



Henrique Choer Moraes é diplomata de carreira desde 2004, com atuação predominantemente na diplomacia econômica, além de ter passado pela Secretaria de Planejamento Diplomático do Itamaraty. No exterior, esteve lotado na Missão do Brasil junto à União Europeia, em Bruxelas (por duas vezes), assim como na Delegação do Brasil junto à Aladi e ao Mercosul (Montevideu) e na Embaixada do Brasil em Wellington. É doutorando em Direito Internacional pela Katholieke Universiteit Leuven (Bélgica) e mestre em Direito da Integração Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Foi professor de Técnicas de Negociação no Instituto Rio Branco.

A experiência de mais de três décadas de arbitragens envolvendo investidores e Estados (ISDS) tem levado tanto países desenvolvidos quanto em desenvolvimento a repensar seus acordos de investimento. Esses países buscam restringir ou mesmo eliminar a possibilidade de que tribunais arbitrais, provocados por investidores, possam questionar perante árbitros privados a implementação de políticas públicas em áreas como saúde, meio ambiente e transição energética. Em reforço a essa tendência regulatória, desde 2018, a UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) passou a sediar negociações, em âmbito multilateral, sobre reformas no funcionamento dos tribunais ISDS. O Brasil distingue-se da imensa maioria dos demais países por nunca ter ratificado acordo internacional que reconheça a jurisdição de tribunais ISDS. Ao contrário, como fruto do amadurecimento de uma posição que se mantém coerente desde pelo menos os anos 1960, o Brasil tem promovido modelo próprio de acordo de investimento, o ACFI (Acordo sobre Cooperação e Facilitação de Investimentos), que adota abordagem colaborativa, bastante distinta daquela adotada em acordos tradicionais de investimentos – entre outros motivos porque o ACFI reconhece apenas a jurisdição de arbitragem entre estados.

O presente trabalho discute por que o Brasil deve procurar ter influência sobre as negociações na UNCITRAL. Longe do paradoxo que possa parecer, as tratativas na UNCITRAL oferecem oportunidade para a promoção e salvaguarda de interesses proativos e defensivos do Brasil na área de acordos de investimentos, tal como plasmados no ACFI.



EM DEFESA DA VANGUARDA
A participação do Brasil nas discussões da UNCITRAL sobre a reforma dos Mecanismos de Solução de Controvérsias Investidor-Estado

Henrique Choer Moraes



EM DEFESA DA VANGUARDA

A participação do Brasil nas discussões da UNCITRAL sobre a reforma dos Mecanismos de Solução de Controvérsias Investidor-Estado

Henrique Choer Moraes

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO
BRASIL

O Curso de Altos Estudos (CAE) é organizado pelo Instituto Rio Branco como parte integrante do sistema de treinamento e qualificação na Carreira de Diplomata, com o objetivo de atualizar e aprofundar os conhecimentos necessários ao desempenho das funções exercidas pelos Ministros de Primeira e Segunda Classes, sendo a posse do diploma requisito indispensável à progressão funcional a Ministro de Segunda Classe. O candidato inscrito no CAE prepara e apresenta tese, a qual é submetida à Banca Examinadora, para arguição oral.

Ao final das arguições, o Diretor-Geral do Instituto Rio Branco publica no Diário Oficial da União e no Boletim de Serviço do Ministério das Relações Exteriores portaria de divulgação dos nomes dos diplomatas aprovados no CAE, destacando os aprovados “com louvor”.

A Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG) tem prioridade para a publicação das teses recomendadas pela Banca Examinadora do CAE, após autorização do Instituto Rio Branco. A relação dos trabalhos da coleção CAE já publicados pela FUNAG encontra-se no final desta publicação. Todos os livros da coleção estão disponíveis, para download gratuito, na biblioteca digital da Fundação (www.gov.br/funag).



EM DEFESA DA VANGUARDA

A participação do Brasil nas discussões da
UNCITRAL sobre a reforma dos Mecanismos
de Solução de Controvérsias Investidor-Estado

Henrique Choer Moraes

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO
BRASIL



EM DEFESA DA VANGUARDA

A participação do Brasil nas discussões
da UNCITRAL sobre a reforma dos
Mecanismos de Solução de Controvérsias
Investidor-Estado

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES

Ministro de Estado	Embaixador Mauro Luiz Iecker Vieira
Secretária-Geral	Embaixadora Maria Laura da Rocha

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO

Presidente	Embaixadora Márcia Loureiro
Diretor do Centro de História e Documentação Diplomática	Embaixador Gelson Fonseca Junior
Diretor do Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais	Ministro Almir Lima Nascimento

Conselho Editorial

Ana Flávia Barros-Platiau	Maitê de Souza Schmitz
Daniella Poppius Vargas	Maria Regina Soares de Lima
João Alfredo dos Anjos Junior	Maurício Santoro Rocha
Luís Cláudio Villafañe Gomes Santos	Rogério de Souza Farias

A Fundação Alexandre de Gusmão – FUNAG, instituída em 1971, é uma fundação pública vinculada ao Ministério das Relações Exteriores e tem a finalidade de levar à sociedade informações sobre a realidade internacional e sobre aspectos da pauta diplomática brasileira. Sua missão é promover a sensibilização da opinião pública para os temas de relações internacionais e para a política externa brasileira.

A FUNAG, com sede em Brasília, conta em sua estrutura com o Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais – IPRI e com o Centro de História e Documentação Diplomática – CHDD, este último no Rio de Janeiro.

Henrique Choer Moraes

EM DEFESA DA VANGUARDA

A participação do Brasil nas discussões
da UNCITRAL sobre a reforma dos
Mecanismos de Solução de Controvérsias
Investidor-Estado



Brasília - 2023

Direitos de publicação reservados à
Fundação Alexandre de Gusmão
Ministério das Relações Exteriores
Esplanada dos Ministérios, Bloco H, Anexo II, Térreo
70170-900 Brasília-DF
Telefones: (61) 2030-9117/9128
Site: gov.br/funag
E-mail: funag@funag.gov.br

Coordenação-Geral:

Henrique da Silveira Sardinha Pinto Filho

Equipe Técnica:

Acauã Lucas Leotta
Alessandra Marin da Silva
Ana Clara Ribeiro Teixeira
Fernanda Antunes Siqueira
Luiz Antônio Gusmão
Nycole Cardia Pereira

Revisão:

Gabriela Del Rio de Rezende

Programação Visual e Diagramação:

Denivon Cordeiro de Carvalho

As opiniões emitidas nesta publicação são de responsabilidade do autor e não refletem necessariamente a posição do governo brasileiro.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M828e Moraes, Henrique Choer

Em defesa da vanguarda: a participação do Brasil nas discussões da UNCITRAL sobre a reforma dos mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado / Henrique Choer Moraes. -- Brasília : FUNAG, 2023.

227 p. -- (Curso de altos estudos)

ISBN: 978-85-7631-933-7

1. Solução de controvérsias. 2. Arbitragem. 3. Acordos de investimento. I. Título. II. Série.

CDD-332.673

Depósito legal na Fundação Biblioteca Nacional conforme Lei n° 10.994, de 14/12/2004.

Elaborada por Sueli Costa - Bibliotecária - CRB-8/5213
(SC Assessoria Editorial, SP, Brasil)

Sumário

Lista de siglas	11
Lista de tabelas	13
Introdução	15
1. A evolução dos mecanismos ISDS: da disseminação global às críticas de falta de legitimidade.....	23
1.1. As origens dos mecanismos ISDS.....	24
1.1.1. A evolução em paralelo de BITs e dos mecanismos ISDS..	26
1.1.2. A consolidação “acidental” dos mecanismos ISDS como ferramentas internacionais de proteção de investidores ..	30
1.1.3. A etapa atual dos mecanismos ISDS.....	33
1.2. Principais características dos mecanismos ISDS	36
1.2.1. Direito de provocação da arbitragem é exclusividade do investidor.....	36
1.2.2. Escolha e perfil dos árbitros	40
1.2.3. Possibilidades de revisão do laudo arbitral	44

1.2.4. Normas aplicáveis variam conforme o acordo de investimento em discussão	46
1.3. As preocupações que motivam as reformas dos mecanismos ISDS	47
1.3.1. Preocupações procedimentais levantadas pelos mecanismos ISDS: a legitimidade da organização e do funcionamento da arbitragem investidor-Estado.....	49
1.3.2. Aspectos substantivos das preocupações levantadas por mecanismos ISDS: alteração dos compromissos negociados pelos Estados	54
1.3.3. Aspectos sistêmicos das preocupações suscitadas pelos mecanismos ISDS: falta de recursos para remediar decisões inconsistentes e incorretas.....	69
1.3.4. Respostas nos níveis nacional e regional às preocupações suscitadas com os mecanismos ISDS	73
1.4. Conclusões parciais	75
2. O Brasil e os acordos de investimento	77
2.1. A trajetória única do Brasil no universo dos acordos de investimento	80
2.1.1. Os debates da década de 1960.....	81
2.1.2. Renovação das discussões sobre ISDS e BITs na década de 1990	88
2.2. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI): a consolidação da posição brasileira no formato de um acordo de investimento.....	98

2.2.1. Mecanismos de comunicação para a prevenção de disputas	102
2.2.2. Tratamento de investimentos: privilégio da aplicação da legislação nacional	106
2.2.3. Controle dos Estados partes sobre o acesso e o alcance da arbitragem	114
2.3. Conclusões parciais	117
3. Discussões sobre reforma dos mecanismos ISDS na UNCITRAL.....	119
3.1. Evolução e estado atual das discussões sobre reforma dos mecanismos ISDS na UNCITRAL	121
3.1.1. O mandato do Grupo de Trabalho III da UNCITRAL...	125
3.2. As propostas de reforma dos mecanismos ISDS identificadas no âmbito da UNCITRAL.....	127
3.2.1. Propostas identificadas pelo GT-III.....	128
3.2.2. Quadro parlamentar das discussões no âmbito do GT-III.....	131
3.3. Descrição das propostas de reforma de interesse mais imediato do Brasil	134
3.3.1. Estabelecimento de instância de apelação	135
3.3.2. Corte multilateral de investimento	143
3.3.3. Código de conduta para julgadores em disputas de investimento	147
3.3.4. Métodos de designação de árbitros	148

3.3.5. Centro para assessoria em arbitragens de investimento (<i>advisory centre</i>)	151
3.3.6. Prevenção e mitigação de disputas	152
3.4. Conclusões parciais	153
4. Contribuição para a participação do Brasil nas discussões sobre reforma dos mecanismos ISDS na UNCITRAL	155
4.1. Interesse proativo de divulgar a abordagem brasileira sobre acordos de investimento	157
4.1.1 Divulgação dos mecanismos de prevenção de disputas previstos no ACFI	157
4.1.2. Promoção do uso da arbitragem Estado-Estado	163
4.2. Interesse defensivo de salvaguardar a abordagem adotada pelo ACFI	165
4.2.1. Código de conduta para julgadores: possível reforço às disciplinas sobre conflitos de interesse	170
4.2.2. Métodos de designação: ampliação do controle sobre o perfil dos julgadores	172
4.2.3. Instância de apelação: foco na correção de decisões arbitrais	177
4.2.4. Corte multilateral de investimento: a busca por equilíbrio entre institucionalidade e respeito à abordagem do ACFI	183
4.2.5. Centro para assessoria em arbitragens de investimento: possível reforço à capacitação do Itamaraty na área de disputas sobre investimentos	187

4.3. Conclusões parciais	188
Conclusão	191
Referências bibliográficas.....	195
Lista das teses de CAE publicadas pela FUNAG	213

Lista de siglas

ACFI	Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos
ACWL	Advisory Centre for WTO Law (Centro Consultivo da OMC)
AMI	Acordo Multilateral de Investimentos (da OCDE)
BIT	Bilateral Investment Treaties (Tratados bilaterais de investimentos)
CAE	Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco
CETA	Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (Acordo de comércio e investimento entre União Europeia e Canadá)
CF	Constituição Federal
CPTPP	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (Acordo Integral e Progressivo de Parceria Transpácífica)
DSU	Dispute Settlement Understanding (da OMC) (Entendimento de Solução de Controvérsias)
ECT	Energy Charter Treaty (Tratado da Carta de Energia)
EUA	Estados Unidos da América
FET	Fair and Equitable Treatment (Tratamento justo e equitativo)

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio)
GT-III	Grupo de Trabalho III (da UNCITRAL)
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
NAFTA	North American Free Trade Agreement (Acordo de Livre Comércio da América do Norte)
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OCEE	Organização para a Cooperação Econômica Europeia
OMC	Organização Mundial do Comércio
TPP	Trans-Pacific Partnership (Tratado de Parceria Transpacífico)
EU	União Europeia
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional)
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i> (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento)
USMCA	Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (Acordo entre Estados Unidos, México e Canadá)
WTO	World Trade Organization (Organização Mundial do Comércio – OMC)

Lista de tabelas

Tabela 1. Participantes das arbitragens de investimentos 1987-2020

Tabela 2. ICSID – nacionalidade dos árbitros (1966-2021)

Tabela 3. Acordos de investimentos assinados pelo Brasil (1994-1999)

Tabela 4. ACFIs negociados pelo Brasil (2015-2020)

Tabela 5. ACFI – agendas para cooperação e facilitação de investimentos. Exemplos de temas

Tabela 6. Árbitros e tribunais arbitrais – ACFIs selecionados

Tabela 7. Resumo dos parâmetros para avaliação das propostas de reformas em consideração no GT-III da UNCITRAL

Introdução

O presente livro oferece subsídios para apoiar a atuação do Brasil nas discussões em curso na Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional (doravante “UNCITRAL”, a partir de *United Nations Commission on International Trade Law*) voltadas a elaborar propostas de reforma dos mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado (doravante “ISDS” ou “mecanismos ISDS”, a partir de *investment-state dispute settlement*).

Os mecanismos ISDS outorgam a investidores estrangeiros elegíveis a capacidade de iniciar arbitragem internacional contra o Estado anfitrião do investimento¹. Tal prerrogativa conferida ao investidor está, em geral, prevista em acordos sobre proteção de investimentos, negociados por Estados, comumente denominados tratados bilaterais de investimentos (doravante “BITs”, a partir de *bilateral investment treaties*)². Em menor medida, mecanismos ISDS também estão previstos em outras espécies de acordos, como tratados de livre comércio³. Embora existam diferenças entre as redações dos 2.257 BITs em vigor⁴, em regra todos estipulam amplas garantias de proteção a investimentos, cujo cumprimento os investidores estrangeiros podem exigir dos Estados por meio dos mecanismos ISDS.

1 A expressão “Estado anfitrião” é a tradução do termo *host state*, comumente empregado para descrever o Estado no qual um investimento estrangeiro é realizado.

2 Adotamos a definição de DOLZER e SCHREUER (2012, p. 3) para os BITs, a saber, os acordos que incorporem “(i) definitions of ‘investment’, ‘investor’ and other relevant terms, (ii) substantive standards of protection of investments and investors, as well as (iii) provisions on dispute settlement, particularly investor-state dispute settlement”.

3 Para os fins desta obra, os BITs e acordos de outra natureza que disciplinem a proteção de investimentos estrangeiros, assim como o modelo de acordo utilizado pelo Brasil (que deles é distinto por razões explicadas adiante), são denominados genericamente de “acordos de investimento”.

4 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (doravante “UNCTAD”). *International investment agreements navigator*. Recurso de busca disponível na Internet. Cf. bibliografia (item 1.4) para dados de acesso.

A experiência de mais de três décadas de arbitragens movidas por investidores contra Estados revela, entre outros, (i) uma jurisprudência que restringe a capacidade regulatória dos Estados de maneira significativa; (ii) a imposição de indenizações a Estados em somas não apenas elevadíssimas, mas também discutíveis; e (iii) conflitos de interesse entre árbitros e firmas de advocacia envolvidos nas arbitragens, que jogam dúvida sobre a neutralidade dos julgamentos feitos sob mecanismos ISDS. Essas preocupações estão na origem de diversas mudanças recentemente feitas em acordos de investimento – tanto por países desenvolvidos quanto em desenvolvimento – voltadas a limitar o acesso de investidores a mecanismos ISDS e a restringir a margem de interpretação dos acordos de investimento por parte de tribunais arbitrais. Desde 2017, a UNCITRAL somou-se a esse esforço ao adotar mandato para discutir propostas de mudanças que respondessem às preocupações manifestadas com relação aos mecanismos ISDS.

O Brasil nunca ratificou BIT e tampouco reconhece a jurisdição de mecanismos ISDS, situação única entre as principais economias globais. Desde 2015, o Brasil passou a negociar com base em modelo de acordo de investimento concebido pelo governo brasileiro, chamado Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), o qual deliberadamente busca evitar os compromissos de proteção a investidores nos moldes contidos em BITs, dentre os quais aqueles que estipulam mecanismos ISDS. Ao contrário, na hipótese de controvérsia, os ACFIs preveem arbitragem no formato Estado-Estado, isto é, apenas entre os Estados signatários do acordo⁵. Em outro contraste com relação aos BITs, cujos dispositivos estão fortemente voltados a prescrever obrigações aos Estados em favor do investidor estrangeiro, os ACFIs privilegiam dispositivos orientados à prevenção de disputas.

Contudo, como argumentado anteriormente, a despeito das diferenças entre o ACFI e os BITs, e apesar de a UNCITRAL ter sido

5 Também denominada, ao longo da obra, de arbitragem Estado-Estado.

chamada a propor reformas aos mecanismos ISDS (os quais não são previstos pelo ACFI), as discussões naquele foro representam oportunidade relevante para a ação diplomática brasileira.

Em primeiro lugar, embora o Brasil não tenha reconhecido a jurisdição de mecanismos ISDS, certas preocupações associadas a tais mecanismos são inerentes à arbitragem de investimento *per se*, mesmo aquela no formato Estado-Estado. Uma vez que, com o ACFI, o Brasil reconheceu a possibilidade de se sujeitar a arbitragem, o país necessita ter posição a respeito dessas preocupações, das quais ocupa posição central o ativismo dos tribunais arbitrais de investimento, que pode certamente se manifestar em arbitragem envolvendo apenas Estados. Tribunais arbitrais ativistas são aqueles que, por meio de interpretações expansivas de acordos de investimento, desconsideram a vontade dos Estados signatários de um acordo de investimento ao atribuir ao investidor benefício não previsto pelos negociadores – uma preocupação especialmente central ao Brasil, que optou por não aderir à espécie de compromissos contidos em BITs. Opções de reforma em discussão na UNCITRAL podem contribuir para reforçar a opção feita pelo Brasil.

Em segundo lugar, o mandato que rege o trabalho da UNCITRAL é flexível a ponto de abranger discussões sobre arbitragens de investimento em geral, inclusive aquelas que envolvem apenas Estados. Além disso, tal flexibilidade abre espaço para difundir a escolha brasileira de favorecer a prevenção de disputas em matéria de investimentos. Ainda que a discussão na UNCITRAL tenha sido originalmente motivada pelas preocupações com mecanismos ISDS, o mandato finalmente acordado é bem mais amplo. As propostas atualmente em debate na UNCITRAL refletem tal latitude ao incluir propostas que podem ser de interesse do Brasil, como a elaboração de código de conduta para os árbitros que atuam em tribunais arbitrais e a criação de corte multilateral permanente de investimentos.

O propósito deste livro é discutir se, e em que medida, a agenda da UNCITRAL sobre a reforma dos mecanismos ISDS oferece ao Brasil

plataforma para defender seus interesses em matéria de acordos de investimento, os quais são pautados pelo ACFI. Dadas a flexibilidade do mandato da UNCITRAL e as peculiaridades do ACFI, este livro oferece contribuições para que o Brasil persiga duas vertentes de interesse naquela Organização: (i) o interesse *proativo* de divulgar a opção feita pelo Brasil com o ACFI, em particular a prevenção de disputas e a arbitragem exclusivamente no formato Estado-Estado; e (ii) o interesse *defensivo* de ampliar as salvaguardas do ACFI contra o ativismo de tribunais arbitrais, que podem comprometer a capacidade regulatória do Estado brasileiro.

