

²⁷⁵ Eugenia Levine. “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”. *Berkeley Journal of International Law*. Volume 29, Issue 1, 2011, páginas 206-207.

“The term is broadly translated as “friend of the court.” Amicus participation is ordinarily justified on the basis that this friend of the court is in a position to provide the court or tribunal its special perspective or expertise in relation to the dispute.”

²⁷⁶ Official Journal of the European Union. L 232/43, Commission Decision 2015/1470 of 30 March 2015 on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) Implemented by Romania – Arbitral Award *Micula v Romania* of 11 December 2013. 4.9.2015, para. 24.

Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1470>

“In its intervention, submitted on 20 July 2009, the Commission explained that the EGO 24 incentives were: ‘incompatible with the Community rules on regional aid. In particular, the incentives did not respect the requirements of Community law as regards eligible costs and aid intensities. Moreover, the facilities constituted operating aid, which is proscribed under regional aid rules’”.

Mais tarde, apesar de o Tribunal considerar que a Romênia não agiu de má-fé ou de forma injustificada, foi pontuado que esta violou as expectativas dos reclamantes embasadas de que estes incentivos implementados pelo governo romeno estariam disponíveis até abril de 2009, mantendo assim as obrigações dos investidores mesmo depois dos incentivos serem encerrados e, conseqüentemente, ferindo o art. 3 (2) do BIT²⁷⁷ entre Suécia e Romênia.²⁷⁸ Sendo assim, através desta fundamentação e de outras disposições, desconsiderando apenas a segunda parte do artigo supracitado, a Romênia foi impelida a pagar aproximadamente US\$ 250 milhões com juros incluídos²⁷⁹.

O curioso deste caso é que, mesmo com a condenação, este ainda se arrasta pela jurisdição arbitral. A Romênia, após a decisão tomada pelo Tribunal, em sede de anulação, apontou alguns possíveis vícios no conteúdo desta, como “(i) a não aplicação da lei que o Tribunal considerou aplicável ao litígio, o Acordo Europeu de 1995; (ii) a falta de decisão sobre se a Romênia foi proibida de pagar uma compensação pela revogação de auxílios estatais ilegais; e (iii) a omissão de exigir que cada Requerente prove que sofreu o dano e de conceder indenização a cada Requerente apenas pelo dano que comprovou ter sofrido”²⁸⁰, alegando também que o tribunal exerceu uma jurisdição que não possuía²⁸¹. Esta inércia na pronúncia destes conteúdos suscitados pôs a Romênia em um ponto de ter tarefas nas quais não possuem compatibilidade quer sob o TFUE, quer sobre a Convenção ICSID²⁸².

²⁷⁷ Agreement between the Government of the Kingdom of Sweden and the Government of Romania on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. 2002.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2212/download>

“Article 2 Promotion and Protection of Investments: 3. Each Contracting Party shall at all times ensure fair and equitable treatment of the investments by investors of the other Contracting Party and shall not impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof, as well as the acquisition of goods and services or the sale of their production, through unreasonable or discriminatory measures”.

²⁷⁸ ICSID Case No. ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*. Final Award, 11 December 2013, parágrafo 872.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>

²⁷⁹ *Idem*, parág. 1329.

²⁸⁰ ICSID Case No. ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*. Decision on Annulment, 26 de fevereiro de 2016, parág. 140.

Disponível em: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-decision-on-annulment-friday-26th-february-2016#decision_568

“(i) the failure to apply the law that the Tribunal had found was applicable to the dispute, the 1995 Europe Agreement; (ii) the failure to decide whether Romania was prohibited from paying compensation for the repeal of illegal State aid; and (iii) the failure to require each Claimant to prove that it suffered harm and to award compensation to each Claimant only for the harm it proved it had suffered”.

²⁸¹ *Idem*, parágrafo 308.

²⁸² Maria Antónia Mata Antunes da Silva. *Mecanismos De Resolução De Litígios Com Investidores e Direito Da União Europeia*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro.

Em um trecho proferido pelo Comitê de Anulação ICSID, este diz:

*In the Committee's view, from the reading of the above-referenced paragraphs and from an integral reading of the Award, it is clear that the Tribunal dealt with the issue posed by Romania. The Tribunal gave reasons for its conclusion that it was not useful to determine whether the Award would be unenforceable: it considered that this was not an issue before the Tribunal because it was not its duty to address the potential non-enforceability of the Award after it had been rendered.*²⁸³

Fato é que o caso, assim, estendeu-se até a fase de execução, aonde consequentemente, mesmo após a Romênia ter cumprido esta decisão arbitral voluntariamente de forma parcial²⁸⁴, a Comissão Europeia determinou em decisão que, além de não dever pagar qualquer auxílio ou compensação que seja incompatível com o mercado interno, deve também recuperar a quantia já paga outrora²⁸⁵, aonde mostra, assim como nos casos anteriores e no emblemático Caso *Achmea*, a sua posição taxativa em relação ao que determina os acordos BITs.

Diante destes variáveis casos, e após toda a repercussão do Acórdão *Achmea* mediante o sistema de investimento *intra*-UE, alguns Estados-Membros²⁸⁶ resolveram pactuar entre si um acordo que põe termo a todos os tratados bilaterais na relação do investimento entre estes²⁸⁷,

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, Especialidade de Direito Comercial Internacional. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, pp. 96.

Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/44782/1/ulfd144534_tese.pdf

²⁸³ ICSID Case No. ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*. Decision on Annulment, 26 de fevereiro de 2016, parágrafo 203.

Tradução livre: Na opinião do Comitê, a partir da leitura dos parágrafos acima mencionados e de uma leitura integral da Sentença, é claro que o Tribunal tratou da questão colocada pela Romênia. O Tribunal apresentou razões para sua conclusão de que não era útil determinar se a Sentença seria inexecutável: ele considerou que isso não era um problema perante o Tribunal porque não era seu dever abordar a potencial não executoriedade da Sentença depois que esta tinha sido renderizada.

²⁸⁴ Jornal Oficial da União Europeia. L 232/43, Decisão da Comissão Europeia de 30 de março de 2015 relativa ao auxílio estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Romênia — Sentença arbitral *Micula contra Romênia*, de 11 de dezembro de 2013. 04.09.2015, parágrafo 3.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015D1470&from=GA>

²⁸⁵ *Idem*, artigos 1º e 2º.

²⁸⁶ Official Journal of the European Union. L 169/1, Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union. 29.5.2020.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22020A0529%2801%29>

“As partes contratantes, O Reino Da Bélgica, A República Da Bulgária, A República Checa, O Reino Da Dinamarca, A República Federal Da Alemanha, A República Da Estónia, A República Helénica, O Reino De Espanha, A República Francesa, A República Da Croácia, A República Italiana, A República De Chipre, A República Da Letónia, A República Da Lituânia, O Grão-Ducado Do Luxemburgo, A Hungria, A República De Malta, O Reino Dos Países Baixos, A República Da Polónia, A República Portuguesa, A Roménia, A República Da Eslovénia e A República Eslovaca.”

²⁸⁷ *Idem*.

entrando em vigor no dia 29 de agosto de 2020²⁸⁸. Este acordo acaba por ser uma resposta quer ao acórdão proferido pelo TJUE em relação ao caso *Achmea v República Eslovaca*, quer as declarações feitas por vários Estados em 15 e 16 de janeiro de 2019²⁸⁹, quando muitos dos Estados-Membros comprometeram-se em encerrar seus BITs por conta do acórdão citado anteriormente²⁹⁰.

Além do encerramento de 130 BITs²⁹¹, o acordo visa, objetivamente, tornar as cláusulas arbitrais inutilizáveis caso seja clamado um novo processo arbitral, assim como em processos já concluídos não serem os mesmos eventualmente reabertos (mas não afetados com isso)²⁹². No que diz respeito aos processos pendentes, as partes contratantes devem: “a) informar, em cooperação entre si e com base na declaração constante do anexo C, os tribunais arbitrais das consequências jurídicas do acórdão *Achmea*, tal como descritas no artigo 4.o ; e b) caso sejam partes num processo judicial relativo a uma sentença arbitral proferida com base num Tratado Bilateral de Investimento, solicitar ao tribunal nacional competente, ainda que em país terceiro, se for o caso, a revogação ou anulação da sentença arbitral ou a recusa a proceder ao seu reconhecimento e execução”²⁹³. Neste caso, como determina o acordo, os assinantes deste devem colaborar e se auxiliarem para pôr termo tanto aos processos arbitrais ainda abertos perante os julgadores destes como também buscar o não prosseguimento de um reconhecimento de sentença e seus efeitos executórios, assim como, caso estas decisões já tenham sido admitidas pelos tribunais locais de um ou mais Estados, proceder a uma invalidação destas acatando o que foi aderido mediante o pacto. O Anexo C do acordo, em um trecho seu, diz:

²⁸⁸ Hannes Ingwersen, Kirstin Schwedt. *Treaty to terminate intra-EU BITs enters into force*. Linklaters, 10th setembro 2020.

Disponível em: <https://www.linklaters.com/pt-pt/insights/blogs/arbitrationlinks/2020/september/treaty-to-terminate-intra-eu-bits-enters-into-force#:~:text=On%2029%20August%202020%2C%20the.force%20for%20the%20first%20time>

²⁸⁹ Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union. Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the *Achmea* judgment and on investment protection. 2019.

Disponível em:

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf

²⁹⁰ Devin Bray, Surya Kapoor. *Agreement on the Termination of Intra-EU BITs: Sunset in Stone?*. Kluwer Arbitration Blog, Wolters Kluwer, 2020.

Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/04/agreement-on-the-termination-of-intra-eu-bits-sunset-in-stone/#:~:text=The%20Agreement%2C%20its%20Object%20and%20its%20Purpose&text=Following%20Denmark%20and%20Hungary's%20ratification,as%20of%2010%20September%202020>.

²⁹¹ Official Journal of the European Union. L 169/1, Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union. 29.5.2020, Annex A.

²⁹² *Idem*, Arts. 5º e 6º.

²⁹³ *Idem*, Art. 7º.

As Partes Contratantes confirmam que as Cláusulas de Arbitragem são contrárias aos Tratados da UE e, por conseguinte, inaplicáveis. Em virtude desta incompatibilidade entre as Cláusulas de Arbitragem e os Tratados da UE, a partir da data em que a última das partes num Tratado Bilateral de Investimento se tornou um Estado-Membro da União Europeia, a Cláusula de Arbitragem prevista nesse Tratado Bilateral de Investimento não pode servir de base jurídica para um Processo de Arbitragem.²⁹⁴

Mesmo após um ano a entrada em vigor do acordo de encerramento dos BITs intra-UE, e também seguindo os preceitos do Acórdão *Achmea*, o TJUE profere mais um acórdão em 26 de outubro de 2021, referente a um pedido de decisão prejudicial apresentado ao âmbito do caso *PL Holdings Sàrl vs República da Polónia*²⁹⁵.

A PL Holdings é uma sociedade de direito luxemburguês constituída no Luxemburgo. Entre 2010 e 2013, entrou no capital de dois bancos polacos. Tendo estes últimos sido objeto de fusão em 2013, a PL Holdings tornou-se proprietária de 99% das ações do novo banco resultante desta fusão. Em julho de 2013, a Komisja Nadzoru Finansowego (Autoridade de Supervisão Financeira, Polónia), organismo de direito polaco responsável pela supervisão dos bancos e das instituições de crédito na Polónia, decidiu suspender os direitos de voto associados às participações sociais da PL Holdings nesse novo banco e obrigar à venda dessas participações sociais.²⁹⁶

Ao abrigo do BIT entre Bélgica e Luxemburgo, em um polo, e a Polónia, em outro,²⁹⁷ a *PL Holdings* instaurou um processo arbitral contra a Polónia em 2014 alegando que a mesma teria violado o BIT citado. Após o tribunal arbitral se declarar competente para o caso, o mesmo condenou a Polónia ao pagamento de uma indemnização mais as despesas em decorrência desta no processo, vindo a Polónia posteriormente a interpor recurso no *Svea Hovrätt* (Tribunal de Recurso de Svea, Suécia) contrário a validade da cláusula de arbitragem contida no BIT em relação ao direito da UE.²⁹⁸ Após o *Högsta Domstolen* (Supremo Tribunal, Suécia), órgão jurisdicional de envio, ter suspenso a instância e ter mandado a questão

²⁹⁴ *Idem*, Anexo C.

²⁹⁵ Processo C-109/20, *PL Holdings Sàrl vs República da Polónia*. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), 26 de outubro de 2021.

Disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=248141&text=&dir=&doclang=PT&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=2069024>

²⁹⁶ *Idem*, parág. 12 e 13.

²⁹⁷ Accord entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg, D'une Part, et le Gouvernement de la République Populaire de Pologne, O'Autre Pauti', Concernant L'encouragement et la Protection Reciproques des Investissements. 1987.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/403/download>

²⁹⁸ Processo C-109/20, *PL Holdings Sàrl vs República da Polónia*. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), 26 de outubro de 2021. Parág. 20 a 23.

prejudicial ao TJUE referente a validade ou não da arbitragem de investimento no âmbito da UE (apesar de concordar com a invalidade)²⁹⁹, o TJUE declara, finalmente, que:

Os artigos 267.º e 344.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que permite a um Estado-Membro celebrar com um investidor de outro Estado-Membro uma convenção de arbitragem *ad hoc* que torna possível a prossecução de um processo de arbitragem instaurado com fundamento numa cláusula de arbitragem de conteúdo idêntico a essa convenção, contida num acordo internacional celebrado entre esses dois Estados-Membros e nula por ser contrária a esses mesmos artigos.³⁰⁰

Em relação a Portugal, o país por sua vez não possui nenhum registro de caso submetido a arbitragem de investimento ao seu desfavor, mas é o Estado de origem de alguns investidores envolvidos nestas arbitragens investidor-Estado, totalizando 7 (sete) destas, tendo como Estados na posição de réu Venezuela, Hungria, Cabo Verde, Espanha, Líbia e México, todas baseadas em acordos celebrados entre o Estado português e estes países³⁰¹.

