

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

MELISSA DE ALMEIDA IMAMURA

ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DA ADESÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO
DE WASHINGTON PARA UTILIZAÇÃO DO ICSID EM ARBITRAGEM DE
INVESTIMENTOS

CURITIBA

2023

MELISSA DE ALMEIDA IMAMURA

ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DA ADESÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO
DE WASHINGTON PARA UTILIZAR O ICSID EM ARBITRAGEM DE
INVESTIMENTOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito do Estado pela
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi

CURITIBA

2023

TERMO DE APROVAÇÃO

ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DA ADESÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO DE WASHINGTON PARA UTILIZAÇÃO DO ICSID EM ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS

MELISSA DE ALMEIDA IMAMURA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Professor Luiz Daniel Haj Mussi
Orientador

Coorientador

CARLOS JOAQUIM DE OLIVEIRA FRANCO Assinado de forma digital por CARLOS JOAQUIM DE OLIVEIRA FRANCO
Dados: 2023.12.13 18:47:38 -03'00'

Professor Carlos Joaquim de Oliveira Franco
1º Membro

gov.br

Documento assinado digitalmente
VINICIUS KLEIN
Data: 13/12/2023 19:02:10 -0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Professor Vinicius Klein
2º Membro

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade e a viabilidade da adesão do Brasil na Convenção de Washington em procedimentos de arbitragem de investimentos por meio do sistema de Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos, cuja sigla internacional é ICSID (International Centre for Settlement of International Disputes). Inicialmente, analisou-se o instituto jurídico da arbitragem de investimentos, com o intuito de evidenciar suas características e distinções. Em seguida, foi apresentada a Convenção de Washington e o sistema ICSID para, então, averiguar os argumentos adotados para justificar a ausência de adesão do Brasil na Convenção de Washington. Na sequência, foi apontado o emprego da arbitragem de investimentos no Brasil e a viabilidade da sua utilização por meio do ICSID na possibilidade da adesão do Brasil à Convenção e suas características e vantagens. Por fim, foram expostas as possíveis vantagens da Convenção de Washington junto à arbitragem de investimentos para o Brasil.

Palavras-chave: Arbitragem de Investimentos; Arbitragem; Convenção de Washington; ICSID.

ABSTRACT

This article aims to analyze the possibility and viability of Brazil's entrance into the Washington Convention in investment arbitration procedures through the ICSID system (International Centre for Settlement of International Disputes). Initially, the legal institute of investment arbitration was analyzed in order to highlight its characteristics and distinctions. Subsequently, the Washington Convention and the ICSID system were presented to investigate the arguments adopted to justify Brazil's absence to join the Washington Convention. In sequence, it was demonstrated the use of investment arbitration in Brazil and the viability of its use through ICSID in the possibility of Brazil's ingress in the Convention and its characteristics and advantages. Finally, the probable advantages of the Washington Convention in relation to investment arbitration for Brazil were established.

Key words: Investment Arbitration; Arbitration; Washington Convention; ICSID.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS.....	10
2.1. CONVENÇÃO DE WASHINGTON.....	12
3. BREVE ANÁLISE DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS NO BRASIL.....	14
3.1. ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA..	14
3.2. APONTAMENTOS SOBRE A VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS NO BRASIL PELO SISTEMA ICSID.....	16
4. BRASIL COMO SIGNATÁRIO DA CONVENÇÃO DE WASHINGTON.....	20
4.1. A INÉRCIA DO POSICIONAMENTO BRASILEIRO.....	20
4.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS E AS VANTAGENS DO SISTEMA ICSID.....	22
5. CONCLUSÃO.....	26
REFERÊNCIAS.....	28

1. INTRODUÇÃO

De imediato, cabe destacar que a arbitragem de investimentos consiste em uma espécie de arbitragem - do tipo Investidor-Estado¹, em que em um dos pólos está o Poder Público. Assim, para devida compreensão será feita uma introdução a respeito desse instituto jurídico para, posteriormente, aprofundar suas diferentes características.

A arbitragem consiste em um dos métodos heterocompositivos² de solução de conflitos positivada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº. 9.307, desde 23 de setembro de 1996, embora seja admitida pelo direito brasileiro desde a Constituição de 1824.³

Para Carlos Alberto Carmona, a arbitragem é método alternativo de solução de controvérsias que, por meio de uma convenção privada, as partes conferem a terceiro ou terceiros imparciais os poderes para proferir decisão, tendo a mesma eficácia de sentença judicial em conflitos dos direitos patrimoniais disponíveis dos litigantes.⁴

Em seu primeiro artigo, a Lei nº 9.307/1996⁵, conhecida também como Lei da Arbitragem, trata sobre a arbitrabilidade objetiva e subjetiva. Enquanto a arbitrabilidade subjetiva remete as partes que compõem o litígio, pessoa capaz de

¹ALMEIDA, Thiago Ferreira. Arbitragem de investimento investidor-Estado: o caso EUA/Austrália. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-09/almeida-arbitragem-investimento-investidor-estado/>. Acesso em: 4 dez. 2023.

²CARMONA, Carlos A. Arbitragem e processo : um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2012. E-book. ISBN 9788522470617. p. 31. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470617/>. Acesso em: 4 dez. 2023.

³ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 50, não paginado, jul./set. 2016.

⁴ CARMONA, Carlos Alberto, 2012. p. 31.

⁵ "Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei no 13.129, de 2015) (Vigência) § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei no 13.129, de 2015) (Vigência)" BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 4 dez. 2023.

direitos e deveres na ordem civil⁶, quer seja pública ou privada, a arbitrabilidade objetiva abrange a parte material do conflito, sendo o direito patrimoniais disponíveis.

Nesse mesmo dispositivo, resta evidente o pressuposto da autonomia da vontade, pois as partes, podendo uma delas ser a Administração Pública, submetem a elaboração da decisão a terceiros imparciais especialistas, denominados árbitros, escolhidos pelas partes. Não somente, a sentença arbitral possuirá força de decisão judicial e/ou administrativa.⁷

Contudo, será exposto que, dentre os típicos motivos que normalmente levam as partes a recorrerem às arbitragens (sobrecarga excessiva de processos no poder judiciário, crise de desempenho e perda de credibilidade) os investidores possuem o pretexto da segurança jurídica e proteção de seus investimentos para recorrerem ao instituto da arbitragem e, mais especificamente, a arbitragem de investimentos, que será o foco da exposição adiante.

