Arbitragem de Investimentos: Um Breve Panorama

Rodrigo Vieira Farias
Professor do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Processual do CEPED/UERJ. Professor conteudista na Universidade Estácio de Sá. Mestrando em Direito Processual pela UERJ. Assessor de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

RESUMO: o presente artigo busca trazer um breve panorama a respeito da denominada "arbitragem de investimentos". De início, discute-se a respeito da própria admissão da arbitragem no ordenamento pátrio para, na sequência, tratar de sua aplicação à administração pública. Por fim, cuida-se da arbitragem de investimentos e, por fim, de sua aplicação no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: arbitragem; arbitragem de investimentos; arbitralidade subjetiva; arbitragem e administração pública.

ABSTRACT: this article aims to provide a brief overview of the so-called investment arbitrage. At first, it is argued about the very admission of arbitration in the homeland order to, subsequently, deal with its application to the public administration. Finally, it deals with investment arbitrage and, finally, its application in Brazil.

KEYWORDS: arbitration; investment arbitration; subjective arbitrality; arbitration and public administration.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Arbitragem e administração pública; 1.1. A arbitragem no Direito brasileiro – da inefetividade à Lei nº 9.307 de 1996; 1.2. Arbitragem e administração pública – um longo, polêmico e tormentoso caminho; 2. A arbitragem de inves-

timentos no Brasil; 2.1. Uma introdução necessária ao tema; 2.2. A Convenção de Washington – breves notas; 2.3. O Brasil e a arbitragem de investimentos; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A arbitragem de investimentos tem sido, desde meados do século XX, um dos principais mecanismos de proteção a investidores estrangeiros em face de condutas estatais lesivas a seus bens e interesses, diante das naturais dificuldades em se buscar a reparação destes danos por meio do Direito interno, seja no país receptor do investimento, seja no país do investidor.

Em 1965, no contexto de surgimento de tratados e convenções internacionais em matéria de proteção a investimentos, por iniciativa do Banco Mundial, foi editada a Convenção de Washington, tratado internacional responsável pela criação do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID), instituição que busca facilitar a mediação e a arbitragem de litígios entre Estados signatários e entre investidores estrangeiros e esses mesmos Estados.

A Convenção de Washington se trata, com efeito, da principal norma internacional reguladora da proteção do investimento internacional entre os mais de 160 Estados que a assinaram, e, por sua vez, o ICSID constitui, ainda hoje, o principal centro de resolução de litígios daquela natureza[1]. A par de sua grande atratividade, porém, grandes economias não assinaram ou ratificaram o tratado, dentre elas, o Brasil, sobre o que se discorrerá adiante.

Antes de se cuidar do tema com os detalhes a que esse faz jus, porém, faz-se necessário tratar da possibilidade de a administração pública brasileira se submeter, segundo as regras de seu próprio ordenamento jurídico e no âmbito do Direito interno, a este meio de solução de litígios para, por fim, tratar da arbitragem de investimentos e de sua aceitação (ou não) pelo Brasil.

1 BARROCAS, Manuel Pereira. Crise na arbitragem de investimento na União Europeia? A questão vista segundo a ótica europeia. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 58, p. 278, jul./set. 2018.

1. ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 A arbitragem no Direito brasileiro – da inefetividade à Lei nº 9.307 de 1996

Do ponto de vista conceitual, de maneira bastante sintética e abrangente, pode-se dizer que a arbitragem é um mecanismo de resolução privada de litígios, mediante o qual as partes em conflito, consensualmente, outorgam o poder de decidir a controvérsia a um terceiro imparcial, denominado "árbitro".

No Direito brasileiro, a submissão de conflitos ao meio arbitral é admitida desde a Constituição de 1824, que autorizava a sua instituição para as causas de natureza cível e penal em seu artigo 160, no que foi seguida pelo Código Comercial e pelo Regulamento 737, ambos de 1850, pelo Decreto nº 3.900 de 1867, pelo Código Civil de 1916 e pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973[2]. Isso não produziu, de outro giro, adesão significativa ao juízo arbitral durante este largo período da história nacional.

Além dos obstáculos comumente levantados em desfavor do instituto, tais como o custo de sua instituição e a (suposta) baixa aplicabilidade, à luz da redação originária do Código de 1973, exigia-se a homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário, de forma a lhe atribuir executoriedade (artigos 1097 e 1098), bem como o descumprimento da cláusula compromissória por qualquer dos contratantes ensejava, tão somente, o direito à reparação pecuniária pelo inadimplemento contratual.

Este cenário começou a ser modificado a partir da edição da Lei nº 9.307 de 1996, conhecida como "Lei de Arbitragem", a qual revogou integralmente as disposições do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1973, que cuidavam do assunto.

A lei, no ponto, atribuiu eficácia de título executivo judicial à sentença arbitral (artigo 31), dispensando a sua ho-

2 Para estudo aprofundado a respeito da história da arbitragem no Brasil, remetemos o leitor à obra de LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, p. 79 – 94, jul./set. 2016.

mologação, pelo Poder Judiciário, como requisito de eficácia, bem como conferiu, em favor da vítima do descumprimento contratual, a tutela específica da obrigação de instituição da arbitragem, permitindo que a sentença que julgar procedente o pedido produza os mesmos efeitos da cláusula compromissória inadimplida (artigo 7º, § 8º)[3].

Frise-se, no ponto, que a possibilidade de concessão de tutela específica para instituir a arbitragem – e, de maneira geral, do próprio instituto – teve sua constitucionalidade questionada durante certo período de tempo após a promulgação da Lei nº 9.307 de 1996. Argumentava-se, em prol da inconstitucionalidade, que a arbitragem ofenderia o direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, por, supostamente, estar-se subtraindo do jurisdicionado a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário para prevenir ou sanar lesão a direito[4].