3.3 A arbitragem nos Tratados multilaterais de investimento entre Estados-Membros da União Europeia e Estados terceiros

Há também, em caso de tratados celebrados envolvendo uma pluralidade maior de Estados, detalhes e casos práticos nos quais merecem uma atenciosa análise dada a relevância jurídica e econômica que possuem estes elementos.

Como vimos, o Caso *Achmea* abriu um grande precedente a novos tipos de acordos multilaterais, ou, além disto, como também já visto, tendo a União Europeia futuramente como entidade única a celebrar acordos de investimento com outras nações.

E nestes acordos, de uma maneira geral, há também a previsão de resolução de disputas de investimento pela arbitragem, vide o que já vimos ao longo do trabalho. Portanto, analisaremos algumas minúcias em disputas arbitrais ao abrigo destas disposições, que merecem ser pontuadas e servir também como paradigma ao nosso estudo comparativo luso-brasileiro, dada a relevância jurídica e econômica destes litígios.

²⁹⁹ *Idem*, parág. 32 e 33.

³⁰⁰ *Idem*, Acórdão final.

³⁰¹ Investment Dispute Settlement Navigator. Portugal, Cases as Home State of Claimant. Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/169/portugal>

O Caso *Yukos*³⁰², que envolve acionistas majoritários da empresa petrolífera citada contra a federação Russa pôs em pauta um ato de expropriação da Rússia perante os investimentos de Hulley Enterprises Limited (Hulley), Veteran Petroleum Limited (VPL) e Yukos Universal Limited (YUL), requerentes que levaram seus casos à jurisdição arbitral, e que com isso alegam que houve violação as disposições³⁰³ contidas no Tratado da Carta de Energia (ECT).³⁰⁴ Vale pontuar que “Hulley detinha aproximadamente 56.3 por cento, YUL detinha aproximadamente 2.6 por cento e VPL detinha aproximadamente 11.6 por cento das ações em circulação na Yukos. Portanto, coletivamente, os requerentes possuíam aproximadamente 70.5 por cento em participação nas ações em Yukos”³⁰⁵. Apesar de haver 3 arbitragens separadas em curso, todas estas foram decididas conjuntamente de acordo com o tribunal³⁰⁶.

Um dos grandes problemas que envolveu este caso e inclusive a viabilidade da jurisdição arbitral gira em torno do facto de a Rússia, apesar de haver assinado o ECT em 1994, contudo não o ratificou e demonstrou não possuir vontade de fazer parte deste em agosto de 2009³⁰⁷.

Yukos was created as a joint stock company in 1993 and privatized in 1995, with operations across the oil and gas sector; Yuganskneftegaz (YNG) was its main

³⁰² PCA Case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (ISLE OF MAN) vs The Russian Federation*. Final Award, 18 July 2014.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>.

³⁰³ The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty: with Related Documents. Last Updated: 15 January 2016.

Disponível em: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>

Art. 10 (1): “Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area.(...)”

Art. 13 (1): “Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is: (a) for a purpose which is in the public interest; (b) not discriminatory; (c) carried out under due process of law; and (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.(...)”

³⁰⁴ Andrew Newcombe. “Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: An Introduction to the Agora”. in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds). *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 30, Issue 2, 2015, pp. 283 – 292, pp. 284-285.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-icsid-2015-02-002?q=yukos>

³⁰⁵ PCA Case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (ISLE OF MAN) vs The Russian Federation*. Final Award, 18 July 2014, Para. 69.

“Hulley held approximately 56.3 percent, YUL held approximately 2.6 percent and VPL held approximately 11.6 percent of the outstanding shares in Yukos. Collectively therefore, Claimants approximately had a 70.5 percent shareholding in Yukos”.

³⁰⁶ *Idem*, Para. 2.

³⁰⁷ “Chapter 5: Investment”. *Major Investment Treaty Arbitration Cases*. pp. 851-902, pp. 868.

Disponível em: https://www.meti.go.jp/english/report/data/2017WTO/pdf/03_07.pdf

*production subsidiary. In 2002, Yukos was Russia's largest company in the sector and listed as one of the world's top ten oil and gas companies by market capitalization.*³⁰⁸

Nesta disputa, há algumas alegações contundentes em desfavor da Federação Russa. É argumentado que a real razão para que esta tenha cometido entre massivas reavaliações fiscais, assédio da companhia juntamente com seus empregados e entidades relacionadas e envolvimento em processos criminais seriam tomar o controle da empresa e eliminar *Mikhail Khodorkovsky* como oponente político³⁰⁹. A Federação teve como um de seus argumentos que “Yukos fraudulentamente evadiu bilhões de dólares de imposto sobre lucros corporativos russos de 1999 até 2004, abusando do programa autorizado pelo Governo Russo no começo dos anos 90 para promover desenvolvimento econômico em áreas designadas subdesenvolvidas economicamente”³¹⁰, levando a Federação a avaliar multas e impostos contra a empresa, conseqüentemente. No final das contas, a Federação Russa foi condenada a arcar com um valor aproximado de 40 bilhões de dólares somando três condenações proferidas contra esta³¹¹.

Dois anos mais tarde, em 2016, nova decisão foi proferida pela Corte Distrital de Haia³¹², com a interpretação de que o Tribunal Arbitral no qual proferiu a decisão não possuía competência para tal pelo facto de a Federação Russa, que assinou o ECT e não o ratificou, não possuir vinculação provisória com os regulamentos de arbitragem do ECT por estes não terem compatibilidade com a constituição russa, sendo anulada assim a decisão outrora proferida.

³⁰⁸ Martin Dietrich. *Brauch. Yukos v. Russia: Issues and legal reasoning behind US\$50 billion awards*. Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development (IISD), September 2014, pp 01.

Disponível em: https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2014/09/iisd_itn_yukos_sept_2014_1.pdf
Tradução livre: Yukos foi criada como uma sociedade por ações em 1993 e privatizada em 1995, com operações através do setor de óleo e gás; Yuganskneftegaz (YNG) foi sua principal produção subsidiária. Em 2002, Yukos foi a maior empresa russa no setor e listada como uma das 10 principais companhias de gás e óleo do mundo pela capitalização de mercado.

³⁰⁹ PCA Case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (ISLE OF MAN) vs The Russian Federation*. Final Award, 18 July 2014, para. 63 e 108.

³¹⁰ *Idem*, para. 109.

“Yukos fraudulently evaded billions of dollars of Russian corporate profit tax from 1999 to 2004, abusing the program authorized by the Russian Government in the early 1990s to foster economic development in designated economically underdeveloped áreas”.

³¹¹ *Idem*, parag. 1888.

³¹² PCA Case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (ISLE OF MAN) vs The Russian Federation*.

Judgment of the Hague District Court, 20 Apr 2016, parag. 5.94, 5.95, 5.96 e 5.97.

Disponível em: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-yukos-universal-limited-isle-of-man-v-the-russian-federation-judgment-of-the-hague-district-court-wednesday-20th-april-2016#decision_595

No entanto, apesar de todo este apanhado, é um caso que, até o momento, parece estar longe de ter um desfecho. Já em 2020, a Corte de Apelação de Haia decide reverter a decisão anterior do Tribunal Distrital, alegando exatamente a jurisdição do Tribunal Arbitral em julgar o caso e rejeitando o que reivindicou a Federação Russa, condenando-a também a arcar com as despesas processuais devidas e ao final possuindo um montante aproximado de US\$ 50 bilhões de dólares de condenação.³¹³, sendo considerada “a maior condenação alguma vez proferida por um tribunal arbitral”³¹⁴. Diante de toda a magnitude e repercussão da disputa, ainda mais por ter sido abordada anteriormente a relevância do Tratado da Carta de Energia (acordo que fundamentou o caso) e também Portugal fazer parte deste³¹⁵, o Caso *Yukos* merece uma breve atenção no que diz respeito às disputas abrigadas por tratados multilaterais, principalmente quando estes, que é o caso do ECT, tenham Estados-Membros como signatários.

Outro caso mais recente e que reviveu de certa forma os efeitos do Acórdão *Achmea*, citado mais anteriormente, foi a disputa entre República da Moldávia vs *Komstroy*³¹⁶ também ao abrigo do ECT.

É importante recapitular que, o Acórdão *Achmea*, através de seu teor, determinou, resumidamente, que as disposições relativas à arbitragem investidor-Estado contidas em BITs celebrados entre dois Estados-Membros eram contra a legislação da EU³¹⁷, inclusive ocorrendo posteriormente a isto a assinatura de um acordo que encerraria os BITs entre Estados-Membros já existentes.³¹⁸ No entanto, ao contrário do efeito que possui contra os acordos intra-EU, a decisão referida não afetou *a priori* acordos multilaterais de investimento

³¹³ PCA Case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (ISLE OF MAN) vs The Russian Federation*. Judgment of the Hague Court of Appeal, 18 Feb 2020. parag. 6.4.4 q, 9.9, 10 e 11.

Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11339.pdf>

³¹⁴ Luís de Lima Pinheiro. “Introdução à Arbitragem de Investimentos no Setor da Energia Perante as Ordens Jurídicas Portuguesa e Angolana”. *Revista da Ordem dos Advogados*, A. 75, n.º 1 (Jan.-Jun. 2015), 2015, pp. 17-38, pp. 21.

Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B62b9feef-3915-4f7f-90c5-d8ee80370a2e%7D.pdf>

³¹⁵ The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty: with Related Documents. Last Updated: 15 January 2016, pp. 28.

Disponível em: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>

³¹⁶ In Case C-741/19, *Republic of Moldova Vs Komstroy LLC, successor in law to the company Energoalians*. Judgment of the Court (Grand Chamber), 2 September 2021.

Disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245528&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4530121>

³¹⁷ Caso C-284/16, *Achmea v. Slovak Republic*. ECLI:EU:C:2018:158.

³¹⁸ Official Journal of the European Union. L 169/1, Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union. 29.5.2020.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A2020A0529%2801%29>

como o ECT, pois este, por exemplo, se trata de um acordo celebrado entre Estados-Membros da UE e também países terceiros, inclusive sendo invocado em várias disputas intra-UE ao final de 2020.³¹⁹ Certamente, abre-se um precedente com isto para interpretações sobre a legalidade destas disputas entre um investidor de um Estado-Membro e outro Estado-Membro anfitrião do investimento ao abrigo de acordos como o ECT, mesmo que o determinado em decisões anteriores ao abrigo de BITs intra-UE não tenham abrangido claramente estas disputas.

Voltando ao caso em questão, e para contextualizar o enredo de como *Komstroy vs Moldávia* deu início, diz o parágrafo 8 que:

Em execução de uma série de contratos celebrados em 1999, a Ukrenergó, um produtor ucraniano, vendeu eletricidade à Energoalians, um distribuidor ucraniano, que revendeu essa eletricidade à Derimen, uma sociedade registada nas Ilhas Virgens Britânicas, que, por sua vez, revendeu a referida eletricidade à Moldtranselectro, uma empresa pública moldava, com vista à sua exportação para a Moldávia. Os volumes de eletricidade a fornecer eram definidos todos os meses diretamente entre a Moldtranselectro e a Ukrenergó. Esta eletricidade foi assim fornecida pela Ukrenergó à Moldtranselectro durante os anos de 1999 e 2000, com exceção dos meses de maio a julho de 1999, nas condições «DAF Incoterms 1990», ou seja, até à fronteira que separa a Ucrânia da República da Moldávia, do lado da Ucrânia.³²⁰

Em seguida a isto, a *Derimen* pagou a *Energoalians* a totalidade devida pela eletricidade que houvera obtido, enquanto a *Moldantranselectro* apenas quitou de maneira parcial o devido à *Derimen*, posteriormente esta última cedendo seu crédito com a companhia moldava à *Energoalians*, em maio de 2000.³²¹ Já titular do crédito, a *Energoalians* buscou através dos tribunais moldavos e, em seguida, nos ucranianos, o pagamento desta dívida que possuía a *Moldantranselectro*.³²² Diante do insucesso destas investidas, a distribuidora ucraniana

³¹⁹ Robert Basedow. *Moldova v. Komstroy and the Future of Intra-EU Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: What Does the ECT's Negotiating History Tell Us?*. Kluwer Arbitration Blog, Wolters Kluwer, April 24, 2021.

Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/04/24/moldova-v-komstroy-and-the-future-of-intra-eu-investment-arbitration-under-the-energy-charter-treaty-what-does-the-ects-negotiating-history-tell-us/>

“As of late 2020, the ECT has been invoked in 43 extra-EU investment disputes but also in 83 often high-value intra-EU investment disputes.”

³²⁰ In Case C-741/19, *Republic of Moldova Vs Komstroy LLC, successor in law to the company Energoalians*. Judgment of the Court (Grand Chamber), 2 September 2021, par. 8.

Disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245528&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4530121>

³²¹ *Idem*, par. 9 e 10.