A participação ativa do Brasil nas discussões da UNCITRAL converge com a ampliação do perfil do país no universo de acordos de investimento. Em janeiro de 2020, Brasil e Índia assinaram o ACFI⁶, evento de relevância não apenas por envolver duas das maiores economias do mundo, mas também por reforçar a difusão do modelo brasileiro para acordos de investimento. O tratado com a Índia foi o décimo sexto ACFI assinado pelo Brasil desde 2015, quando o país iniciou a utilização desse modelo com acordos firmados com Moçambique e Angola.

A crescente atuação brasileira como signatário de acordos de investimento não contradiz a cautela que o Brasil sempre manifestou com relação ao risco de ver o exercício de sua soberania cerceado por decisões de tribunais arbitrais acionados por investidores.

Essa percepção de cautela é hoje disseminada tanto entre países em desenvolvimento – como a Índia – quanto entre desenvolvidos. No que se pode considerar uma interessante evolução da política para acordos de investimento, países desenvolvidos que tradicionalmente impulsionaram a assinatura de BITs por parte de países em desenvolvimento – como a Alemanha – atualmente expressam ceticismo quanto à conveniência de dispositivos que caracterizam os BITs, a exemplo dos mecanismos ISDS (DONNAN & WAGSTYL, 2014). Por sua vez, países que ainda veem mérito nesses mecanismos têm gradativamente restringido os casos

6 Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Índia (doravante “ACFI Brasil-Índia”), assinado em 25/01/2020, ainda não em vigor.

que permitem a investidores acionar tribunais arbitrais. No âmbito do United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)⁷, que atualizou os compromissos inscritos no North American Free Trade Agreement (NAFTA), o Canadá optou por não aderir ao mecanismo ISDS, enquanto as arbitragens movidas por investidores norte-americanos e mexicanos contra o México ou os EUA, respectivamente, estão sujeitas a diversas limitações (VILARREAL, 2021, p. 20).

Tal mudança de atitude está associada à avaliação de que, com a experiência de 1.104 arbitragens acionadas por investidores (de conhecimento público) desde 1987, envolvendo 124 países⁸, os mecanismos ISDS tendem a favorecer desproporcionalmente os interesses dos investidores, em detrimento do interesse público. É certo que nem sempre os investidores saem vencedores nas arbitragens que provocam: dos 740 casos concluídos até 31/12/2020, 212 (28,6%) foram decididos em favor dos investidores, enquanto 274 (37%), em favor do Estado demandado⁹. Apesar disso, o risco de desagradar um investidor, e conseqüentemente enfrentar arbitragem internacional, serve como inibidor do exercício da capacidade regulatória do Estado – efeito chamado *regulatory chill*. Exemplos de decisões de autoridades públicas contestadas em arbitragens ISDS incluem medidas de combate ao tabagismo¹⁰, a eliminação do uso de energia nuclear em face dos riscos testemunhados após o acidente de Fukushima (em ação movida por estatal sueca contra a Alemanha)¹¹ e a aplicação corriqueira da legislação nacional sobre falências por parte do Poder Judiciário¹².

7 Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, chapter 14 (“Investment”). Em vigor desde 01/07/2020.

8 UNCTAD. Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020. IIA Issues Notes, n. 4 (setembro de 2021), dados até 31/12/2020.

9 UNCTAD. *Investment Dispute Settlement Navigator* (dados até 31/12/2020). Recurso de busca disponível na Internet. Cf. bibliografia deste livro (item 1.4) para dados de acesso.

10 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID, caso ARB/10/7, laudo de mérito de 08/07/2016.

11 Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID, caso ARB/12/12.

12 Dan Cake S.A. v. Hungary, ICSID, caso ARB/12/9, decisão sobre jurisdição e responsabilidade de 24/08/2015.

A preocupação suscitada pelos mecanismos ISDS manifesta-se de forma concreta sobretudo por meio de decisões arbitrais que ampliam os compromissos inscritos em acordos de investimento, de maneira a conceder aos investidores benefícios não previstos pelos negociadores. Não raro, tribunais reconhecem tais direitos aos investidores a despeito de expressas manifestações em contrário dos Estados que negociaram um acordo (inclusive o Estado de nacionalidade do investidor). As consequências concretas das decisões arbitrais podem não ser modestas: a título de exemplo, em 2014 a Rússia foi condenada a indenizar acionistas da empresa anteriormente denominada Yukos em cerca de US\$ 40 bilhões. Os honorários de cada um dos três árbitros da disputa oscilaram entre € 1,5 milhão e € 2 milhões¹³. Tais preocupações são agravadas pelos diversos conflitos de interesse propiciados pela forma como os mecanismos ISDS normalmente estão estruturados: os tribunais arbitrais acionados por investidores, de natureza *ad hoc*, são integrados por indivíduos que pertencem a grupo relativamente reduzido de árbitros, alguns dos quais tendem a usar a posição de árbitro para defender seja o interesse do investidor, seja do Estado. De forma igualmente preocupante, ocasionalmente o árbitro de um caso é simultaneamente o advogado em outro caso.

O ACFI confere ao Brasil posição razoavelmente confortável contra a maior parte das preocupações suscitadas pela arbitragem de investimentos. A situação da maioria dos demais países, contudo, é diferente. Disso decorre o impulso que justifica o movimento pela reforma dos mecanismos ISDS, do qual o trabalho da UNCITRAL faz parte.

Apesar das salvaguardas incorporadas ao ACFI, o presente trabalho argumenta que o Brasil deve estar atento a algumas das preocupações levantadas pela arbitragem de investimentos, razão pela qual as discussões em curso na UNCITRAL podem atender ao interesse brasileiro. Por esses motivos, este livro apresenta contribuição original para a ação

13 *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, Corte Permanente de Arbitragem, caso AA 226, laudo final de 18/07/2014, parágrafos 1859 *et seq.*

diplomática brasileira, ao mesmo tempo em que se vale dos subsídios oferecidos por teses anteriores do Curso de Altos Estudos (CAE) do Instituto Rio Branco que abordaram o mesmo assunto.

A tese da então conselheira Katia Godinho Gilaberte (1995) descreve o contexto político-diplomático internacional daquela época e relata as discussões realizadas no governo brasileiro, na primeira metade da década de 1990, com o objetivo de elaborar parâmetros aceitáveis ao país na negociação de BITS¹⁴.

A tese do então conselheiro Flávio Marega (2005), apresentada dez anos depois, reflete sobre as opções de política brasileira para acordos de investimento diante das dificuldades impostas, pelo Congresso Nacional, para a aprovação dos acordos que haviam sido assinados pelo país com 14 países, cuja negociação havia sido descrita na tese de Gilaberte (1995).

Já a tese do então conselheiro Sérgio Barreiros de Santana Azevedo (2007) retrata um quadro global em transformação nessa matéria. Naquele momento, ampliavam-se as dúvidas sobre os benefícios dos acordos de investimento: países em desenvolvimento, como a Argentina no contexto pós-crise financeira de 2001-2002, eram inundados com arbitragens movidas por investidores estrangeiros, amparadas nas cláusulas ISDS contidas nos diversos acordos de investimento assinados pelo país vizinho. Ao mesmo tempo, os países do NAFTA defrontavam-se com os primeiros exemplos de tribunais arbitrais ativistas, cujas decisões ampliavam o conteúdo negociado no NAFTA por meio de interpretações que favoreciam os direitos de investidores e limitavam o poder regulatório dos Estados signatários. A tese de Azevedo (2007) valia-se de desenvolvimentos como esses para propor cautela ao Brasil nas discussões sobre a eventual negociação de acordos de investimento.

Este livro é escrito em contexto diverso. Atualmente, há consenso sobre os abusos praticados por tribunais arbitrais de investimento. Além disso, o movimento pela reforma dos acordos de investimento

14 Também chamados de APPIs, a partir de “acordos para a promoção e proteção de investimentos” (GILABERTE, 1995).

hoje conta com importante impulso da parte de países desenvolvidos. Finalmente, o Brasil agora possui modelo de acordo próprio, que acomoda as principais preocupações do país com os BITs.

O trabalho está organizado em quatro capítulos, após a presente introdução. O capítulo 1 descreve as principais preocupações suscitadas com a estrutura e o funcionamento dos mecanismos ISDS, com destaque para o risco de interpretações expansivas de acordos de investimentos por parte de tribunais arbitrais. O capítulo 2 apresenta a trajetória do Brasil na área de acordos de investimento, a fim de destacar a tradição do país de consistentemente rejeitar compromissos amplos e indefinidos de proteção ao investidor, de que são exemplos os mecanismos ISDS. O capítulo 3 examina os trabalhos em curso na UNCITRAL com o propósito de apresentar as opções de reforma que podem vir a se converter em propostas concretas. O capítulo 4, que contém a contribuição do trabalho para a política externa brasileira, emprega os elementos detalhados ao longo dos capítulos precedentes para oferecer parâmetros sob os quais as propostas em discussão na UNCITRAL podem beneficiar os interesses *proativo* e *defensivo* brasileiros, como descritos anteriormente.

Tendo em vista que o objeto deste livro é, conforme explicado, contribuir para a atuação do Brasil nas discussões da UNCITRAL sobre reforma dos mecanismos ISDS, seu foco não são os mecanismos ISDS, tampouco o ACFI em si. Entretanto, para entender o objeto do trabalho, é preciso ter presente o que motiva a reforma dos mecanismos ISDS e também conhecer a posição ocupada pelo Brasil no universo dos acordos de investimento. Os mecanismos ISDS e a abordagem brasileira para acordos de investimento são examinados apenas na extensão necessária para compreender o tema do trabalho.

Capítulo 1

A evolução dos mecanismos ISDS: da disseminação global às críticas de falta de legitimidade

A fim de fornecer o contexto mais amplo em que se situam as discussões sobre a reforma dos mecanismos ISDS, o presente capítulo oferece elementos para responder às seguintes questões: o que são mecanismos ISDS? Como evoluíram? Quais preocupações motivam as propostas de reforma desses mecanismos? Como será discutido no capítulo 2, o contexto de preocupações sobre os mecanismos ISDS também interessa ao Brasil, em certa medida.

Inicialmente, a parte 1 descreve a origem dos mecanismos ISDS, uma forma de solução de controvérsias internacionais por meio de arbitragem cujo surgimento e consolidação são frutos de eventos acidentais. A parte 2 examina os principais elementos que caracterizam a estrutura e o funcionamento dos mecanismos ISDS, em particular: a prerrogativa atribuída ao investidor estrangeiro de iniciar procedimento arbitral contra um Estado, a natureza *ad hoc* dos tribunais arbitrais e a ausência de instâncias de revisão das decisões arbitrais. A combinação desses elementos está na origem das preocupações que movem as propostas de reforma dos mecanismos ISDS. Como discutido na parte 3, dentre as preocupações crescentemente suscitadas por Estados (além de acadêmicos e a sociedade civil), mecanismos ISDS são vistos como propícios a conflitos de interesses. Além disso, prevalece a visão de que tribunais arbitrais frequentemente desconsideram a intenção dos Estados e tendem a favorecer interpretações de acordos de investimento

que ampliam a proteção aos investidores, em detrimento do espaço regulatório (*policy space*) para a formulação de políticas públicas.

As propostas de reforma dos mecanismos ISDS discutidas na UNCITRAL buscam responder a essas e outras preocupações¹⁵.

As preocupações com os mecanismos ISDS também ajudam a compreender a visão adotada pelo Brasil com relação aos acordos de investimento. O capítulo 2 mostrará que o ACFI, o modelo de acordo concebido pelo Brasil, possui diversos dispositivos que o distinguem dos acordos firmados pelos demais países, os BITs. Uma das principais diferenças entre os ACFIs e os BITs está no fato de que o Brasil não adota arbitragem no formato investidor-Estado, mas Estado-Estado.

Contudo, algumas das preocupações descritas são intrínsecas à arbitragem de investimentos, seja ISDS, seja entre Estados. Desse modo, o Brasil também possui interesse em influenciar as discussões sobre pelo menos algumas das preocupações abordadas neste capítulo. Por essa razão, a discussão sobre a reforma dos mecanismos ISDS na UNCITRAL é uma oportunidade de salvaguardar ainda mais o modelo refletido no ACFI, como será discutido no capítulo 4.

1.1. As origens dos mecanismos ISDS

O traço mais evidente dos mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado é a autorização para que um particular, seja indivíduo ou pessoa jurídica, inicie procedimento de arbitragem internacional contra Estado estrangeiro, sem a necessidade de que o Estado de nacionalidade do investidor esteja envolvido nesse procedimento. Nesse aspecto, os mecanismos ISDS destoam do formato tradicional de encaminhamento de controvérsias internacionais, que operam sob a chamada proteção diplomática¹⁶, quando a queixa de um particular é

15 O presente capítulo enfatiza apenas aquelas preocupações de interesse mais imediato para o Brasil. Desse modo, não são tratadas em maiores detalhes aquelas mais associadas à prática dos Estados usuários dos mecanismos ISDS, como os temas de custo e duração das arbitragens de investimentos.

16 Segundo a definição sugerida pela Comissão de Direito Internacional da ONU, “diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility

levada ao plano internacional por meio do seu Estado de nacionalidade, e não diretamente pelo indivíduo ofendido.

A maior parte dos mecanismos ISDS está presente em BITs, nos quais Estados se comprometem a oferecer determinado nível de proteção aos investimentos de nacionais da outra parte. Esses compromissos podem variar conforme o BIT, mas grande parte inclui obrigações como a de (i) proporcionar tratamento “justo e equitativo” ao investidor estrangeiro e a seu investimento; de (ii) não expropriar – direta ou indiretamente – os investimentos estrangeiros sem indenização; e de (iii) garantir ao investidor nacional da outra parte tratamento não menos favorecido do que aquele concedido a investidores de terceiros países, a chamada “cláusula de nação mais favorecida”.

A fim de garantir o cumprimento desses compromissos substantivos, a maior parte dos BITs confere a investidores, nacionais de uma parte, a prerrogativa de iniciar procedimento arbitral contra o outro Estado parte, sob a alegação de que este violou obrigações assumidas sob o acordo. Isso é feito pelos mecanismos ISDS, que disciplinam o processo de arbitragem provocada por investidor contra um Estado.

Os BITs assim estruturados criam relação pouco usual do ponto de vista do direito internacional público, a saber: dois Estados negociam um acordo que irá gerar direitos e expectativas que podem ser acionados diretamente por particular que é nacional de um dos Estados partes. Essa dinâmica insólita¹⁷ encontra-se na raiz de muitas das preocupações que atualmente motivam as propostas de reforma dos mecanismos ISDS.

A fim de melhor avaliar o contexto político sob o qual se desenrolam atualmente as discussões sobre a reforma dos mecanismos ISDS, esta

of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility” (Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries 2006, Article 1. In: Yearbook of the International Law Commission 2006, volume II, parte II. Documento A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (part 2), p. 25).

17 A natureza jurídica do direito internacional dos investimentos – em particular o desafio de conciliar os elementos de direito público e privado presentes nessas regras – é tema que suscita debates inconclusos entre juristas. Para uma síntese desses debates, cf. BRAY, Heather L. Understanding change: Evolution from international claims commissions to investment treaty arbitration. In: SCHILL, Stephan W. et al (ed.). *International Investment Law and History*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

parte do capítulo explora a origem mais recente desses mecanismos, assim como sua evolução até o presente.

1.1.1. A evolução em paralelo de BITs e dos mecanismos ISDS

Em certa medida, a proteção de investimentos estrangeiros esteve presente desde a origem do direito internacional, quando este último se expandiu da Europa para o resto do mundo (MILES, 2013, p. 2). Embora não seja o objeto deste capítulo, cabe pelo menos recordar que, ao longo da evolução do direito internacional, Estados protegeram os investimentos de seus nacionais por diferentes meios que oscilaram do uso aberto da força armada (a “diplomacia das canhoneiras”) ao endosso, por meio da proteção diplomática, de queixas de investidores perante procedimentos arbitrais Estado-Estado. Solução adicional adotada em certas ocasiões, que se pode considerar precursor dos mecanismos ISDS, foram as comissões de reivindicações binacionais (ou *claims commissions*), pelas quais Estados reconheceram a jurisdição de tribunal arbitral para decidir sobre queixas movidas contra si por nacionais do outro Estado, muitas vezes na sequência de episódios traumáticos, como revoluções¹⁸.

Os mecanismos ISDS estão frequentemente incorporados aos BITs, mas não se pode confundir os dois conceitos. Ainda que em quantidade menor se comparados com os BITs, outros acordos internacionais também preveem mecanismos ISDS, como por exemplo (i) acordos regionais de livre comércio, como o United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) e o Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP); (ii) acordos setoriais, como o Tratado da Carta de Energia¹⁹; e (iii) contratos firmados entre investidores estrangeiros e Estados que acolhem os investimentos.

18 Um exemplo é a General Claims Commission entre os EUA e o México, estabelecida em 1923 (cf. General Claims Commission (Agreement of Sept. 8, 1923) (United Mexican States, United States of America). United Nations Reports of International Arbitral Awards, v. IV, 2006).

19 O Tratado da Carta de Energia (Energy Charter Treaty – ECT) foi assinado em 1994 e atualmente possui 55 signatários. O ECT dispõe, entre outros, sobre a proteção de investimentos no setor de energia, inclusive com a previsão de mecanismo ISDS. Entre 2001, data do primeiro caso, até junho de 2020, o secretariado da ECT havia

A primeira geração de BITs surgiu sem a previsão de mecanismos ISDS. O primeiro BIT, assinado em 1959 entre Alemanha e Paquistão²⁰, mantinha as principais características de um instrumento tradicional de direito internacional público, com previsão de compromissos entre Estados e solução de controvérsias também apenas no nível dos Estados. Apesar disso, o BIT Alemanha-Paquistão já oferecia versão preliminar de diversas cláusulas existentes em acordos de investimento até hoje, como não discriminação (artigo 2º), livre transferência de capitais (artigo 4º) e oferecimento de proteção e segurança ao investimento estrangeiro (artigo 3º, parágrafo 1º). De certa forma, a primeira geração de BITs representava a cristalização, para o contexto específico dos investimentos, de diferentes dispositivos consolidados nos tratados de amizade, comércio e navegação assinados ao longo do século XIX e, sobretudo, da primeira metade do século XX (PAUWELYN, 2014, p. 25)

Para países exportadores de capital, a simples consolidação de dispositivos tradicionais de proteção a estrangeiros, aplicada ao contexto de investimentos, já representava iniciativa válida. Afinal, esse era o período da descolonização e exportadores de capital tinham interesse em evitar que ideias e iniciativas políticas impulsionadas pelo Terceiro Mundo pudessem reverter o que países exportadores de capital consideravam regras de direito internacional costumeiro sobre a proteção de investimentos.

No momento em que a Alemanha assinava o primeiro BIT, encontrava-se em andamento iniciativa coordenada, em caráter não oficial, pelo então diretor do Deutsche Bank, Herman Josef Abs, de uma “convenção internacional apoiada por tribunal internacional de arbitragem” para proteger investidores internacionais contra expropriação. Tratava-se de uma *Magna Carta for the protection of foreign interests* (TIME, 1957), na expressão utilizada pelo banqueiro, cuja participação direta na

documentado 130 disputas ISDS sob o Tratado (Statistics of ECT Cases – as of 1/6/2020). Recurso de busca na Internet, cf. bibliografia do presente trabalho, item 1.4, para dados de acesso).