3 Tal previsão, inovadora à época da promulgação da Lei nº 9.307 de 1996 – considerando que a primazia da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer somente foi introduzida, de maneira geral, em nosso Direito Processual, com o advento da Lei nº 8.952 de 1994, que alterou o artigo 461 do Código então vigente –, não passou imune a críticas, ainda na fase de tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 78 de 1992. Neste sentido, Otto Eduardo Vizeu Gil apontou que "[a] execução judicial da cláusula compromissória, ainda que sujeita, até a sentença que fixará as dimensões da arbitragem, a um rito presumidamente célere, não vai impedir todos os incidentes que podem vir a ocorrer no curso desse processo e nem obstar a interposição dos recursos autorizados na lei processual, com todas as delongas imagináveis." (GIL, Otto Eduardo Vizeu. A nova regulamentação das arbitragens: Projeto de Lei do Senado nº 78/92, do Senador Marco Maciel. *In*: *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, nº 118, p. 429, abr./jun. 1993).

4 Argumento este que não se sustenta, como bem apontado, em doutrina, por Sálvio de Figueiredo Teixeira, em artigo publicado logo após a promulgação da Lei nº 9.307 de 1996: "[t]enho não justificar-se, contudo, esse temor, mais que inquietação, na medida em que o modelo de arbitragem adotado pela Lei 9.307/96 dele não exclui o Judiciário. E isso por múltiplas razões. A uma, porque a nova lei é explícita (art. 33 da Lei 9.307/96) em assegurar aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que elenca, em procedimento hábil, técnico e de maior alcance do que o criticado procedimento homologatório do sistema anterior. A duas, pela igual possibilidade de arguir-se nulidade em embargos à execução (art. 33, § 3.º, da Lei 9.307/96 c/c art. 741, CPC). A três, porque a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o Judiciário, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial, assim declarado na nova redação dada (pelo art. 41) ao inc. III do art. 584 do CPC. De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias a coercio e a executio. A quatro, porque, para ser reconhecida ou executada no Brasil (art. 35 da Lei 9.307/96), a sentença arbitral estrangeira se sujeitará à homologação do Supremo Tribunal Federal (ou de outro órgão jurisdicional estatal – v.g., o Superior Tribunal de Justiça –, se a Constituição, reformada, assim vier a determinar). A cinco, porque do Judiciário é o controle 'sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento'. A seis, porque também caberá ao Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória (art. 7.º da Lei 9.307/96)." (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *In*: *Revista dos Tribunais*, vol. 735, p. 40-42, jan./1997).

A controvérsia somente foi pacificada no final de 2001, quando o Supremo Tribunal Federal[5], em controle difuso de constitucionalidade exercido no âmbito de processo de homologação de sentença arbitral estrangeira – à época, de sua competência, por força do revogado artigo 102, inciso I, alínea *h*, da Constituição Federal –, declarou a constitucionalidade do artigo 31 da Lei da Arbitragem.

Superadas tais polêmicas, verificou-se paulatino incremento na utilização da arbitragem no Direito brasileiro, com significativo incremento nos valores envolvidos e no número de matérias submetidas. A título de exemplo, na década de 2010, verificou-se aumento de 114,84% no número de procedimentos instaurados em algumas das principais câmaras arbitrais brasi-

5 Confira-se a ementa do julgado: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis – a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida, que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem – a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral – não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no Direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31) e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no Direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de "guarda da Constituição" – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, consequentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX, do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR, Relator(a): min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00059 EMENT VOL-02149-06 PP-00958) (original não grifado).

leiras[6], passando de 128 casos novos ao ano em 2010 para 275 novas arbitragens em 2017.

Feitas estas breves notas, passa-se a cuidar da aplicabilidade da arbitragem à administração pública, no âmbito do Direito interno brasileiro.

1.2 Arbitragem e administração pública no Brasil – um longo, polêmico e tormentoso caminho

A possibilidade de submissão da administração pública pátria à arbitragem – e, de modo geral, a mecanismos de solução de controvérsias que não o Poder Judiciário, tais como a conciliação e a mediação – suscitou enormes controvérsias, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, ao longo do século XX e neste começo de século XXI.

Erigia-se, contrariamente de tal possibilidade, os seguintes princípios reitores da atividade administrativa[7]:

i. *O princípio da legalidade*: previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, tal princípio traduz uma vinculação positiva do administrador público à lei, impondo sua atuação ou autorizando a prática de atos em seus estritos limites. Posta a questão em outros termos, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza[8].

Partindo de tal premissa, à administração pública somente seria lícito participar de procedimento arbitral nas hipóteses previstas em lei, como ocorria, *e.g.*, na Lei de Concessões (artigo 23-A da Lei nº 8.987 de 1995), diante da inexistência, até 2015, de regra geral autorizativa na Lei nº 9.307 de 1996.

---

6 Conforme dados levantados por Selma Ferreira Lemes (LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos, Período de 2010 (jan./dez.) a 2017 (jan./dez.). Disponível em http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf. Acesso em 01/08/2019). As câmaras pesquisadas foram o Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil (AMCHAM), o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), a Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo - CIESP/FIESP (CAM-CIESP/FIESP), a Câmara de Arbitragem do Mercado - CAM-BOVESPA, a Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM-FGV) e a Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB).

7 Enunciação seguida, a título de exemplo, por RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Púbica no Processo Civil.* Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 386.