³²² *Idem*, par. 11.

invocou uma arbitragem *ad hoc* mediante o ECT (art 26.º, n.º 4, alínea b)³²³ alegando que a Moldávia, através de sua empresa pública, teria violado obrigações advindas do tratado.³²⁴ Após o tribunal arbitral declarar sua competência e condenar a Moldávia a um pagamento de um montante, esta interpôs recurso a *Cour d'appel de Paris* (Tribunal de Recurso de Paris) que anulou a sentença arbitral, fundamentando que erroneamente o tribunal arbitral havia se declarado competente pelo facto de que o crédito cedido a *Energoalians* se referia a uma venda de eletricidade, o que não embasaria a formação da arbitragem ao âmbito do ECT por o crédito não se caracterizar como investimento.³²⁵ Então, a já *Komstroy*, que sucedeu a *Energoalians* em 2014, interpôs recurso a *Cour de Cassation* (Tribunal de Cassação da França) que em seguida anulou o acórdão da *Cour d'appel* por entender haver incongruência entre a interpretação de “investimento” deste último e o que diz o ECT, remetendo a Paris o processo com composição diferente e, em seguida, submetendo a *Cour d'appel* a demanda ao TJUE.³²⁶

Após o TJUE ter se declarado competente para julgar o caso³²⁷, além deste ter que solucionar se o objeto do litígio realmente se configurava como um “investimento”, haveria também uma questão suscitada por representantes de Estados-Membros presentes, que dizia respeito à validade da arbitragem ao âmbito do ECT para conflitos intra-UE, embora o caso

³²³ The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty: with Related Documents. Last Updated: 15 January 2016.

Disponível em: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>

“Article 26: Settlement of Disputes between an Investor and a Contracting Party - (4) In the event that an Investor chooses to submit the dispute for resolution under subparagraph (2)(c), the Investor shall further provide its consent in writing for the dispute to be submitted to: (b) a sole arbitrator or ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as “UNCITRAL”);”

³²⁴ In Case C-741/19, *Republic of Moldova Vs Komstroy LLC, successor in law to the company Energoalians*. Judgment of the Court (Grand Chamber), 2 September 2021, parag. 12.

³²⁵ *Idem*, 13 a 15

³²⁶ *Idem*, 16 e 20

³²⁷ Além de haver utilizado o Art. 267º do TFUE para fundamentar a sua competência para julgar a demanda, um dos argumentos utilizados para tal se segue nos parágrafos 28 e 29 do caso:

“28. É verdade que o Tribunal de Justiça não é, em princípio, competente para interpretar um acordo internacional no que respeita à sua aplicação no âmbito de um diferendo não abrangido pelo direito da União. É o que sucede, nomeadamente, quando tal diferendo opõe um investidor de um Estado terceiro a outro Estado terceiro.

29. Todavia, por um lado, o Tribunal de Justiça declarou que, quando uma disposição de um acordo internacional é aplicável tanto a situações abrangidas pelo direito da União como a situações não abrangidas por este direito, existe um interesse certo da União em assegurar que, a fim de evitar divergências de interpretação futuras, esta disposição seja objeto de uma interpretação uniforme, independentemente das condições em que a referida disposição deva ser aplicada (v., neste sentido, Acórdãos de 17 de julho de 1997, *Giloy*, C-130/95, EU:C:1997:372, n.os 23 a 28; de 16 de junho de 1998, *Hermès*, C-53/96, EU:C:1998:292, n.º 32; e de 14 de dezembro de 2000, *Dior e o.*, C-300/98 e C-392/98, EU:C:2000:688, n.º 35).”

envolvesse dois Estados Não-Membros da UE.³²⁸ Após decidir pela negativa desta³²⁹, ficou determinado finalmente que: “O artigo 1.º, ponto 6, e o artigo 26.º, n.º 1, do Tratado da Carta da Energia, assinado em Lisboa em 17 de dezembro de 1994, aprovado em nome das Comunidades Europeias pela Decisão 98/181/CE, CECA, Euratom do Conselho e da Comissão, de 23 de setembro de 1997, devem ser interpretados no sentido de que a aquisição, por uma empresa de uma parte contratante neste tratado, de um crédito resultante de um contrato de fornecimento de eletricidade, não associado a um investimento, pertencente a uma empresa de um Estado terceiro em relação ao referido tratado, sobre uma empresa pública de outra parte contratante no mesmo tratado não constitui um «investimento» na aceção destas disposições.”³³⁰

Em relação ao pensamento adotado pelo TJUE semelhante ao Acórdão *Achmea*, de que mesmo se tratando de um acordo multilateral a arbitragem ao âmbito deste não poderia vingar em relação a conflitos *intra-UE*³³¹, fica ainda mais nítida a posição da União Europeia em relação à competência destes tribunais arbitrais em tais matérias. É entendido que, apesar de se configurar uma multilateralidade em relação ao ECT, o art. 26º do mesmo visa regular “as relações bilaterais entre duas das partes contratantes, de modo análogo à disposição do tratado bilateral de investimento em causa no processo que deu origem ao Acórdão de 6 de março de 2018, *Achmea* (C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, n.º 58)”³³² e que “a preservação da autonomia e do caráter próprio do direito da União opõe-se a que o TCE possa impor as mesmas obrigações aos Estados-Membros entre si.”³³³

Também ao abrigo do ECT, podemos citar o caso *Vattenfall v. Germany*³³⁴ em âmbito europeu, assim como *Cavalum SGPS v. Spain*³³⁵, único caso registrado envolvendo um

³²⁸ Clement Fouchard, Vanessa Thieffry (Reed Smith). *CJEU Ruling in Moldova v. Komstroy: the End of Intra-EU Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty (and a Restrictive Interpretation of the Notion of Protected Investment)*. Kluwer Arbitration Blog, Wolters Kluwer, 2021.

Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/09/07/cjeu-ruling-in-moldova-v-komstroy-the-end-of-intra-eu-investment-arbitration-under-the-energy-charter-treaty-and-a-restrictive-interpretation-of-the-notion-of-protected-investment/>

³²⁹ In Case C-741/19, *Republic of Moldova Vs Komstroy LLC, successor in law to the company Energoaliants*. Judgment of the Court (Grand Chamber), 2 September 2021, Parags. 64 a 66.

³³⁰ *Idem*, Final Decision.

³³¹ *Idem*, parag. 66: “Tendo em conta o que precede, há que concluir que o artigo 26.º, n.º 2, alínea c), do TCE deve ser interpretado no sentido de que não é aplicável aos diferendos que opõem um Estado-Membro a um investidor de outro Estado-Membro a respeito de um investimento realizado por este último no primeiro Estado-Membro.”

³³² *Idem*, parag. 64.

³³³ *Idem*, parag. 65.

³³⁴ ICSID Case No. ARB/09/6, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*. 2009.

investidor português ao abrigo de algum tratado multilateral (o próprio ECT) e que ainda se encontra pendente. Isto mostra, de forma breve, também uma variação em relação a controvérsias de arbitragem em relação ao setor de energia, até mesmo por haver diversas formas de energia, como de origem fóssil, nuclear e renovável, abrindo espaço para uma gama de indústrias³³⁶.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/329/vattenfall-v-germany-i> “Summary of the dispute: Claims arising out of the conduct of the Hamburg government authorities relating to the administrative procedure for the issuing of permits for a new power plant being constructed by Vattenfall Generation at the site of a former plant located at Hamburg-Moorburg.”

³³⁵ ICSID Case No. ARB/15/34, *Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain*. 2015.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/625/cavalum-sgps-v-spain>

“Summary of the dispute: Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators’ revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.”

³³⁶ Luís de Lima Pinheiro. “Introdução à Arbitragem de Investimentos no Setor da Energia Perante as Ordens Jurídicas Portuguesa e Angolana”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 75, n.º 1 (Jan.-Jun. 2015), 2015, pp. 17-38, pp. 18.

Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B62b9feef-3915-4f7f-90c5-d8ee80370a2e%7D.pdf>

4. ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO NO BRASIL

Após uma larga análise acerca da perspectiva portuguesa-europeia na arbitragem investidor-Estado, veremos agora o papel brasileiro e o que tem ocorrido em relação ao cenário das disputas arbitrais no âmbito do investimento no país.

Preliminarmente, é importante destacar que o primeiro grande divisor de águas na história brasileira em relação aos investimentos estrangeiros foi a própria Independência do Brasil (7 de setembro de 1822), pois foi a partir da consolidação da fase imperial que o país adquiriu soberania e que se encerrou por parte da antiga metrópole, Portugal, a competência para tomar conta das relações internacionais da anterior colônia brasileira.³³⁷ Por isso, trata-se de um enredo relativamente recente e que possui um cenário em desenvolvimento até os dias atuais, podendo-se destacar em fases como “(i) investimentos em infraestrutura no Império do Brasil (1822 a 1889); (ii) o período de industrialização e desenvolvimentismo (de 1930 a 1964); (iii) o regime militar (de 1964 a 1988); e (iv) a abertura econômica (de 1990 até os dias atuais)”³³⁸.

4.1 Panorama Geral

Como forma de ilustrar brevemente o quadro da arbitragem no Brasil, há no ordenamento jurídico nacional a Lei Nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996³³⁹ referente ao uso da arbitragem no país e que foi, em 2015, devidamente reformada pela Lei Nº 13.129, de 26 de Maio de 2015³⁴⁰. Além disso, o Brasil chegou a ratificar três convenções de cunho internacional relacionadas à arbitragem: a Convenção de Montevideu (Convenção Interamericana de 1979 sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais

³³⁷ Daniel Tavela Luís. “O Brasil e a Proteção de Investimentos”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2011, pp. 31-38, pp. 31.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1447204-n?q=arbitragem%20de%20investimento>

³³⁸ *Idem*.

³³⁹ Lei Nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm

³⁴⁰ Lei Nº 13.129, de 26 de Maio de 2015.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm

“Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

Estrangeiras)³⁴¹, a Convenção do Panamá (Convenção Interamericana de 1975 sobre Arbitragem Comercial Internacional)³⁴² e a Convenção de Nova Iorque (Convenção da ONU de 1958 sobre Reconhecimento e Execução das Decisões Arbitrais Estrangeiras)³⁴³.

Os meios alternativos de solução de controvérsia floresceram no Brasil, na América Latina e no resto do planeta e não houve a tão propalada revolta do Poder Judiciário contra os mecanismos extrajudiciais de solução de litígios. Ao contrário, os juízes perceberam - como não poderia deixar de acontecer - que a somatória de esforços para vencer a maré montante de pleitos e demandas trouxe benefícios para todo o país. Cumpre deixar claro que em verdade houve poucas - mas estridentes - vozes que insistentemente alardeavam que os juízes não queriam e não precisavam de qualquer ajuda externa para resolver a crise em que mergulhou o Estado (e, com ele, o Poder Judiciário). Todos concluíram que a ajuda que os meios alternativos (entre eles a arbitragem) podem prestar é valiosa e não pode ser descartada. Também concluíram todos que não era fundado o medo de alguns de que a arbitragem concorresse com o Poder Judiciário na solução dos litígios: a experiência acabou por demonstrar que a arbitragem jamais poderia substituir a atividade jurisdicional protagonizada pelo Estado.³⁴⁴

Apesar de por vezes se vislumbrar uma relativa aderência à arbitragem no geral, a adoção de medidas favoráveis a estes mecanismos de disputas no âmbito do investimento internacional não tem sido ao longo dos anos tão populares entre os Estados latino-americanos, principalmente no que pese a Convenção ICSID. Durante um bom tempo, não houve aderência destes Estados a Convenção por não acreditarem na sua imparcialidade e por provavelmente ver o sistema ICSID como um substituto da intervenção diplomática que poderia ser exercida pelos Estados da região, além do que estes possuíam uma noção de soberania nada favorável à justiça fora do campo de ação estatal, o que explica a atitude mais fechada destes Estados tanto com a aceitação de convenções internacionais de arbitragem como com o acolhimento na legislação nacional dos mecanismos do ICSID.³⁴⁵

³⁴¹ The Montevideo Convention: Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards. Montevideo, 1979.

Disponível em: http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicmoe.asp

³⁴² The Panama Convention: Inter-American Convention on International Commercial Arbitration. Panamá, 1975.

Disponível em: http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicpae.asp

³⁴³ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. New York, 10 June 1958.

Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&clang=en

³⁴⁴ Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo, Atlas, 3ª Edição, 2004, pp. 20.

Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6100849/mod_resource/content/1/CARMONA%20C.A.%20Arbitragem%20e%20Processo_removed%20%281%29.pdf

³⁴⁵ Celso de Tarso Pereira. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 35, N. 140, out./dez. 1998, pp. 87-93, pp. 92-93.

Até a presente data, o Brasil continua fora do escopo de aplicação da Convenção ICSID³⁴⁶, sendo o único Estado do Mercosul a não aderir-lá na época e conseqüentemente sem nenhuma arbitragem aberta quer como parte, quer como Estado de origem de algum investidor inserido em alguma destas disputas ao âmbito da arbitragem de investimento³⁴⁷. Certa demonstração de satisfação de brasileiros pelo não ingresso em BITs e na Convenção ICSID se deu no início dos anos 2000 com o alto número de casos abertos³⁴⁸ contra sua vizinha, Argentina, através do sistema ICSID. Após isto, com as negociações sem sucesso, há algumas décadas, de uma Área de Livre Comércio das Américas (ALCA)³⁴⁹ e a não evolução das negociações dos temas relacionados a Singapura na Organização Mundial do Comércio (OMC), houve um desligamento acentuado de tratativas relacionadas a alguns Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPRI) por parte do Brasil, ficando mais ainda a margem dos mecanismos de proteção internacional de investimentos³⁵⁰.