Devido a conjuntura posterior à Segunda Guerra Mundial, em 1945, foi estabelecida a expansão dos Estados de Bem-Estar Social (*welfare state*). Somado ao cenário de reestruturação de países afetados pela guerra, a demanda por capitais externos foi amplificada.

No entanto, os investidores estrangeiros, temendo ter seus investimentos expropriados ou perdidos pelos Estados-receptores de tais recursos, que por vezes, não dispunham de canais confiáveis e eficientes para reaver o que haviam perdido, surge a necessidade de um meio de garantia.

Neste contexto, surge a arbitragem de investimentos, em meados do século XX, como um dos principais mecanismos de proteção aos investidores estrangeiros em oposição a condutas de Estados anfitriões lesivas a seus bens e interesses inseridos em um cenário natural de dificuldade em alcançar uma reparação de danos por meio do direito nacional, tanto do país receptor do investimento, quanto do país investidor.⁸

⁶ Art. 1º "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil." BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html. Acesso em: 4 dez. 2023.

⁷ Art. 18. "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário." BRASIL. Lei n.9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 4 dez. 2023.

⁸ FARIAS, Rodrigo Vieira. Arbitragem de Investimentos: Um Breve Panorama. Revista da EMERJ, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 165, 2022. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/article/view/414>. Acesso em: 2 dez. 2023..

Em seguida, será exposto o instituto da arbitragem de investimentos e suas características e a principal norma internacional que utiliza esse tipo de mecanismo de proteção de investimentos estrangeiros. Na sequência, será analisada a arbitragem de investimentos no Brasil e a viabilidade de sua utilização pelo Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos.

Por fim, o artigo trará considerações sobre o Brasil como signatário da Convenção de Washington e suas vantagens.

2. ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS

Como elucidado na introdução deste trabalho, a Arbitragem de Investimento surge em meados do século XX como um mecanismo de proteção aos investidores estrangeiros em oposição a condutas⁹ de Estados anfitriões lesivas a seus bens e interesses, sendo os eventuais litígios solucionados em local neutro.

Conforme explica o autor Rodrigo Vieira Farias, apesar de haver previsões pelo direito interno de mecanismos de proteção a investimentos estrangeiros, são diversas as dificuldades em prevenir ou buscar a reparação de danos sofridos por investidores externos, principalmente quando deve ser feito pelo sistema judiciário do país autor do ato ilícito ou país nacional do investidor.¹⁰

O amparo da necessidade desse recurso está fundamentada na alegação de ineficiência da corte pátria do Estado-receptor em proferir decisões imparciais e, se o caso, contrárias a conveniência do Estado anfitrião do investido, ou então pelo entendimento de que, perante o Estado, o investidor externo configura uma parte hipossuficiente, o que requer uma proteção adequada prevista em ordenamento jurídico externo.¹¹

Assim, poderiam haver dúvidas quanto à imparcialidade do órgão julgador, considerando ainda as pressões políticas sobre os tribunais, sujeitas a reações diretamente ligadas à repercussão da discussão, em especial por tratar das contas públicas do próprio país.¹²

Nesse sentido, em suma, conforme as palavras do autor Leonardo de Faria Beraldo "na arbitragem internacional julga-se a conduta de um Estado soberano (o *host State*), frente ao investidor estrangeiro (*investor*), ao exercer os seus direitos. Esse comportamento será julgado pelo tribunal arbitral e a decisão deverá ser cumprida."¹³

⁹ FARIAS, Rodrigo Vieira, 2022. p.174.

¹⁰ FARIAS, Rodrigo Vieira, 2022. p.175.

¹¹ ALMEIDA, Thiago Ferreira. Arbitragem de investimento investidor-Estado: o caso EUA/Austrália. 2021.

¹² GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Caçado. As Arbitragens Internacionais Relacionadas a Investimentos: A Convenção de Washington, o ICSID e a Posição do Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 7, p. 50-51, out./dez. 2005.

¹³ BERALDO, Leonardo de F. Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei N° 9.307/96. São Paulo: Grupo GEN, 2014, p.33. E-book. ISBN 9788522488797. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522488797/>. Acesso em: 4 dez. 2023.

Outrossim, o Estado aparece como uma das partes do litígio podendo ser na modalidade de arbitragem Estado-Estado, ou então, arbitragem investidor-Estado. O primeiro gênero compreende um alegado litígio entre dois Estados soberanos. Enquanto o segundo possibilita elevar o investidor, seja ele pessoa natural ou pessoa jurídica, à mesma condição do Estado na resolução do conflito.¹⁴

Se por um lado na arbitragem comercial há convenção de arbitragem para dar início ao processo arbitral, por outro, a arbitragem de investimento possui uma convenção internacional, entre países (e.g. Convenção de Washington, que será discutida no item 2.1) ou acordos bilaterais ou multilaterais¹⁵.

Cabe destacar que uma das características atreladas a este tipo de arbitragem é a necessidade de tanto o investidor, quanto o Estado receptor dar o consentimento que permite a utilização desta. Sendo mais comumente concedido pelos Estados anfitriões, porém não limitado por esses, em acordos internacionais de investimentos (IIA), tanto em tratados bilaterais de investimento (BIT) e acordos de livre comércio (ALC); ou acordos multilaterais.¹⁶

Há também a possibilidade de estabelecer o consentimento da arbitragem de investimentos em acordos de investimento realizados entre um Estado e um investidor estrangeiro de modo direto ou até por uma lei interna do Estado anfitrião.¹⁷

Outro fator distintivo desse instituto é o foco em gerar determinada segurança jurídica a investidores estrangeiros em assuntos específicos de investimento, que possuem suas próprias peculiaridades, como proteção contra expropriação; tratamento justo e equitativo (FET); tratamento nacional; tratamento da nação mais favorecida (MNF); liberdade de transferência de fundos; e proteção e segurança completas.¹⁸

Diante desse cenário, o Banco Mundial (instituição integrante das Nações Unidas) edita a Convenção de Washington, tratado internacional criador do Centro

¹⁴ ALMEIDA, Thiago Ferreira, 2021. não paginado.