20 Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, assinado em 25/11/1959.

expropriação de ativos de judeus durante a Alemanha nazista permaneceu como uma sombra ao longo de sua vida²¹. Abs posteriormente fundiu sua proposta com iniciativa de natureza similar, levada a cabo também em caráter não oficial²² por ex-procurador britânico, Lord Hartley Shawcross. A proposta consolidada, que veio a se tornar a chamada *Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad*, foi divulgada em 1959 nos círculos jurídicos da Europa e dos EUA.

Apesar de razoavelmente sucinta, contendo dez artigos e um anexo sobre arbitragem, a proposta de Abs e Shawcross reunia compromissos substantivos e procedimentais que se podem caracterizar como ambiciosos à luz do estado das regras existentes à época, conforme refletidas, por exemplo, no BIT Alemanha-Paquistão. Em primeiro lugar, a iniciativa contemplava a possibilidade de arbitragem investidor-Estado. Além disso, introduzia cláusulas de conteúdo indefinido (que hoje se encontram no centro das discussões sobre a reforma dos mecanismos ISDS), como a obrigação de conceder tratamento “justo e equitativo” ao investidor e de indenizar o investidor por “expropriação indireta”²³.

No final da década de 1950, a Alemanha sugeriu que a proposta de Abs e Shawcross fosse estudada pela então Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OCEE), que pouco após se converteria na OCDE. A partir do texto de Abs e Shawcross, a Organização preparou, em 1962, a *Draft Convention on the Protection of Foreign*

21 Slobodian (2018, p. 140) não deixou de captar a ironia decorrente do fato de que um dos indivíduos mais relevantes para a institucionalização da proteção aos investidores também foi ator importante na expropriação indevida de ativos de judeus alemães. Ao longo de sua carreira, tanto antes da Segunda Guerra Mundial quanto após, Abs esteve presente em diferentes momentos da vida econômica alemã: entre outros, na década de 1930, Abs participou da renegociação da dívida alemã assumida ao final da Primeira Guerra Mundial; entre 1937 e 1945, ocupou a chefia da área internacional do Deutsche Bank e, no segundo pós-guerra, negociou e litigou diversos pedidos de restituição de ativos alemães. Esta experiência com o que Abs considerava uma tomada injusta de propriedade alemã, em particular, teria inspirado a sua cruzada em favor da proteção aos investidores. Cf. ST. JOHN, 2018, p. 69 e 74 *et seq.*

22 ST. JOHN (loc. cit., p. 69) destaca que, embora as iniciativas de Abs e Shawcross tenham sido conduzidas em caráter não oficial, os governos alemão e britânico acompanhavam a sua repercussão com atenção, no interesse de avaliar o grau de apelo que suscitavam junto à comunidade empresarial.

23 Ironicamente, essa espécie de expropriação representava uma das formas utilizadas para a “arianização” de propriedade de judeus alemães na Alemanha nazista, quando, por exemplo, impostos excessivos eram cobrados com o propósito indireto de forçar a venda dos ativos a um comprador a preços abaixo de mercado. Ver ST. JOHN, 2018, p. 77.

*Property*²⁴. O texto da OCDE preservou diversos elementos da iniciativa de Abs e Shawcross, embora tenha limitado as condições de acesso à arbitragem investidor-Estado. Entre outras medidas que restringem o uso da arbitragem investidor-Estado, a proposta da OCDE permitia ao Estado demandado suspender a arbitragem iniciada pelo investidor caso propusesse procedimento judicial sobre o mesmo tema contra o Estado de nacionalidade do investidor.

A proposta de Abs e Shawcross, assim como o texto da OCDE (que seria revisado em 1967) nunca foram adotados como convenções multilaterais²⁵, o que prejudicou as dificuldades de reunir consenso em torno de regras substantivas multilaterais sobre proteção de investimentos. Na década de 1990, a OCDE voltaria a servir de palco para iniciativa nessa direção, com as negociações do Acordo Multilateral de Investimentos (AMI), suspensas em 1998 devido a divergências intransponíveis entre seus membros²⁶. Apesar do fracasso em converter-se em normas multilaterais, os dois textos exerceram considerável influência sobre a geração de BITs que surgiu na década de 1960.

Em meados da década de 1960, período marcado pela ativa diplomacia de países importadores de capitais para influenciar as discussões em diversas organizações internacionais, países exportadores de capitais contemplavam três diferentes abordagens para a proteção de seus investidores: (i) a proposta de instrumento internacional com regras substantivas e mecanismo ISDS, conforme circulado na OCDE (inspirado no texto de Abs e Shawcross); (ii) o estabelecimento de

24 ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (doravante “OECD” quando se tratar de referências a documentos). Draft Convention on the Protection of Foreign Property.

25 Entre outras razões, os EUA opuseram-se ao texto da OCDE de 1962 por considerar inútil qualquer esforço que não envolvesse a adesão de países importadores de capitais (os quais não faziam parte da OCDE). O Reino Unido, enfrentando problemas na balança de pagamentos naquela época, não conseguiria honrar diversos compromissos previstos na proposta de acordo, em particular as regras sobre livre transferência de capitais. Além disso, o governo britânico via com preocupação a ideia de um mecanismo ISDS. Por sua vez, Alemanha e Suíça gradualmente perceberam que obtinham mais concessões nas negociações de seus BITs do que poderiam esperar extrair em uma negociação multilateral (Ver ST. JOHN, 2018, p. 88-93).

26 Para informações e documentos de negociação sobre as negociações do Acordo Multilateral de Investimentos, cf. OECD. Multilateral Agreement on Investment. Recurso de busca disponível na Internet. Cf. bibliografia do presente trabalho (item 1.4) para dados de acesso.

agência multilateral para a administração de seguro para proteger investimentos contra riscos não comerciais, proposta que reunia mais apoio entre investidores e grandes economias como os EUA (ST. JOHN, 2018, p. 99); e (iii) a criação de instância arbitral unicamente para resolver disputas movidas por investidores contra Estados, sem regras substantivas próprias.

1.1.2. A consolidação “acidental” dos mecanismos ISDS como ferramentas internacionais de proteção de investidores

O estabelecimento, em 1966, do Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias relacionadas a Investimentos (doravante “ICSID”, a partir de International Center for Settlement of Investment Disputes)²⁷, dentro da estrutura do Banco Mundial, mostra que a arbitragem investidor-Estado foi a opção que reuniu impulso político à época, dentre as três elencadas acima, para tornar-se a primeira solução multilateral para a proteção de investimentos.

Pesquisa recente nos arquivos do Banco Mundial revela que foi a atuação de funcionários do Secretariado da entidade, em particular do então diretor do departamento jurídico, Aron Broches, a responsável por esse resultado – mesmo contra a preferência dos investidores e as solicitações de atores como os EUA para que o Banco Mundial avançasse proposta relativa à agência de garantia de investimentos (ST. JOHN, 2018, p. 3-4). Na preparação do que veio a ser o ICSID, o Banco Mundial valeu-se de sua credencial como intermediário entre países exportadores e importadores de capital, assim como da experiência, que se tornava mais comum desde a década de 1950, de atuar na mediação de conflitos envolvendo investidores e países tomadores de investimentos.

Contudo, se, por um lado, esses elementos davam ao Banco motivos para impulsionar a iniciativa (em comparação com outras entidades,

27 INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (doravante “ICSID”). Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (doravante “Convenção que Estabelece o ICSID”), oferecida à assinatura em 18/03/1965.

como a OCDE), por outro, funcionários do Secretariado tinham presente a sensibilidade que o tema poderia suscitar, especialmente à luz do contexto político da época. Por isso, em todas as etapas da preparação da convenção que criaria o ICSID, o Secretariado do Banco – em particular Aron Broches – manteve controle sobre a redação do texto. Entre dezembro de 1963 e maio de 1964 (PARRA, 2012, p. 53), por exemplo, Broches presidiu consultas regionais – em Adis Abeba, Bangkok, Genebra e Santiago – a fim de colher comentários de peritos nacionais sobre a minuta de convenção.

Passadas as consultas regionais, que pouco alteraram a natureza da minuta de convenção preparada pelo Secretariado, a reunião anual do Conselho do Banco em 1964, em Tóquio, deveria deliberar sobre a atribuição de mandato para que o Secretariado preparasse convenção sobre arbitragem envolvendo investidores e Estados. Ao final desse processo que transcorreu sob estrito controle do Secretariado do Banco Mundial, a decisão que finalmente conferiu tal mandato, adotada como Resolução 214 do Conselho de Governadores, foi aprovada contra o voto de 21 membros do Banco, a maioria dos quais eram países latino-americanos, como o Brasil²⁸.

A posição desses países, que entrou para a história como o “Não de Tóquio” (LOWENFELD, 2009, p. 54), foi assim descrita pelo representante do grupo na ocasião, o delegado do Chile:

The legal and constitutional systems of all the Latin American countries that are members of the Bank offer the foreign investor at the present time the same rights and protection as their own nationals; they prohibit confiscation and discrimination and require that any expropriation on justifiable grounds of public interest shall be accompanied by fair compensation fixed, in the final resort, by the law courts.

28 Votaram contra a Resolução 214: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Filipinas, Guatemala, Haiti, Honduras, Iraque, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Ver ICSID. Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States: Documents concerning the origin and the formulation of the convention, v. II, p. 608.

The new system that has been suggested would give the foreign investor, by virtue of the fact that he is a foreigner, the right to sue a sovereign state outside its national territory, dispensing with the courts of law. This provision is contrary to the accepted legal principles of our countries and, *de facto*, would confer a privilege on the foreign investor, placing the nationals of the country concerned in a position of inferiority.²⁹

A despeito da contrariedade de países como o Brasil, a Convenção que Estabelece o ICSID foi finalizada em março de 1965. Fiel ao estilo impresso pelo Banco nesse processo, a redação do texto não resultou de uma conferência diplomática. Ao contrário, entre novembro e dezembro de 1964 o Banco convidou peritos nacionais para Washington a fim de discutir o texto do que viria a se tornar a convenção que estabeleceu o ICSID, cuja redação permaneceu nas mãos do Secretariado. O instrumento entrou em vigor em 1966, após reunidas 20 ratificações.

As duas primeiras décadas do ICSID, que se confundem com o início da arbitragem investidor-Estado, registraram 23 procedimentos arbitrais, todos nascidos de queixas decorrentes de contratos firmados entre investidores e Estados ou da legislação nacional do Estado que recebeu investimentos (PARRA, 2012, p. 135-137). Foi a arbitragem no caso *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) contra Sri Lanka*, decidida em 1990, que inaugurou a época atual da arbitragem investidor-Estado, motivada pela violação não de um contrato (cujas partes são o investidor e o Estado), mas de um BIT (cujas partes são Estados)³⁰.

No momento em que a arbitragem foi provocada pelo investidor contra o Sri Lanka, não havia definição, entre os juristas, se um BIT criava direitos diretamente para um investidor, que o autorizasse a acionar o outro Estado signatário perante tribunal arbitral constituído sob o ICSID.

29 Comunicado de imprensa No. 57 (09/07/1964), "Excerpt from the statement by Felix Ruiz, Governor for Chile, in International Center for Settlement of Investment Disputes". In: ICSID. Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States: Documents concerning the origin and the formulation of the convention, v. II, p. 606.

30 "The present case is the first instance in which the Centre [ICSID] has been seized by an arbitration request exclusively based on a treaty provision and not in implementation of a freely negotiated arbitration agreement directly concluded between the Parties among whom the dispute has arisen" (*Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID, caso ARB/87/3, laudo de mérito de 27/06/1990, parágrafo 18).

A decisão arbitral no caso, que reconheceu essa possibilidade (adotada por maioria, com um voto vencido), ampliou significativamente o leque de queixas que investidores poderiam invocar contra um Estado, abrindo desse modo a porta para a expansão do uso dos mecanismos ISDS. Ao mesmo tempo, contribuiu para mudar definitivamente a natureza da arbitragem investidor-Estado, de mecanismo eminentemente comercial (regido por uma relação contratual, como até então), para instrumento que permite ao investidor imiscuir-se no processo de elaboração de políticas públicas, não raro perante árbitros cuja formação é eminentemente de arbitragem comercial. Essa tensão é crucial para entender os atuais debates sobre a reforma dos mecanismos ISDS.

Considerando que a decisão dos árbitros no caso *AAPL contra Sri Lanka* não foi unânime, é razoável dizer, com Joost Pauwelyn (2014, p. 38), que “private standing at least for treaty breach was partly a historical accident” – foi um acidente da história que conferiu a particulares a capacidade de provocar arbitragem contra um Estado, fundamentada na alegação de violação de acordo de investimento, em lugar de um contrato. Os mecanismos ISDS, que inicialmente se apresentavam como opção pouco atraente para investidores e Estados exportadores de capital, acabaram consolidando-se por obra de atores inesperados, do Secretariado do Banco Mundial aos árbitros que julgaram a primeira arbitragem motivada na violação de um BIT.

1.1.3. A etapa atual dos mecanismos ISDS

O estabelecimento do ICSID e a jurisprudência formada a seu amparo moldaram definitivamente o perfil do direito internacional de investimentos. Esses eventos pautaram a linguagem das gerações de BITs nas últimas três décadas.

Da perspectiva institucional, o ICSID oferece regras procedimentais para a arbitragem investidor-Estado, assim como uma estrutura administrativa de apoio para a condução desses processos. A existência do ICSID estimulou a criação de outras regras procedimentais para reger os mecanismos ISDS (a mais importante das quais são as Regras

de Arbitragem da UNCITRAL)³¹. De igual maneira, outras entidades passaram a oferecer apoio institucional para a realização de arbitragens investidor-Estado (como a Corte Permanente de Arbitragem, na Haia). Apesar disso, o ICSID lidera com ampla margem a lista de foros que hospedam mecanismos ISDS, tanto do ângulo das regras procedimentais que disciplinam as arbitragens quanto do amparo institucional aos contenciosos investidor-Estado³².

O advento do ICSID também foi determinante para a disseminação dos BITs, assim como para moldar o seu conteúdo, já que esses acordos passaram, desde a década de 1960, a conceder a investidores a prerrogativa de iniciar procedimentos arbitrais contra Estados³³. Elemento característico do funcionamento do ICSID é a necessidade de “duplo consentimento”: a adesão à Convenção que Estabelece o ICSID não sujeita, por si só, um Estado à arbitragem movida por um investidor³⁴. Isso porque a Convenção não prevê regras substantivas – essas estarão dispostas em acordo de investimentos (como o são os BITs) ou em contrato entre investidor e Estado, os quais também deverão prever a possibilidade de arbitragem investidor-Estado.

À medida que acordos de investimentos foram se disseminando, destacadamente na década de 1990 – quando o número de BITs saltou de 385 (1989) para 1857 (1999) (UNCTAD, 2000, p. 1) –, a possibilidade de recurso a mecanismos ISDS tornava-se mais plausível. A década, que iniciou com a decisão favorável a investidores no caso *AAPL contra Sri Lanka*, terminou com a “descoberta”, por advogados norte-americanos, do potencial oferecido pela arbitragem investidor-Estado como um

31 Uma das principais diferenças entre a Convenção que Estabelece o ICSID e outras regras procedimentais diz respeito à execução dos laudos arbitrais. Enquanto a Convenção prevê que as decisões adotadas sob seu amparo são títulos executivos judiciais nos Estados condenados a indenizar um investidor, a execução dos laudos sob as demais regras está sujeita à apreciação do judiciário do Estado-sede da arbitragem, o que pode dificultar a sua execução.

32 Conforme dados da UNCTAD atualizados até 30/12/2020, das 1104 arbitragens de conhecimento público realizadas, 589 casos foram regidos pela Convenção que Estabelece o ICSID, enquanto 351 casos foram decididos sob as Regras de Arbitragem da UNCITRAL. Desse mesmo universo de casos, 685 foram realizados sob o ICSID, ao passo que a Corte Permanente de Arbitragem secretariou 179 (UNCTAD. Investment Dispute Settlement Navigator. Recurso de busca na Internet. Cf. bibliografia do presente trabalho (item 1.4) para dados de acesso).

33 O primeiro BIT a prever mecanismo ISDS foi o acordo entre Itália e Chade, assinado em 11/06/1968, ainda em vigor. Cf. também PARRA, 2012, p. 199 *et seq.*

34 Convenção que Estabelece o ICSID, sétimo parágrafo preambular.

mercado advocatício promissor – tanto para a defesa de investidores, quanto para a atuação como árbitros (ALSCHNER, 2017, p. 37).

Das 1104 arbitragens de que se tem conhecimento público até 30/12/2020, a grande maioria de investidores-reclamantes têm sede em países desenvolvidos. Entretanto, ao contrário da tendência verificada nos primeiros anos da expansão das arbitragens investidor-Estado, a presença de países desenvolvidos entre os demandados tem aumentado (Tabela 1), o que também explica o apoio político existente para a reforma dos mecanismos ISDS, inclusive na UNCITRAL.

Tabela 1. Participantes das arbitragens de investimentos 1987*-2020

País	Número de casos como Estado demandado	País	Nacionalidade do investidor
Argentina	62	EUA	194
Venezuela	54	Países Baixos	118
Espanha	53	Reino Unido	90
Rep. Tcheca	41	Alemanha	73
Egito	40	Espanha	60
México	35	Canadá	58
Polônia	32	França	56
Canadá	31	Luxemburgo	44
Índia	26	Itália	43
Federação Russa	26	Turquia	39
Ucrânia	26	Suíça	37
Peru	25	Chipre	30
Equador	25	Áustria	27
Romênia	20	Federação Russa	25
EUA	20	Bélgica	19

Fonte: UNCTAD *Investment Policy Hub* (atualizado até 30/12/2020)

* data de início do procedimento arbitral. Casos publicados.

1.2. Principais características dos mecanismos ISDS

Os mecanismos ISDS situam-se na intersecção entre o direito comercial (privado) e o direito público, circunstância que explica diversas particularidades que hoje motivam pedidos de reforma desse método de solução de controvérsias, inclusive no âmbito da UNCITRAL, como será examinado no capítulo 3. Em parte, essa natureza híbrida é explicada pela evolução acidental desses mecanismos, conforme descrito na seção 1.2, acima. Ao contrário do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (doravante “OMC”), que foi planejado e negociado pelos Estados que têm sido seus principais usuários, os mecanismos ISDS refletem diferentes interesses que foram moldando ao longo dos anos a proteção dos investimentos estrangeiros.

A seguir, são discutidas as principais características dos mecanismos ISDS, o que permitirá melhor compreender as principais preocupações que têm motivado o impulso por reformas nas políticas para acordos de investimentos, dentre as quais as propostas de mudanças nos mecanismos ISDS. Os trabalhos em curso na UNCITRAL são parte desse contexto.

A fim de facilitar a visualização das peculiaridades que caracterizam a estrutura e o funcionamento dos mecanismos ISDS, sempre que possível serão trazidos à comparação elementos relativos ao sistema de solução de controvérsias da OMC, o regime mais próximo em termos substantivos do universo dos acordos de investimento, e com o qual o Brasil possui mais familiaridade.

1.2.1. *Direito de provocação da arbitragem é exclusividade do investidor*

Como assinalado anteriormente, um dos traços distintivos dos mecanismos ISDS é a prerrogativa conferida ao investidor de acionar diretamente o procedimento arbitral contra um Estado.

Por conta dessa peculiaridade dos mecanismos ISDS, e a fim de atrair o apoio de países latino-americanos durante os primeiros anos

de funcionamento do ICSID, o Banco Mundial procurou caracterizar o ICSID como uma solução que evitaria o trauma da intervenção de potências estrangeiras, muitas vezes desproporcional, na defesa dos interesses de seus investidores. Ao contrário, o ICSID ofereceria solução “despolitizada” para controvérsias relativas a investimentos estrangeiros. Segundo o secretário-geral do ICSID na década de 1980, Ibrahim Shihata (1986, p. 24), a Convenção que Estabelece o ICSID evitaria “the politicization of investment disputes and the espousal by foreign States of the claims of their nationals in the exercise of their own right of diplomatic protection”.