Augusto de Rezende Rocha, consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil (Itamaraty) ao tempo da assinatura dos Estados a Convenção ICSID, em parecer nada favorável, disse que a aderência do país a esta:

“seria a consagração do imperialismo econômico e financeiro, ainda que disfarçada. (...) não é crível que qualquer Estado normalmente organizado, apresentando instituições asseguradoras de uma ordem jurídica primária, concorde de boa mente em sub-rogar funções públicas essenciais a um tribunal internacional, que na sua organização e funcionamento será passível de sofrer influências prejudiciais à

Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/420/r140-09.pdf?sequence=4&isAllowed=y#:~:text=%E2%80%93%20o%20Centro%20Internacional%20para%20a.os%20ausp%C3%ADcios%20do%20Banco%20Mundial>

³⁴⁶ Database of ICSID Member States. International Centre for Settlement Investment Disputes (ICSID).

Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>

³⁴⁷ Investment Dispute Settlement Navigator. Brazil. Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/27/brazil>

³⁴⁸ Investment Dispute Settlement Navigator. Argentina, Cases as Respondent State. Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina/respondent>

³⁴⁹ “A idéia da ALCA – Área de Livre Comércio das Américas foi lançada por ocasião da Primeira Cúpula das Américas, realizada em Miami (EUA) em 1994. Do encontro, resultaram uma Declaração de Princípios e um Plano de Ação. Segundo a Declaração de Princípios, a ALCA seria construída como uma área de livre comércio onde “as barreiras ao comércio e ao investimento serão progressivamente eliminadas”.

Ielbo Marcus Lobo de Souza. “A Área de Livre Comércio das Américas e o Brasil: Questões geopolíticas e disputas hegemônicas subjacentes”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 42, N. 167, jul./set. 2005, pp. 15-26, pp. 15.

Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p15.pdf

³⁵⁰ José Augusto Fontoura Costa, Vivian Daniele Rocha Gabriel. “O Brasil, ACFIs e a arbitragem de investimentos”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Lisboa, Vol. 8, 2015, pp. 63-81, pp. 63.

Disponível em:

https://www.academia.edu/25303139/O_Brasil_ACFIs_e_a_arbitragem_de_investimentos

própria soberania desse Estado. (...) nunca o Governo brasileiro, em qualquer época, deixou de acolher, diplomática ou judicialmente, as reivindicações de meritorious cases de estrangeiros que lhe fossem apresentadas”³⁵¹

A posição buscava claramente proteger a ideia de um Estado soberano, no que acreditava que tribunais extrajudiciais como os arbitrais se apresentavam como uma possível ameaça à competência do Estado de, através do seu poder judiciário, apreciar casos desta natureza, no qual o país nunca pareceu se furtar até então.

A ideia expressa no referido parecer não dava sinais de desigualdade com a realidade que era apresentada aquela época, pelo que o principal propósito da Convenção ICSID tenderia a ser mesmo o estímulo do fluxo de investimentos internacionais.³⁵² Tanto que a partir da década de 1990, com um cenário do comércio exterior começando a ficar mais robusto na América Latina, e no Brasil a surgir um grande número de privatizações junto com a abertura do mercado interno, a necessidade da globalização passou a adquirir mais evidência nas políticas públicas brasileiras, influenciando o engajamento do país como um grandioso agente no comércio internacional.³⁵³

O fim do regime militar e a promulgação da Constituição de 1988 representam um marco histórico para a retomada dos investimentos estrangeiros diretos no País. É de se destacar que a própria Constituição brasileira passou a admitir que a prestação de serviços públicos não fosse realizada diretamente pelo Estado, mas por particulares, mediante a competente licitação (art. 175 da Constituição Federal).³⁵⁴

A possibilidade de institucionalização da arbitragem (arbitragem institucional), importante no sentido de assegurar a continuidade e permanência do sistema conciliatório assim como dos procedimentos arbitrais exercidos de forma casual por meio do sistema de arbitragem *ad hoc*, foi também contestada por ser possivelmente incapaz na garantia da

³⁵¹ Augusto de Rezende Rocha. *Parecer DAJ/138: criação de órgãos de arbitragem internacional* – BIRD. Washington: BIRD, 1964, ítem 17, II.

³⁵² Daniel Aun, Eliana Baraldi, et al. “Arbitragem Como Meio de Solução de Controvérsias em Investimento: Aspectos Processuais”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2011, pp. 61-106, pp. 69 – 70.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1447206-n?q=conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20washington%20AND%20brasil>

³⁵³ *Idem*.

³⁵⁴ *Idem*, 33 – 34.

“Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

imunidade dos árbitros no que diz respeito às injunções econômicas e políticas que poderiam surgir fora do âmbito da arbitragem.³⁵⁵

É válido pontuar que esta relutância do país a adotar soluções alternativas de disputas, além de acontecer com a arbitragem de investimento, também acontecia com a arbitragem comercial, vindo ao país a ser um dos últimos a ratificar, por exemplo, a Convenção de Nova Iorque, apenas em junho de 2002³⁵⁶.

Entretanto, mesmo com a deliberada resistência do Brasil a uma sistemática deste tipo e por nunca ter dependido diretamente de tais recursos para aproximar investimentos no seu território, “passa-se a observar o fenômeno de maior internacionalização das empresas brasileiras, o que começa a despertar inquietações nos setores público e privado acerca da posição brasileira”³⁵⁷. Aquele posicionamento proferido através do Ministro das Relações Exteriores como um todo na época da não-ratificação da Convenção de Washington por parte do Brasil da sinais de que foi superado bastante devido à implementações de leis federais³⁵⁸ e alguns textos internacionais³⁵⁹ ratificados pelo país. Estes dispositivos, quando muito não

³⁵⁵ Guido Fernando Silva Soares. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 82.

³⁵⁶ Paulo Macedo Garcia Neto. “Chapter 1: Investment Arbitration in Brazil: The Landscape of Investment Arbitration in Brazil and Why Brazil Should Become a More Important Player in the Investment Arbitration Arena”. in Daniel de Andrade Levy, Ana Gerdau de Borja Mercereau, et al. (eds). *Investment Protection in Brazil*. Kluwer Law International, 2013, pp. 3 – 16, pp. 5. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-levy-ch01?q=investment%20arbitration%20brazil>

³⁵⁷ Vivian Daniele Rocha Gabriel. *A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor José Augusto Fontoura Costa. Mestrado em Direito, Especialidade em Direito Internacional e Comparado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, pp.21. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08112016-131230/publico/Dissertacao_Vivian_Daniele_Rocha_Gabriel.pdf

³⁵⁸ O Regime Geral de Concessão e Permissão de Serviços Públicos (Lei n° 8.987 / 1995), Lei Geral de Telecomunicações (Lei n° 9.472 / 1997), Lei do Petróleo (Lei n° 9.478 / 1997), Lei de Transportes Terrestres e Aquaviários (Lei n° 10.233 / 2001) e a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n° 11.688 / 2004)

³⁵⁹ Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias, assinado em 17 de dezembro de 1991 e ratificado por meio do Decreto n° 922/1993; Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Convenção do Panamá, 1975), ratificada por meio do Decreto n° 1.902 / 1996; Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, de 27 de julho de 1992 (Protocolo de las Leñas), ratificado por meio do Decreto n° 2.067 / 1996 e Convenção de Nova Iorque (1958) sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ratificada por meio do Decreto n° 4.311 / 2002.

expressam claramente a possibilidade de se instituir a arbitragem de forma compromissória, passam a estabelecer meios amigáveis de resolução de litígios.³⁶⁰

Apesar do balanço negativo, por exemplo, em relação aos Investimentos Estrangeiros Diretos (IDE) no Brasil mostrado pelo relatório atual da *World Investment Report 2021*³⁶¹ majoritariamente em decorrência do impacto económico causado pela pandemia de COVID-19 (se mantendo entre os 11 principais receptores de IDE em 2020)³⁶², o país, nos últimos anos, vem gradualmente transformando seu perfil económico de somente acolhedor de investimentos para também investidor com relação ao resto do mundo, provocando certo processo de mudança do governo brasileiro no que diz respeito ao seu engajamento à Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (APPRI), buscando assim resguardar interesses de transnacionais brasileiras em outros países.³⁶³

Mesmo com a falta de aderência a Convenção ICSID, é válido dizer que seria perfeitamente possível a submissão do Brasil em uma disputa de investimento no âmbito da arbitragem ao abrigo de algum tratado celebrado com outro Estado que seja signatário da Convenção³⁶⁴, como por exemplo o BIT celebrado entre Brasil em Portugal (citado no primeiro capítulo), caso este tivesse entrado em vigor. Da mesma forma, é válido lembrar que, em caso de o Brasil decidir ingressar no sistema da Convenção, isto não implicaria por si só o consentimento do país para qualquer caso que venha em seu desfavor, e, além disto, esta

³⁶⁰ Daniel Aun, Eliana Baraldi, et al. “Arbitragem Como Meio de Solução de Controvérsias em Investimento: Aspectos Processuais”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, 2011, pp. 61-106, pp. 70.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1447206-n?q=conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20washington%20AND%20brasil>

³⁶¹ World Investment Report 2021. United Nations Conference on Trade and Development World (UNCITAD). pp. 5.

Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf

³⁶² Houve uma queda de aproximadamente 40 bilhões de dólares do IDE entre 2019 e 2020, saindo de 6º lugar em recebimento de IDE para 11º de um ano para outro.

³⁶³ Vivian Daniele Rocha Gabriel. *A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor José Augusto Fontoura Costa. Mestrado em Direito, Especialidade em Direito Internacional e Comparado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 46.

Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08112016-131230/publico/Dissertacao_Vivian_Daniele_Rocha_Gabriel.pdf

³⁶⁴ Dário Moura Vicente. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 71, nº 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770, pag. 759.

Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>

adesão do país possibilitaria o uso do ICSID por investidores brasileiros em países nos quais possuam leis relativas a investimentos que viabilizem o consentimento a arbitragem.³⁶⁵

Por mais que a opção pelo recurso a arbitragem de investimento seja um benefício para investidores estrangeiros no Brasil e investidores brasileiros em países estrangeiros, o país, mesmo sem adotar esta, continua a receber razoavelmente investimentos estrangeiros. De qualquer forma, seria pertinente a ideia da incorporação de mecanismos de solução de controvérsias relativas ao investimento, visto que a legislação brasileira continua a carecer de meios, além dos conciliatórios, que transmitam uma melhor segurança para os investidores nacionais e internacionais.

4.2 Fontes da Arbitragem de Investimento e demais mecanismos de solução de controvérsias utilizados no país: transição dos BITs aos ACFIs

Após uma análise de alguns factos e evidências históricas sobre a arbitragem investidor-Estado na perspetiva brasileira, temos como objetivo no presente tópico averiguar através de que meios é ou pode ser utilizada a arbitragem de investimento dentre outras maneiras de se resolver um litígio advindo do investimento internacional no ordenamento jurídico brasileiro, seja em relação aos investidores estrangeiros que dão sua contribuição financeira no país ou no que diz respeito aos próprios investidores brasileiros e seus aportes financeiros atuantes em outras nações.

De início, vale recaptular que o Brasil, entre os anos de 1994 e 1999, assinou 14 tratados bilaterais de investimento, indo 6 para a aprovação do congresso nacional³⁶⁶. Os BITs, como bem abordado no segundo capítulo, possuem vários benefícios pro-investidor, como por exemplo indemnização por parte do Estado em caso de expropriação do investimento e o recurso a arbitragem por parte do investidor. Celso Amorim, Ministro das Relações Exteriores do Brasil a época do envio dos BITs ao Congresso, na mensagem de encaminhamento destes acordos, notou que estes seriam “relevante fator de atração do capital

³⁶⁵ José Augusto Fontoura Costa. *Brasil e Arbitragem Internacional de Investimentos: Realidades e Possibilidades*. RJLB, Nº 3, Ano 1 (2015), pp. 875-911, pp. 899.

Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0875_0911.pdf

³⁶⁶ Érika Capella Fernandes, Jete Jane Fiorati. *Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: Uma análise comparada*. RIL Brasília, A. 52, N. 208, out./dez. 2015, pp. 247-276, pp 249.

Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517706/001055994.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

estrangeiro”³⁶⁷, assim como enfatizava “a necessidade de concessão de garantias oficiais por parte do governo para facilitar a atração de recursos, em um cenário de escassez de poupança decorrente da crise da dívida dos anos 1980”³⁶⁸.

No entanto, os debates que se sucederam a assinatura destes tratados traziam um criticismo em sua maioria por se acreditar que haveria um privilégio de tratamento dado ao investidor estrangeiro em relação aos investidores nacionais, principalmente pela questão de possibilitar a aqueles o recurso a arbitragem investidor-Estado, trazendo assim uma oposição que empatou a aprovação destes BITs no Congresso Nacional na época³⁶⁹. Havia também uma impressão de que os BITs, a depender das disposições em negociação, limitariam a aptidão da máquina pública no sentido de delimitar o capital nacional, assim como executar políticas econômicas, sociais e ambientais³⁷⁰. Mesmo assim, apesar de que por motivos diversos a ratificação destes acordos tenha ficado pelo caminho, pode-se dizer que os mesmos acabaram por representar politicamente um símbolo importante para a liberalização e reabertura econômica do país, assim como na reconquista da confiança de investidores estrangeiros nas instituições brasileiras³⁷¹.

Os debates do Congresso brasileiro em torno dos BITs de primeira geração ocorreram na década de 1990, mas soam estranhamente modernos. Eles ecoam as preocupações atuais formuladas por ativistas e Estados contra o sistema de arbitragem investidor-Estado nos últimos anos. Essa resistência inicial (ou talvez o caráter visionário) ao assumir uma posição dissidente no direito internacional de

³⁶⁷ Celso Amorim. Mensagem nº 1.158 de 1994 do Poder Executivo. Diário do Congresso Nacional, de 6 de janeiro de 1995, p. 404-407.