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93.

ii. *A indisponibilidade do interesse público*: tal princípio é considerado, por parcela da doutrina[9] em conjunto com o princípio da supremacia do interesse público, como binômio fundante do regime jurídico de direito público. Veicularia a ideia de que, em razão de o administrador público gerir bens e interesses pertencentes à coletividade, destinados à persecução do interesse público, a disponibilidade daqueles bens e interesses não poderia ocorrer senão nas hipóteses em que a lei outorgasse ao gestor poderes para renunciar, dispor ou transigir a seu respeito.

iii. *O princípio da publicidade*: constante do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal desde sua redação originária, tal princípio entraria em rota de colisão com a confidencialidade[10], a qual, embora não seja impositiva, é costumeiramente utilizada na arbitragem entre particulares, com vistas à proteção das informações constantes do procedimento e do procedimento em si.

Assim sendo, para aqueles autores adeptos de tal corrente, haveria incompatibilidade lógica entre o princípio da publicidade, pelo qual o sigilo é tido como exceção para a atividade administrativa, e a confidencialidade, que prestigia o sigilo no procedimento arbitral, inviabilizando sua utilização pela administração pública.

A Lei nº 13.129 de 2015 espancou quaisquer questionamentos a respeito da possibilidade do uso da arbitragem pela administração pública, referente a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, §§ 1º e 2º, da Lei de Arbitragem, incluídos pela referida

9 Nesta linha, MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56.

10 José Antonio Fitcher, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro fazem distinção, seguida por parcela da doutrina, entre confidencialidade e privacidade na arbitragem. Para estes autores, a confidencialidade seria "limitador a que partes, árbitros, instituição arbitral e terceiros eventualmente participantes do processo divulgassem publicamente as informações obtidas durante a arbitragem, o que englobaria dados, documentos, provas e decisões. Trata-se, pois, de um dever imposto aos sujeitos da arbitragem em relação a eles mesmos. A privacidade na arbitragem, por outro lado, se referiria apenas e tão somente à proibição de estranhos ao conflito de participar do processo arbitral, notadamente da audiência arbitral, que se realiza a portas fechadas (*in camera*). Trata-se, nesse caso, de um direito das partes de manter a privacidade do procedimento em relação a estranhos ao conflito. A distinção terminológica tem servido para que parte da doutrina afirme que a privacidade seria inerente e indeclinável na arbitragem, admitida implicitamente, enquanto que a confidencialidade, enquanto dever, exigiria previsão legal ou convencional expressa." (FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *In*: *Revista de Direito Privado*, vol. 49, p. 229, jan./mar. 2012).

lei), e obedecidos os princípios da legalidade e da publicidade (artigo 2º, § 3º). Tal alteração não foi precedida de caminho simples, porém.

É relevante destacar que, mesmo antes do advento da Lei nº 13.129 de 2015, já se encontravam manifestações favoráveis, em doutrina e em jurisprudência, à adoção da arbitragem pela administração pública. Neste sentido, reconhece-se o pioneirismo do denominado "Caso Lage" no tema, julgado em 1973 pelo Supremo Tribunal Federal[11], o qual reconheceu a constitucionalidade da instituição de juízo arbitral tendo o Estado em um de seus polos.

Frise-se, porém, que a submissão do litígio entre a União e o espólio de Henrique Lage à arbitragem foi determinada pelo artigo 11 do Decreto-Lei nº 9.521 de 1946, de sorte que o julgado não cuidou de hipótese em que inexistente previsão legal de possibilidade de uso do procedimento arbitral. Houve, assim, coerência do entendimento exarado pela Suprema Corte com os óbices anteriormente levantados, notadamente, com o princípio da legalidade.

A controvérsia somente começa a ter novos contornos com a ressignificação do princípio da legalidade e com os questionamentos quanto à subsistência do princípio da supremacia do interesse público à luz da Constituição Federal de 1988, os quais ganham força ao longo da década de 1990 e encontram seu apogeu na década de 2000.

De início, a legalidade administrativa deixa de ser vista como a exigência de vinculação, pura e simples, do administrador e da administração pública à lei formal, a quem caberia prever os limites de sua atuação. A experiência demonstrou a insuficiência do processo legislativo ordinário – diante de sua natural morosidade e da incompletude deste ato legislativo primário – para atender às necessidades públicas buscadas pelo Estado.

11 AI 52181, Relator min. BILAC PINTO, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/1973, DJ 15-02-1974 PP-00720 EMENT VOL-00936-01 PP-00042.

Paulatinamente, passa-se a reconhecer que a administração e seus agentes se encontram vinculados, em diferentes graus, ao ordenamento jurídico, de maneira global. Surge, neste contexto, o princípio da juridicidade administrativa[12]. E, adotando a juridicidade como fundamento, poder-se-ia reconhecer que, independente de previsão legal expressa autorizando sua utilização, a arbitragem se mostre, no caso concreto, o mecanismo que melhor promova o interesse público subjacente ao conflito.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado igualmente sofreu grandes questionamentos, especialmente no que tange à sua compatibilidade com a teoria dos princípios e a proteção aos direitos e garantias fundamentais dos administrados.

Neste sentido, apontou-se que a supremacia do interesse público inexistiria, não havendo norma constitucional que lhe embasasse[13], bem como a impossibilidade de, aprioristicamente,

12 Nas palavras de Gustavo Binenbojm: "Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema única, nem se reduz a um tipo específico de forma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma *unidade* (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em *diferentes graus e distintos tipos de normas*, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional. A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse *bloco de legalidade* (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hariou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de *princípio da juridicidade administrativa*." (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 140-141).