A ideia da “despolitização” de conflitos relacionados a investimentos voltava-se a apaziguar a visão associada à chamada Doutrina Calvo, que por muito tempo orientou com predominância as posições dos países latino-americanos, dentre as quais aquela manifestada no “Não de Tóquio”.

A Doutrina Calvo é um desdobramento do princípio da igualdade entre os Estados e prega o respeito à soberania do Estado na regulação de investimentos estrangeiros sob sua jurisdição. A postulação do jurista argentino Carlos Calvo (a qual igualmente se traduziu em cláusulas de acordos e contratos internacionais firmados por países latino-americanos) representava reação ao abuso da proteção diplomática exercida por países exportadores de capitais na defesa dos interesses de seus investidores, tendo por alvo muitas vezes países da América Latina. Conforme a Doutrina, um Estado não pode ser demandado a conceder ao estrangeiro tratamento melhor do que o dispensado aos nacionais. Ademais, queixas de estrangeiros devem ser resolvidas junto às instâncias competentes do Estado que recebe o investimento e não se há falar de um “padrão de tratamento mínimo” estabelecido pelo direito internacional, acima do nível de tratamento estipulado pelas legislações nacionais.

A “morte” da Doutrina foi proclamada em diversas ocasiões. Apesar disso, não se pode negar que número crescente de países – dentre os quais países desenvolvidos, que cada vez mais se veem na posição de

demandados em arbitragens de investimento – voltam a adotar algumas das premissas formuladas por Calvo³⁵, seja para limitar o escopo de temas que podem ser objeto de arbitragem, seja para reduzir a margem atribuída aos árbitros para revisar medidas adotadas pelos governos nacionais.

Da perspectiva do investidor, os mecanismos ISDS dispensam o envolvimento do Estado de sua nacionalidade na decisão sobre a propositura do procedimento arbitral. O julgamento sobre a conveniência e oportunidade de levar um Estado à arbitragem toca ao próprio investidor, e não está sujeita ao cálculo político que um Estado realiza antes de endossar a queixa de um nacional, sob o mecanismo da proteção diplomática. Conforme a descrição (algo controversa) da Comissão de Direito Internacional da ONU:

The dispute settlement procedures provided for in BITs and ICSID offer greater advantages to the foreign investor than the customary international law system of diplomatic protection, as they give the investor direct access to international arbitration, avoid the political uncertainty inherent in the discretionary nature of diplomatic protection, and dispense with the conditions for the exercise of diplomatic protection.³⁶

A capacidade atribuída a investidores de acionar diretamente procedimentos arbitrais é uma das diferenças centrais com relação ao sistema de solução de controvérsias da OMC, por exemplo, no qual apenas o Estado possui a prerrogativa de provocar as instâncias competentes para decidir uma disputa.

Na verdade, como será visto abaixo quando examinada a jurisprudência arbitral do NAFTA, em algumas ocasiões os Estados da

35 Escrevendo em 1996 sobre a arbitragem de investimentos sob o Tratado da Carta de Energia, Thomas Wälde assinalava que “no Western country accepts international arbitration over concessions/agreements to develop energy/natural resources; the Calvo-doctrine, much opposed by Western governments with respect to developing countries, has in fact been – and still is – the dominant maxim of Western countries themselves” (WÄLDE, 1996, p. 446). Cf. também BONNITCHA, 2017, p. 13; SHAN, 2006-2007, p. 631-664.

36 UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries 2006, Article 1. In: *Yearbook of the International Law Commission 2006*, v. II, parte II, documento A/CN.4/SER.A/2006/Add.1, p. 52.

nacionalidade do investidor intervêm em uma disputa para defender posição *contrária* à do investidor que é seu nacional. Isso sugere que Estados e investidores pautam suas atuações diante de arbitragens de investimentos por lógicas distintas: mais do que protetores dos interesses de seus nacionais, os Estados por vezes atuam em arbitragens para garantir a *sua* interpretação dos acordos de investimentos, com vistas a reservar posições para o caso de virem a ser demandados em futuras arbitragens (ROBERTS, 2010, p. 179-225).

Outro aspecto relevante na dinâmica dos mecanismos ISDS é que apenas investidores podem acionar Estados – a recíproca não é válida. Embora alguns tribunais arbitrais tenham começado a aceitar as chamadas *counterclaims* do Estado nos procedimentos iniciados por investidores – nas quais Estados reagem às demandas de investidores com queixas sobre o comportamento do investidor –, os acordos de investimentos não preveem arbitragem movida pelo Estado contra investidor.

Além disso, ao contrário do modelo brasileiro de acordo de investimento, que apenas prevê arbitragem Estado-Estado, muitos BITs contemplam tanto mecanismos ISDS quanto arbitragem entre Estados. Contudo, nos raríssimos casos em que este último recurso foi utilizado³⁷, nenhuma decisão de mérito foi proferida, o que mantém a arbitragem Estado-Estado uma via ainda pouco explorada.

O acesso direto que investidores possuem ao procedimento arbitral tem desdobramentos sobre a composição dos tribunais que decidem as disputas de investimentos, o que produz efeitos relevantes sobre a percepção dos mecanismos ISDS, como será examinado a seguir.

37 UNCTAD. *Dispute Settlement: State-State*. Documento UNCTAD/ITE/IIT/2003/1, 2003, p. 1; GAUKRODGER, 2016, p. 6; ROBERTS, 2014, p. 1-70.

1.2.2. Escolha e perfil dos árbitros

Dado que os mecanismos ISDS são espécie de procedimento arbitral, em regra cabe às partes na disputa eleger os árbitros que irão decidir a controvérsia (*party autonomy*). Com menos frequência, as partes na disputa confiam essa função a autoridades designadas³⁸. Em geral, cada tribunal é composto por três árbitros: cada parte pode indicar um árbitro e os dois árbitros escolhidos buscam acordar o nome do terceiro, que presidirá o tribunal.

Esse aspecto já revela elemento distintivo dos mecanismos ISDS: as “partes” que definem os árbitros de uma disputa não são os “Estados partes” do acordo de investimentos que prevê a arbitragem investidor-Estado, mas as partes em uma controvérsia, ou seja, o investidor e o Estado demandado. A capacidade conferida ao investidor para influenciar a composição do tribunal produz diversas consequências sobre o perfil dos julgadores e, por consequência, sobre a percepção dos árbitros quanto ao papel da arbitragem investidor-Estado.

Com efeito, parcela significativa dos árbitros de investimentos ainda são “specialized, elite private lawyers or legal academics who basically formed their own closed network to a great extent removed from politics and government oversight”³⁹. Em comparação, os indivíduos convocados para compor painéis sob o sistema de solução de controvérsias da OMC são, em geral, diplomatas ou outros funcionários públicos, nem sempre com formação jurídica, mas com conhecimento de políticas públicas.

Embora a tendência possa estar gradualmente inclinando-se para o maior reconhecimento da função pública existente na arbitragem ISDS,

38 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Arbitrators and decision makers: appointment mechanisms and related issues – Note by the Secretariat. Documento A.CN.9/WG.III/WP.152, 30/08/2018, parágrafo 5.

39 PAUWELYN, 2015, p. 764. Prova desse perfil predominante entre árbitros de investimento é a lista de árbitros recomendados pelo presidente do Conselho de Administração do ICSID (função que é exercida pelo presidente do Banco Mundial). Ver ICSID. Members of the panels of conciliators and of arbitrators. Documento ICSID/10, 13/10/2021.

até hoje a visão predominante entre os operadores dos mecanismos ISDS é de que o propósito dos acordos de investimento é proteger o investidor e seu investimento. Como corolário dessa premissa, o objetivo da decisão arbitral é definir se o investidor faz jus à indenização – ao contrário das disputas na OMC, por exemplo, cujo objetivo se limita a avaliar a consistência de medida governamental à luz dos acordos da OMC, sendo vedada atribuição de indenização (DI MASCIO & PAUWELYN, 2008, p. 56).

Enquanto o árbitro com experiência em advocacia pode ser considerado adequado para a solução de disputas investidor-Estado de natureza comercial, nascidas de cláusulas contratuais, há dúvida se esse perfil é apropriado para decidir sobre a compatibilidade de políticas públicas e outras medidas governamentais à luz de um acordo de investimento. Como visto acima, essa foi justamente a revolução operada com o laudo arbitral do caso *AAPL contra Sri Lanka*, que permitiu ao investidor contestar decisões gerais adotadas por Estados tendo em vista compromissos assumidos diante de outro Estado em um BIT, e não apenas amparado em cláusulas contratuais.

Juntando-se (i) a iniciativa atribuída ao investidor para disparar a arbitragem com (ii) a capacidade de indicar árbitros, não surpreende que a prática da arbitragem de investimento tenha gerado importante segmento de mercado para escritórios de advocacia. Mesmo que se aceite, apenas para fins de argumentação, que os mecanismos ISDS tenham levado à “despolitização” das disputas de investimentos, é difícil negar que também tenham gerado uma indústria que se autoalimenta, na medida em que os escritórios de advocacia podem oferecer ao investidor a iniciativa de propor a arbitragem e também indicar os árbitros. Foi esse quadro que motivou a então comissária de Comércio da União Europeia, Cecilia Malmström, a criticar esse aspecto dos mecanismos ISDS, no contexto das negociações do capítulo de investimentos da Trans-Pacific Partnership (TPP): “We want the rule of law, not the rule of lawyers” (MALMSTRÖM, 2015).

Outro fator importante para entender as peculiaridades dos mecanismos ISDS é a natureza *ad hoc* dos tribunais, ou seja, o fato de que em cada caso a composição do tribunal arbitral é distinta. Tendo presente que, em cerca de 30 anos, ocorreram 1104 arbitragens⁴⁰ – das quais, por exemplo, 68 em 2020⁴¹, 55 em 2019⁴², 71 em 2018⁴³ – pode-se perceber a grande frequência com que esses mecanismos são acionados. Ao contrário do que se poderia esperar, essa elevada frequência não é correspondida por amplo número de profissionais que atuam como advogados e como árbitros. Como se verá mais adiante quando examinadas as críticas ao funcionamento dos mecanismos ISDS, poucos indivíduos dominam as nomeações como árbitros, alguns dos quais, além disso, seguem atuando como advogados.

Essa característica pode gerar conflitos de interesse que impactam a legitimidade da arbitragem de investimentos: o árbitro convocado para decidir caso contra um determinado Estado pode ser, ao mesmo tempo, o advogado de um investidor em outro caso movido contra o mesmo Estado (*double hatting*). Além disso, o interesse de certos árbitros em garantir futuras nomeações pode estimular a tomada de certas posições a fim de criar apelo junto a um tipo de litigante, seja o investidor, seja o Estado. O interesse em nomeações futuras poderia ser explicado por um incentivo material associado à função: enquanto painelista não governamental na OMC recebe honorários de CHF 900/dia (enquanto o governamental, CHF 300/dia)⁴⁴, o árbitro no ICSID é remunerado em US\$ 3000/dia⁴⁵.

40 Na OMC, por exemplo, foram iniciadas 606 disputas entre 1995 até agosto de 2021 (ver WORLD TRADE ORGANIZATION (doravante "WTO"). Chronological list of disputes cases. Para dados de acesso, cf. bibliografia do presente trabalho, item 1.4).

41 UNCTAD. Investor-state dispute settlement cases: facts and figures 2020. IIA Issue Notes, n. 4, Genebra, 2021.

42 UNCTAD. Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1,000 Mark: Cases and Outcomes in 2019. IIA Issue Notes, n. 2, Genebra, 2020.

43 UNCTAD, Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018. IIA Issue Notes, n. 2, Genebra, 2019.

44 WTO. 2018-2019 Budget proposals by the Director-General. Documento WT/BFA/W/427, 19/9/17, parágrafo 3.21.

45 ICSID. Schedule of fees (effective July 1, 2020).

Os montantes envolvidos no custeio da arbitragem investidor-Estado não se limitam, evidentemente, ao pagamento dos profissionais que atuam nesses processos. É necessário recordar que, para o investidor, o objetivo da arbitragem é buscar indenização por dano que alega ter sofrido do Estado. Para referência, as condenações estabelecidas por decisões arbitrais no ano de 2019 variaram entre US\$ 7,9 milhões e US\$ 8,4 bilhões⁴⁶. Para fazer face a essa magnitude de despesas, a fim de apoiar os investidores que desejam propor arbitragens contra os Estados, vem ganhando terreno, ao longo dos anos, a prática do *third-party funding*. Trata-se de transação na qual o investidor recebe empréstimo para custear as despesas com a arbitragem, em troca de parte da indenização que vier a ser definida no laudo arbitral. Em outras palavras, o *third-party funding* transforma a controvérsia investidor-Estado, ela própria, em um investimento de terceira parte.

O conjunto de características descritas acima é desdobramento das prerrogativas que tocam ao investidor de disparar o procedimento arbitral e de eleger árbitros. A título de comparação, poderia ser alegado que os painéis da OMC também são grupos *ad hoc* que se formam para decidir controvérsias, além do fato de que escritórios de advocacia também apoiam países a litigar no sistema de solução de controvérsias multilateral. Entretanto, ao contrário dos mecanismos ISDS, na OMC (i) os procedimentos são acionados apenas por provocação dos Estados membros, os quais recorrem ao sistema de solução de controvérsias com parcimônia, após avaliação de oportunidade e conveniência que leva em conta diferentes aspectos do interesse nacional; (ii) os painelistas são indicados, em regra, em processo de consulta entre o Secretariado da OMC e os Estados envolvidos na disputa⁴⁷ – excepcionalmente, pelo

46 UNCTAD. Review of ISDS Decisions in 2019: Selected IIA Reform Issues. IIA Issue Notes, n. 1, janeiro de 2021.

47 Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Soluções de Controvérsias da OMC, art. 8.6., integrante do Anexo II da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n° 1.355, de 30 de dezembro de 1994 (doravante “Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC”).

diretor-geral da organização⁴⁸; finalmente, (iii) os painéis não possuem mandato para estipular indenizações.

1.2.3. Possibilidades de revisão do laudo arbitral

Outra particularidade dos mecanismos ISDS, que também os distingue do sistema previsto nos acordos da OMC, diz respeito à revisão das decisões adotadas em um litígio. Enquanto as decisões dos painéis da OMC estão, em tese, sujeitas à revisão do Órgão de Apelação, os laudos dos tribunais arbitrais de investimentos são finais e inapeláveis (*finality of awards*).

Entretanto, é necessário observar que há recursos para corrigir falhas consideradas graves na arbitragem. Esses remédios não se equivalem a uma efetiva apelação, mas, em alguns casos excepcionais, serviram para que o Estado demandado pudesse invalidar laudos arbitrais.

Os recursos disponíveis variam conforme o procedimento adotado para a arbitragem. Sob a Convenção que Estabelece o ICSID, qualquer das partes pode pedir (i) a revisão do laudo, nos casos em que for descoberto fato novo que pode afetar o teor da decisão⁴⁹; ou (ii) a anulação do laudo, quando uma parte entender, entre outros motivos, que o tribunal foi constituído de maneira inadequada, excedeu seus poderes, descumpriu gravemente regra processual fundamental ou quando o laudo foi motivado de maneira considerada insatisfatória⁵⁰. Conforme as regras do ICSID, o pedido de anulação é decidido por uma câmara com três árbitros, indicada pelo presidente do Banco Mundial, cujos membros não podem ter atuado no tribunal que redigiu o laudo, nem ser da nacionalidade dos árbitros do tribunal, tampouco das partes no litígio⁵¹.

48 Idem, art. 8.7.

49 Convenção que Estabelece o ICSID, art. 51.1.

50 Idem, art. 52.1

51 Ibidem, art. 52.3.

Por sua vez, a revisão das arbitragens realizadas fora do marco do ICSID é regida pela Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (“Convenção de Nova York”)⁵², a qual é acionada no momento em que o investidor pretender executar o laudo arbitral junto à jurisdição nacional da sede da arbitragem. Entre os motivos que autorizam a anulação do laudo arbitral por um juiz nacional encontram-se (i) a violação à ordem pública do país onde se pretende executar o laudo arbitral⁵³; e (ii) a falta de “arbitrabilidade” do objeto do laudo, ou seja, quando a lei do país onde se pretende executar o laudo não permite o uso de arbitragem para solução da controvérsia em questão⁵⁴.

Na ausência de instâncias de apelação, os mecanismos acima descritos foram acionados por Estados derrotados em laudos arbitrais, com diferentes graus de sucesso. Tomando-se os dados do ICSID, entre 2001 e 2021, 16 pedidos de anulação foram deferidos integral ou parcialmente, enquanto 72 foram rejeitados (de um total de 336 laudos proferidos nesse período)⁵⁵. De maneira relevante para a discussão sobre a reforma dos mecanismos ISDS, a amplitude com que os julgadores avaliaram os pedidos de anulação oscilou ao longo dos anos, tanto no que respeita às câmaras de arbitragem do ICSID quanto nos judiciários nacionais (REISENFELD & ROBBINS, 2017, p. 371-384).

Em alguns casos em que decisões foram revistas, os julgadores anularam laudos de maneira que poderiam ser vistas como próximas a um juízo de apelação, embora tenham buscado justificar seu entendimento em uma das hipóteses existentes para anulação. Por exemplo, em duas ocasiões os comitês do ICSID anularam laudos contrários à Argentina por entender que os tribunais arbitrais correspondentes deixaram de aplicar normas que amparariam a invocação, feita pela Argentina,

52 Promulgada no Brasil pelo Decreto 4.311/2002.

53 Convenção de Nova York, art. V.2.b.

54 *Idem*, art. V.2.a.

55 Ver ICSID. The ICSID caseload – Statistics issue 2021-2. Washington, 28/07/2021, p. 16.

da exceção de “necessidade” para justificar medidas excepcionais que afetaram os interesses de investidores⁵⁶. Juízes nacionais também se imiscuíram na substância de laudos arbitrais: no âmbito da arbitragem *Metalclad contra México*, ao amparo do capítulo de investimentos do NAFTA, a Suprema Corte de *British Columbia* anulou parcialmente o laudo arbitral por entender que os árbitros haviam determinado, em contrariedade ao direito internacional costumeiro, que o compromisso de dar “tratamento justo e equitativo” a investidor abrangia o dever de “transparência”⁵⁷.

Sem prejuízo dos exemplos acima, muitos laudos arbitrais, embora fortemente criticados, deixaram de ser reavaliados por não cumprirem com os estreitos requisitos exigidos para os procedimentos existentes para anulação ou revisão de decisões arbitrais. Essa é uma razão que motiva atualmente a discussão, na UNCITRAL, sobre a possibilidade de estabelecimento de instância de apelação sobre laudos arbitrais, como será discutido no capítulo 3.

1.2.4. Normas aplicáveis variam conforme o acordo de investimento em discussão

Ao contrário dos órgãos de solução de controvérsias da OMC, que aplicam normas acordadas por todos os membros da entidade, cada arbitragem de investimentos é regida pelos termos específicos do BIT entre o Estado demandado e o Estado de nacionalidade do investidor. Isso significa que, na arbitragem investidor-Estado, não apenas as circunstâncias factuais de uma disputa podem variar, como também as normas aplicáveis. Ainda que se reconheça que as redações dos 2.257 BITs atualmente em vigor⁵⁸ possam ser geralmente semelhantes, há

56 *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID, caso n. ARB/02/16, decisão sobre anulação, 29/06/2010, especialmente parágrafos 207-219; *Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID, caso n. ARB/01/3, decisão sobre o pedido de anulação da República Argentina, 30/07/2010, especialmente parágrafo 405.

57 *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, caso 2001 BCSC 664, 02/05/2001, especialmente parágrafo 70.

58 UNCTAD. International investment agreements navigator. Dados em 10/01/2022 (cf. bibliografia do presente trabalho, item 1.4, para dados de acesso).

diferenças no texto e no contexto de diversos acordos, as quais são relevantes do ponto de vista da interpretação de normas jurídicas.