³⁶⁸ Rabih A. Nasser, Salem H. Nasser, et al. “Arbitragem no novo modelo brasileiro de acordos de investimento”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, Volume XII, Issue 47, 2015, pp. 38 – 54, pag. 40.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-rba-47-003-n?q=conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20washington>

³⁶⁹ *Idem*, pp. 40-41.

“Em 2002, foi criado no âmbito da Câmara de Comércio Exterior (Camex) o Grupo Técnico Interministerial (GTI) para avaliar as propostas vigentes, apresentar sugestões e estabelecer diretrizes para as futuras negociações de acordos de investimentos. No mesmo ano, o grupo concluiu que os BITs firmados até então deveriam ser removidos da agenda do Congresso”.

³⁷⁰ André Zanatta Fernandes de Castro, Camila Biral Vieira da Cunha, et al. “O Futuro da Arbitragem de Investimentos: uma Perspectiva Brasileira”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, 2011, pag. 215-234, pag. 223.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1447211-n?q=arbitragem%20de%20investimento>

³⁷¹ Daniel Tavela Luís. “O Brasil e a Proteção de Investimentos”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, 2011, pp. 31-38, pag. 36.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1447211-n?q=arbitragem%20de%20investimento>

investimentos tornou o Brasil um líder no 'movimento de resistência' contra a arbitragem investidor-Estado.³⁷²

Desde a assinatura destes primeiros APPRIs que acabaram por não ser ratificados pelo Estado brasileiro, passaram-se duas décadas até a criação de um mecanismo característico do país, em qual foi elaborado um esquema bem reticente na atribuição de direitos subjetivos para os investidores no qual não permitia o acesso destes a qualquer jurisdição internacional, eliminando neste caso toda a possibilidade de proteção internacional de investimentos estrangeiros no Brasil³⁷³, como a arbitragem de investimento como exemplo. Assim surgiam os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs), no qual em sua apresentação é descrito ser um modelo que “busca atender, de forma concreta, pragmática e proativa, às necessidades dos investidores, respeitando, ao mesmo tempo, a estratégia de desenvolvimento e o espaço regulatório dos países receptores de investimentos”.³⁷⁴

Do ano de 2015 até o presente momento, foram assinados pelo Brasil alguns ACFIs, como, por exemplo, com Angola, México e Moçambique, estando atualmente os 2 primeiros em vigor e o último não³⁷⁵. É possível afirmar que estes tipos de acordo possuem três características próprias: “(i) a presença de dispositivos similares àqueles tradicionalmente existentes nos BITs, tais como a cláusula da nação mais favorecida, o tratamento nacional e as regras sobre expropriação e indenização devida; (ii) a inserção de provisões novas, não encontradas nos BITs, como a previsão de um Comitê Conjunto e de Pontos Focais; (iii) a

³⁷² Samy Rais and Kabir Duggal. “The Evolution of Brazilian CFIs from 2015 to 2020: Like Wine, Does It Get Better with Time?”. in Maxi Scherer (ed). *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Volume 38, Issue 2, 2021, pag. 215 – 252, pag. 217.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-joia-380205?q=acfi>

“The Brazilian Congress’s debates around the first-generation BITs occurred in the 1990s, yet they sound oddly modern. They echo the current concerns formulated by both activists and States against the investor-State arbitration system in the past few years. This early resistance (or perhaps visionary character) by taking a dissident stance in international investment law made Brazil a leader in the ‘resistance movement’ against investor-State arbitration.”

³⁷³ José Augusto Fontoura Costa, Vivian Daniele Rocha Gabriel. “O Brasil, ACFIs e a arbitragem de investimentos”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Lisboa, Vol. 8, 2015, pp. 63-81, pp 63.

Disponível em:

https://www.academia.edu/25303139/O_Brasil_ACFIs_e_a_arbitragem_de_investimentos

³⁷⁴ Apresentação Geral do ACFI. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, pp.2.

Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/Apresentacao-Geral-do-ACFI-PT.pdf>

³⁷⁵ International Investment Agreements Navigator. Brazil, Bilateral Investment Treaties (BITs). Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>

omissão de algumas regras geralmente encontradas nos BITs, como o tratamento justo e equitativo e a solução de controvérsias investidor-Estado”³⁷⁶.

O ACFI é o modelo brasileiro de acordo de investimentos, distinto dos tradicionais Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPs). A divulgação desse modelo e as negociações vêm sendo conduzidas por um Grupo Negociador, no intuito de assegurar a implementação das diretrizes traçadas pela CAMEX e aprimorar constantemente o modelo. (...) Os principais objetivos dos ACFIs são: i) melhoria da governança institucional; ii) criação de mecanismos para mitigação de riscos e prevenção de controvérsias; e iii) elaboração de agendas temáticas para cooperação e facilitação dos investimentos.³⁷⁷

A falta de um mecanismo de resolução de disputas entre investidor estrangeiro e o Estado anfitrião em relação aos tradicionais BITs é um ponto bastante relevante. Em vez disso, e almejando a promoção do investimento internacional sem que para isso se abra mão da autonomia regulatória, há nos ACFIs a priorização de medidas preventivas³⁷⁸ de possíveis disputas assim como a governança bilateral.³⁷⁹ Isto se torna uma sinalização de que o Estado brasileiro não é contra a arbitragem como um todo, mas sim contra o procedimento arbitral investidor-Estado presente nos BITs tradicionais, evitando assim disputas com particulares que não tenham celebrado contratos diretamente com o Estado que indiquem a arbitragem para solucionar estas disputas e buscando garantir nesta lógica que o Poder Público tenha maior previsibilidade em relação as controvérsias que venham a emergir.³⁸⁰

³⁷⁶ Érika Capella Fernandes, Jete Jane Fiorati. *Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: Uma análise comparada*. RIL Brasília, A. 52, N. 208, out./dez. 2015, pp. 247-276, pp 249.

Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517706/001055994.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³⁷⁷ Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos – ACFI. Ministério da Economia.

Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/estrategia-comercial/acordos-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi>

³⁷⁸ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos. 2015.

“Artigo 18 - Prevenção de Controvérsias 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.”

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4719/download>

³⁷⁹ Rabih A. Nasser, Nathalie S. Tiba Sato and Marina Y. Takitani. *What is Brazil Bringing to the Table? Dispute Prevention and Resolution under the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI)*. Kluwer Arbitration Blog, Wolters Kluwer, July 11, 2017.

Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/11/brazil-bringing-table-dispute-prevention-resolution-brazilian-agreements-cooperation-facilitation-investments-acfi/>

³⁸⁰ Rabih A. Nasser, Salem H. Nasser, et al. “Arbitragem no novo modelo brasileiro de acordos de investimento”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBA & IOB, Volume XII, Issue 47, 2015. pag. 38 – 54, pag. 50-51.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-rba-47-003-n?q=acfi>

Em caso de as medidas preventivas citadas não vingarem, há um modelo de procedimento arbitral a ser seguido pelos ACFIs. Se não é entre investidor e Estado, no qual temos abordado a respeito ao longo do trabalho, passa a ser a arbitragem realizada diretamente de Estado para Estado, que neste caso, se configurarão como os que fazem parte de um destes acordos:

Artigo 19 - Solução de Controvérsias entre as Partes

1. 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.³⁸¹

O que se percebe é que os ACFIs partem da premissa de que “os Estados devem cooperar para auxiliar a realização e expansão de investimentos recíprocos”³⁸². Assim, estes acordos passam a reduzir “a centralidade do litígio, presente na forma como os APPIs tradicionais foram aplicados, e propõe o desenvolvimento de institucionalidade que fomente o diálogo entre o investidor e o Estado receptor dos investimentos”³⁸³.

É importante se ater a dois elementos citados que são os principais órgãos parte dos ACFIs: Os Comitês Conjuntos³⁸⁴ e os Pontos Focais³⁸⁵ (também chamados como *ombudsman*³⁸⁶). Enquanto os primeiros podem ser requeridos para solucionar questões

³⁸¹ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos. 2015, Art. 19 N° 1.

³⁸² Carlos Marcio Bicalho Conzende, Pedro Mendonça Cavalcante. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*. Brasília, Vol. 1, N. 2, 2015, pp. 87-109, pp. 89.

³⁸³ *Idem*.

³⁸⁴ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento Entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola.

“Artigo 4 Comitê Conjunto (...) 4. O Comitê Conjunto terá as seguintes atribuições e competências: i. Monitorar e discutir a implementação e operacionalização do presente Acordo; ii. Debater e compartilhar oportunidades para expansão dos investimentos recíprocos; iii. Coordenar a implementação das agendas de cooperação e facilitação mutuamente acordadas; iv. Solicitar e acolher a participação do setor privado e da sociedade civil, quando for o caso, em questões pontuais relacionadas com os trabalhos do Comitê Conjunto; v. Buscar consensos e resolver amigavelmente quaisquer questões ou conflitos sobre os investimentos das Partes; e vi. Definir ou elaborar um mecanismo padrão para a solução de controvérsias por via arbitral entre Estados.”

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3666/angola---brazil-bit-2015->

³⁸⁵ *Idem* - “Artigo 5 Pontos Focais (“Ombudsmen”) 1. As Partes estabelecerão Pontos Focais (“Ombudsmen”) os quais terão como função principal dar apoio governamental aos investimentos da outra Parte realizados em seu país.”

³⁸⁶ A definição de Andrew Heywood (2002, 373) é a seguinte: “Ombudsman é uma palavra escandinava sem equivalente exato em inglês. É um funcionário do Estado indicado para salvaguardar os direitos dos cidadãos em um dado setor investigar alegações de desvios administrativos que variam do uso impróprio de poderes até a desatenção a procedimentos e a mera incompetência. O papel do ombudsman é o de suplementar, não o de substituir, as vias normais de reclamação, como os tribunais administrativos e os representantes eleitos. Não obstante, um ombudsman deve se preocupar com um senso mais amplo de moralidade, suas investigações e descobertas raramente têm efeitos jurídicos. Como sistemas de ombudsmen podem favorecer as vistas grossas e remédios informais, eles têm sido criticados

específicas que surjam entre as Partes, que podem, conseqüentemente, emergir temas que interessem aos investidores; os segundos estruturam a administração interna e possuem varias funções atribuídas pelos tratados como a de buscar prevenções ou soluções para controvérsias.³⁸⁷

4. O Ponto Focal terá, entre outras, as seguintes atribuições: i. Envidar esforços para atender às recomendações do Comitê Conjunto e interagir com o Ponto Focal da outra Parte, observando os termos deste Acordo; ii. Interagir com as autoridades governamentais competentes para avaliar e recomendar, quando adequado, o devido tratamento para as sugestões e reclamações recebidas dos governos e investidores da outra Parte, informando ao governo, ou investidor interessado, o resultado das ações realizadas; iii. Atuar diretamente para prevenir disputas e facilitar a sua resolução em articulação com as autoridades governamentais competentes e em colaboração com entidades privadas pertinentes; iv. Prestar informações tempestivas e úteis às Partes sobre questões normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos acordados; v. Relatar ao Comitê Conjunto as suas atividades e ações.³⁸⁸

Embora nos ACFIs tenham sido mantidas regras sobre nacionalização e desapropriação dos investimentos³⁸⁹, assim como as cláusulas de tratamento da nação mais favorecida e de tratamento nacional³⁹⁰, são aparentemente suprimidas as disposições relacionadas ao tratamento justo e equitativo outrora contidas nos tradicionais BITs. Havia uma preocupação por parte dos negociadores deste modelo de tratado de que os ACFIs não se tornassem uma mera réplica dos BITs, pois poderia incorrer em uma conseqüente rejeição do Congresso

comoveramente alegóricos (não têm competências executivas) e como buscando muito esteio na figura do ocupante do cargo (que é, normalmente, um insider)” Cit. José Augusto Fontoura Costa, Vivian Daniele Rocha Gabriel. “O Brasil, ACFIs e a arbitragem de investimentos”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Lisboa, Vol. 8, 2015, pp. 63-81, pp. 71.

Disponível em:

https://www.academia.edu/25303139/O_Brasil_ACFIs_e_a_arbitragem_de_investimentos

³⁸⁷ *Idem*, pp. 70.

³⁸⁸ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento Entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola. 2015.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4720/download>

³⁸⁹ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos. 2015.

“Artigo 6 Expropriação 1. Sem prejuízo das suas leis e regulamentos: 1.1. As Partes não podem nacionalizar ou desapropriar os investimentos cobertos pelo presente Acordo, exceto se: a) por utilidade ou o interesse públicos; b) de forma não discriminatória; c) mediante pagamento de uma indenização de acordo com os parágrafos 1.2 a 1.4, e d) de acordo com o devido processo legal.”

³⁹⁰ Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Maláui. 2015.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4716/download>

“Artigo 10 - Não-Discriminação 1. Cada Parte, nos termos de seu ordenamento jurídico, deve permitir e encorajar a realização de investimentos de investidores da outra Parte no seu território e criar condições favoráveis para tais investimentos. 2. Cada Parte, observadas as exceções legalmente estabelecidas e os requisitos legais aplicáveis, permitirá aos investidores da outra Parte estabelecer investimentos e conduzir negócios em condições não menos favoráveis que as disponíveis para outros investidores domésticos. 3. Cada Parte permitirá aos investidores da outra Parte estabelecer investimentos e conduzir negócios em condições não menos favoráveis que as disponíveis para outros investidores estrangeiros.”