13 Seguindo esta linha, Humberto Ávila sustenta: "rigorosamente, um princípio jurídico ou norma-princípio: – conceitualmente ele não é uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas; – normativamente ele não é uma norma-princípio: ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente; – ele não pode conceitualmente e normativamente descrever uma relação de supremacia: se a discussão é sobre a função administrativa, não pode 'o' interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados. As ponderações feitas tornam também claro que este 'princípio' não pode ser havido como um postulado explicativo do Direito Administrativo: – ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público; – ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um 'princípio abstrato de supremacia' teríamos 'regras condicionais concretas de prevalência' (variáveis segundo o contexto). Dessa discussão orientada pela teoria geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes consequências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse 'princípio'. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. Como isso deve ser feito, é assunto para outra oportunidade." (ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Inte-

colocar-se o interesse público acima de todo e qualquer interesse privado, o que se chocaria com a proteção aos direitos fundamentais e, notadamente, com o dever de proporcionalidade enquanto mecanismo de análise das restrições impostas a tais direitos[14].

Todo este caldo teórico trouxe novos influxos ao Direito Administrativo como um todo, espraiando-se por toda a disciplina. Com isso, a possibilidade de submissão da administração pública a mecanismos outros de solução de controvérsias que não apenas aquela outorgada pelo Poder Judiciário encontrou reconhecimento como compatível não apenas com a juridicidade administrati-

resse Público sobre o Particular". *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 213-214). Remete-se o leitor à crítica de Fábio Medina Osório ao texto de Humberto Ávila (OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *In*: *Revista dos Tribunais*, vol. 770, p. 53-92, dez./1999).

14 Na lição de Gustavo Binenbojm: "[e]mbora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo, sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais são patentes. Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificado como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência aprioríisitica e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos. Por outra via, a norma de supremacia pressupõe uma necessária dissociação entre o interesse público e os interesses privados. Ocorre que, muitas vezes, a promoção do interesse público – entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas – consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível. A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual. Na verdade, o conceito de interesse público é daqueles ditos juridicamente indeterminados, que só ganham maior concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações da coletividade de caráter metaindividual, igualmente estampadas na Constituição. Ao Estado Legislador e ao Estado Administrador incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade. Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade. Veja-se que não se nega, de forma alguma, o conceito de interesse público, mas tão-somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo deste "interesse público" obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí se propor que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer." (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: *Revista de Direito Administrativo,* vol. 239, p. 29-30, jan./mar. 2005).

va como, igualmente, com a proteção do interesse público, para aqueles ramos em que não havia previsão legal expressa[15].

Como antes mencionado, a Lei nº 13.129 de 2015 espancou quaisquer questionamentos a respeito da possibilidade do uso da arbitragem pela administração pública, tornando superada a discussão quanto à necessidade (ou não) de lei autorizando a prática.

Fixadas tais premissas, passa-se a discorrer a respeito da arbitragem de investimentos para, na sequência, abordar o posicionamento do Brasil no tema.

2. A ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS

2.1 Uma introdução necessária ao tema

Como exposto na introdução a este trabalho, a arbitragem de investimentos tem sido, desde meados do século XX, um dos principais mecanismos de proteção a investidores estrangeiros em face de condutas estatais lesivas a seus bens e interesses. O segundo pós-guerra, com a expansão dos Estados de Bem-Estar Social (*walfare state*), somado aos esforços de reconstrução dos países vitimados pelo conflito, fez com que a busca por capitais externos tivesse incremento significativo.

Inúmeros países – em especial, aqueles ditos como subdesenvolvidos – não dispunham de recursos financeiros necessários para custear o implemento e manutenção da infraestrutura necessária para a prestação de inúmeros serviços públicos essenciais, tais como transporte ferroviário e energia elétrica, sem recorrerem ao dinheiro estrangeiro, ora de instituições financeiras privadas, ora de organismos internacionais (*e.g.*, o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD e o Fundo Monetário Internacional – FMI).

Além disso, naquele período, verificou-se grande incremento nos investimentos externos de particulares, buscando aproveitar oportunidades em economias em expansão, dentre os

15 Nesta linha, AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Púbica*: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 60-61).

quais, o Brasil. Neste cenário, empresas buscaram criaram filiais em outros países; houve aumento da importação de bens de capital com vistas a reforçar o parque industrial, quadro este que somente veio a encontrar maior dificuldade com a primeira crise do petróleo, ocorrida em 1973[16].

Dinheiro, porém, sempre foi e será um bem escasso e caro. Desta forma, o investidor – seja aquele que empresta dinheiro a um Estado, seja aquele que aporta capitais em outro Estado – conferirá primazia às nações que prestigiarem a segurança jurídica, em especial, no que tange a mecanismos para proteção do seu investimento, seja para prevenir, seja para obter a reparação de eventuais lesões a ele infligidas.

Por tal motivo, começa a surgir, ainda no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos, as primeiras normas de proteção ao investimento estrangeiro, com vistas a incrementar a atratividade daquele país para tais investimentos. No Brasil, a título de exemplo, foi promulgada a Lei nº 4.131 de 1962, a qual disciplina a aplicação do capital estrangeiro (reinvestimento) e as remessas de valores para o exterior.

A Constituição Federal, posterior à edição deste ato normativo, confere à lei a disciplina, com base no interesse nacional, dos investimentos de capital estrangeiro, de incentivo aos reinvestimentos e a regulamentação da remessa de lucros (artigo 172).

Ainda que previsto, pelo Direto interno, mecanismos de proteção a investimentos estrangeiros, há inúmeras dificuldades em se prevenir ou buscar a reparação de danos sofridos por investidores externos, especialmente perante o Poder Judiciário do país autor do ato ilícito ou do próprio país ao qual pertence o investidor.