Neste ponto situa-se uma das questões fundamentais trazidas à tona pela discussão sobre a reforma dos mecanismos ISDS. Como se verá no capítulo 3, uma das preocupações suscitadas no âmbito da UNCITRAL diz respeito à alegada falta de consistência entre decisões arbitrais. De fato, dada a natureza *ad hoc* dos tribunais, a jurisprudência arbitral possui casos em que laudos de resultados diametralmente opostos foram proferidos em disputas factualmente similares, julgadas sob o mesmo BIT ou sob acordos diferentes, mas com redações semelhantes.

Contudo, como será examinado na seção 3.3 deste capítulo, é preciso levar em conta que cada acordo foi negociado tendo em conta o equilíbrio de interesses e capacidades de cada Estado envolvido na negociação. A busca por consistência entre decisões arbitrais implicaria, em certa medida, esperar que árbitros harmonizem interpretações de dispositivos encontrados em diferentes acordos de investimento, algo que contradiz a ausência de sistema de precedentes na arbitragem de investimento. Sob o manto da consistência, os árbitros poderiam criar compromissos que os Estados partes de um acordo não desejaram negociar.

Diante da preocupação dos negociadores brasileiros em salvaguardar o ACFI contra a contaminação por interpretações de dispositivos advindos de BITs, essa questão é de interesse direto para o Brasil no âmbito das discussões na UNCITRAL relativas ao estabelecimento de instâncias de apelação, como será explorado no capítulo 4.

1.3. As preocupações que motivam as reformas dos mecanismos ISDS

A estrutura e o funcionamento dos mecanismos ISDS, descritos acima, suscitam preocupações que estão por trás das diversas reformas promovidas ao longo dos últimos anos em acordos de investimento e que igualmente motivam os trabalhos da UNCITRAL.

Ainda que a arbitragem investidor-Estado seja um processo de resolução de disputas, as preocupações com os mecanismos ISDS vão além dos procedimentos que regem a constituição e o funcionamento dos tribunais arbitrais. Tais preocupações têm-se voltado igualmente para as regras substantivas contidas nos acordos – também chamados de padrões de proteção aos investidores – que disciplinam a relação do Estado com o investidor estrangeiro.

Esta parte divide-se em quatro seções. Na primeira, são examinados aspectos procedimentais que afetam a legitimidade dos mecanismos ISDS. A segunda seção, voltada para as regras substantivas de acordos de investimento, ilustra como os tribunais ISDS vêm ampliando o alcance da proteção aos investidores por meio de interpretações expansivas de compromissos assumidos pelos Estados. Tais interpretações são vistas como forma de privilegiar interesses de investidores estrangeiros em detrimento do interesse público perseguido por diversas medidas governamentais discutidas nas arbitragens – o que igualmente impacta a legitimidade dos mecanismos ISDS. A terceira seção aborda preocupações que se podem denominar “sistêmicas”, as quais enfatizam riscos gerados por mecanismos ISDS sobre a previsibilidade e a segurança jurídica da regulação de investimentos⁵⁹.

O conjunto de preocupações analisado nesta parte do capítulo está na base das discussões em curso na UNCITRAL, como será discutido no capítulo 3. Em paralelo a esse processo em âmbito multilateral, diferentes respostas também vêm sendo exploradas pela geração mais recente de acordos de investimentos, especialmente no que concerne às preocupações substantivas aqui abordadas. A presente parte conclui com a seção 3.4, que sumariza o panorama dessas reformas em escala nacional e regional, a fim de demonstrar que o trabalho em curso na UNCITRAL é parte de um contexto mais amplo, marcado pela preocupação com a falta

59 As três ordens de preocupações examinadas neste capítulo estão associadas entre si e são divididas nas categorias descritas acima – procedimentais, substantivas e sistêmicas – apenas para facilitar a discussão.

de legitimidade dos mecanismos ISDS. Como se verá, essa preocupação é liderada em boa medida por economias desenvolvidas.

1.3.1. Preocupações procedimentais levantadas pelos mecanismos ISDS: a legitimidade da organização e do funcionamento da arbitragem investidor-Estado

Não é exagerado afirmar que, para aqueles que adotam posição crítica com relação aos mecanismos ISDS, o vício de origem de todas as mazelas da arbitragem investidor-Estado repousa na capacidade de que goza o investidor para acionar diretamente o procedimento arbitral. Esse sentimento foi resumido pela revista *The Economist* (2014) nos seguintes termos:

If you wanted to convince the public that international trade agreements are a way to let multinational companies get rich at the expense of ordinary people, this is what you would do: give foreign firms a special right to apply to a secretive tribunal of highly paid corporate lawyers for compensation whenever a government passes a law to, say, discourage smoking, protect the environment or prevent a nuclear catastrophe. Yet that is precisely what thousands of trade and investment treaties over the past half century have done, through a process known as “investor-state dispute settlement”, or ISDS.

O trecho acima revela, direta e indiretamente, diversas percepções sobre as peculiaridades procedimentais que colocam em dúvida a legitimidade dos mecanismos ISDS. Dentre elas, destaca-se a percepção de que conflitos de interesses associam árbitros, investidores e seus advogados. A isso soma-se a percepção de que grupo reduzido de atores controla esse sistema, do qual se beneficia materialmente à custa de indenizações cobradas de Estados pelo simples exercício da função regulatória inerente ao governo.

Naturalmente, a realidade é mais complexa do que sugerem essas percepções. Apesar disso, as peculiaridades dos mecanismos ISDS – seja a peculiaridade das regras que os disciplinam, seja a forma como essas

regras são aplicadas concretamente – são de magnitude tal a justificar a discussão sobre os objetivos a que servem atualmente.

No centro das preocupações com a legitimidade dos mecanismos ISDS está a percepção de que conflitos de interesse afetam a independência e a imparcialidade dos árbitros.

As condições que oferecem ambiente favorável a conflitos de interesse estão associadas a traços distintivos dos mecanismos ISDS, a saber: (i) o poder que toca aos investidores de iniciar os procedimentos arbitrais; (ii) a capacidade que possuem as partes na disputa para indicar os árbitros; (iii) a natureza *ad hoc* dos tribunais; e (iv) o objetivo das arbitragens de decidir sobre indenizações devidas ao investidor.

Relacionada a esses fatores, encontra-se uma característica do ambiente em que ocorre a dinâmica dos mecanismos ISDS: a reduzida comunidade de indivíduos que atuam como árbitros (e, em certos casos, também como advogados). Apesar da crescente quantidade de arbitragens investidor-Estado, as designações de árbitros estão concentradas em número reduzido de pessoas.

A título de exemplo, considerem-se as disputas realizadas sob o ICSID entre 2016 e 2020 (254 casos iniciados)⁶⁰. As partes nesses casos fizeram 491 designações de árbitros, as quais recaíram sobre 186 indivíduos. Desse total de pessoas, mais da metade (89 indivíduos) haviam sido indicados, no período, duas ou mais vezes para atuar como árbitros⁶¹. Além da concentração das designações em torno de certos indivíduos, há ainda concentração geográfica relativa à origem dos árbitros. Entre 1966 e 30 de junho de 2021, as principais nacionalidades dos indivíduos designados como árbitros para casos julgados sob o ICSID são de países desenvolvidos, conforme detalhado pela Tabela 2:

60 ICSID. The ICSID Caseload – Statistics Issue, v. 2021-2. Washington, 28/07/2021, p. 7.

61 ICSID. Code of Conduct – Background Papers – Repeat Appointments. Washington, sem data.

**Tabela 2. ICSID – nacionalidade dos árbitros
(1966-2021)**

País	Número de pessoas designadas como árbitros
1. França	287
2. EUA	287
3. Reino Unido	253
4. Canadá	160
5. Suíça	149
6. Espanha	134
7. Austrália	109
8. Alemanha	108
9. Argentina	86
10. México	81
[...]	
19. Brasil	19

Fonte: ICSID ⁶²

Pesquisa detalhada sobre a rede de árbitros de mecanismos ISDS concluiu não apenas que esse grupo está concentrado em indivíduos de países desenvolvidos, mas que, mesmo os árbitros oriundos da América Latina – a única região em desenvolvimento a figurar entre as 10 primeiras nacionalidades dos árbitros – são profissionais formados ou que atuam na Europa ou nos Estados Unidos da América:

[...] the arbitrator network is dominated by a small, dense and interconnected group, where members at the core are unlikely to escape the observation of other members of the core, but may remain insulated from outside influence [...] The arbitrator network is dominated by arbitrators from Europe as well as Anglo-American professionals; however, Latin-American arbitrators trained in Europe, the UK and the US play a fundamental role in the social structure (PUIG, 2014, p. 418-9).

62 ICSID. The ICSID Caseload – Statistics Issue, v. 2021-2, Washington, 28/07/2021, p. 18.

A concentração do universo de árbitros em número limitado de indivíduos com pouca representatividade geográfica não é necessariamente causa de conflitos de interesse, ainda que possa ser indesejável e possa confirmar a percepção de viés anti-países em desenvolvimento ocasionalmente atribuída aos mecanismos ISDS. Entretanto, se esse fator for conjugado às características que distinguem os mecanismos ISDS [itens (i) a (iv) acima], é possível ver que o risco de conflitos de interesse agrava as preocupações com tais mecanismos.

A definição sobre eventuais alegações de quebra de imparcialidade e independência de árbitros é feita a cada caso, sob os procedimentos existentes para a contestação de nomes designados para integrar tribunais arbitrais. Nesses procedimentos, avalia-se a imparcialidade de um árbitro investigando se os argumentos das partes serão “heard and ruled upon by arbitrators with an open mind”⁶³, sem que o árbitro tenha ideias pré-concebidas, que lhe impediriam de julgar com base nos fatos do caso concreto. A independência de um árbitro, por sua vez, está vinculada à noção intuitiva de “conflito de interesses” e diz respeito às relações profissionais ou pessoais entre o árbitro (ou o escritório que eventualmente integre) com uma das partes – relações que podem comprometer a forma como o árbitro decidiria uma controvérsia⁶⁴.

O parâmetro de decisão empregado nas impugnações ao nome de árbitros é um juízo de razoabilidade: de que maneira um *reasonable and informed third party* avaliaria as condições do árbitro em questão para decidir de forma imparcial e independente⁶⁵? Assim, por exemplo, pessoa indicada para tribunal arbitral em caso envolvendo o Equador foi rechaçada por haver previamente declarado a uma revista que países

63 *CC/Devas (Mauritius) Ltd. et al. v. India*, Corte Permanente de Arbitragem, caso 2013-9, decisão sobre contestação de designação de árbitro, 30/09/2013, parágrafo 64.

64 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Ensuring independence and impartiality on the part of arbitrators and decision makers in ISDS. Note by the Secretariat. Documento A.CN.9/WG.III/WP.151, 30/08/2018, parágrafo 60.

65 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Urpart Zuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID, caso No. ARB/07/26, decisão sobre a proposta dos autores de desqualificação do Professor Campbell McLachlan, 12/08/2010, parágrafos 44-45.

como o Equador seriam “recalcitrantes” no cumprimento de decisões de tribunais arbitrais⁶⁶. Por outro lado, em disputa movida pela empresa de saneamento Vivendi, a Argentina demonstrou que um dos árbitros⁶⁷ pertencia ao Conselho de Diretores do banco UBS, que, à época da arbitragem, era o maior acionista individual da empresa Vivendi⁶⁸. Apesar de reconhecer o conflito de interesses entre as duas funções, o órgão que examinou o pedido argentino de anulação do laudo arbitral não entendeu que estava diante de motivo para invalidar a decisão da qual participou o árbitro em questão⁶⁹.

Apenas em poucas ocasiões os recursos existentes para a contestação de árbitros resultam no afastamento de pessoa indicada. Além disso, e talvez mais importante para a discussão sobre a reforma dos mecanismos ISDS, há questões atinentes à legitimidade que se originam da operação ordinária desses mecanismos, e não de anomalias em seu funcionamento.

O interesse em designações futuras pode afetar a imparcialidade de árbitros. A natureza *ad hoc* dos tribunais arbitrais confere à parte em uma disputa – tanto o investidor quanto o Estado – a oportunidade de “votar com seu direito de designação” a respeito de determinado nome para futuras indicações de árbitros. As posições expressadas por determinado indivíduo, seja em decisões anteriores, seja em outras manifestações públicas (como artigos acadêmicos), servem como possíveis indicadores sobre a forma como esse indivíduo decidiria um determinado litígio. Na medida em que a indicação de (pelo menos) um árbitro cabe a cada parte, indivíduos teriam incentivo para mostrarem-se simpáticos às posições de investidores ou Estados, a fim de garantir futuras designações para

66 *Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos de Ecuador*, decisão sobre contestação de árbitro, Corte Permanente de Arbitragem, caso IR-2009/1, 08/12/2009.

67 A advogada suíça Gabrielle Kaufmann-Kohler, uma das pessoas com mais participações em tribunais arbitrais.

68 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID, caso ARB/97/3, decisão sobre pedido de anulação de laudo arbitral, 10/08/2010, parágrafo 20.

69 *Idem*, parágrafo 239.

integrar tribunais arbitrais. Essas designações seriam interessantes, entre outras razões, pelos incentivos materiais descritos anteriormente.

Além disso, até o momento inexistem proibições ao chamado *double hatting*, a possibilidade de que indivíduo atue como árbitro em alguns casos e em outros como advogado, simultaneamente ou com reduzido intervalo de tempo entre as funções de árbitro e advogado. A possibilidade de conflitos de interesse se manifesta, entre outros, quando um mesmo Estado é parte de arbitragens em que o indivíduo atua em capacidades diferentes. Estudo realizado em 2017 sobre o assunto concluiu que “double hatting is not a common or widespread practice across the entire network of cases [...] [but] it is practiced so consistently by a highly visible and powerful core of some of the most influential actors in the system” (LANGFORD & BEHN & LIE, 2017, p. 301-332).

1.3.2. Aspectos substantivos das preocupações levantadas por mecanismos ISDS: alteração dos compromissos negociados pelos Estados

Uma das principais preocupações suscitadas pelos mecanismos ISDS diz respeito à forma como tribunais arbitrais têm interpretado regras substantivas de acordos de investimento. Frequentemente, os árbitros optam por interpretações expansivas cujo resultado concreto é o de ampliar as garantias que tocam aos investidores nas relações com os Estados que hospedam os investimentos. Pelo menos em parte, isso é possível devido à linguagem indefinida com que estão estipulados os principais compromissos assumidos em acordos de investimento, sobretudo aqueles firmados até o final da década de 1990. Algumas propostas discutidas atualmente na UNCITRAL buscam disciplinar os mecanismos ISDS de modo a fazer com que tribunais arbitrais mostrem maior respeito à linguagem e à intenção dos Estados que negociaram os acordos de investimento.

Tais interpretações generosas aos investidores não raro surpreendem negativamente os Estados envolvidos nas disputas (ocasionalmente

até mesmo o Estado de nacionalidade do investidor)⁷⁰, na medida em que veem estabelecidos, pelos árbitros, compromissos que não previam durante a negociação dos acordos. Além disso, podem inibir reguladores nacionais de adotar normas de interesse público, sob pena de instigar futuras demandas de investidores, efeito denominado *regulatory chill* (TIENHAARA, 2011, p. 606-628).

Essa espécie de preocupação suscitada pelos tribunais ISDS está amparada em dados concretos: estudo que examinou todos os laudos arbitrais de investimentos publicados entre 1990 e 2010 concluiu que os árbitros tenderam predominantemente a adotar interpretações expansivas das principais cláusulas presentes em tratados de investimentos. Um total de 73,5% dos entendimentos arbitrais examinados foram na direção de interpretações expansivas, enquanto 26,5% foram consideradas interpretações restritivas (VAN HARTEN, 2018, p. 507-549).

A presente parte ilustra como os tribunais arbitrais empregam cláusulas de acordos de investimentos para expandir a proteção conferida aos investidores. Esse exame está dividido em duas etapas. A primeira, logo a seguir, discute em maiores detalhes a forma como algumas das regras mais comuns em acordos de investimentos vêm sendo interpretadas de maneira expansiva. A segunda etapa analisa o exemplo da jurisprudência da cláusula de “tratamento justo e equitativo” no NAFTA, a fim de mostrar como a tendência a interpretar expansivamente acordos de investimentos por vezes até mesmo faz pouco caso da contrariedade manifestada pelos Estados signatários do acordo sendo aplicado.

1.3.2.1. *Compromissos vagos e interpretações expansivas*

A maior parte dos acordos de investimento possui compromissos similares em benefício de investidores estrangeiros e seus investimentos, também conhecidos como padrões de proteção aos investimentos.

70 Ver abaixo a discussão sobre a forma como Estados signatários do NAFTA expressaram sua contrariedade com a jurisprudência dos tribunais arbitrais que decidiram controvérsias sob o capítulo de investimentos daquele acordo.

Ainda que, por vezes, os padrões de proteção apareçam com redações diferentes (algo que é juridicamente relevante), a maior parte dos acordos de investimentos possui todas ou a maior parte das cláusulas descritas abaixo – todas as quais, como examinado, tiveram seus conteúdos expandidos pela jurisprudência de tribunais arbitrais ao longo dos anos:

a) *Cláusula de “nação mais favorecida” (NMF)*⁷¹: esse dispositivo, comum desde pelo menos os tratados de amizade, comércio e navegação dos séculos XVIII e XIX⁷², estipula que Estados signatários devem conferir-se benefícios não menos vantajosos do que aqueles que concedem a outros Estados. Desse modo, se Estado “A” confere benefício a Estado “C” (e.g., uma isenção tributária), tal benefício é estendido ao Estado “B” caso exista tratado entre os Estados “A” e “B” que preveja a cláusula NMF.

Diversos tribunais arbitrais de investimentos têm-se valido da cláusula NMF para “importar” para dentro de tratado de investimento compromissos não contidos nesse tratado, mas em outro acordo assinado por uma das partes. Para os defensores dessa abordagem, a cláusula NMF permitiria “multilateralizar” as regras contidas nos milhares de acordos de investimentos existentes⁷³.

Um dos casos mais simbólicos da importação de dispositivos substantivos – que inspirou a mudança na política da Índia para acordos de investimento⁷⁴ – foi a arbitragem *White Industries Australia Ltd. contra Índia*⁷⁵. A disputa dizia respeito à execução, no judiciário indiano, de laudo arbitral proferido em contencioso envolvendo o investidor, empresa mineradora australiana, e companhia indiana do mesmo setor. O investidor decidiu converter o caso em uma disputa contra a Índia depois de ter passado mais de nove anos tentando executar o laudo

71 Adota-se a sigla em português no caso dessa cláusula por se tratar de termo utilizado de forma recorrente no Brasil a partir, sobretudo, da experiência com os acordos da OMC.

72 UNCTAD. Most-Favoured Nation Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Nova York e Genebra, 2010, p. 9; OECD. Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law. OECD Working Papers on International Investment 2004/02, setembro de 2004, p. 3.

73 Para defesa dessa tese, cf. SCHILL, 2009.

74 A Índia deixou de contemplar cláusula NMF em seu modelo de acordo de investimento publicado em 2015. O ACFI Brasil-Índia segue essa linha e não contempla dispositivo NMF.

75 *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, laudo de mérito de 30/11/2011.

arbitral no sistema judicial indiano – após cujo transcurso ainda não havia perspectiva de decisão final.