¹⁵ Exemplos significativos de tratados multilaterais com disposições concernentes à proteção de investimentos são o Tratado para a Carta de Energia (Energy Charter Treaty) e o Acordo Norte-Americano para Livre Comércio (North-American Free Trade Agreement - Nafta)

¹⁶ LLC, Aceris Law. Arbitragem Internacional. Informações sobre arbitragem internacional. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/investment-arbitration/>. Acesso em: 2 dez. 2023.

¹⁷ Sendo possível para consulta da maioria dos instrumentos fornecedores de consentimento no site da UNCTAD <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

¹⁸ UNCTAD. Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking. <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2016/10/Bilateral-Investment-Treaties.pdf>

Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID), instituição com o objetivo de proporcionar um meio neutro para realizar a arbitragem de litígios, seja entre Estados signatários ou investidores externos e Estados signatários.

Tendo em vista a relevância desta instituição, a Convenção de Washington será melhor estudada em item apartado, em breves notas.¹⁹

Realizada essa introdução ao tema da arbitragem como instituto e das características da arbitragem de investimento, será apresentado a principal convenção internacional e as implicações na aplicabilidade e viabilidade da arbitragem de investimento no Brasil.

2.1. CONVENÇÃO DE WASHINGTON

A Convenção de Washington, que possui como designação oficial como Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados, foi adotada pelo Banco Mundial na data de 18 de março de 1965.²⁰

A elaboração e redação de tal Convenção foi desenvolvida pelo Banco Mundial considerando um novo panorama que se apresentava na estrutura global. Esse panorama era o de investimentos estrangeiros em Estados. Na conjuntura de desempenho em reconstruir países em desenvolvimento, impulsionado principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial em 1945, foi promovida uma busca relevante por capitais externos.²¹

Tais países, em sua maioria afetados pela guerra, não dispunham de recursos financeiros suficientes para implementar e averiguar infraestrutura para prestação de serviços públicos essenciais, sendo necessário recorrerem ao financiamento estrangeiro, seja por instituições financeiras privadas ou por órgãos

¹⁹ Também há outras instituições como a Câmara de Comércio de Estocolmo (SCC), disponível em: <https://sccarbitrationinstitute.se/en/>; a Tribunal Permanente de Arbitragem (PCA) disponível em: <https://pca-cpa.org/en/services/>; e a Câmara de Comércio Internacional (ICC) disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/> também atuam como instituições de arbitragem que administram arbitragens de investimento.

²⁰Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2023.

²¹ FARIAS, Rodrigo Vieira, 2022. p.174.

internacionais (Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD, Fundo Monetário Internacional - FMI, etc).

Em função deste movimento e das novas relações advindas do intercâmbio financeiro entre investidores estrangeiros e Estados anfitriões, surge o prestígio pela segurança jurídica, sobretudo, no tocante de mecanismos para proteção de seus investimentos, quer para prevenção, quer para reparação de eventuais lesões geradas.

Diante deste contexto é que o Banco Mundial formulou a Convenção de Washington, com o intuito de criar um mecanismo para suprimir eventuais litígios entre investidores estrangeiros e Estados-receptores.²²

Cabe destacar que, anteriormente, eram somente passíveis de resolução por meio de dois mecanismos: recurso ao Poder Judiciário do Estado-receptor e proteção diplomática.²³

Dessa forma, a medida criada pela Convenção de Washington foi o Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos, cuja sigla internacional é a ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes)²⁴, que será amplamente tratado adiante.

De acordo com o autor Manuel Pereira Barrocas, a Convenção de Washington atua como a principal norma internacional reguladora da proteção do investimento internacional, entre os mais de 165²⁵ estados que a assinaram e, por sua vez, o ICSID (International Centre for Settlement of International Disputes) apresenta-se como o principal centro de resolução de litígios daquela natureza.²⁶

As funções do ICSID são de administração dos procedimentos das arbitragens instauradas no Centro, como registro de disputas, comunicações processuais e eventuais nomeações de árbitros e de membros de Comitês *ad hoc* de análise de recursos contra sentenças arbitrais²⁷. Ou seja, o ICSID atua apenas como regulador e organizador das arbitragens lá instauradas, todavia, não concilia

²² ICSID Convention, Regulations and Rules. 2006. p. 5. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2023.

²³ MELO, Leonardo de Campos, 2012. p.56.

²⁴ O texto integral da Convenção encontra-se disponível no site <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

²⁵ Consulta para todos os membros disponível em <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>

²⁶ BARROCAS, Manuel Pereira, 2018. p. 278.

²⁷ MELO, Leonardo de Campos, 2012. p. 56.

ou arbitra as questões, se atendo tão somente à administração dos procedimentos de arbitragem previstos na Convenção de Washington.²⁸

3. BREVE ANÁLISE DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS NO BRASIL

3.1. ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Como visto anteriormente, a arbitragem de investimentos é um dos principais mecanismos de proteção aos investidores estrangeiros e de seus bens e interesses, em oposição às condutas lesivas de Estados-receptores.

Contudo, mesmo perante a grande atividade e atuação do ICSID e ao tratar do principal tratado internacional que dispõe sobre a arbitragem de investimentos, atrelado a ideia de segurança jurídica aos investidores externos e ao Estado, o Brasil não é signatário da Convenção de Washington, até os dias de hoje.