16 Como aponta Vital Moreira, "[o] fenómeno mais marcante das últimas décadas no campo das relações económicas internacionais foi o crescimento exponencial do investimento estrangeiro, incluindo o investimento direto estrangeiro, ou seja, o estabelecimento ou aquisição de uma empresa noutro país ou a tomada de uma participação no capital que assegure uma influência ativa e/ou duradoura na sua gestão." (MOREIRA, Vital. A política de investimento estrangeiro da UE depois do Tratado de Lisboa. *In*: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 48, p. 207, out./dez. 2014). Pondera o autor, porém, que "[t]odavia, ao contrário do que sucede com as trocas comerciais internacionais – ou seja, no comércio internacional de bens e serviços –, o investimento externo não é, em geral, objeto de regulação internacional multilateral, nomeadamente ao nível da Organização Mundial do Comércio (OMC). Apesar do enorme crescimento do volume do investimento estrangeiro e da sua crescente interligação com o comércio internacional, aquele continua no essencial imune a uma regulação jurídica internacional plurilateral." (*op. cit*.)

Tanto neste como naquele caso, dúvidas quanto à imparcialidade do órgão julgador seriam suscitadas, bem como os tribunais estariam sujeitos a pressões políticas, que tenderiam a se acentuar em proporção direta ao montante em discussão[17], especialmente no caso do Poder Judiciário do país autor do ilícito, diante da repercussão de eventual condenação em suas próprias contas públicas.

Caso o investidor buscasse o Judiciário de seu próprio país, haveria, ainda, dificuldade adicional: a imunidade de jurisdição, a qual impede o exercício da atividade jurisdicional por um Estado sobre atos de império de outro[18]. O Brasil, seguindo entendimento predominante no Direito Internacional, confere natureza absoluta à imunidade de jurisdição[19], salvo renúncia expressa do Estado, seja no caso posto em juízo, seja por meio de instrumento de Direito Internacional.

Além de costume internacional, a imunidade de jurisdição encontra previsão em diversos tratados internacionais, como a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 56.435 de 1965. Como regra, atos estatais lesivos aos interesses de investidores estrangeiros são, justa-

17 GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação,* vol. 7, p. 50-51, out./dez. 2005. Em idêntico sentido, Leonardo de Campos Melo relata o caso do Banco Hipotecário e Agrícola de Minas Gerais. Em 1943, o governo de Minas Gerais, sob a alegação de que a França – a instituição financeira foi fundada com capital francês – se encontrava ocupada pelos nazistas, expropriou as ações do banco. A última decisão judicial a respeito do caso foi proferida em 18.03.2002, quando do julgamento do RE 38.644, rel. min. Néri da Silveira, sendo certo que a indenização somente foi paga aos investidores estrangeiros na década de 1970 (MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimentos perante o Sistema ICSID. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação,* vol. 34, p. 56, jul./set. 2012).

18 Nas palavras de Celso Duvivier Albuquerque Mello, ao comentar a imunidade de jurisdição: "[a] grande tendência nos dias de hoje é a de se distinguir entre os atos praticados pelo Estado 'jure imperii' e os atos 'jure gestionis'. Esta distinção surge nos tratados de paz após a Iª Guerra Mundial, mas a sua primeira consagração em um tratado multilateral foi no citado Código Bustamante. Os primeiros gozariam d e imunidade, o que não aconteceria com os segundos. Esta restrição à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro se originou no fato de que os Estados se dedicam cada vez mais a atividades comerciais ("jure gestionis"). Os atos "jure imperii" podem ser considerados (Lalive) os seguintes: a) atos legislativos; b) atos concernentes à atividade diplomática; c) os relativos às forças armadas; d) atos da administração interna dos Estados; e) empréstimos públicos contraídos no estrangeiro." (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º Vol. 12º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 429).

19 A título de exemplo, ACO 543 AgR, Relator(a): min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2006, DJ 24-11-2006 PP-00061 EMENT VOL-02257-01 PP-00044 RDDT nº 138, 2007, p. 135-150.

mente, atos de império, notadamente, expropriações, subtraindo do Poder Judiciário a competência para decidir a respeito.

Tomando esses e outros problemas em conta, na segunda metade do século XX, começa-se a transferir, para o Direito Internacional, a atribuição de regulamentar o investimento estrangeiro, bem como de prever meios para a sua tutela. Busca-se, assim, expandir a tutela do investimento externo além do recurso à diplomacia ou às forças militares, instrumentos que, ao longo da História, se revelaram os mais utilizados para tanto[20].

A primeira iniciativa de destaque, na matéria, ficou por conta da Carta de Havana (1948), tratado internacional responsável pela criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e por trazer regras a respeito do comércio internacional. A disciplina atinente ao investimento estrangeiro, porém, não vingou.

Emergiu, como um dos principais mecanismos de proteção ao investimento externo, previstos em tratados e convenções internacionais[21], a previsão da possibilidade de submissão do litígio entre o estado-receptor do investimento e o investidor à arbitragem.

É importante destacar que, no costume e nos tratados internacionais ligados a investimento, a via arbitral, tendencialmente, não se mostra impositiva; o investidor estrangeiro, como regra, poderá levar o conflito ao Poder Judiciário local ou à arbitragem, à sua escolha. A decisão sobre o foro, contudo, será considerada

20 "A forte onda de políticas nacionalistas adotadas pelos Estados recém-independentes no período pós-colonial impelia o investidor estrangeiro a recorrer ao seu Estado de origem para solicitar a proteção do seu investimento. Este, por sua vez, intervinha em favor de seu nacional tanto por meio da proteção diplomática quanto pelo uso de força militar (também conhecida como *gunboat diplomacy*). Ambas as alternativas eram questionáveis e suscitavam grande número de controvérsias entre Estados exportadores e Estados importadores de capital, provocando particular insatisfação entre os Estados latino-americanos. Nesse contexto, o estabelecimento de um regime internacional concebido em termos multilaterais para regular os investimentos estrangeiros afigurava-se como a melhor opção." (FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACIFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. *In*: Revista de Informação Legislativa, nº 208, p. 248, out./dez. 2015).