No contencioso movido sob o acordo de investimento Austrália-Índia, o tribunal entendeu que não havia elementos para condenar a Índia por denegação de justiça (um dos elementos centrais da regra do “tratamento justo e equitativo” a ser oferecido a um investidor). Apesar disso, o tribunal aceitou a alegação do investidor de que, por força da cláusula NMF no acordo Austrália-Índia, seria possível importar dispositivo presente no acordo Índia-Kuwait, o qual estipulava o dever de conceder a investidores “effective means of asserting claims and enforcing rights”. Para o tribunal de *White Industries*, enquanto o descumprimento da “denegação de justiça” requer a demonstração de falhas graves e sistêmicas no funcionamento das instâncias judiciais e administrativas nacionais, a alegação de violação ao compromisso de “effective means” é menos onerosa do ponto de vista das provas.⁷⁶ Com base nessa regra, importada do acordo Índia-Kuwait, a Índia foi condenada a indenizar o investidor australiano por conta da “Indian judicial system’s inability” para lidar tempestivamente com o pedido da empresa⁷⁷.

Nem todos os tribunais arbitrais seguem a linha adotada em *White Industries*, no entanto. O desenvolvimento relevante mais recente na interpretação da cláusula NMF ocorreu no julgamento do caso *Içkale contra Turcomenistão*, em 2016⁷⁸. Na decisão dessa disputa, os árbitros entenderam que a cláusula não pode ser aplicada como até então vinha sendo feito pela jurisprudência, ou seja, comparando as cláusulas previstas entre BITs para importar aquelas que fossem consideradas de melhor tratamento. Para o tribunal em *Içkale*, a comparação a ser feita é entre a situação *factual* entre investidores regidos por acordos

76 *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, laudo de mérito de 30/11/2011, parágrafo 11.3.2.

77 *Idem*, parágrafo 11.4.19.

78 *Içkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID, caso ARB/10/24, laudo de mérito de 08/03/2016. Análise sobre a viabilidade desse precedente como possível tendência na interpretação da cláusula NMF no contexto dos acordos de investimento pode ser encontrada em BATIFORT & HEATH, 2018, p. 873-913.

diferentes: o investidor que invoca a cláusula NMF apenas faz jus ao tratamento mais favorável que *concretamente* for outorgado a outro investidor estrangeiro pelo país anfitrião⁷⁹. Esse entendimento, para o tribunal, seria a maneira correta de interpretar a linguagem da cláusula NMF, que prescrevia a comparação entre investidores que estejam “em circunstâncias similares”. Não se sabe se o raciocínio do tribunal em *Içkale* será persuasivo em futuros casos, mas é importante ter presente que a ressalva das “circunstâncias similares” também está prevista nas cláusulas NMF dos acordos firmados pelo Brasil.

b) *Cláusula de “tratamento justo e equitativo”*: o padrão de tratamento justo e equitativo dado a um investidor ou a seu investimento (doravante “FET”, a partir de *fair and equitable treatment*) é a cláusula mais invocada e aplicada em arbitragens de investimento, o que certamente se deve à natureza indefinida com que esse compromisso está expresso em diversos acordos de investimentos. Das 1104 arbitragens de investimentos (de conhecimento público) iniciadas entre 1987 e dezembro de 2020, a cláusula FET foi invocada em 555 dos casos⁸⁰.

Como será examinado em detalhe mais abaixo, o conteúdo da cláusula FET foi significativamente ampliado ao longo dos anos pela jurisprudência dos tribunais arbitrais, algumas vezes em direta contrariedade ao desejado pelos Estados signatários. Enquanto originalmente o tratamento considerado “justo e equitativo” estava mais associado à regra de direito internacional costumeiro que se limita a condenar a denegação de justiça a estrangeiros (o chamado “padrão de tratamento mínimo”), essa cláusula ganhou vida própria na jurisprudência arbitral e hoje impõe a Estados deveres como os de salvaguardar as “legítimas expectativas dos investidores” e de garantir

79 Idem, parágrafo 329: “The terms ‘treatment accorded in similar situations’ therefore suggest that the MFN treatment obligation requires a comparison of the factual situation of the investments of the investors of the home State and that of the investments of the investors of third States, for the purpose of determining whether the treatment accorded to investors of the home State can be said to be less favorable than that accorded to investments of the investors of any third State”.

80 Dados até 31/12/2020, conforme UNCTAD. Investment Dispute Settlement Navigator (para dados de acesso, cf. bibliografia do presente trabalho, item 1.4).

a “estabilidade do marco legal e de negócios”. Não raro, tribunais arbitrais que aplicaram a cláusula FET deram menos valor à redação desse dispositivo – o qual apresenta variações importantes de redação entre os acordos de investimentos – e buscaram, ao contrário, “look for common general interpretative principles” que alegadamente embasariam o propósito do “tratamento justo e equitativo” (ALVAREZ, 2011, p. 205). Como resultado concreto dessa preferência dos tribunais arbitrais por uma interpretação expansiva da cláusula FET, atualmente a jurisprudência considera embutido nesse padrão muito mais do que o dever de garantir acesso à justiça a estrangeiros, o elemento central do “padrão de tratamento mínimo”.

c) *Cláusula de “proteção e segurança plena”*: o dever que incumbe a um Estado de oferecer proteção à integridade física ao estrangeiro decorre do direito internacional costumeiro. Esse dever manifesta-se tanto na responsabilidade do Estado por comportamento de seus agentes (responsabilidade por ação) quanto na proteção aos estrangeiros contra atos de particulares (responsabilidade por omissão)⁸¹. Essa cláusula esteve no centro da primeira arbitragem ISDS registrada (o caso *AAPL contra Sri Lanka*, antes mencionado), que envolveu empresa sediada em Hong Kong e o governo do Sri Lanka no contexto de conflito armado ocorrido naquele país⁸².

A despeito do que preceitua o direito internacional costumeiro, a jurisprudência de tribunais arbitrais de investimento estendeu em determinados casos o alcance desse dever para além da proteção física do investidor⁸³: conforme alguns julgados, o Estado é responsável também

81 UNITED NATIONS. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts – with commentaries. In: Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. II, parte II. Documento A/CN.4/SER.A/2001/Add.1, p. 35, item 4.

82 *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID, ARB/87/3, laudo de mérito de 27/06/1990. O tribunal não acatou o pedido do investidor de que o Estado demandado havia violado a cláusula de proteção e segurança plena.

83 ZEITLER, 2010, p. 190: “No proof can be found in customary international law for further-reaching obligations to provide legal security to aliens apart from the legal obligations relating to police protection. [...] it is modern investment law jurisprudence which has partly expanded on the legal obligations owed to aliens...”.

por espécies menos tangíveis de segurança, como a segurança jurídica⁸⁴. Uma extensão dessa natureza ao escopo da cláusula de proteção e segurança plena já seria controversa pela simples comparação com o direito costumeiro. O que a torna ainda mais discutível é o fato de que não raro os árbitros deixaram de levar em conta a linguagem especificamente acordada pelos Estados que negociaram o tratado em questão, para privilegiar uma espécie de leitura uniforme dessa cláusula, a despeito das diferentes redações com que ela foi estipulada (MOSS, 2008, p. 150).

d) *Cláusula de “expropriação indireta”*: tradicionalmente, as principais queixas de investidores estrangeiros voltavam-se contra nacionalizações de seus investimentos. De forma gradual, contudo, desapropriações diretas foram tornando-se menos frequentes. Ao mesmo tempo, ganhavam espaço as reclamações contra medidas governamentais que impactavam a concretização do objetivo de um investimento ou reduziam severamente o seu valor, embora não afetassem o direito de propriedade que os investidores possuem sobre os investimentos – as chamadas “desapropriações indiretas”⁸⁵.

Em geral, medidas contestadas sob esse padrão de proteção envolvem diretamente a atividade regulatória estatal. Os exemplos incluem reclamações sobre prejuízos causados a investimentos em decorrência de normas de saúde pública⁸⁶, tarifas sobre serviços públicos⁸⁷, regras ambientais⁸⁸ e concessões de licenças para operação de negócios⁸⁹. Como se pode supor, o desafio para a jurisprudência é

84 *Azurix Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID caso ARB/01/12, laudo de 23 de junho de 2006, parágrafo 408: “[...] when the terms “protection and security” are qualified by “full” and no other adjective or explanation, they extend, in their ordinary meaning, the content of this standard beyond physical security”.

85 O conceito de “expropriação indireta” precede a jurisprudência dos mecanismos ISDS e está presente em casos da Corte Permanente de Justiça Internacional (a antecessora da atual Corte Internacional de Justiça) e de arbitragens Estado-Estado das décadas de 1920 e 1930 (DOLZER; SCHREUER, 2012, p. 101).

86 *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID, caso ARB/10/7, laudo de mérito de 08/07/2016.

87 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID, caso ARB/97/3, laudo de mérito de 20/08/2007 (doravante *Vivendi Universal*).

88 *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, laudo de mérito de 03/08/2005.

89 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID, caso ARB (AF)/00/2, laudo de mérito de 29/05/2003.

de definir onde termina o exercício soberano da atividade regulatória do Estado e onde inicia a violação à proteção aos investimentos – e se, e em que casos, é devida compensação a um investidor em decorrência do exercício da atividade regulatória do Estado⁹⁰.

Tradicionalmente, os tribunais arbitrais oscilaram entre três tipos de posições com relação às queixas de expropriação indireta: (i) algumas decisões arbitrais consideraram devida compensação ao investidor tendo como base unicamente os efeitos econômicos que a medida regulatória produziu sobre um investimento (*sole effects doctrine*)⁹¹; (ii) outras arbitragens entenderam que o exercício normal da atividade regulatória do Estado não deve ensejar a obrigação de compensar o investidor por impacto econômico sobre o investimento (*police powers doctrine*)⁹²; (iii) terceira abordagem é a de avaliar a proporcionalidade entre o efeito econômico sobre o investimento e o interesse público perseguido com a medida governamental⁹³, a fim de determinar se o investidor deve ser ressarcido pelos danos sofridos.

A jurisprudência tem-se inclinado na direção de equilibrar a proteção do investidor com o interesse público que inspira as medidas regulatórias – o que indicaria moderação na tendência das arbitragens de apoiar-se na linguagem vaga de regras de acordos de investimentos para ampliar a proteção ao investidor. Contudo, decisões recentes parecem apontar para o que pode vir a se tornar uma forma de contornar a

90 UNCTAD. Expropriation – A sequel. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, p. 78 (“The task of distinguishing between non-compensable regulation, on the one hand, and indirect expropriation, on the other, is one of the key issues in modern international investment law”).

91 Por exemplo, no julgamento do caso *Vivendi Universal*, os árbitros examinaram decisões da província de Tucumán que, entre outros, alteraram as tarifas para o fornecimento de água. O tribunal condenou a Argentina, entre outros, por expropriação indireta, baseado no entendimento de que “the effect of the measure on the investor, not the state’s intent, is the critical factor” (parágrafo 7.5.20).

92 No caso *Philip Morris*, o tribunal julgou se constituía expropriação indireta a obrigação, estabelecida na legislação uruguaia, de que 80% da superfície das embalagens de cigarro fossem utilizadas para afixar mensagens alertando sobre os danos à saúde causados pelo fumo. O tribunal considerou que a medida representava exercício regular da atividade regulatória do Estado, com amparo no direito internacional costumeiro (parágrafo 301).

93 No caso *Tecmed S.A.*, empresa espanhola contestou decisão de autoridade mexicana que deixou de renovar licença para operar depósito de resíduos sólidos após um ano de exploração. O tribunal considerou que a decisão governamental “radically deprived” o investidor “of the economical use and enjoyment of its investments” (parágrafo 115).

complexidade de atribuir indenizações a investidores em casos de ação regulatória do Estado.

Gerações mais recentes de tratados de investimentos possuem cláusulas de “exceções gerais” fortemente moldadas no artigo XX do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT). Conforme este dispositivo, medidas “necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais”, entre outros casos listados naquele artigo, não estão vedadas, mesmo que violem regras do GATT.

No âmbito dos acordos de investimento, contudo, arbitragens recentes consideraram que, independentemente da existência ou não de expropriação indireta, casos que recaem sob “exceções gerais” são passíveis de indenização – independentemente de configurarem exercício normal da atividade regulatória do Estado.

No laudo de 09/09/2021 no caso *Eco Oro Minerals Corp. contra Colômbia*⁹⁴, os árbitros examinaram, à luz do acordo de investimento Canadá-Colômbia, medidas de rezoneamento ambiental levado a cabo pelo governo colombiano. Diante dos fatos do caso, o tribunal entendeu que os prejuízos causados ao investidor (que teve parte de sua propriedade afetada pelo rezoneamento) não constituíam “expropriação indireta”: a Colômbia havia exercido normalmente o poder de polícia, nesse caso para a proteção ambiental. Porém, examinando a mesma medida sob o ângulo das “exceções gerais” do mesmo acordo de investimentos, os árbitros julgaram que seria devida indenização ao investidor, mesmo que a medida que afetou o investimento constituísse exercício regular do poder de polícia. O tribunal chegou a esse entendimento baseado no fato de que o dispositivo das “exceções gerais” é silente quanto à dispensa de ressarcimento pelos prejuízos causados por medidas excepcionais legítimas.

94 *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID, caso ARB/16/41, laudo sobre jurisdição, responsabilização e diretrizes sobre indenização, 09/09/2021.

Essa possível tendência na jurisprudência⁹⁵ sugere que, diante de regras mais rigorosas para definir “expropriação indireta”, investidores poderão recorrer às “exceções gerais” para garantir indenizações a partir de medidas regulatórias legais. Como será examinado mais adiante (capítulo 2), esse tipo de entendimento arbitral merece a atenção do Brasil, cujos acordos de investimento não contemplam a possibilidade de “expropriação indireta”, mas preveem diversas cláusulas com exceções.

1.3.2.2. Interpretando a vontade dos Estados contra a vontade dos Estados – a jurisprudência da cláusula de “tratamento justo e equitativo” do NAFTA pelos tribunais arbitrais de investimentos

Com a intensificação do recurso a mecanismos ISDS, associado ao gradativo desuso de desapropriações de investimentos estrangeiros, investidores passaram a dirigir suas ações contra medidas regulatórias menos invasivas, tais como o indeferimento de renovação de licenças para operar negócios⁹⁶, a imposição de requisitos ambientais sobre determinados negócios⁹⁷ e a retirada de incentivos tributários para empresas geradoras de energia renovável⁹⁸. A cláusula de “tratamento justo e equitativo” (FET) tem sido aceita por diversos tribunais arbitrais como amparo jurídico para que tais espécies de medidas governamentais sejam consideradas ilegais à luz dos compromissos assumidos em acordos de investimentos.

Em sua origem⁹⁹, a cláusula foi concebida como uma tradução, para o contexto da proteção de investidores estrangeiros, da regra de direito internacional costumeiro que impõe um “padrão de tratamento mínimo”

95 Decisão em sentido similar com relação às “exceções gerais” havia sido adotada anteriormente no caso *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID, caso ARB/14/21, laudo de 30/11/2017, parágrafo 477 “[...] Respondent has also failed to explain why it was necessary for the protection of human life not to offer compensation to Claimant for the derogation of Supreme Decree 083”.

96 *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID, caso ARB (AF)/00/2, laudo de mérito de 29/05/2003.

97 *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, laudo de mérito de 03/08/2005.

98 *RWE Innogy GmbH e RWE Innogy Aersa S.A. U. v. Kingdom of Spain*, ICSID, caso ARB/14/34, laudo arbitral de 18/12/2020.

99 OECD. Draft Convention on the protection of foreign property, p. 9.

a estrangeiros¹⁰⁰. Esse conceito possui contornos indefinidos mas, na acepção que se pode considerar mais amplamente aceita, essa regra proíbe a denegação de justiça ao estrangeiro¹⁰¹, com todas as implicações associadas (*e.g.*, direito de acionar autoridades locais, de recorrer de decisões e de ser tratado sem discriminação perante autoridades judiciais ou administrativas). Ainda que “mínimo”, o padrão em tela não deixa de ser controverso, na medida em que traz embutida noção de contornos coloniais, segundo a qual certas legislações nacionais estariam aquém do nível de proteção alegadamente exigido pelo direito internacional¹⁰².

A interpretação mais restritiva do “padrão de tratamento mínimo” considera condenáveis apenas a denegação de justiça que possa ser qualificada como “ultrajante e revoltante” (*egregious and shocking*)¹⁰³. Na formulação consagrada dessa regra costumeira, adotada em contexto distinto da proteção a investimentos estrangeiros – a decisão arbitral do caso *Neer contra México* (1926), gerado a partir de assassinato de nacional norte-americano no México – haveria violação na hipótese em que se possa atribuir a um Estado ação ou omissão que corresponda a “an outrage, bad faith”, ou “wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency”¹⁰⁴.

Entretanto, as decisões arbitrais de investimentos tendem a privilegiar a leitura expansiva da cláusula FET. Essa situação está diretamente associada à linguagem vaga com que a cláusula está frequentemente

100 UNCTAD. Fair and equitable treatment – A sequel. UNCTAD Series on issues in international investment agreements II, Nova York e Genebra, 2012, p. xiv.

101 *Idem*, p. 63.

102 Sob essa interpretação, o padrão FET pode conferir ao investidor estrangeiro tratamento melhor do que aquele prestado ao nacional: “A government might treat an investor in a harsh, injurious and unjust manner, but do so in a way that is no different than the treatment inflicted on its own nationals. The ‘minimum standard’ is a floor below which treatment of foreign investors must not fall, even if a government were not acting in a discriminatory manner” (*SD Meyers v. Government of Canada*, UNCITRAL, laudo parcial de 13/11/2000, parágrafo 259).

103 *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, laudo de mérito de 08/06/2009, parágrafo 22.

104 Caso *L.F.H. Neer and Pauline Neer (United States) v. United Mexican States*, laudo arbitral de 15/10/1926. United Nations Reports of International Arbitral Awards. 1926, v. IV, p. 60 *et seq.*

expressa em diversos acordos de investimentos – uma “clearly nebulous provision”, no dizer de respeitado jurista (SORNARAJAH, 2017, p. 411) –, o que confere aos árbitros a liberdade para inserir sob a formulação de “tratamento justo e equitativo” amplo leque de ações governamentais¹⁰⁵.

A evolução da jurisprudência do NAFTA revela como os tribunais arbitrais de investimento puderam estender o escopo da cláusula FET, de uma concepção originalmente mais restritiva e tradicional para a visão hoje prevalecente, que abrange deveres não contemplados pelos Estados partes do acordo.

O exame da discussão no NAFTA é relevante para o Brasil por, pelo menos, duas razões. Em primeiro lugar, pelo que mostra sobre a capacidade dos tribunais arbitrais de inovar em suas interpretações para favorecer investidores. Em segundo lugar porque, embora nossos ACFIs não contemplem a formulação do “tratamento justo e equitativo”, os acordos firmados pelo Brasil mencionam, com variadas redações, o “tratamento conforme o direito internacional”¹⁰⁶, o que pode abrir a porta para que tribunais ativistas apliquem ao Brasil entendimentos derivados da jurisprudência nascida da cláusula FET, apesar da clara intenção do Estado brasileiro de não endossar tal padrão de proteção (como discutido no capítulo 2).

A linguagem da cláusula no NAFTA¹⁰⁷ estabelecia vinculação entre esse padrão de proteção de investimentos e o direito internacional. O dispositivo estipulava, na parte relevante:

Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security [...].

105 Para juristas cuja posição pode ser classificada como mais inclinada à proteção dos investidores, “lack of precision [do padrão FET] may be a virtue rather than a shortcoming”, uma vez que o padrão FET “allows for independent and objective third party determination” da consistência de medidas governamentais aos compromissos assumidos em acordos de investimentos” (DOLZER & SCHREUER, 2012, p. 133).

106 Por exemplo, o ACFI Brasil-Índia, art. 4.1, e o Acordo sobre Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Emirados Árabes Unidos (doravante “ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos”), assinado em 15/03/2019, ainda não em vigor, art. 2.2.