Nacional pela sua postura conservadora em relação a estes últimos.³⁹¹ Apesar disto, apenas o elemento da transparência, que faz parte do tratamento justo e equitativo, foi mantido no modelo dos ACFIs.³⁹²

Assim como as já citadas, outras características relevantes emergiram nestes tratados, como: “(i) a definição relativamente estrita de 'investidores' e 'investimento'; (ii) o foco na salvaguarda do poder regulatório dos Estados de origem; (iii) a inclusão de disposições inovadoras que estabeleçam obrigações para os investidores”.³⁹³ No que diz respeito ao primeiro predicado citado

Se os ACFIs aparentemente simbolizam a verdadeira entrada do Brasil no cenário do direito internacional de investimentos, será de grande interesse acompanhar o trabalho institucional dos Comitês Conjuntos e do trabalho institucional do *Ombudsperson*, especialmente no que diz respeito à interpretação dos acordos. Se o modelo de acordo de investimento for original, o resultado de sua aplicação e interpretação revelará se ele se enquadra no conhecido regime do direito internacional de investimentos ou se o Brasil criou um sistema dentro do sistema.³⁹⁴

Em meio a falta de opções contidas na legislação brasileira que viabilizem a arbitragem entre investidor e Estado, uma alternativa tanto para investidores brasileiros como também para estrangeiros no sentido de se valerem de benefícios da arbitragem de investimento seria a estruturação destes investimentos no exterior. Usualmente, os conhecidos BITs abrangem investimentos indiretos, principalmente quando há no tratado uma definição mais abrangente de “investidor” e “investimento” (permitindo a proteção do que foi investido via *holdings* intermediárias), podendo desta forma o investimento ser (re)estruturado através de uma

³⁹¹ Nitish Monebhurrn. “Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model”. in Thomas Schultz (ed). *Journal of International Dispute Settlement*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 8, Issue 1, 2017, pp. 79 – 100, pp. 95 – 96.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-jids-2017-01-004?q=acfi>

³⁹² Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento Entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola. 2015.

“Artigo 13 Transparência (...) 2. Cada Parte garantirá que as suas leis e regulamentos relativos a qualquer assunto compreendido neste Acordo, em especial em matéria de qualificação, licença e certificação, sejam publicadas sem demora, e, quando for possível, em formato eletrônico.”

³⁹³ Samy Rais and Kabir Duggal. “The Evolution of Brazilian CFIs from 2015 to 2020: Like Wine, Does It Get Better with Time?”. in Maxi Scherer (ed). *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Volume 38, Issue 2, 2021, pag. 215 – 252, pag. 219.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-joia-380205?q=acfi>

³⁹⁴ Nitish Monebhurrn. “Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model”. in Thomas Schultz (ed). *Journal of International Dispute Settlement*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 8, Issue 1, 2017, pp. 79 – 100, pp. 100.

“The ACFIs could have imposed to the companies a duty to report their corporate social activities to the Joint Committee. Indeed, no reporting duty exists and doubts can be cast on the one responsible to control the companies' efforts of governance. But as the Committee is also competent to conduct the implementation of the agreements, it can be expected that it will duly monitor the corporate governance of the investors.”

companhia incorporada em um Estado no qual esteja inserido em um BIT com a nação receptora do investimento.³⁹⁵ Suponhamos que haja uma empresa brasileira na qual deseje investir na Alemanha, sendo que há apenas um tratado assinado entre os dois mas não ratificado. Se neste caso a empresa do Brasil deseje se beneficiar da arbitragem de investimento através de um BIT, poderia realizar a estruturação de seu investimento por meio de uma empresa incorporada em um país no qual possua um BIT válido com a Alemanha e que possibilite a proteção arbitral aos investidores, como a China³⁹⁶, por exemplo.

A fórmula proposta pelos ACFIs parece um pouco contraditória em relação à motivação da criação da Convenção de Washington e dos mecanismos ICSID. Por mais que o Estado brasileiro deliberadamente não tenha aderido em seu ordenamento jurídico, os seus benefícios ainda são visíveis se comparados ao que prega o modelo brasileiro de acordos de investimento. Criada exatamente para evitar que o Estado de origem do investidor tenha de exercer proteção diplomática para este³⁹⁷ e todas as outras questões que envolvem esta proteção (como deixar o investidor a mercê da vontade e dos interesses deste Estado), não parece que o mecanismo envolvendo a arbitragem entre Estados destoe tanto deste cenário que foi expectável ser dirimido pela Convenção. Além dos possíveis malefícios aos investidores em uma determinada disputa, o método trazido pelos acordos brasileiros poderá possivelmente acabar “criando um contencioso que pode trazer consequências danosas para a política externa de ambos os Estados”³⁹⁸.

³⁹⁵ André Zanatta Fernandes de Castro, Camila Biral Vieira da Cunha, et al. “O Futuro da Arbitragem de Investimentos: uma Perspectiva Brasileira”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2011, pag. 215-234, pag. 229.

Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1447211-n?q=arbitragem%20de%20investimento>

³⁹⁶ Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments. 2003.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/736/download>

“Article 8 - Settlement of Disputes between Contracting Parties: (1) Any dispute between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, as far as possible, be settled with consultation through diplomatic channel. (2) If a dispute cannot thus be settled within six months, it shall, upon the request of either Contracting Party, be submitted to an ad hoc arbitral tribunal”.

³⁹⁷ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984, Art. 27º.

Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>

³⁹⁸ Flávia Gottardi Morelli. *A Convenção de Washington à Luz da Arbitragem Internacional: Os Impactos Causados aos Investimentos do Brasil como País não Signatário*. Dissertação Orientada pela Professora Dra. Elsa Dias Oliveira, Mestrado em Arbitragem Internacional. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, pp. 71.

Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/48069/1/ulfd146103_tese.pdf

A proteção de investimento no Brasil, analisada no exposto, ainda carece de uma maior segurança jurídica aos investidores estrangeiros e seus aportes financeiros no país. Apesar da aparente boa intenção em buscar a solução de controvérsias por meios amistosos e evitar demandas litigiosas entre as partes diretamente pela arbitragem de investimento, observa-se uma forma exacerbada em se resguardar de uma possível pluralidade de demandas advindas de investidores e, em consequência, acaba por desamparar tais, tendo que força-los a buscar a persuasão adequada às autoridades do seu país originário para os defende-los em um eventual conflito arbitral entre os Estados contratantes de um determinado ACFI, inclusive podendo desgastar institucionalmente a figura do país com outros Estados parceiros comerciais. Ainda mais, similar ao comentado no tópico passado, a Convenção de Washington ainda declara “que nenhum Estado Contratante, pelo simples facto de ter ratificado, aceitado ou aprovado a presente Convenção e sem o seu consentimento, ficará vinculado a recorrer à conciliação ou arbitragem em qualquer caso concreto”³⁹⁹, o que se tornaria algo perfeitamente opcional ao Estado brasileiro em dever adotar a arbitragem ou não a depender da sua análise mediante a uma questão específica.

4.3 Participação do Brasil em acordos multilaterais

Entre os tratados de maior importância, abordados anteriormente no capítulo 3 (como por exemplo o ECT ou o CETA), que envolvem mais de dois países e que possuem disposições acerca do investimento internacional, o Brasil não possui registro de assinatura ou ratificação.⁴⁰⁰ Ao mesmo passo, também não possui, assim como em relação aos tratados bilaterais de investimento, quaisquer disputa arbitral investidor-Estado registrada ao abrigo de algum tratado multilateral, seja como Estado anfitrião ou indiretamente como Estado de origem de algum investidor.⁴⁰¹

No entanto, há outros acordos envolvendo uma pluralidade de países com relação ao investimento internacional que o Brasil está presente. Um destes é inclusive assinado diretamente com a União Europeia, o Framework Agreement for Cooperation between the

³⁹⁹ Decreto do Governo n.º 15/84: Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1984, Preâmbulo, parag. 8.

“Artigo 26.º “[...] Um Estado Contratante poderá exigir a exaustão dos meios administrativos e judiciais internos como condição para dar o seu consentimento à arbitragem no âmbito da presente Convenção.”

⁴⁰⁰ International Investment Agreements Navigator. Brazil, Treaties with Investment Provisions (TIPs). Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>

⁴⁰¹ Investment Dispute Settlement Navigator. Brazil. Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/27/brazil>

European Economic Community and the Federative Republic of Brazil⁴⁰² (em vigor desde 1995), porém que não possui disposições acerca de resoluções de controvérsias pela arbitragem investidor-Estado.

É também de se notar que há acordos ao âmbito sul-americano relativo a investimentos que incluem o Brasil como um de seus Estados Contratantes. O Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos IntramercoSul⁴⁰³, mais recente destes, assinado em 2017 e em vigor desde 2019, foi acordado entre quatro países: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, todos Estados parte do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul). Em suas disposições relativas a resolução de controvérsias no âmbito do investimento entre os Estados contratantes, há, semelhante aos ACFIs, disposições nas quais buscam primeiro a prevenção destas (art. 23) e, na falta de êxito, a solução (art. 24). No entanto, no que diz respeito à solução por vias arbitrais, é disposto no número 4 do art. 24 que:

4. A controvérsia relativa a um investimento que tenha sido submetida aos procedimentos previstos nos Artigos 23 (Procedimento de Prevenção de Controvérsias) e 24 (Solução de Controvérsias entre os Estados Partes) não poderá ser submetida a procedimentos arbitrais estabelecidos em tratados bilaterais de investimentos ou outro acordo com disposições sobre o investimento de que os Estados Partes sejam ou venham a tornar-se parte.⁴⁰⁴

Com isto, é priorizado o que dispõe o MERCOSUL sobre a resolução de litígios relativos a matéria em caso de esgotamento dos meios de prevenção⁴⁰⁵, o que acaba por excluir os mecanismos pela via arbitral pactuados em BITs tradicionais (investidor-Estado) ou até mesmo em ACFIs, como aparentemente a arbitragem Estado-Estado.

Em linhas gerais, o Brasil está inserido em 14 acordos multilaterais em vigor, sendo que em dois destes se apresenta como parte contratante “solo” e nos outros doze é representado pelo MERCOSUL e pelo LAIA⁴⁰⁶ (*Latin American Integration Association*).⁴⁰⁷ Via de regra,

⁴⁰² Framework Agreement for Cooperation between the European Economic Community and the Federative Republic of Brazil. 1995.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3101/download>

⁴⁰³ Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos IntramercoSul. 2017.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5549/download>

⁴⁰⁴ Idem, Art. 24 n° 4.

⁴⁰⁵ Idem, Art. 24 n°1. Uma vez esgotado o procedimento previsto no Artigo 23 (Procedimento de Prevenção de Controvérsias) sem que a diferença tenha sido resolvida, qualquer dos Estados Partes envolvidos poderá submetê-la aos procedimentos e mecanismos de solução b de controvérsias vigentes no MERCOSUL, de acordo com as disposições deste Artigo.

⁴⁰⁶ Treaty Establishing the Latin American Integration Association (LAIA) [excerpts]. 1981.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2395/download>

entre estes acordos não há disposições expressamente relativas e determinantes a solução de controvérsias por via da arbitragem de investimento, apesar de que alguns destes sinalizam a possibilidade de os países acordarem, através de protocolos adicionais por exemplo⁴⁰⁸, meios cabíveis para resolver litígios que emergjam no âmbito destes acordos, além de também poucos deixarem modestamente explícito a via arbitral como uma possibilidade através destes protocolos.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ International Investment Agreements Navigator. Brazil, Treaties with Investment Provisions (TIPs). Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil#tips>

⁴⁰⁸ Exemplo de um Acordo de Complementação Econômica entre Mercosul e Peru (em vigor desde 2006), que diz: Artículo 20.- Las Partes Signatarias adoptan el Régimen de Solución de Controversias contenido en el Protocolo Adicional al presente Acuerdo.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3072/download>

⁴⁰⁹ Em um Acordo de Complementação Econômica entre os países do Mercosul e Colômbia, Ecuador e Venezuela (em vigor desde 1998), é indicado possíveis procedimentos arbitrais para a solução de controvérsias ao seu âmbito, quando no art. 41 o) se diz que: “Artículo 41.- La Comisión Administradora tendrá las siguientes atribuciones: o) Determinar los valores de referencia para los honorarios de los árbitros a que se refiere el Régimen de Solución de Controversias.”

“Artículo 20.- Las controversias que surjan de la interpretación, aplicación o incumplimiento del presente Acuerdo y de los Protocolos e instrumentos complementarios adoptados en el marco del mismo, serán dirimidas de conformidad con el Régimen de Solución de Controversias suscrito mediante un Protocolo Adicional a este Acuerdo, el cual deberá ser incorporado por las Partes Signatarias de conformidad con lo que al efecto disponga su legislación interna.”

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3073/download>

5. SÍNTESE COMPARATIVA

Diante de tudo exposto até a presente parte do trabalho, das definições iniciais e elementos que fazem parte da Arbitragem de Investimento até a descrição do cenário geral desta em Portugal/União Europeia e no Brasil, esta quinta e última parte da corrente dissertação fará jus a real finalidade do trabalho: a comparação entre as duas conjunturas apresentadas, portuguesa/europeia e brasileira, no que diz respeito à arbitragem investidor-Estado presente nestas nações.

De início, vale pontuar a aderência à Convenção de Washington, elemento embrionário da arbitragem de investimento, pelas realidades aqui expostas. O Brasil, como bem visto no capítulo passado, optou pela não vinculação à Convenção na época de sua criação, ao passo de que Portugal seguiu caminho oposto e se tornou um dos países contratantes do dispositivo, apoiando conseqüentemente o modelo de resolução de litígios proposto através da arbitragem entre investidor estrangeiro e Estado receptor do investimento.