21 Dentre outros mecanismos e/ou garantias ao investimento estrangeiro, assegurados por tratados internacionais, pode-se apontar "(a) O tratamento nacional e da nação mais favorecida; (b) A proibição de expropriações e nacionalizações com caráter discriminatório e sem indenização e (c) A livre transferência do capital e dos rendimentos do investimento" (VICENTE, Dário Moura. Arbitragem de investimento: a Convenção ICSID e os tratados bilaterais. *In*: *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, ano 71, Vol. III, p. 753, jul./set. 2011).

definitiva e irreversível em alguns textos, havendo, em outros, a possibilidade de mudança de foro no decorrer do processo[22].

Neste contexto, em 1965, por iniciativa do Banco Mundial (instituição integrante das Nações Unidas), foi editada a Convenção de Washington, tratado internacional responsável pela criação do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID), instituição que busca facilitar a mediação e a arbitragem de litígios entre Estados signatários e entre investidores estrangeiros e esses mesmos Estados.

Diante de sua importância no sistema de arbitragem internacional de investimentos, a Convenção de Washington será vista de maneira apartada, no item seguinte, em breves linhas.

2.2 A Convenção de Washington – breves notas

A Convenção de Washington se trata, com efeito, da principal norma internacional reguladora da proteção do investimento internacional entre os mais de 160 estados que a assinaram, e, por sua vez, o ICSID constitui, ainda hoje, o principal centro de resolução de litígios daquela natureza[23].

A estrutura do ICSID é bastante complexa, e seu estudo aprofundado foge aos limites deste trabalho. Algumas observações, porém, se fazem necessárias, com vistas a trazer algumas linhas a respeito de seu funcionamento.

De início, deve-se apontar que as funções do ICSID são de administração dos procedimentos de arbitragem por lá instaurado, consistindo no registro de disputas, comunicações processuais e eventuais nomeações de árbitros e de membros de Comitês

22 "Todos facultam ao investidor a escolha do foro: os tribunais locais ou a arbitragem internacional. A decisão sobre o foro, contudo, será considerada definitiva e irreversível em alguns textos, havendo em outros a possibilidade de mudança de foro no decorrer do processo (tendo optado pela jurisdição nacional, o investidor pode, ainda assim, recorrer à arbitragem internacional se antes de emitida decisão sobre a matéria ele declarar que renuncia a prosseguir com sua ação perante os tribunais nacionais)." (AZEVEDO, Débora Bithiah de. Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil. *In*: Estudos das Consultorias Legislativas da Câmara dos Deputados – mai./2001. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2542. Acesso em 01.08.2019).

23 BARROCAS, Manuel Pereira. Crise na arbitragem de investimento na União Europeia? A questão vista segundo a ótica europeia. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 58, p. 278, jul./set. 2018.

ad hoc de apreciação de recursos contra sentenças arbitrais[24]. O Centro, com efeito, não arbitra o conflito, cabendo tal função ao árbitro ou ao comitê arbitral, limitando-se a cuidar do desenrolar do procedimento.

Quanto à manifestação do consentimento do estado contratante, o artigo 25 da Convenção, com efeito, não prevê formalidade específica para manifestação de tal consentimento[25]. Esse pode se dar, *e. g.*, por meio da previsão de cláusula compromissória em contrato de investimento ou em tratado de investimento em que haja consentimento à jurisdição do ICSID.

Frise-se, no ponto, que a escolha pela via arbitral do ICSID – uma vez deflagrado o procedimento perante o órgão – por força do artigo 26 da Convenção de Washington implica renúncia a qualquer outra via de solução do litígio, seja essa a via judicial, seja essa outra via arbitral. De outro giro, a parte final do artigo autoriza que o Estado estabeleça condições para seu consentimento para com o procedimento arbitral, tais como o esgotamento das instâncias judiciais ou administrativas locais.

O direito aplicável à arbitragem de investimentos submetida ao ICSID segue o princípio da autonomia da vontade, por força do artigo 42.1 da Convenção, o qual confere ampla liberdade às partes para sua escolha. O dispositivo confere prestígio à escolha expressa, seja essa direta ou indireta[26]. Os artigos 42.2 e

24 MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimentos perante o Sistema ICSID. *Op. cit.*

25 Analisado o histórico do dispositivo, Larissa Maria Lima Costa aponta que "a grande maioria da doutrina e da jurisprudência, até o final dos anos 80, considerasse que a formulação do art. 25 da Convenção significava o reconhecimento da necessidade de um acordo bilateral, no qual o consentimento estaria explicitamente dado, seja através de uma cláusula integrada ao contrato, seja através de um compromisso arbitral. Examinando o histórico do surgimento da Convenção de Washington, verifica-se que o seu 'pai fundador', Aron Broches, defendeu uma nova forma de manifestação do consentimento que ele mesmo admitia ser difícil de alcançar. Broches considerava a existência de três modalidades de consentir à arbitragem do Centro: a inserção de uma cláusula num contrato; a assinatura de um compromisso arbitral referente a um litígio já surgido e a manifestação unilateral do Estado numa lei nacional de proteção de investimentos ou num documento, por meio do qual o mesmo declararia submeter ao Centro uma determinada classe de disputas." (COSTA, Larissa Maria Lima. *A arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI)*: uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados. Dissertação submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de mestre em Direito. Santa Catarina: 2006, não publicado, p. 95-96).

26 "Na forma direta, as partes incluem no instrumento contratual que celebram disposições sobre direito aplicável, sendo esta modalidade conhecida como cláusulas de lei aplicável (*Choice of Law clause*). Na forma indireta, a escolha expressa surge de diploma normativo a qual o investimento se submete, podendo ser a própria legislação do Estado-hospedeiro ou tratados bi-ou multilaterais dos quais tanto o Estado-hospe-

42.3, por sua vez, tornam o julgamento por equidade a exceção, exigindo anuência expressa das partes para tanto, bem como vedam o *non liquet* (alegação de lacuna jurídica como fundamento para não decidir o litígio, constante, no Direito interno brasileiro, no artigo 140 do Código de Processo Civil).