107 Atualmente substituída pelo USMCA.

As primeiras decisões arbitrais envolvendo o padrão FET no NAFTA já tenderam a cancelar interpretações expansivas. Na primeira arbitragem em que a cláusula foi invocada, *Metalclad contra México*, de 2000, os árbitros consideraram que o México a violara. Segundo o tribunal, a cláusula prescreve o compromisso de “ensure a transparent and predictable framework for [...] business planning and investment”¹⁰⁸, obrigação bastante distinta da proibição da denegação de justiça. No segundo caso, *SD Meyers contra Canadá*, o tribunal considerou que a violação à regra do tratamento nacional implicava automaticamente a violação à cláusula FET¹⁰⁹.

O tribunal do caso *Pope & Talbott*, no ano seguinte, estendeu ainda mais a interpretação da cláusula FET. Para os árbitros, a interpretação de que a cláusula deve ser lida dentro do contexto das normas de direito internacional – em particular o “padrão de tratamento mínimo” – conferiria a investidores de países do NAFTA tratamento pior do que aquele oferecido a terceiros países com os quais Estados partes do NAFTA possuíam acordos de investimento. Isso porque muitos desses acordos possuíam cláusulas FET sem a vinculação ao direito internacional¹¹⁰. Por isso, o tribunal em *Pope & Talbot* optou por adotar “additive interpretation” do artigo 1105 do NAFTA: o tratamento justo e equitativo abrange não apenas o que é exigido pelo “padrão de tratamento mínimo”; a esse nível de proteção devem ser agregados “fairness elements”¹¹¹. O tribunal rejeitou o argumento levantado pelo Canadá, no sentido de que apenas o tratamento ultrajante dispensado ao investidor resultaria em violação da cláusula FET.

Durante o processamento do caso, EUA e México somaram-se ao Canadá em manifestações que propugnaram por interpretação mais restrita do padrão FET. Após ter sua posição desconsiderada pelo

108 *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID, caso ARB(AF)/97/1, laudo de 30/08/2000, parágrafo 99.

109 *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, laudo parcial de mérito de 13/11/2000, parágrafo 266.

110 *Pope & Talbot v. Government of Canada*, laudo de mérito da fase 2, 10/04/2001, parágrafo 116.

111 *Idem*, parágrafo 110.

tribunal arbitral, os Estados partes do NAFTA (e não apenas o Canadá, parte da disputa) valeram-se da possibilidade prevista no acordo¹¹² para emitir interpretação vinculante sobre o teor do artigo 1105. No âmbito da Free Trade Commission (FTC), o órgão governamental do NAFTA competente para adotar interpretações vinculantes, os três países estipularam que o padrão FET deve ser entendido como nada além do que aquilo reconhecido como direito costumeiro internacional:

Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.

2. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens [...].¹¹³

A despeito da posição manifestada pelos signatários do NAFTA, a maior parte dos tribunais formados após a declaração a reinterpretaram em direção que amplia ainda mais os direitos conferidos aos investidores – concretamente deixando de lado a intenção expressa por Canadá, EUA e México (ALVAREZ, 2011, p. 192; DUMBERRY, 2013).

Enquanto o tribunal em *Pope & Talbot* havia adotado “additive interpretation” do padrão FET, os árbitros no caso *Mondev contra EUA*, decidido em 2002 após a declaração da FTC, tomaram os termos da interpretação acordada para, ao contrário de seu texto, justificar uma “evolutionary interpretation”. O tribunal coincidiu com o entendimento da FTC de que a cláusula de tratamento justo e equitativo está circunscrita ao direito costumeiro. Porém, as regras costumeiras *evoluíram* e o conteúdo do “padrão de tratamento mínimo” ao estrangeiro atualmente restringira também condutas estatais menos severas do que aquelas

112 “Article 1131: Governing Law [...]. 2. An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.”

113 Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001).

que ofendiam o direito internacional na década de 1920, quando foi reconhecido o precedente do caso *Neer*, diretamente ligado à denegação de justiça¹¹⁴.

A interpretação evolutiva formulada em *Mondev* foi mantida em laudos arbitrais posteriores. Na orientação dominante na jurisprudência do NAFTA, seriam condenáveis, como resultado da evolução do direito internacional costumeiro, decisões governamentais qualificadas como *arbitrariness*¹¹⁵ e que representem violações a “procedural as well as substantive fairness”¹¹⁶.

Em um dos poucos casos em que os árbitros concordaram com a posição dos signatários do NAFTA, em *Glamis Gold contra Estados Unidos*¹¹⁷, o tribunal considerou que o investidor não conseguiu demonstrar a evolução do direito costumeiro na direção reconhecida pela jurisprudência dos demais tribunais do NAFTA. Para o tribunal, estavam ausentes evidências de prática estatal no sentido alegado pelo investidor, além de ausente a prova do reconhecimento oficial de que nova regra costumeira havia surgido (*opinio juris*). Esse precedente, contudo, praticamente não foi seguido por outros tribunais do NAFTA.

O exemplo da jurisprudência da cláusula FET no NAFTA ilustra o grau de inovação – ou *ativismo* – com que tribunais arbitrais podem criar obrigações não vislumbradas pelos Estados signatários de um acordo de investimento. O estudo desse caso mostra que não apenas diversos tribunais adotaram interpretações extensivas de padrões de proteção de investimentos, como o fizeram contrariamente à vontade explícita dos Estados que negociaram esses padrões.

Como reação à tendência de tribunais a interpretar de forma expansiva normas substantivas de acordos de investimentos, as novas

114 *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID, ARB(AF)/99/2, laudo de 11/10/2002, parágrafos 116 e 123.

115 *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, laudo sobre jurisdição e responsabilidade, 17/03/2015, parágrafo 591.

116 *Idem*, parágrafo 590.

117 *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, laudo de mérito de 08/06/2009.

gerações desses instrumentos buscam limitar a margem de interpretação atribuída aos árbitros. Essa é uma das vertentes da chamada reforma dos acordos de investimentos que tem avançado há mais de uma década, por meio das revisões dos modelos de acordos utilizados por países em suas negociações. Breve panorama dessas reformas é oferecido na parte final do presente capítulo, como pano de fundo em que se desenrolam as discussões, em formato multilateral, no âmbito da UNCITRAL, que serão detalhadas no capítulo 3.

1.3.3. Aspectos sistêmicos das preocupações suscitadas pelos mecanismos ISDS: falta de recursos para remediar decisões inconsistentes e incorretas

Não há sistema de precedentes no âmbito do direito dos investimentos, razão pela qual tribunais arbitrais não estão obrigados a seguir decisões adotadas em casos anteriores. Essa característica decorre (i) da natureza *ad hoc* dos tribunais arbitrais, órgãos constituídos para cada disputa, e (ii) da inexistência de instância superior de revisão de decisões arbitrais. A conjunção desses dois elementos faz com que cada decisão seja um evento único do ponto de vista jurídico.

Além dessas características da organização das arbitragens, o universo de normas de investimento é fragmentado. Apesar dos esforços intelectuais de alguns acadêmicos, a rede de milhares de BITs em vigor não constitui um “regime”, se esse conceito subentender que os árbitros devem harmonizar interpretações de padrões de proteção aos investidores, independentemente do que esteja disposto em cada acordo de investimento. Ao contrário, tribunais arbitrais devem decidir cada controvérsia à luz dos termos e, igualmente, da intenção dos Estados que firmaram o acordo de investimento objeto de uma dada disputa. Entretanto, mesmo quando dois tribunais diferentes interpretam a mesma regra do mesmo acordo em disputas distintas, não há garantia de que as decisões que adotarão serão as mesmas.

A conjunção da natureza *ad hoc* dos tribunais arbitrais com a inexistência de instância de revisão está na raiz de duas preocupações

levantadas com relação aos mecanismos ISDS, a saber, a possibilidade de *inconsistência* entre decisões arbitrais e a falta de remédios contra decisões arbitrais *incorretas* desde a perspectiva da aplicação do direito. Embora nascidas das mesmas características estruturais dos mecanismos ISDS, inconsistência e incorreção são preocupações de naturezas diferentes.

O risco de inconsistência entre decisões arbitrais pode decorrer, em primeiro lugar, de decisões arbitrais que aplicam as mesmas regras do mesmo acordo a disputas diferentes, porém com resultados distintos¹¹⁸. A jurisprudência sobre a cláusula FET dos tribunais constituídos sob o NAFTA é um exemplo dessa inconsistência, quando for contrastada a decisão do caso *Glamis Gold contra Estados Unidos* – que adotou leitura restritiva da cláusula em questão – com todas as demais decisões que endossaram interpretação expansiva do padrão FET.

Outra espécie de inconsistência é identificada nas hipóteses em que disputas sobre os mesmos fatos são decididas de forma contraditória, quando apreciadas por tribunais arbitrais diferentes, sob acordos de investimentos distintos. Um dos exemplos mais invocados sob essa categoria diz respeito ao investimento do norte-americano Ronald Lauder em canal de televisão na República Tcheca. O investidor contestou medida de órgão público responsável pela concessão de licenças de televisão em duas arbitragens autônomas: na primeira, em seu nome próprio, sob o acordo de investimentos EUA-República Tcheca¹¹⁹, e, na segunda arbitragem, por meio de empresa de mídia que controlava (sediada na Holanda), sob o acordo de investimentos Países Baixos-República Tcheca¹²⁰. As decisões das respectivas arbitragens, publicadas com intervalo de 10 dias entre si, apontaram em direções opostas: enquanto o tribunal da primeira arbitragem indeferiu o pedido de indenização

118 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Consistency and related matters – Note by the Secretariat. Documento A.CN.9/WG.III/WP.150, 28/08/2018, parágrafos 11-13.

119 *Ronald S. Lauder v The Czech Republic*, UNCITRAL, laudo de mérito de 03/09/2001.

120 *CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*, UNCITRAL, laudo parcial de 13/09/2001.

feito pelo investidor, os árbitros no segundo tribunal reconheceram o direito à indenização por parte da empresa controlada pelo investidor.

Não é difícil entender as preocupações quanto à falta de previsibilidade e segurança jurídica causadas pelo risco de inconsistência entre decisões arbitrais. Ao mesmo tempo, é igualmente difícil esperar que as decisões arbitrais sejam rigorosamente similares, mesmo diante da ocasional presença de semelhanças (fatos e/ou regras similares), dadas a natureza *ad hoc* dos tribunais arbitrais e a ausência de uma instância responsável por salvaguardar a consistência possível entre decisões arbitrais.

Como será visto no capítulo 3, a preocupação de alguns atores com relação ao risco de inconsistência no “regime” de acordos de investimentos é uma das principais motivações por trás da proposta de se estabelecer instância de apelação em matéria de investimentos, atualmente em consideração na UNCITRAL. Entretanto, a premissa que motiva essa preocupação deve ser vista com cautela, como será discutido no capítulo 4, que abordará a visão brasileira sobre o assunto: enquanto a busca por consistência na interpretação de regras contidas em diferentes acordos de investimentos possui apelo intrínseco, o universo dos acordos de investimentos é significativamente fragmentado e repleto de diferentes textos e contextos, resultados de diferentes equilíbrios negociadores que devem ser respeitados pelos árbitros. No contexto dos acordos de investimento, o eventual objetivo de consistência entre decisões arbitrais pode violar a vontade dos Estados que negociaram tais acordos – e tal resultado levantaria uma segunda ordem de preocupações, aquelas relacionadas à *correção* das decisões arbitrais.

A preocupação com decisões arbitrais *incorretas* envolve decisões que erram na aplicação das normas jurídicas relativas a uma disputa concreta. Enquanto a preocupação com a consistência compara decisões arbitrais em disputas que guardam semelhanças relevantes, a correção é uma preocupação com a qualidade jurídica de cada decisão. Decisões arbitrais incorretas são aquelas que falham (i) na identificação da

norma aplicável ao caso concreto ou (ii) na aplicação da norma que deveria ser invocada pelos árbitros para decidir uma disputa (DE LUCA, 2020, p. 391). A categorização de incorreção de uma decisão arbitral é complexa e possivelmente sempre sujeita a debate. Tendo presente essa ressalva, é possível argumentar que são incorretas as decisões que comprovadamente desrespeitam a vontade plasmada pelos Estados em um acordo de investimento. Sob esse ângulo, a jurisprudência da cláusula FET no âmbito do NAFTA também é exemplificativa de decisões incorretas, se for considerado que desconsiderou a expressa intenção dos Estados signatários do acordo. O respeito às normas jurídicas que determinam atenção à vontade dos Estados partes de um acordo é atributo da correção das decisões arbitrais.

Da mesma forma que a preocupação com a inconsistência, o risco de incorreção de decisões arbitrais é também invocado como justificativa para o estabelecimento de uma instância de apelação em matéria de investimentos. Como será examinado em mais detalhes no capítulo 3, as duas motivações por vezes são apresentadas conjuntamente nos debates em curso na UNCITRAL, muito embora sejam diferentes entre si. Além disso, consistência e correção são objetivos que podem vir a colidir. Conforme assinalado pela delegação da Tailândia durante os debates na UNCITRAL: “Consistency is not an absolute guarantee for accuracy of treaty interpretation. Let us all bear in mind that an emerging *jurisprudence constante* based on a defect in legal reasoning is definitely not something desirable” (ROBERTS & BOURAOUI, 2018). Um cenário de decisões consistentemente incorretas é indesejável.

Com o objetivo de sugerir parâmetros para a atuação do Brasil na UNCITRAL, o capítulo 4 aprofundará a discussão sobre as diferenças entre as preocupações com a inconsistência e com incorreções em decisões arbitrais. O capítulo 2 explicará por que o Brasil tem abordagem própria para acordos de investimentos: tanto o texto das normas incorporadas aos acordos firmados pelo Brasil quanto a prática brasileira na matéria – elemento conformador do direito costumeiro – são distintos daqueles

relativos aos BITs. Por essa razão, no marco das discussões da UNCITRAL o país poderá ter interesse em mecanismos que possam reforçar a *correção* das decisões arbitrais, de modo a respeitar as escolhas feitas pelo Brasil em seus acordos de investimento. Ao mesmo tempo, a especial posição ocupada pelo Brasil no universo de acordos de investimento faz com que seja de interesse evitar que tribunais arbitrais importem indevidamente interpretações advindas de outros acordos de investimentos sob o manto da busca por *consistência*. Clareza quanto à diferença entre essas duas categorias de preocupações é de grande relevância para a posição do Brasil com relação à proposta de criação de uma instância de apelação.

1.3.4. Respostas nos níveis nacional e regional às preocupações suscitadas com os mecanismos ISDS

De certa maneira, a reforma dos mecanismos ISDS já se encontra em andamento, porém geralmente por iniciativa individual de cada Estado. Diversas mudanças foram realizadas recentemente, em BITs e em outros tratados que possuem disciplinas em matéria de investimentos, a fim de limitar a margem de discricionariedade com que árbitros podem decidir controvérsias investidor-Estado.

Desde 2012, por exemplo, o modelo de BIT adotado pelos EUA limita os critérios com que tribunais arbitrais podem interpretar a cláusula FET. Mais recentemente, no âmbito da renegociação do NAFTA que gerou o USMCA, os EUA optaram por excluir de mecanismo ISDS as disputas com o México que se relacionarem à expropriação indireta¹²¹.

A União Europeia é outro ator que tem buscado soluções alternativas a mecanismos ISDS – e, como se verá no capítulo 3, tem utilizado a UNCITRAL como uma das suas plataformas para angariar apoio à visão mais institucionalizada para arbitragens de investimento. No âmbito de

121 Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada. Texto de 1º de julho de 2020, Anexo 14.d, artigos 14.D.3.1.a.i.A e 14.D.3.1.b.i.A.

alguns acordos de livre comércio, a UE negociou com seus parceiros¹²² o estabelecimento de mecanismo permanente de arbitragem em matéria de investimentos, incluindo órgão de apelação – o chamado Investment Court System (ICS). É o caso, por exemplo, do acordo de livre comércio firmado com o Canadá¹²³. Embora o ICS represente inovação em termos de institucionalização, o sistema não deixa de ser um mecanismo ISDS, já que é provocado por demandas de investidores. Diversamente, o Comprehensive Agreement on Investment, acordado recentemente entre a UE e a China, prevê apenas mecanismo Estado-Estado de solução de controvérsias¹²⁴.

Também países em desenvolvimento revisaram suas políticas com relação aos acordos de investimentos a fim de limitar a exposição aos mecanismos ISDS. Confrontados com arbitragens movidas por investidores que geraram impacto político doméstico, Índia e África do Sul deixaram expirar ou cancelaram diversos de seus BITs. Ademais, em 2015 os dois países adotaram novas abordagens com relação a mecanismos ISDS, seja para impor diversas condições antes de permitir a investidor o recurso a tribunal arbitral (caso da Índia)¹²⁵ ou simplesmente para excluir tal possibilidade (África do Sul) (MOSSALLAM, 2015).

Como examinado no próximo capítulo, o Brasil adere definitivamente ao universo de acordos de investimento nesse período marcado por reformas nos âmbitos nacional e regional. Porém, como será ali discutido, a experiência brasileira com esses acordos, assim como os propósitos da abordagem brasileira, difere significativamente daqueles de qualquer outro ator nesse sistema.

122 Para referência, o Acordo de Associação Mercosul-União Europeia não possui capítulo sobre proteção de investimentos, onde frequentemente são incorporados os mecanismos ISDS.

123 Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). Capítulo 8, artigos 8.27 e 8.28.

124 EU-China Comprehensive Agreement on Investment – Agreement in principle. Seção V (“Dispute settlement”).

125 Ver Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty.

1.4. Conclusões parciais

O presente capítulo procurou descrever o contexto em que se situa a discussão na UNCITRAL a respeito da reforma dos mecanismos ISDS.

Foram apresentadas a evolução e as principais características desses mecanismos a fim de que se possa melhor compreender as diferentes preocupações que motivam os esforços de reforma, entre os quais aquele em curso na UNCITRAL. Como discutido acima, as preocupações suscitadas pelos mecanismos ISDS estão diretamente associadas a características de sua estrutura e funcionamento. Em particular, cabe destacar: (i) a prerrogativa que toca ao investidor de decidir pelo início de procedimento arbitral contra um Estado; (ii) a designação dos árbitros pelas partes em uma disputa (pelo investidor e pelo Estado, e não pelos Estados signatários do acordo de investimento); (iii) a natureza *ad hoc* dos tribunais arbitrais; e (iv) a ausência de órgãos de revisão de laudos arbitrais. Esses elementos estão na raiz das preocupações suscitadas atualmente pelos mecanismos ISDS, dentre as quais ressalta o ativismo com que certos tribunais arbitrais têm ampliado os compromissos assumidos pelos Estados que negociaram os acordos de investimento.

O capítulo seguinte aborda a experiência brasileira com acordos de investimento, na qual ficará claro que os negociadores procuraram blindar-se contra as preocupações descritas no presente capítulo. Possivelmente a principal decisão nesse sentido tenha sido a de não incorporar ao modelo brasileiro a opção por mecanismo ISDS, mas arbitragem Estado-Estado.

Entretanto, o capítulo seguinte também argumentará que algumas das preocupações discutidas aqui seguem existindo também em casos de arbitragem Estado-Estado. Por essa razão, interessam ao Brasil os trabalhos da UNCITRAL. Como será explorado no capítulo 4, algumas das propostas e discussão naquele foro podem contribuir para reforçar o objetivo dos negociadores brasileiros de salvaguardar nosso modelo de acordo de investimento contra a contaminação por características associadas aos mecanismos ISDS.

Capítulo 2

O Brasil e os acordos de investimento

O presente capítulo apresenta a abordagem brasileira sobre acordos de investimento e argumenta que, apesar das particularidades que distinguem nossa posição na matéria, algumas das preocupações assinaladas no capítulo anterior a respeito dos mecanismos ISDS também devem merecer a atenção do Brasil. Por conta disso, as discussões em curso na UNCITRAL, que serão descritas no capítulo 3, podem servir para avançar o interesse brasileiro em salvaguardar a sua singular abordagem para acordos de investimento, o que será discutido no capítulo 4.