No Brasil, a possibilidade de submissão da administração pública ao instituto da arbitragem remete a um polêmico caminho ao longo do século XX e neste início do século XXI, visto que até a autorização expressa na Reforma da Lei da Arbitragem em 2015, apesar de diversas previsões normativas (que será melhor demonstrada no item 3.2.), não era reconhecida.²⁹

Em oposição a tal possibilidade, eram invocados os princípios da atividade administrativa, sendo eles:

(i) o princípio da legalidade, previsto no caput do artigo 37 da Constituição Federal³⁰ que infere a vinculação positiva do administrador público à lei, ou seja, a Administração Pública está limitada a fazer apenas o que a lei autoriza;³¹

²⁸PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID). Brasília a. 35 n. 140 out./dez. p. 98, 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/420/r14009.pdf?sequence=4&isAllowed=y%C2%A0%C2%A0%C2%A0>. Acesso em: 4 dez. 2023.

²⁹LOBO, Carlos Augusto da Silveira. 2016, não paginado.

³⁰ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

³¹ "Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que

(ii) a indisponibilidade do interesse público: em conjunto com o princípio da supremacia do interesse público, são considerados os norteadores do regime jurídico de direito público.³² Logo, é vinculada a ideia de que o administrador público em razão da responsabilidade de gerir bens e interesses pertencentes à coletividade, esses não seriam disponíveis senão em hipóteses previstas em leis que outorgam ao gestor poderes para renunciar, dispor ou transigir sobre estes; e também³³

(iii) o princípio da publicidade: com fulcro no caput do artigo 37 da Constituição Federal, entra de encontro com o princípio da confidencialidade, costumeiramente, utilizado pela arbitragem entre particulares, visando à proteção das informações atrelados ao procedimento e do procedimento em si³⁴ embora não seja um princípio impositivo.

Houve também, à época, um parecer proferido pelo Consultor Jurídico do Ministério de Relações Exteriores, Dr. Augusto de Rezende Rocha, de 1964, em relação a atuação do Centro BIRD, que relatou que:

(...) 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 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.³⁵

lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe." DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. Direito Administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. não paginado.

³² O autor menciona que o conceito de interesse público não versa sobre a ideia de um interesse de um todo abstrato, ou seja, "adverte contra o equívoco ainda pior - e, ademais, frequente entre nós - de supor que, sendo os interesses públicos interesses do Estado, todo e qualquer interesse do Estado (e demais pessoas de Direito Público) seria ipso facto um interesse público. Trazendo à balha a circunstância de que tais sujeitos são apenas depositários de um "interesse que, na verdade, conforme dantes se averbou, é o "resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade", permite admitir que na pessoa estatal podem se encarnar, também, interesses que não possuam a feição indicada como própria dos interesses públicos." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 62

³³FARIAS, Rodrigo Vieira, 2022. p.170.

³⁴CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017. p. 515. E-book. ISBN 9788597013276. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/>. Acesso em: 4 dez. 2023.

³⁵ ROCHA, Augusto de Rezende. Parecer DAJ/138: criação de órgão de arbitragem internacional – BIRD. 20 ago. 1964.

Todavia, o marco legislativo mais relevante à arbitragem veio com a Lei Federal nº 13.129/2015 quando passa a dispor expressamente a possibilidade da utilização da arbitragem pela Administração Pública³⁶, desde que seja para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

É nesse contexto que se introduz a discussão tocante à possibilidade de submeter a Administração Pública em conflitos litigiosos por meio da via arbitral, em específico, a arbitragem de investimentos sendo que o fundamento utilizado para vedar a adoção desse instituto jurídico resta superado uma vez que considerado como direito patrimonial disponível.

Se por um lado está a Lei da Arbitragem, que dispõe da aplicabilidade às controvérsias que lidam com os direitos patrimoniais disponíveis somado ao pressuposto da autonomia da vontade, por outro lado estão presentes atividades estritas administrativas e, sobretudo, regidas pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.³⁷

Assim, o que se pretende analisar a seguir será a viabilidade de uso da arbitragem de investimentos pelo sistema da ICSID com as evoluções normativas brasileiras.

3.2. APONTAMENTOS SOBRE A VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS NO BRASIL PELO SISTEMA ICSID

Retomando o fundamento da arbitragem de investimentos como mecanismo de proteção aos investidores estrangeiros em oposição a condutas lesivas³⁸ de Estados anfitriões a seus bens e interesses. Embora o foco desse instituto não seja desafogar o judiciário, trata-se de mecanismo de arbitragem, ou seja, possui como característica a proposta de resolução de conflitos de modo sofisticado e submetido a presença de especialistas.

Mister destacar que o ordenamento jurídico brasileiro não impede a utilização da arbitragem de investimentos em si. Todavia, é inegável a importância de utilizar o sistema do ICSID, por meio da Convenção de Washington para tal. Isso

³⁶ CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista, 2017. p.143.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 2015. p. 988.

³⁸ Farias, Rodrigo Vieira, 2022. p.170.

se dá devido ao cerne do próprio instituto de arbitragem de investimento que consiste na segurança jurídica para os investidores externos, sendo a principal norma internacional reguladora da proteção do investimento internacional e o maior centro de resolução de litígios no campo da arbitragem de investimentos.³⁹ A adesão apenas reforça o zelo da segurança jurídica dos investimentos estrangeiros defendidos.

Dando início aos apontamentos, a análise histórica permite concluir que o instituto da arbitragem não é novo e está presente na legislação brasileira desde, pelo menos, o século XIX.⁴⁰

O autor Rodrigo Vieira Farias ressalta que antes mesmo do advento da Reforma da Lei, já havia manifestações da doutrina e jurisprudência brasileira a favor da adoção da arbitragem pela Administração Pública. Reconhece-se, como exemplo, o "Caso Lage" como pioneiro no tema, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1973⁴¹, onde foi reconhecida a constitucionalidade da instituição de juízo arbitral devido ao Estado ocupar um dos polos.

Não obstante, nessa mesma linha, bem ilustrou a autorização para o uso da arbitragem expressa em outros atos normativos como a Lei de Concessões (art. 23-A da Lei Federal nº 8.987/1995); na Lei das Parcerias Público-Privadas (inciso III do artigo 11 da Lei Federal nº 11.079/2004), na Lei de Regime Diferenciado de Contratação _ RDC (artigo 44-A da Lei Federal nº 12.462/2001), assim como em setores regulados como na Lei Federal nº 9.478/1997 - ANP (art. 43, X), Lei Federal nº 10.233/2001 - ANTT e ANTAQ (art. 35, XVI) e Lei Federal nº 10.848/2004 - ANEEL (art. 4º, §§ 5º e 7º).