Quanto às espécies de litígios passiveis de serem submetidos ao ICSID, o artigo 25 da Convenção de Washington prevê que o sistema é competente para dirimir conflitos decorrentes de um investimento. Não há na Convenção, contudo, definição do que seja "investimento", para fins de ensejar a submissão do conflito ao ICSID.

Tal definição, com efeito, costuma ser trazida pelo tratado de investimento, bem como precedentes arbitrais do ICSID procuram estabelecer critérios objetivos para tal definição.

Nesta linha, no caso *Salini Construttori S.p.A and Italstrade S.p.A* x *Kingdom of Morocco*, de 2001, os parâmetros trazidos pelo ICSID para definir um investimento foram os seguintes: (a) existência de uma contribuição; (b) durante certo período; (c) marcado pelo risco assumido pelo investidor; e (d) apta a auxiliar no desenvolvimento do estado-receptor[27].

A sentença arbitral, nos termos do artigo 48 da Convenção de Washington, será proferida por maioria de votos, bem como deverá ser fundamentada. O artigo 50, a seu turno, admite o denominado pedido de interpretação, com vistas a sanar controvérsia quanto à interpretação do laudo, de legitimidade das partes e dirigida ao secretário-geral.

Sua função, com efeito, é semelhante àquela exercida pelos embargos de declaração no Direito interno brasileiro, embora não haja coincidência perfeita entre ambos.

---

deiro como o Estado-nacionalidade do investido façam parte e que preveem como elemento de conexão para obrigações/investimentos a vontade das partes (...). Independente da forma da manifestação, a liberdade das partes na escolha do direito aplicável continua bem ampla, a ponto de admitir a aplicação de mais de um Direito para solução da disputa, fenômeno comumente conhecido como *depeçage*." (WEBERBAUER, Paul Hugo; FRAGA, Vitor Galvão; EVANGELISTA, Érica Pinto. O art. 42(1) da Convenção de Washington 1965: a escolha do direito aplicável no ICSID. *In*: *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, vol. 89, nº 02, p. 165, jul./dez. 2017).

27 Como aponta MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimentos perante o Sistema ICSID. *Op. cit.*

Proferido o laudo arbitral e não sendo este objeto de revisão ou anulação, nos termos dos artigos 51 e 52 da Convenção de Washington, aquele poderá ser objeto de execução no estado-contratante, visando a recomposição dos danos sofridos pelo investidor. O artigo 54 lhe assegura, no ponto, eficácia de sentença transitada em julgado, bastando sua apresentação à autoridade do estado-contratante para lhe dar cumprimento.

2.3 O Brasil e a arbitragem de investimentos

A par de sua grande atratividade, por se tratar, como mencionado, do principal tratado internacional ligado à arbitragem de investimentos, bem como da segurança jurídica que traz ao investidor e ao Estado, o Brasil, até os dias de hoje, não assinou a Convenção de Washington. Com isso, a maior nação de língua portuguesa contratante é Portugal, que é signatário da Convenção desde 1984.

Dentre inúmeros fatores que vêm ensejando a não adesão do Brasil à Convenção de Washington, pode-se apontar a controvérsia quanto à possibilidade ou não de submissão da administração pública a procedimentos arbitrais. Afinal, se ainda era incerta a arbitrabilidade subjetiva do Estado sob a ótica do Direito interno brasileiro, a prudência recomendava que a República Federativa do Brasil aguardasse a solução da disputa para decidir ou não aderir a um instrumento de Direito Internacional que previa, justamente, a utilização da arbitragem pelo Estado brasileiro.

Com o advento da Lei nº 13.129 de 2015, a discussão já se encontra pacificada: União, estados e municípios podem, quanto a direitos patrimoniais disponíveis, submeter-se à arbitragem (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.307 de 1996), sobre o que já se discorreu longamente no item anterior.

Para o futuro, espera-se que a alteração legislativa produza reflexos no que tange à posição brasileira em relação à Convenção de Washington e, de modo geral, à arbitragem internacional de investimentos. Embora inexistente exigência de compatibili-

dade lógica entre o Direito interno e o Direito Internacional neste ponto[28], é inegável a influência que aquele gerou neste.

É importante destacar, no ponto, que a possibilidade de submissão do Brasil ao sistema ICSID foi objeto de consulta ao Itamaraty, em 1964, a qual encontrou resposta negativa. Para a assessoria jurídica do órgão, o Brasil não deveria curvar-se à arbitragem de investimentos e, por conseguinte, rejeitar peremptoriamente o ICSID. Conforme o texto, além de consagrar a tensão entre economias dominantes e economias dominadas a arbitragem de investimentos, seria instrumento para perpetuar o imperialismo econômico e financeiro disfarçado[29].

Frise-se que a inexistência de adesão do Brasil à Convenção de Washington não impediu, ao longo das décadas de 1960 e 1980, tanto diversos investimentos estrangeiros em nosso território quanto a celebração de diversos contratos de financiamento externo entre estatais brasileiras e bancos estrangeiros, com aval do Tesouro Nacional, em que contida cláusula compromissória sem que o Brasil, no entanto, renunciasse à sua jurisdição[30].

Não se olvide, no ponto, que a inexequibilidade específica da cláusula compromissória antes da vigência da Lei nº 9.307 de 1996, sem dúvidas, constituía fator de insegurança jurídica e, em última análise, de encarecimento do contrato de mútuo em razão do aumento da taxa de juros, com prejuízo ao erário federal, diante do maior risco a que o mutuante estrangeiro se sujeitava.