No que diz respeito propriamente a arbitragem ultimamente citada, até mesmo em consequência da falta de aderência por parte do Brasil a Convenção⁴¹⁰, esta obteve bem mais diretrizes regulatórias na União Europeia (conseqüentemente em Portugal) que propriamente no Brasil. Enquanto centenas de tratados bilaterais de investimentos (BITs) eram assinados e ratificados entre os Estados-Membros da UE e também entre estes com outros países mundo afora, não houve a mesma aceitação referente ao Estado brasileiro com possíveis parceiros comerciais. Portugal, unicamente, possui um número de APPRIs ratificados que equivale quase o dobro de acordos (envolvendo BITs e ACFIs) apenas assinados pelo Brasil⁴¹¹. Logicamente, como visto, se configurou como uma opção política internamente seguida por parte do Brasil a não ratificação de possíveis BITs e, conseqüentemente, impedindo que outros acordos desta alçada fossem redigidos e assinados posteriormente.

Em seguida, ainda em relação à regulação dos investimentos em ambas as nações, o Brasil, ao contrario de Portugal, além de ter escolhido a não-ratificação dos já existentes BITs tradicionais já assinados, enveredou por criar seus próprios acordos de investimento (ou melhor, Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos) através de um modelo que

⁴¹⁰ Apesar de mesmo assim poder se valer da arbitragem de investimento em tratados, como bem pontuado no capítulo 4.

⁴¹¹ Portugal possui 44 tratados em vigor, enquanto o Brasil já chegou a assinar 27 acordos (sendo que a maioria não está a vigorar).

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/169/portugal>

não incluía o modo de solução de controvérsias, objeto do nosso estudo, através da arbitragem diretamente entre investidor e Estado relativo aos investimentos feitos pelo primeiro no segundo. Ao contrário, priorizava bastante uma estrutura focada em resolver amigavelmente os litígios desta natureza e, em último caso, a submissão destes, quando não pelas vias judiciais comuns, através da arbitragem entre os Estados contratantes do acordo, quais sejam, o Estado de origem do investidor e o Estado receptor do aporte financeiro.

Chama-se a atenção também para a quantidade de litígios envolvendo os dois países. Naturalmente, como não houve nenhum tratado bilateral de investimento ratificado pelo Brasil que previa a arbitragem investidor-Estado como resolução de litígios advindos de investimentos internacionais, também não há registrado nenhum processo arbitral desta natureza em desfavor do país. Apesar de ser aderente de alguns BITs, Portugal também não possui registrado nenhum caso contra si e apenas 7 como Estado de origem dos reclamantes⁴¹², cenário que não é muito longínquo ao Brasil relativo a litígios desta natureza se comparado a outros países com uma postura litigiosa mais ativa.

Diante de contextos que mostram mais contrastes que semelhanças entre Brasil e Portugal e, mais ainda, entre o país sul-americano e a União Europeia, vale lembrar que a conjuntura geopolítica das duas realidades contribui também de forma significativa para a discrepância em alguns aspectos mostrados. Considerando que a UE envolve Estados-Membros independentes como nações, com suas próprias questões políticas e económicas internas, possivelmente possuiria, mesmo com a aderência do Brasil a Convenção de Washington e o implemento da arbitragem investidor-Estado em tratados de investimento celebrados por este, um cenário mais robusto envolvendo a solução de conflitos de investimento através das regras do ICSID. Há muitos negócios em circulação tanto entre Estados-Membros quanto destes para outras nações, além também de todas as questões juridicamente levantadas e algumas até resolvidas que emergiram em decorrência deste cenário ativo de investimento, principalmente no que diz respeito à autonomia destes Estados de se valerem da arbitragem de investimento em tratados celebrados entre estes.⁴¹³ O Brasil se trata apenas de uma única nação, mesmo com sua dimensão continental e dividido politicamente entre Estados federados (semelhante à Alemanha), possuindo um panorama de

⁴¹² Investment Dispute Settlement Navigator. Portugal, Cases as Home State of Claimant. Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD.

Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/169/portugal>

⁴¹³ Como ocorreu em relação ao Acórdão *Achmea* e o decidido no caso *Komstroy vs Moldávia*.

investimentos internacionais desde sempre restrito entre o Estado brasileiro e outros países mundo afora.

Há também a notável diferença entre Portugal e Brasil pelo facto do primeiro, ainda mais depois das recentes mudanças legislativas na União Europeia abordadas no 3º capítulo, ter uma dependência direta com as diretrizes de um bloco político-económico como a UE. O Brasil, mesmo se tivesse aderido a todo o aparato do sistema de resoluções de controvérsias relativas aos investimentos internacionais através do ICSID, não possui este vínculo a um bloco de nações com a natureza da UE no qual pode determinar e influenciar, de certo modo, a forma de resolução destes tipos de controvérsias tanto entre os Estados-Membros como destes com outros Estados.

No âmbito de tratados multilaterais, a situação entre os casos em estudo também se distinguem. O Brasil, como mencionado no fim do capítulo passado, é parte de apenas 17 tratados em vigor, em sua maior parte vindo como um dos representados pelo Mercosul.⁴¹⁴ Já Portugal está inserido em 57 acordos em vigor com provisões relativas ao investimento envolvendo mais de 2 países, em sua grande maioria sendo representado pela União Europeia como parte.⁴¹⁵ Um destes acordos que Portugal integra é o próprio Tratado da Carta de Energia (ECT), que por si só possui relevância nos conflitos arbitrais ao âmbito do investimento na qual os tratados em que o Brasil participa não ostenta.

Evidentemente, os cenários que possuem Brasil e Portugal/União Europeia da arbitragem investidor-Estado são significativamente desiguais. Mas há que se ter em conta determinadas variáveis como as abordadas até aqui, de cunho político, económico ou até mesmo geográfico entre os dois panoramas, para que se possa buscar a compreensão devida entre estes. Os acontecimentos que antecederam o cenário dos dias de hoje em relação à matéria são, cada um em sua particularidade, incumbidos pela desigualdade que verificamos.

Resta saber quais serão os próximos passos dados por cada um dos países diante das mudanças legislativas internas que poderão ocorrer e do próprio dinamismo natural no campo do investimento internacional.

⁴¹⁴ Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5549/download>

⁴¹⁵ International Investment Agreements Navigator. Portugal, Bilateral Investment Treaties (BITs). Investment Policy Hub, United Nations – UNCTAD. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/169/portugal>

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exprimido até então, é indubitável a pertinência contínua do tema em relação às decisões praticadas pelos entes públicos acerca do investimento internacional e dos modos de soluções de controvérsias em relação a este. Como podemos perceber, a forma como uma nação lida com possíveis conflitos com investidores pode ser um fator primordial para a atração ou não destes e de seus aportes financeiros em seu território, conseqüentemente em grande parte das vezes acarretando este fator uma influência considerável no fomento da situação econômica interna de um país.

A comparação luso-brasileira ao âmbito da arbitragem de investimento, objeto principal do trabalho, nos permitiu enxergar uma gama de nuances nas relações de cada realidade com seus investidores. Mostra-se que, por trás de cada contexto, há diferentes experiências legislativas e empíricas em relação ao investimento internacional que podem justificar ou não a posição de cada nação mediante a matéria.

Logicamente, não poderíamos nos aprofundar em uma análise como esta sem antes uma devida investigação em aspectos incipientes da arbitragem de investimento e seus elementos gerais. É congruente entender o que se configuraria, de acordo com a doutrina e dispositivos internacionais, a figura de um “investidor”, um “investimento”, juntamente com diferença da arbitragem investidor-Estado para a arbitragem comercial. Igualmente, aspectos históricos antecessores como a forma de resolução de controvérsias através dos tribunais judiciais do Estado receptor do investimento (o que pregava a Doutrina Calvo) ou a proteção diplomática pelo Estado de origem do investidor, a promulgação da Convenção de Washington de 1965 que institui a possibilidade de Estados e investidores resolverem seus litígios através da arbitragem e a evolução dos tratados detentores de matérias reguladoras acerca do investimento entre Estados eram temas que necessitavam de uma prévia e profunda investigação.

É certo que, um fator importante a ser citado neste contexto do investimento internacional não deixa de ser a criação de um possível Tribunal Multilateral de Investimento (TMI), como visto no Capítulo 1. Com seu projeto de judicializar mais os processos arbitrais (visando inclusive um tribunal apelativo de segunda instância), espera-se deste que as decisões seriam melhores apreciadas (instituindo juízes fixos e perpétuos) e que críticas como a falta de transparência dos processos arbitrais pudessem ser superadas caso se consume a sua

criação. Proposta esta que, devido sua contemporaneidade, mereceria futuras colocações acerca da sua possível contribuição para o cenário de resolução de litígios referente aos investimentos estrangeiros.

Facto é que, mediante um grande número de BITs e de Tratados Multilaterais de Investimento celebrados entre inúmeras nações, uma quantidade considerável de arbitragens abertas ao âmbito destes acordos deram lugar nas últimas décadas. No que diz respeito as arbitragens intra-UE, com as polêmicas decisões proferidas em relação a não validade da arbitragem de investimento como um meio idôneo de solucionar conflitos relativos ao investimento de acordo com a lei da EU e criando-se através disto até mesmo um acordo que compele aos Estados-Membros o encerramento de BITs intra-UE, vem se desenhando um cenário de futuras incertezas perante sua atuação, quer em âmbito europeu ou até mesmo eventualmente entre Estados-Membros e países terceiros.

Já casos como o do Brasil dentro deste prisma são mais peculiares, mas que merecem a devida atenção. A não assinatura da Convenção de Washington e a recusa pela ratificação dos BITs já formulados com diversos países mostrou claramente a posição brasileira acerca da arbitragem investidor-Estado. Mais além, através disto foram criados os chamados ACFIs (Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos), nos quais priorizam a resolução amigável de litígios ou, caso esta não vingue, a famigerada arbitragem Estado-Estado. Ainda não se vislumbra em um futuro próximo uma mudança em relação a não aceitação por parte do Brasil no que diz respeito à arbitragem de investimento, o que pode despertar certo cenário de desconfiança entre alguns investidores internacionais favoráveis a este tipo de solução de controvérsias, muito por sentir um possível desamparo em relação à aplicação de seus aportes financeiros no país com a falta da possibilidade de usufruírem dos benefícios da arbitragem investidor-Estado neste território.

Qualquer outra análise comparativa que fosse feita poderia nos trazer ainda mais riqueza de detalhes que possivelmente não seria encontrada nesta, assim como também o contrário. Como explanado, o contexto em que cada nação está inserida, até mesmo em relação a Portugal ou algum outro Estado-Membro da União Européia, revela dissimilaridades muitas vezes gritantes, que irrefutavelmente possui um grau de influência notável na matéria da arbitragem de investimento. Mesmo havendo bastante semelhança entre Portugal e Brasil, por compartilharem a mesma língua assim como também manterem um bom histórico diplomático e alguns costumes bem próximos uns dos outros, a matéria respeitante a

arbitragem de investimento mostra completamente o inverso. Quiçá por isto, análises presentes como esta e também as futuras poderão dar vários contributos ao ininterrupto debate sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABS, Herman; SHAWCROSS, Hartley. "Draft Convention on Investments Abroad". in "The proposed convention to protect private foreign investment: a round table". *Journal of Public Law (presently Emory Law)*, vol. 1, Spring 1960, pp. 115-118.

ACKHURST, Kevin; NATTRASS, Stephen; et al. "CETA, the Investment Canada Act and SOEs: A Brave New World for Free Trade". in KINNEAR, Meg; MCLACHLAN, Campbell (eds). *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 31, Issue 1, 2016, pp. 58-76.

AMORIM, Celso. Mensagem nº 1.158 de 1994 do Poder Executivo. Diário do Congresso Nacional, de 6 de janeiro de 1995.

AUN, Daniel; BARALDI, Eliana; et al., "Arbitragem Como Meio de Solução de Controvérsias em Investimento: Aspectos Processuais". *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2011, pag. 61-106.

AZEVEDO, Débora Bithiah. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. Brasília, Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2001.

BALTAG, Crina; DUDAS, Stefan. "Chapter 3: Achmea, Arbitral Tribunals and the ECT: Modernisation or Regression?". in STANIĆ, Ana; BALTAG, Crina (eds). *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*. Kluwer Law International, 2020, pp. 23-42.

BALTAG, Crina. *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*. Kluwer Law International, 2016.

BARRAGÁN, Guillermo Schumann. "El Arbitraje de Inversiones en los Tratados de Libre Comercio de Nueva Generación: un Análisis Nacional desde la Perspectiva del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva". *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 12, Nº2, 2020, pag. 1446-1469.

BARROCAS, Manuel Pereira. "A Arbitragem no Direito da União Europeia". *Revista Brasileira de Arbitragem*. Volume 13, Issue 52, 2016, pp. 55-67.

BASEDOW, Robert. *Moldova v. Komstroy and the Future of Intra-EU Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: What Does the ECT's Negotiating History Tell Us?*. Kluwer Arbitration Blog, Wolters Kluwer, April 24, 2021.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. "Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?". *The Journal of the London Court of International Arbitration*. The Lalive Lecture 2012, Volume 28, Issue 4, 2012, pag. 575-590.

BONATO, Giovanni. "Panorama da Arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro". *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2014, Volume XI, Issue 43, pag 59-92.