Sendo assim, na controvérsia em relação ao princípio da legalidade, ainda que não fosse a Reforma da Lei da Arbitragem que sanou qualquer dúvida ainda presente quanto a previsão legal da arbitragem, por meio da autorização expressa, é evidente que esse instituto há muito tempo se faz presente na normativa brasileira.

Contudo, na experiência brasileira, a resistência à arbitragem é algo cultural, relacionado, particularmente, à linha conservadora de noção de Estado sob o entendimento do reforço da soberania estatal⁴². E, nesse contexto de relutância de

³⁹ BARROCAS, Manuel Pereira, 2018. p. 278

⁴⁰ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. In: Revista de Arbitragem e Mediação, 2016. não paginado.

⁴¹ 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.

⁴² GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Caçado, 2005. p. 49.

admissão da via arbitral, os princípios da atividade administrativa são arguidos em oposição ao uso da arbitragem de investimento pelo sistema ICSID no Brasil.

A começar pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, que aparece como um dos principais argumentos contrários à adoção do procedimento do instituto arbitral de investimento pela Administração Pública brasileira, apesar de apresentar-se como um conceito nebuloso na doutrina.

Do ponto de vista processual, o autor Eduardo Talamini diferencia o requisito da disponibilidade - a "indisponibilidade", do direito material, em duas possíveis acepções. A primeira como vedação à renúncia de um direito existente, enquanto a segunda configura a disponibilidade da tutela judicial.⁴³

Para Eduardo Talamini, é nessa segunda acepção que se refere o artigo 1º da Lei 9.307/1996, quando dispõe sobre o cabimento da arbitragem "para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis"⁴⁴. Portanto, não se discute o direito material em si, mas sobre o modo de composição do conflito, relacionado à pretensão da tutela judicial.⁴⁵

Nas palavras de Talamini "trata-se da única interpretação compatível não só com os princípios que norteiam a atuação pública, mas também com a função da arbitragem e os princípios que a inspiram."⁴⁶

Nessa mesma linha o autor Elton Venturi aponta:

Se o verdadeiro sentido de interesse público residente no conceito dos direitos indisponíveis parece depender da coordenação entre o respeito da autonomia privada e, ao mesmo tempo, dos interesses sociais, então, no mais das vezes, a única maneira de se afirmá-los e tutelá-los adequadamente será uma análise cuidadosa, caso a caso, a respeito da validade e da legitimidade da manifestação volitiva dos seus titulares, ainda que contraposta a interesses considerados coletivos ou públicos.⁴⁷

Ocorre que, além do exposto acima, os interesses públicos, sob influência do direito italiano, podem ser classificados em primários ou secundários.⁴⁸ Entende o

⁴³TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. In: Revista de Processo. vol. 264. ano 42. p. 88. São Paulo: Ed. RT, fev. 2017.

⁴⁴ TALAMINI, Eduardo, 2017. p 97.

⁴⁵ TALAMINI, Eduardo, 2017. p 97.

⁴⁶ TALAMINI, Eduardo, 2017. p 97.

⁴⁷ VENTURI, Elton. TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS?. Curitiba. Revista de Processo, vol. 251, p. 391 - 426, jan. 2016 DTR\2016\63.

⁴⁸ CONCEIÇÃO, Giovana Maria da. Interesse Público Versus Interesse Privado: A Supremacia do Interesse Público Deve Prevalecer?. 2020. p. 9. Disponível em:

autor Celso Antônio Bandeira de Mello que os interesses primários são os interesses da coletividade como um todo, enquanto os interesses secundários, o Estado como ser sujeito de direito, poderia ser como qualquer outra pessoa.⁴⁹ Estes devem ser considerados disponíveis e, por isso, arbitráveis, visto que o principal objetivo é gerar recursos financeiros para prover os meios para realização do interesse primário, assim, não caberia prescindir deles.⁵⁰

De todo modo, apesar de haver interesses públicos que não estão aptos a serem discutidos em um procedimento arbitral, os autores mencionados acima concluem que não se trata do interesse que seria tratado em uma arbitragem de investimentos, logo, tem-se também como sanada essa controvérsia.

Outro ponto controvertido é a compatibilização do princípio da publicidade, presente em todos os atos do Poder Público, com a característica de sigilo no procedimento arbitral.

Todavia, em realidade, trata-se de um falso problema visto que não é uma característica necessária da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro.⁵¹

Não obstante, ainda ressalta o autor Carlos Alberto Carmona que houve uma formatação da arbitragem evidente para as questões envolvendo a administração pública.⁵² Como disposto no §3º, do artigo 2º da Lei de Arbitragem⁵³, após a Reforma de 2015, a arbitragem que envolve a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Ademais, uma das características primordiais na arbitragem é a possibilidade de escolha das regras procedimentais pelas partes. Sendo assim, podem as partes determinadas "esqueleto" procedimentais⁵⁴, desde que o árbitro mantenha a observância e respeito aos princípios que regulam o devido processo legal.

https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_administrativo/edicoes/n4_2020/pdf/GiovanaMariadaConceicao.pdf. Acesso em: 4 dez. 2023.

⁴⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, 2015, p. 73. Vide, ainda, STJ Resp. 303.806 – RO onde o STF reconhece: “Os direitos secundários ou derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar os interesses primários.”

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. Prefácio à obra “Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

⁵¹ MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. In: Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6 p. 67, 2015.

⁵² CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista, 2017. p.143.

⁵³ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015).

⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista, 2017. p. 121.

Quanto ao argumento embasado no princípio da legalidade, de fato a Administração Pública somente tinha previsão de participar de procedimento arbitral nas hipóteses previstas em lei, em casos como na Lei de Concessões (artigo 23-A da Lei nº 8.987 de 1995⁵⁵), tendo em vista a inexistência de expressa autorização pela Lei da Arbitragem, até 2015, que mudaria com a Lei Federal nº 13.129/2015 (Reforma da Lei da Arbitragem).