Destaque-se, ainda, que a falta de adesão do Brasil à Convenção à Washington não impede o uso da arbitragem internacional por nosso Estado. Com efeito, inclusive, é cláusula comum

28 Em texto escrito antes da Lei nº 13.129 de 2015, Gilberto Giusti e Adriano Drummond Cançado Trindade apontam que "[a] obrigação de o Governo Brasileiro submeter-se à arbitragem relacionada a investimentos em nada tem a ver com sua legislação nacional, mas sim com seu posicionamento adotado espontaneamente perante a comunidade internacional. Assim é que as restrições da Lei de Arbitragem não poderão ser alegadas para fugir às obrigações da Convenção de Washington e de tratados de investimento que o Brasil venha a fazer parte." (GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Op. cit.*).

29 Tal como constante do Parecer nº 138/DAJ, noticiado em COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de Investimentos: perspectivas e limites. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 49, p. 127, abr./jun. 2016.

30 MARTINS, Pedro Antonio Batista. Arbitragem e atração de investimentos no Brasil. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 32, p. 102, jan./mar. 2012.

em tratados internacionais de investimento – vários celebrados pelo Brasil – a previsão de seu uso para dirimir conflitos entre investidor e estado-receptor do investimento. O que se fecha, no caso, é a possibilidade de uso do sistema ICSID pelo Brasil e pelo investidor, não havendo óbice, porém, que o litígio seja dirimido por câmara arbitral diversa.

Na hipótese, inclusive, não haveria maior dificuldade para homologação do laudo arbitral, tendo em vista ser o Brasil signatário da Convenção de Nova York de 1958, atinente ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, internalizado pelo Decreto nº 4.311 de 2002.

CONCLUSÃO

A proteção internacional ao investimento estrangeiro ganhou força ao longo da segunda metade do século XX. Além da previsão de diversas garantias ao investidor estrangeiro no Direito interno e no Direito Internacional, houve a criação e/ou desenvolvimento de mecanismos para instrumentalizar tal proteção, notadamente, por meio da arbitragem internacional dos investimentos.

A Convenção de Washington, de 1965, no ponto, criou o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID), hoje, principal organismo internacional para processamento de arbitragens de investimento, tendo em vista que a referida Convenção foi assinada por cerca de 160 países até o ano de 2019.

Embora de grande recepção pelos Estados, o Brasil não aderiu à Convenção de Washington e, portanto, se encontra fora do sistema criado pelo ICSID. Apontou-se que um dos principais motivos para tanto foi a longa controvérsia, no Direito interno brasileiro, quanto à possibilidade ou não de a administração pública se submeter a procedimento arbitral, sanada com o advento da Lei nº 13.129 de 2015.

Espera-se que a referida lei lance novos ares sobre o Estado brasileiro para que, enfim, o Brasil se torne signatário da Con-

venção de Washington, o que, certamente, constituirá fator de segurança jurídica para os investidores externos e de aumento da atratividade de investimentos.

Frise-se, por fim, que a ausência de adesão do Brasil à Convenção de Washington não impede o uso da arbitragem de investimentos por nosso Estado. Esta, porém, não será realizada pelo sistema ICSID, e sim por câmara arbitral outra. Neste caso, a homologação do laudo arbitral seguirá o disposto na Convenção de Nova York de 1958, que trata do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-215.

AZEVEDO, Débora Bithiah de. Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil. *In*: Estudos das Consultorias Legislativas da Câmara dos Deputados – mai./2001. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2542. Acesso em 01.08.2019.

BARROCAS, Manuel Pereira. Crise na arbitragem de investimento na União Europeia? A questão vista segundo a ótica europeia. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 58, p. 277-285, jul./set. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: *Revista de Direito Administrativo,* vol. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COSTA, Larissa Maria Lima. *A arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI)*: uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados. Dissertação submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de mestre em Direito. Santa Catarina: 2006, não publicado.

COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de Investimentos: perspectivas e limites. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 49, p. 127-155, abr./jun. 2016.

FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACIFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. *In*: Revista de Informação Legislativa, nº 208, p. 247-276, out./dez. 2015.

GIL, Otto Eduardo Vizeu. A nova regulamentação das arbitragens: Projeto de Lei do Senado nº 78/92, do Senador Marco Maciel. *In*: *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, nº 118, p. 427-434, abr./jun.1993.

GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 7, p. 49-78, out./dez. 2005.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos Período de 2010 (jan./dez) a 2017 (jan./dez.). Disponível em http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf. Acesso em 01/08/2019.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, p. 79-94, jul./set. 2016.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. Arbitragem e atração de investimentos no Brasil. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 32, p. 101-108, jan./mar. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizado por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimentos perante o Sistema ICSID. *In*: *Revista de Arbitragem e Mediação,* vol. 34, p. 55-94, jul./set. 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º Vol. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Vital. A política de investimento estrangeiro da UE depois do Tratado de Lisboa. *In*: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 48, p. 207-273, out./dez. 2014.

FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *In*: *Revista de Direito Privado*, vol. 49, p. 227-285, jan./mar. 2012.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Púbica no Processo Civil.* Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 386.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *In*: *Revista dos Tribunais*, vol. 735, p. 39-48, jan./1997.

VICENTE, Dário Moura. Arbitragem de investimento: a Convenção ICSID e os tratados bilaterais. *In*: *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, ano 71, Vol. III, p. 752-770, jul./set. 2011.

WEBERBAUER, Paul Hugo; FRAGA, Vitor Galvão; EVANGELISTA, Érica Pinto. O art. 42(1) da Convenção de Washington 1965: a escolha do direito aplicável no ICSID. *In*: *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, vol. 89, nº 02, p. 161-183, jul./dez. 2017.