BORGES, Ana Cláudia; BLANK, Jéssica; et al. *Soberania no Direito Internacional*. XVII Seminário Internacional de Educação no Mercosul, 2015.

BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice (Second Edition)*. 2nd edition, Kluwer Law International, 2015.

BRAUCH, Martin Dietrich. *Should the European Union Fix, Leave or Kill the Energy Charter Treaty?*. Columbia Climate School, February 12 2021.

BRAUCH, Martin Dietrich. *Yukos v. Russia: Issues and legal reasoning behind US\$50 billion awards*. Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development (IISD), September 2014.

BRAY, Devin. KAPOOR, Surya. *Agreement on the Termination of Intra-EU BITs: Sunset in Stone?*. Kluwer Arbitration Blog, Wolters Kluwer, 2020.

BROWN, Colin M. “Chapter 13: The EU's Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement”. in STANIČ, Ana; BALTAG, Crina (eds). *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*. Kluwer Law International, 2020, pag. 219-236.

CARBONI, Anna; HUMPHREYS, Gordon; et al. “Chapter 1: Mediation as a Resolution Method in IP Disputes”. in BONNE, Sophia; MARGELLOS, Théophile; et al. *Mediation: Creating Value in International Intellectual Property Disputes*. Kluwer Law International, 2018, pag. 1-172.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo, Atlas, 3ª Edição, 2004.

CASTRO, André Zanatta Fernandes de; CUNHA, Camila Biral Vieira da; et al. “O Futuro da Arbitragem de Investimentos: uma Perspectiva Brasileira”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, 2011, pag. 215 – 234.

“Chapter 5: Investment”. *Major Investment Treaty Arbitration Cases*. pp. 851-902.

CONZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. “Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI)”. *Cadernos de Política Exterior*. Brasília, Vol. 1, N. 2, 2015, pp. 87-109.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Brasil e Arbitragem Internacional de Investimentos: Realidades e Possibilidades*. RJLB, Nº 3, Ano 1 (2015), pp. 875-911.

COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. “O Brasil, ACFIs e a arbitragem de investimentos”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Lisboa, Vol. 8, 2015, pp. 63-81.

DAN, Wei. *Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos: Práticas do Brasil e da China*. N.º 125, 4.ª Série, Primavera 2010, pag. 157-191.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. OUP Oxford, 2nd edition, 2012.

DUARTE, Tiago. *O reconhecimento e a execução de sentenças ICSID-CIRDI: Portugal à espera da primeira vez*. Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, coordenação Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida. Coimbra, Almedina, 2008.

FECÁK, Tomáš. *International Investment Agreements and EU Law*. Kluwer Law International, 2016.

FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. *Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: Uma análise comparada*. RIL Brasília, a. 52, n. 208, out./dez. 2015, pp. 247-276.

FIGUEIREDO, Roberto Castro de. “As Origens do Uso da Arbitragem Como Modo de Solução de Controvérsias em Disputas Relativas a Investimentos”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2011, pp. 7–19.

FIGUEIREDO, Roberto Castro de. “Chapter 3: The Notion of Investment and Economic Development under the ICSID Convention”. in BALTAG, Crina. *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*. Kluwer Law International, 2016, pp. 75 – 130.

FOUCHARD, Clement; THIEFFRY, Vanessa. (Reed Smith). *CJEU Ruling in Moldova v. Komstroy: the End of Intra-EU Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty (and a Restrictive Interpretation of the Notion of Protected Investment)*. Kluwer Arbitration Blog, Wolters Kluwer, 2021.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor José Augusto Fontoura Costa. Mestrado em Direito, Especialidade em Direito Internacional e Comparado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, pp.21.

GHOURI, Ahmad. *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*. International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, Volume 32, 2015.

GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Third Edition)*. Kluwer Law International; Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

GIUPPONI, M. Belén Olmos. *Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America*. Kluwer Law International, 2018.

HESS, Burkhard. *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*. MPILux Research Paper, 2018/3.

HOUTTE, Hans van; BRUNETTI, Maurizio. “Investment Arbitration - Ten Areas of Caution for Commercial Arbitrator”. in PARK, William W. (ed). *Arbitration International*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 29, Issue 4, 2013, pp. 553 – 574.

INGWERSEN, Hannes; SCHWEDT, Kirstin. *Treaty to terminate intra-EU BITs enters into force*. Linklaters, 10th setembro 2020.

JACOB, Marc. *Investments, Bilateral Treaties*. Oxford Public International Law, 2014.

JUILLARD, Patrick. *Calvo Doctrine/Calvo Clause*. Oxford Public International Law, 2007.

KANTOR, Mark A. “Amendments to the ICSID Arbitration Rules take Effect”. *Asian Dispute Review*. Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), Volume 8, Issue 4, 2006, pp. 127 – 129.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; POTESTÀ, Michele. “Why Investment Arbitration and Not Domestic Courts? The Origins of the Modern Investment Dispute Resolution System, Criticism, and Future Outlook”. *Investor-State Dispute Settlement and National Courts*. European Yearbook of International Economic Law, Special Issue, 2020, pp. 7-29.

KLÄGER, Roland. “The Impact of the TTIP on Europe’s Investment Arbitration Architecture”. *Zeitschrift für Deutsches und Amerikanisches recht*. 2014.

LAVRANOS, Nikos; SINGLA, Tania. “Achmea: Groundbreaking or Overrated?”. in RISSE, Jörg; PICKRAHN, Guenter; et al. (eds). *SchiedsVZ | German Arbitration Journal*. Kluwer Law International; Verlag C.H. Beck oHG, Volume 16, Issue 6, 2018. pp. 348 – 357.

LEVASHOVA, Yulia. *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*. International Arbitration Law Library, Volume 50, Kluwer Law International, 2019.

LEVINE, Eugenia. “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”. *Berkeley Journal of International Law*. Volume 29, Issue 1, 2011.

LLAMZON, Aloysius. *Corruption in International Investment Arbitration*. Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, 2014.

LUÍS, Daniel Tavela. “O Brasil e a Proteção de Investimentos”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, 2011, pp. 31-38.

LUÍS, Daniel Tavela. *Proteção do Investimento Estrangeiro: O sistema do Centro Internacional Para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas Alternativas*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

MARTINS, Daniela Souza Lima. *A Arbitragem de Investimento Estrangeiro. Em especial, a problemática da confidencialidade do procedimento arbitral nas disputas investidor-Estado*. Dissertação Orientada pelo Professor Doutor João Salvador Velez Pacheco de Amorim, Mestrado em Direito, Especialidade na área de Ciências Jurídico-Administrativas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015.

MCILWRATH, Michael; SAVAGE, John. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. Kluwer Law International, 2010.

MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; et al. *International Investment Arbitration: Substantive Principles (Second Edition)*. Oxford International Arbitration Series, Campbell McLachlan, Laurence Shore, and Matthew Weiniger 2017; Oxford University Press, 2017.

MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja. “A Aplicação do Direito Comunitário em Arbitragens de Investimento”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2010, Volume VII, Issue 25, pp. 60-75.

MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja. “Clássicos da Arbitragem: Nota à Convenção de Washington para Resolução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (“Convenção ICSID”, 1965) em homenagem ao 50º aniversário do estabelecimento do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos (“CIRDI”), de 1966”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International, Volume XIII, Edição 51, 2016, pag. 256 – 278.

MONEBHURRUN, Nitish. “Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model”, in SCHULTZ, Thomas (ed). *Journal of International Dispute Settlement*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 8, Issue 1, 2017, pp. 79 – 100.

MORELLI, Flávia Gottardi. *A Convenção de Washington à Luz da Arbitragem Internacional: Os Impactos Causados aos Investimentos do Brasil como País não Signatário*. Dissertação Orientada pela Professora Dra. Elsa Dias Oliveira, Mestrado em Arbitragem Internacional. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019.

NAÓN, Horacio Alberto Grigera. “Chapter 19: Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks”, in Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis (eds). *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*. Sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer, International Arbitration Law Library, Volume 16, Kluwer Law International, 2007, pp. 393 - 454.

NASSER, Rabih A.; SATO, Nathalie S. Tiba; TAKITANI, Marina Y. *What is Brazil Bringing to the Table? Dispute Prevention and Resolution under the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI)*. Kluwer Arbitration Blog, Wolters Kluwer, July 11, 2017.

NASSER, Rabih A.; NASSER, Salem H.; et al. “Arbitragem no novo modelo brasileiro de acordos de investimento”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Volume XII, Issue 47, 2015. pp. 38 – 54.

NETO, Paulo Macedo Garcia. “Chapter 1: Investment Arbitration in Brazil: The Landscape of Investment Arbitration in Brazil and Why Brazil Should Become a More Important Player in the Investment Arbitration Arena”. in LEVY, Daniel de Andrade; MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja; et al. (eds). *Investment Protection in Brazil*. Kluwer Law International, 2013, pp. 3 – 16.

NEWCOMBE, Andrew. “Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: An Introduction to the Agora”. in KINNEAR, Meg; MCLACHLAN, Campbell (eds). *ICSID*

Review - Foreign Investment Law Journal. The Author(s); Oxford University Press, Volume 30, Issue 2, 2015, pp. 283 – 292.

NIGEL, Blackaby; PARTASIDES, Constantine; et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. 6th edition, Kluwer Law International; Oxford University Press, 2015.

NIKIÈMA, Suzy H. *Best Practices: Definition of Investor*. International Institute for Sustainable Development (IISD), 2012.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*. Lisboa, Almedina, 2020.

PEREIRA, Celso de Tarso. “O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID)”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 35, N. 140, out./dez. 1998, pp. 87-93.

PINHEIRO, Luís de Lima. “Introdução à Arbitragem de Investimentos no Setor da Energia Perante as Ordens Jurídicas Portuguesa e Angolana”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 75, n.º 1 (Jan.-Jun. 2015), 2015, pp. 17-38.

PUCCI, Adriana Noemi. “Arbitragem e Investimentos Estrangeiros”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Kluwer Law International, 2004, Volume I, Issue 02, pp. 7-31.

PUCCI, Adriana Noemi. “Investidor Estrangeiro e Investimento Estrangeiro”. *A Proteção ao Investimento Estrangeiro*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2011 pag. 39-60.

RAIS, Samy; DUGGAL, Kabir. “The Evolution of Brazilian CFIAs from 2015 to 2020: Like Wine, Does It Get Better with Time?”. in SCHERER, Maxi (ed). *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Volume 38, Issue 2, 2021, pp. 215 – 252.

ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138: criação de órgãos de arbitragem internacional – BIRD*. Washington: BIRD, 1964.

SABAHI, Borzu; RUBINS, Noah; JR, Don Wallace. *Investor-State Arbitration (Second Edition)*. 2nd edition, Borzu Sabahi, Noah Rubins, Don Wallace, Jr.; Oxford University Press, 2019.

SALACUSE, Jeswald W. “Chapter 14. The Energy Charter and Bilateral Investment Treaty Regimes”, in WÄLDE, Thomas W. (ed). *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. Kluwer Law International, 1996, pp. 321-348.

SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. Volume 46, Number 1, Winter 2005.

SARDINHA, Elsa. “The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU–Vietnam Free Trade Agreement”. in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds). *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 32, Issue 3, 2017, pag. 625-672.

SCHEU, Julian; NIKOLOV, Petyo. “The setting aside and enforcement of intra-EU investment arbitration awards after Achmea”. in PARK, William W. (ed). *Arbitration International*. The Author(s); Oxford University Press, Volume 36, Issue 2, 2020, pp. 253 – 272.

SILVA, Lauriana de Magalhães. “Direito Internacional dos Investimentos e Tratados Internacionais Contra Dupla Tributação da Renda”. *Revista do Mestrado em Direito UCB*. 2008.

SILVA, Maria Antónia Mata Antunes da. *Mecanismos De Resolução De Litígios Com Investidores e Direito Da União Europeia*. Dissertação orientada pelo Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro, Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, Especialidade de Direito Comercial Internacional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. “A Área de Livre Comércio das Américas e o Brasil: Questões geopolíticas e disputas hegemônicas subjacentes”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 42, N. 167, jul./set. 2005, pp. 15-26.

STENDEL, Robert. *Achmea Case*. Oxford Public International Law, July 2019.

TOMA-BIANOV, Anamaria. *Eu Law - The Twisted Tale Of The Compatibility Of An ISDS Clause Established By An Intra-EU BIT With The EU Law: A Scrutiny Of The Advocate General Wathelet's Opinion In The Achmea Case*. Transilvania University: Department of Law, Law Review, vol. VII, issue 2, 2017, pp. 03-33.

VICENTE, Dário Moura. “Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais”. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 71, nº 3 (Jul.-Set. 2011), pag. 751-770.

VICENTE, Dário Moura. “Os Mecanismos de Resolução de Litígios entre Estados e Investidores na Perspectiva Europeia: Desenvolvimentos Recentes”. *Liber amicorum Fausto de Quadros*. Almedina, Coimbra, Volume 1, 2016, pag. 695-721.

WÄLDE, Thomas W. “Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience”, in HORN, Norbert; KRÖLL, Stefan M. (eds). *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*. Studies in Transnational Economic Law, Volume 19, Kluwer Law International, 2004, pp. 193 – 235.

WILSKE, Stephan; EDWORTHY, Chloë. “The Future of Intra-European Union BITs: A Recent Development in International Investment Treaty Arbitration against Romania and Its Potential Collateral Damage”. *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Volume 33, Issue 4, 2016, pp. 331 – 352.

YANNACA-SMALL, Catherine; LIBERTI, Lahra. “Chapter 1 - Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements”. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD, 2008, pp. 7-100.