Portanto, os princípios tidos anteriormente como empecilhos na participação da Administração Pública em arbitragens de investimentos já foram, senão integralmente, em sua maioria desobstruídos e, logo, evidente a viabilidade do Brasil tornar-se signatário da Convenção de Washington.

4. BRASIL COMO SIGNATÁRIO DA CONVENÇÃO DE WASHINGTON

4.1. A INÉRCIA DO POSICIONAMENTO BRASILEIRO

O Direito Brasileiro, ao promover abertura a institutos de mecanismos alternativos de solução de conflitos, representa também a ruptura da enraizada Doutrina Calvo, incorporada pelo Brasil e outros países latino-americanos, que resistem à ideia de recorrer a foros externos ou internacionais, optando em submeter os investidores às regras e à jurisdição local, dando ênfase à soberania do país.⁵⁶

Contudo, a análise histórica do posicionamento de relutância do Brasil em admitir qualquer via ou ferramenta que não a do judiciário é recorrente. Embora presente desde o século XIX, como já exposto, a arbitragem, mesmo após a promulgação da Lei nº 9.307 em 1996, a própria Lei da Arbitragem teve sua aplicação em estaque até que confirmado pelo Supremo Tribunal Federal a sua constitucionalidade.⁵⁷

O mesmo pode ser observado pela adesão a Convenção de Nova Iorque⁵⁸ de 1958. Sendo que, essa importante Convenção chega ao ordenamento jurídico

⁵⁵ "Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. " (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

⁵⁶ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Caçado, 2005. p. 53.

⁵⁷ STF, AgRg na Sentença Estrangeira 5.206, Tribunal Pleno, j. 12.12.2001, DJ de 30.04.2004, p. 29.

⁵⁸ Nomeado como Convenção das Nações Unidas sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 10 de junho de 1958.

brasileiro apenas no ano de 2002, através da promulgação do Decreto n. 4.311 de 23.07.2022.⁵⁹

Não obstante, desde a data de promulgação da Convenção de Nova Iorque no Brasil até o ano de 2004, a competência para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no ordenamento jurídico brasileiro ainda era do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo transferida essa competência para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2005.⁶⁰

Dessa forma, apesar de não haver nenhum óbice normativo, seja devido a Reforma da Lei da Arbitragem ou por já ter sido tratado pela doutrina ou jurisprudência, o Brasil ainda hoje não é signatário da Convenção de Washington.⁶¹

Diante desse contexto, o autor José Augusto Fontoura Costa defende tratar além da mera participação no sistema arbitral, pois também versa "sobre a capacidade brasileira de participar e influenciar as mudanças que vêm alterando as feições das regras materiais internacionais de proteção aos investimentos estrangeiros".⁶²

Nesse mesmo sentido cumpre destacar que a posição do Estado brasileiro de não assinar a Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (ICSID), deve ser analisada minuciosamente, pois vai na contramão do movimento de seus principais parceiros comerciais.

Tomando como referência inicial o panorama regional da América do Sul, verifica-se que o Brasil é o único Estado Membro do Mercosul que não é signatário da Convenção de Washington. Todos os outros Estados membros (Argentina, Uruguai e Paraguai) do Mercosul são signatários da mesma.⁶³

⁵⁹ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>

⁶⁰ Relatório do Tema: Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. 2ª Fase da Pesquisa "Arbitragem e Poder Judiciário". AYMONE, Priscila Knoll; DAMIANI, Gerson; KOBAYASHI, Patrícia; KULESZA, LAMAS, Natalia; Gustavo; MANGE, Flavia Foz; MANIERO, Laura. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DIREITO GV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), São Paulo - São Paulo. 2012. Disponível em: https://cbar.org.br/PDF/Homologacao_de_Sentenca_Arbitral_Estrangeira.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

⁶¹ Dados consultados em 4 dez. 2023. A adesão mais recente foi a da Angola, Estado para o qual a Convenção de Washington entrou em vigor em 21.10.2022. A lista completa dos Estados-partes da Convenção de Washington pode ser encontrada em <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>. Acesso em: 04 dez. 2023.

⁶² COSTA, José Augusto Fontoura, 2015. p.876

⁶³ ICSID. Database of ICSID Member States. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>>. Acesso em: 02 dez. 2023.

Ao expandir geograficamente e economicamente o espectro de análise, verifica-se que o posicionamento do Brasil de não assinar a Convenção de Washington é contrário também ao movimento de alguns dos principais Estados Nacionais parceiros econômicos, como China, Rússia e Estados Unidos que, assim como os demais países do Mercosul, também são signatários da referida Convenção.⁶⁴

Assim, ante o exposto, tendo em vista os vultosos aportes financeiros realizados por investidores estrangeiros no Brasil, a crescente importância do mecanismo de arbitragem na resolução de conflitos internacionais e a posição dos Estados Nacionais parceiros comerciais do Brasil, é necessária uma reflexão profunda acerca da não vinculação por parte do Estado Brasileiro perante a Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados.

4.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS E AS VANTAGENS DO SISTEMA ICSID

Em relação ao procedimento arbitral, a possibilidade do investidor externo poder recorrer ao mecanismo de proteção proporcionado pela arbitragem de investimentos confere primazia à segurança jurídica do investimento estrangeiro.⁶⁵

Para além das vantagens específicas da arbitragem de investimentos, expostas nos itens iniciais, a possibilidade de utilizar a estrutura do ICSID dispõe de outros benefícios.

Ao passo que é proporcionado uma instituição dotada de um conjunto de regras e estrutura especializado e eficiente para realizar procedimentos de arbitragem, também é mantido a flexibilização do procedimento arbitral característico do instituto.

Os autores Gilberto Giusti e Adriano Trindade discorrem sobre a possibilidade dos Estados-partes da Convenção de Washington estabelecerem que determinadas matérias sejam excluídas da jurisdição do ICSID. Porém, sem prejuízo

⁶⁴ ICSID. Database of ICSID Member States. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>. Acesso em: 2 dez. 2023.

⁶⁵FARIAS, Rodrigo Vieira, 2022. p.175.

caso queira submeter à jurisdição do Centro determinada matéria que já havia sido reservada.⁶⁶

Nesse sentido, verifica-se que a Convenção não atua como limitante ao procedimento arbitral, apenas estimula local para ser realizado a solução de controvérsia de modo mais propício.

Também é possível observar essa característica na escolha dos árbitros. Novamente, o alto nível de propriedade quanto a natureza dessas arbitragens é demonstrado pela estrutura disponível como o Painel de Árbitros do ICSID⁶⁷. Contudo, não é limitado a tal. As partes são livres para escolherem seus árbitros, com determinados requisitos apenas quanto à nacionalidade e qualificação.⁶⁸

A adoção da arbitragem de investimentos em um foro específico, além de promover a sua especificação, também revestiu o próprio instituto com maior solidez e tornou o ICSID como um dos foros mais eficientes para essa natureza de solução de controvérsia.⁶⁹

Além disso, verifica-se que, para a utilização do Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos, criado pela Convenção de Washington, é necessário que haja uma dupla validação, ou seja, o membro deve ser signatário da Convenção de Washington e definir por escrito⁷⁰ o interesse na utilização do referido Centro. O Estado Brasileiro não preenche tais requisitos pois não é signatário da Convenção de Washington.

Insta salientar que o fato de ser signatário da Convenção de Washington não obriga os membros a submeter os conflitos sobre investimentos ao Centro, conforme disposto no artigo 25 da referida Convenção.⁷¹

Ao aprofundar os estudos em relação ao artigo 25 da Convenção de Washington, são observados alguns dos pontos fundamentais acerca da jurisdição

⁶⁶ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Caçado, 2005, p. 55.

⁶⁷ Para consulta do Painel de Árbitros do ICSID. Disponível em:
<https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/investment-arbitration/>

⁶⁸ LLC, Aceris Law. Disponível em:
<https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/investment-arbitration/>.

⁶⁹ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Caçado, 2005. p. 53.

⁷⁰ A Nações Unidas (UNCTAD) disponibiliza uma lista com a grande maioria dos instrumentos que permitem o consentimento de um Estado anfitrião à arbitragem de investimento. Disponível em:
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

⁷¹ Art. 25(1) "A competência do Centro abrangerá as controvérsias, de natureza jurídica, diretamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa coletiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, controvérsia essa cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente." (Tradução livre).

do Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos. A jurisdição deste é subdividida em duas partes, sendo uma que trata dos requisitos das partes envolvidas no litígio - *ratione personae* e a outra que trata dos requisitos da disputa por si só - *ratione materiae*.⁷²

Debruçando-se inicialmente sobre o *ratione materiae*, ou seja, sobre os requisitos da disputa, cumpre destacar que para uma disputa estar sob a égide do Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos, esta deve ser jurídica e decorrente de uma transação que se enquadre na noção de investimento.⁷³ Importa pontuar que o uso do termo noção não é por acaso, tendo em vista a ausência de um conceito sobre investimento na Convenção de Washington.⁷⁴

Já o *ratione personae*, que trata dos requisitos que as partes envolvidas devem preencher para estarem aptos a utilizarem o Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos, estabelece que de um lado da relação de disputa legal deve estar um Estado receptor de investimentos e do outro lado deve estar um investidor estrangeiro, podendo este ser uma pessoa jurídica ou pessoa física.

Ou seja, não basta que o Estado-receptor do investimento ou o Estado de origem do investidor sejam partes da Convenção de Washington, é necessário que ambos manifestem expressamente a vontade de submeter a controvérsia ao ICSID.⁷⁵

A autonomia das partes é plena. Em caso do Estado temer pela sua soberania, ou pelo investidor sentir-se em desequilíbrio, fica apto a qualquer um deles em não submeter o conflito ao foro.

Assim, nas palavras do autor José Augusto Fontoura Costa, "a conveniência para o Brasil de ingressar no ICSID e, portanto, deixar claro que a exigência de consentimento escrito, nos termos do Artigo 25 da CW, deixaria ampla liberdade para o país."⁷⁶ Assim, a adesão não atrela o Estado brasileiro à obrigação de converter em parte qualquer arbitragem.

⁷² NETO, Antonio Marcos Hernandez. Arbitragem em Investimento Estrangeiro e o ICSID. 2011. p. 44

⁷³ ZANINI GODINHO, Thiago José. Arbitragens de Investimentos entre Estados e Investidores Estrangeiros no ICSID. In: Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 53. 2008. p.320

⁷⁴ ZANINI GODINHO, Thiago José, 2008. p. 321

⁷⁵ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Cançado, 2005. p. 55.

⁷⁶ COSTA, José Augusto Fontoura, 2015. p.906.

Cabe destacar que possibilitaria o acesso dos investidores brasileiros que tenham investimentos no mercado estrangeiro ao sistema do ICSID. Portanto, não apenas agiria no estímulo de maior segurança aos investidores externos, mas também estabeleceria um foro alternativo aos próprios investidores brasileiros, que buscam investir seus capitais em outros países.

O autor argumenta que entende por haver diversas vantagens perante a formação desse sistema de promoção e proteção do investimento estrangeiro e nenhuma desvantagem caso venha o Brasil ingressar no ICSID.⁷⁷

Frisa-se que a utilização de tratados internacionais, de instrumentos e mecanismos de solução de litígios não são, por si só, fatores de atração de investimentos estrangeiros. Contudo, dispor desses recursos e disponibilizar meios aceitáveis e reconhecidos aos investidores externos, decerto englobam um conjunto de medidas que tornam um Estado mais favorável para o investimento de recursos.⁷⁸

⁷⁷ COSTA, José Augusto Fontoura, 2015. p.906.

⁷⁸ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Cançado, 2005. p. 53.

5. CONCLUSÃO

Com a expansão dos investimentos estrangeiros, surge a necessidade de um mecanismo de proteção aos investidores perante os Estados-receptores que promovesse segurança jurídica e meios confiáveis para protegerem seus investimentos.

Nesse contexto, a Convenção de Washington, em 1965, criou o Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos (ICSID), a principal instituição internacional para o processamento de arbitragens de investimento

Embora cada vez mais evidente a relevância e eficiência do ICSID, o Brasil não aderiu à Convenção de Washington devido a possibilidade ou não da administração pública ser submetida ao procedimento arbitral, em específico, a arbitragem de investimentos, como também em decorrência de violação aos princípios administrativos, sendo eles: o princípio da legalidade; a indisponibilidade do interesse público; e o princípio da publicidade.

Todavia, com a Lei nº 13.129 de 2015 (Reforma da Lei da Arbitragem) sanou-se as dúvidas quanto à participação da Administração Pública no procedimento da Arbitragem de Investimento, devido a sua autorização expressa e a disposição sendo possível concluir que não dispõe do interesse público primário, pois consiste em interesse público secundário que é um direito disponível e, logo, arbitrável.

Assim os princípios que operaram como obstáculos para a participação da Administração Pública em arbitragens de investimentos já foram, senão integralmente, em sua maioria desobstruídos e, logo, evidente viabilidade do Brasil torna-se signatário da Convenção de Washington.

Dessa forma, cabe inferir como injustificável a inércia do Brasil em relação à aderência à Convenção de Washington permaneceu.

Foi observado que além de verificada a viabilidade da assinatura do Brasil, os benefícios e a estrutura que a Convenção poderia oportunizar relevante vantagem ao país.

Não somente por dispor de mecanismo de proteção do investimento estrangeiro, em específico a arbitragem de investimentos, que estimulam a segurança jurídica dos investidores externos, mas também poderia promover esse

mesmo foro alternativo, fora do Estado-receptor, aos investidores brasileiros que buscam novas oportunidades em outros países.

Por fim, o disposto no artigo acima defende o instituto da arbitragem de investimentos utilizado pelo sistema do ICSID como aliado na resolução de controvérsias visto que possui certas características de alta especificidade quanto à natureza de investimentos estrangeiros. Além disso, dispõe de liberdade plena e autonomia das partes entre os investidores estrangeiros e os Estados-receptores no campo da matéria que será submetida, assegurando meios que não ameaçam a soberania dos Estados. Logo, dentre o exposto, possibilitaria um sofisticado recurso ao Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Thiago Ferreira. Arbitragem de investimento investidor-Estado: o caso EUA/Austrália. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-09/almeida-arbitragem-investimento-investidor-estado/>. Acesso em: 4 dez. 2023.
- AYMONE, Priscila Knoll; DAMIANI, Gerson; KOBAYASHI, Patrícia; KULESZA, LAMAS, Natalia; Gustavo; MANGE, Flavia Foz; MANIERO, Laura. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DIREITO GV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), São Paulo - São Paulo. 2012. Disponível em: https://cbar.org.br/PDF/Homologacao_de_Sentenca_Arbitral_Estrangeira.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.
- BARROCAS, Manuel Pereira. Crise na Arbitragem de Investimento na União Europeia? A Questão Vista Segundo a Ótica Europeia. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 58. p. 277-285, jul./set. 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. Prefácio à obra “Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BERALDO, Leonardo de F. Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei N° 9.307/96. São Paulo: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 9788522488797. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522488797/>. Acesso em: 4 dez. 2023.
- BRASIL. Lei nº 9.307/1996, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996. Seção 1, p. 18897. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 2 dez. 2023.
- CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788597013276. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/>. Acesso em: 4 dez. 2023.
- CONCEIÇÃO, Giovana Maria da. Interesse Público Versus Interesse Privado: A Supremacia do Interesse Público Deve Prevaler?. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_administrativo/edicoes/n4_2020/pdf/GiovanaMariadaConceicao.pdf. Acesso em: 4 dez. 2023.
- COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e a Arbitragem Internacional de Investimentos: Realidades e Possibilidades. RJLB, Lisboa, Ano 1, nº 3, p. 875-911, 2015. Disponível em:

https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0875_0911.pdf. Acesso em: 4 dez. 2023.

DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. Direito Administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. não paginado.

FARIAS, Rodrigo Vieira. Arbitragem de Investimentos: Um Breve Panorama. Revista da EMERJ, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 164–186, 2022. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/article/view/414>. Acesso em: 2 dez. 2023.

GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. As Arbitragens Internacionais Relacionadas a Investimentos: A Convenção de Washington, o ICSID e a Posição do Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 7, p. 49-78, out./dez. 2005.

_____. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2023.

LLC, Aceris Law. Arbitragem Internacional. Informações sobre arbitragem internacional. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/investment-arbitration/>. Acesso em: 2 dez. 2023.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 50, jul./set. 2016. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.06.PDF. Acesso em: 4 dez. 2023.

MELO, Leonardo de Campos. Introdução às Arbitragens de Investimentos Perante o Sistema ICSID. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 34, p.55-94, jul./set. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/2015_003artigo_2_arbitragem_e_administracao_publica.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

NETO, Berardino Di V. Arbitragem e Isonomia das Partes. (Coleção CBAr). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556277202. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277202/>. Acesso em: 4 dez. 2023.

NETO, Antonio Marcos Hernandes. Arbitragem em Investimento Estrangeiro e o ICSID. 2011. 150 p. Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011.

PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID). Brasília a. 35 n. 140 out./dez. p. 97-93, 1998. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/420/r14009.pdf?sequence=4&isAllowed=y%C2%A0%C2%A0%C2%A0>. Acesso em: 4 dez. 2023.

ROCHA, Augusto de Rezende. Parecer DAJ/138: criação de órgãos de arbitragem internacional – BIRD. Washington: BIRD, 1964.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. In: Revista de Processo. vol. 264. ano 42. p. 83-107. São Paulo: Ed. RT, fev. 2017.

VENTURI, Elton. TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS?. Curitiba. Revista de Processo | vol. 251/2016 | p. 391 - 426 | Jan / 2016 DTR\2016\63.

ZANINI GODINHO, Thiago José. Arbitragens de Investimentos entre Estados e Investidores Estrangeiros no ICSID. Revista Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 53, p. 317-346, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/88/82>. Acesso em: 2 dez. 2023.