O Brasil encontra-se em posição praticamente única com relação aos demais participantes dos trabalhos da UNCITRAL: o país não é parte de nenhum BIT e tampouco reconhece a jurisdição de mecanismos ISDS. O presente capítulo discute por que, apesar dessas particularidades, a participação do Brasil na UNCITRAL não é o paradoxo que aparenta ser. Ao contrário, a discussão em curso na UNCITRAL é de interesse do Brasil e este estudo aponta os motivos que justificam a atuação do país nesse processo.

As posições do Brasil no debate sobre a reforma dos mecanismos ISDS na UNCITRAL são pautadas pelo Acordo sobre Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), o modelo de acordo de investimento concebido pelo país e assinado pela primeira vez em 2015, que reflete abordagem original para o tratamento de investimentos. Dentre os diferentes aspectos que distinguem o ACFI de outros acordos de investimento, possuem relevância direta para a discussão em curso na UNCITRAL o fato de o Brasil privilegiar a *prevenção de disputas* e de optar exclusivamente pela possibilidade de arbitragem Estado-Estado

(em lugar de investidor-Estado) em caso de disputas. Soma-se a isso o fato de o modelo brasileiro não utilizar cláusulas comuns de proteção ao investidor, como a formulação de “tratamento justo e equitativo”, a proteção contra “expropriação indireta” e a cláusula de “plena proteção e segurança” ao investimento, as quais, como examinado, têm-se prestado a interpretações expansivas por parte de tribunais arbitrais.

Baseado nessa circunstância particular que distingue o Brasil, a participação brasileira na UNCITRAL pode ser vista como perseguindo duas ordens de interesse: (i) o interesse *proativo* de divulgar a experiência do país no uso de modelo de acordo que adota premissas diferentes daquelas que inspiram os BITs; e (ii) o interesse *defensivo* de salvaguardar a opção feita pelo Brasil ao adotar o ACFI. Uma vez que o ACFI reconhece a jurisdição de tribunais arbitrais, ainda que no formato Estado-Estado, este último objetivo se traduz no interesse de influenciar a estruturação de tribunais arbitrais para que decisões em casos eventualmente envolvendo o Brasil se abstenham de estender à aplicação do ACFI interpretações que se justificariam apenas a países signatários de BITs¹²⁶.

A primeira parte do presente capítulo analisa a trajetória do Brasil no que respeita aos acordos de investimento – uma das mais consistentes ao longo dos anos quando comparada com as trajetórias de outros países. O foco dessa parte não é a pesquisa histórica, mas traçar a história *juridicamente relevante* da prática oficial brasileira no que respeita aos acordos de investimento. Na medida em que tribunais arbitrais de investimento têm dado atenção ao direito costumeiro na interpretação de tratados, a compilação da prática e das motivações brasileiras sobre acordos de investimento é fundamental para mostrar que o Brasil não está vinculado a qualquer norma costumeira que se pretenda alegar ter

126 O interesse “defensivo” em salvaguardar os traços distintivos do ACFI contra interpretações expansivas, derivadas da aplicação jurisprudencial de BITs, é válido indistintamente para as hipóteses em que o Brasil venha a ser demandado em uma arbitragem como quando o interesse em disputa for o de investidor brasileiro.

nascido da prática dos países que optaram por aderir a BITs ou outros acordos de investimentos que tratam da proteção de investimentos.

Após conhecidos os principais momentos da trajetória brasileira, a segunda parte do capítulo examina os aspectos que distinguem o ACFI dos demais acordos de investimento. O ACFI é a mais recente expressão da posição que o Brasil tem historicamente adotado no que respeita a esses acordos. Ainda que o Brasil tenha apenas recentemente decidido ingressar no universo dos acordos de investimentos, não há solução de continuidade, por exemplo, entre a posição do país nas discussões que levaram à Convenção que Estabelece o ICSID, na década de 1960 (simbolizada pelo “Não de Tóquio”), e aquela atualmente plasmada nos ACFIs.

A análise da segunda parte do capítulo volta-se inicialmente à ênfase dos ACFIs em prevenir disputas, componente que faz parte da identidade do modelo brasileiro. É justamente porque esse elemento não possui relação direta com mecanismos ISDS que o Brasil pode utilizar a UNCITRAL também como plataforma para promover visão menos confrontacionista para acordos de investimento, se comparada com aquela oferecida pelos BITs. Trata-se aqui de explicitar a origem do que se denominou acima de interesse *proativo* do Brasil na divulgação de seu modelo.

Logo após, ainda na segunda parte, analisam-se aspectos específicos do ACFI, a fim de ilustrar a forma como o acordo brasileiro propõe compromissos distintos daqueles encontrados em outros acordos. O intuito desse exame é mostrar que o texto, o contexto, o objetivo e a finalidade do ACFI são diferentes daqueles expressos nos BITs. Considerando que “[u]m tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”¹²⁷, o presente capítulo argumenta que a correta interpretação jurídica do ACFI deve respeitar essas diferenças.

127 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, art. 31.1 (promulgada no Brasil pelo Decreto 7.030/2009).

Em consequência, é de interesse brasileiro que eventuais arbitragens envolvendo o país respeitem as escolhas feitas pelo Brasil. O capítulo 4 discutirá em que medida as propostas atualmente em discussão na UNCITRAL permitem avançar tal interesse.

O capítulo conclui chamando atenção para o fato de que, a despeito das diversas salvaguardas incorporadas ao ACFI contra a incorporação de dispositivos ou interpretações alheias à visão brasileira sobre acordos de investimento, tribunais arbitrais mais ativistas poderão encontrar espaço para desafiar a intenção que inspirou o acordo brasileiro. Em outros termos, as preocupações com os mecanismos ISDS, assinaladas no capítulo 1, também podem afetar o Brasil em alguns casos, a despeito da particularidade do ACFI. Esse risco justifica o interesse *defensivo* do Brasil nas discussões em curso na UNCITRAL.

É de interesse do Brasil que as discussões na UNCITRAL possam oferecer mecanismos de arbitragem que respeitem a particularidade do nosso modelo de acordo. Para isso, é importante compreender quais são essas particularidades e por que elas se distinguem dos compromissos assumidos por outros Estados em acordos que seguem o molde dos BITs. Enquanto o presente capítulo examina as particularidades do modelo brasileiro, o capítulo 4 propõe formas de salvaguardar essas particularidades utilizando-se das propostas em discussão no âmbito da UNCITRAL.

2.1. A trajetória única do Brasil no universo dos acordos de investimento

É difícil encontrar hoje em dia países entusiasmados com os mecanismos ISDS. O perfil mais facilmente identificado é o de países que foram favoráveis a mecanismos ISDS em algum momento no passado, mas que, após experiências com contenciosos, atualmente buscam reformar tais mecanismos, seja de forma incremental (caso, por exemplo, dos EUA), seja de forma abrangente, mas conformista (caso, por exemplo, da União Europeia), seja para abandonar integralmente o

uso desses mecanismos (caso, por exemplo, da África do Sul). Quando se consideram os países latino-americanos em particular, a primeira reação foi de resistência – como exemplificado pelo “Não de Tóquio” –, seguida da adesão a BITs que contemplam mecanismos ISDS, chegando até a etapa atual, na qual as atitudes oscilam entre as reformas incrementais (caso da Colômbia) (DUGGAL, 2019, p. 224-240) até a saída do ICSID (caso da Venezuela).

Ao contrário desses países, o Brasil nunca ratificou instrumento que reconhecesse jurisdição de mecanismo ISDS. A presente seção examina dois momentos históricos que contribuíram para consolidar essa posição. Em primeiro lugar, volta-se à década de 1960 para examinar a participação brasileira no processo que resultou na Convenção que Estabelece o ICSID, assim como os debates para a ratificação do Acordo de Garantia de Investimentos Brasil-Estados Unidos da América (seção 2.1). Posteriormente, a seção 2.2 percorre os principais momentos dos debates da década de 1990 e início dos anos 2000, quando a adesão a BITs e outros acordos que contemplavam mecanismos ISDS voltou à agenda nacional. Em ambos os momentos, o Brasil rejeitou a aceitação de mecanismos ISDS.

2.1.1. Os debates da década de 1960

Os debates no Brasil na década de 1960 em torno de acordos de investimento já mostram a preocupação de garantir o respeito à legislação nacional e à autoridade judiciária brasileira sobre eventos ocorridos sob a jurisdição do país. Àquela altura, essa posição se manifestou (i) na rejeição à então recente iniciativa de instalar o ICSID com a previsão de mecanismo ISDS, assim como (ii) na resistência a aceitar que tribunal arbitral, ainda que no formato Estado-Estado, pudesse arrogar-se a competência para julgar a legalidade de decisões de tribunais brasileiros no marco do Acordo de Garantia de Investimentos Brasil-Estados Unidos da América. Esses dois episódios são examinados a seguir.

Com relação aos mecanismos ISDS, como assinalado no capítulo anterior, o Brasil associou-se aos demais países latino-americanos que se opuseram ao lançamento do processo que resultou na Convenção que Estabelece o ICSID, durante a reunião do Conselho do Banco Mundial em 1964. A adesão brasileira ao “Não de Tóquio” representava o corolário da posição defendida pelo Brasil ao longo do processo de reuniões (não negociadoras) patrocinadas pelo Banco Mundial no processo de formulação da Convenção.

Durante a consulta regional realizada em Santiago em 1964, o delegado brasileiro – Francisco da Cunha Ribeiro, consultor jurídico da SUMOC – levantou uma série de incompatibilidades entre a Constituição brasileira e a proposta do mecanismo ISDS previsto no então projeto de convenção:

[...] the draft Convention raised constitutional problems since it implied a certain curtailment of the scope of national legal processes. Brazilian constitutional law guaranteed the judicial power a monopoly of the administration of justice [...] and therefore it would be inadmissible to create within the territory of the nation a body entrusted with decisions in the field of law. Were such activities to be delegated to an international organization, the violation of this constitutional precept would be even more flagrant. [...] despite the optional character of the draft convention, foreign investors would be granted a legally privileged position, in violation of the principle of full equality before the law.¹²⁸

Posteriormente, já durante os encontros do Comitê Legal do Banco Mundial, organizados pelo Secretariado no final de 1964 para colher comentários para o futuro texto da Convenção que Estabelece o ICSID, o mesmo delegado brasileiro manifestava preocupação com o risco de que os tribunais arbitrais formados sob as regras do ICSID pudessem se substituir às instâncias judiciais domésticas¹²⁹.

128 ICSID. Settlement of investment disputes consultative meeting of legal experts, Santiago, Chile, 03/02/1964, Summary record of proceedings, 12/06/1964. In: History of ICSID, v. II-1, p. 306.

129 ICSID. Legal Committee on Settlement of Investment Disputes, Comments by Mr. da Cunha (Brazil) on Chapter II, documento SID/LC/23, 30/11/1964. In: History of the ICSID, v. II-2, p. 838.

A posição brasileira às discussões no Banco Mundial foi assim explicitada pelo ministro de Estado das Relações Exteriores, Vasco Leitão da Cunha:

[...] A posição latino-americana contrária à proposição do [Banco Mundial] se prende ao fato de que, além de considerar duvidosa, em princípio, a utilidade e conveniência de examinar-se a inclusão, num instrumento multilateral, de normas que já fazem parte da tradição constitucional e legal da América Latina, não julgam os Governos latino-americanos, e entre eles o brasileiro, oportuno ampliar-se brusca e desavisadamente o alcance de normas jurídicas internacionais que devem regular relações emergentes dos meios sociais, políticos e econômicos os mais díspares. [...] No plano bilateral, o Governo brasileiro mantém a mesma atitude contrária à conveniência e oportunidade de incluir em instrumento internacional normas constitucionais e legais que sempre fizeram parte da antiga e sedimentada tradição jurídica do país **ou de alargar a jurisdição internacional em detrimento da autonomia da ordem legal interna** [...].¹³⁰

Enquanto o Brasil se opunha, no âmbito externo, à implementação de mecanismo ISDS no que veio a ser a Convenção que Estabelece o ICSID, no plano interno o governo e o Congresso Nacional discutiam a aprovação do Acordo de Garantia de Investimentos assinado com os EUA em 1965, cujos debates voltavam-se a outros aspectos da regulação de investimentos. Diferentemente do instrumento gestado no Banco Mundial, o acordo com os EUA previa arbitragem Estado-Estado, conforme explicado pela Exposição de Motivos assinada pelo ministro Vasco Leitão da Cunha:

27. [...] o acordo não reconhece ao investidor norte-americano qualquer “status” privilegiado com relação ao empresário nacional ou a investidores originários de outros países. Seu principal objetivo é o seguro a ser realizado pelo Governo dos Estados Unidos da América a investidores

130 Exposição de Motivos Ministro de Estado das Relações Exteriores que acompanha a Mensagem nº 230, de 1965 (Submete à consideração do Congresso Nacional o texto do Acordo de Garantia de Investimentos assinado entre os Estados Unidos do Brasil e os Estados Unidos da América, em Washington, em 6 de fevereiro de 1965), *apud Revista Brasileira de Política Internacional*, n. 33-34, 1966, p. 13, grifo nosso.

norte-americanos para acobertá-los precipuamente contra certos riscos não comerciais como os resultados de dificuldades de balanço de pagamentos do Brasil.¹³¹

De fato, o artigo 6º, parágrafo 4º, do Acordo previa que “[s]omente os respectivos Governos podem requerer o processo arbitral e do mesmo participar”¹³². Isso se deve à natureza do acordo de garantia de investimentos, que é distinto de um acordo para a proteção dos investimentos.

No primeiro caso, um Estado compromete-se a ressarcir investidor de sua nacionalidade por prejuízos decorrentes de riscos não comerciais que afetaram investimento realizado no território de outro Estado. Em consequência, o Estado do investidor passa a gozar do direito que cabia ao investidor para reivindicar, junto ao Estado anfitrião, ressarcimento por eventual prejuízo que se alega. Trata-se de relação entre Estados, inclusive no que diz respeito à solução de controvérsias. Diversamente, nos acordos de proteção de investimentos, dos quais os BITs são a forma mais difundida, o Estado de nacionalidade do investidor não se envolve como parte na disputa. A relação se dá diretamente entre o investidor estrangeiro e o Estado que hospeda o investimento.

Como visto no capítulo anterior, no período que antecedeu as tratativas que levaram à criação do ICSID diversos governos defendiam a garantia de investimentos como a modalidade mais adequada para estimular a internacionalização dos fluxos de capitais, e não os acordos de proteção de investidores com mecanismos ISDS. Foi a atuação do Secretariado do Banco Mundial que fez da arbitragem investidor-Estado a opção contemplada por um instrumento multilateral em primeiro lugar.

Pelas razões aludidas acima, o Brasil também preferia um acordo de garantia, considerada uma espécie de disciplina menos invasiva ao ordenamento jurídico interno. Entretanto, se o Acordo de Garantia de

131 *Idem*, p. 15.

132 Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 57.943, de 10 de março de 1966.

Investimentos com os EUA evitava a discussão de mecanismos ISDS, os debates em torno desse instrumento levantaram outras questões relativas à integridade do ordenamento jurídico nacional e da competência dos tribunais brasileiros que ilustram o sentimento prevalecente com relação à arbitragem de investimento, ainda que no formato Estado-Estado. Tal posição influenciará a elaboração do ACFI.

O instrumento salvaguardava o domínio reservado da legislação interna, ao excluir de eventual arbitragem Estado-Estado questões que não fossem de direito internacional público. O parágrafo 3º do artigo 6º do Acordo estabelecia que:

Art.6º.

[...] Parágrafo 3º. Serão excluídas das negociações e do procedimento arbitral aqui contemplados, os assuntos que permaneçam exclusivamente dentro da jurisdição interna de um Estado Soberano. Em consequência, fica entendido que reivindicações decorrentes de expropriação de bens de investidores privados estrangeiros não apresentam questões de Direito Internacional Público a não ser e até que o processo judicial do País Recipiente tenha sido exaurido e se configure uma denegação de justiça, na forma em que tais termos são definidos no Direito Internacional Público.

Como se pode perceber, o Acordo permitia que “procedimento arbitral” pudesse apreciar caso que se “configure uma denegação de justiça, na forma em que tais termos são definidos no Direito Internacional Público”. Movido por proposta de ressalva apresentada pelo então senador Afonso Arinos, o Congresso Nacional entendeu necessário delimitar concretamente o que se entendia por “denegação de justiça”.

A preocupação identificada pelo Legislativo brasileiro evoca a discussão travada no âmbito do NAFTA a respeito do escopo do “padrão de tratamento mínimo” para os fins de interpretar a cláusula de tratamento justo e equitativo (FET). Como analisado no capítulo anterior, os Estados partes do NAFTA alegavam que a cláusula FET deveria ser entendida como o “padrão de tratamento mínimo” reconhecido pelo direito internacional costumeiro, o qual está circunscrito aos casos de

denegação de justiça. Foi visto também que os tribunais arbitrais do NAFTA, em sua maioria, desconsideraram esse posicionamento e, em diversos julgamentos, decidiram que o padrão de tratamento mínimo havia evoluído de maneira a impor aos Estados outras obrigações além daquelas relacionadas à denegação de justiça.

A preocupação do Congresso Nacional durante a discussão do Acordo de Garantias com os EUA foi um passo além daquilo que, décadas depois, defenderiam os Estados partes do NAFTA: os parlamentares brasileiros não estavam apenas preocupados em limitar a competência de tribunal arbitral aos casos de denegação de justiça. O Legislativo brasileiro queria delimitar o que exatamente estaria compreendido sob o conceito de “denegação de justiça”.

E isso porque, conforme o senador Afonso Arinos, o conceito não estaria definido pelo direito internacional público, diversamente do que o texto do Acordo de Garantia pudesse sugerir. Ao contrário, países exportadores e importadores de capitais adotavam posições distintas sobre a “denegação de justiça”, oscilando entre duas visões desse conceito, uma “formal” e outra, “material”:

O conceito formal predominante nos países recipientes de capital é o de que a denegação se verifica quando o Estado não assegura ao estrangeiro uma adequada proteção judicial. O conceito material, adotado pelos países investidores, é o de que ainda que se assegure formalmente a proteção judicial ela pode se exercer de forma injusta para com o estrangeiro.

[...] A denegação de justiça formal é mais de direito interno, e se dá nos casos de recusa de acesso das vias judiciais para o estrangeiro; discriminação, contra ele, no uso dessas vias; ou retardamento injustificável de decisão judicial em casos que interessam a estrangeiros. Já a denegação material diz respeito ao próprio conteúdo da sentença e considera possível que a sentença contra o estrangeiro seja discriminatória e injusta.¹³³

133 Discurso do Senador Afonso Arinos no Senado Federal, Diário do Congresso Nacional (Seção II), 01/05/1965, *apud* Revista Brasileira de Política Internacional, n. 33-34, 1965, p. 41-42.

A preocupação manifestada pelo senador era de que a aceitação do termo “denegação de justiça”, sem qualificação, poderia abrir a porta para que tribunal arbitral adotasse o entendimento “material” desse termo. Conforme essa abordagem, decisões de tribunais brasileiros, mesmo que conformes à lei nacional, poderiam ser contestadas em procedimento arbitral pelo simples motivo de não ser consideradas “justas”:

Desde que assuntos que não sejam de Direito Internacional, mas que estejam afetos à jurisdição interna do Brasil, podem ser levados a arbitramento internacional, em caso de denegação de justiça, por iniciativa de qualquer dos dois Governos, e desde que um destes Governos considere que denegação de justiça existe em casos de sentença injusta, ainda que proferidas nos termos da lei interna, então segue-se que uma sentença dada pelo judiciário brasileiro, nos termos da lei brasileira, pode ser submetida *ex post facto* a uma jurisdição internacional.¹³⁴

A fim de impedir essa eventualidade, o Congresso Nacional acatou proposta para que o alcance da denegação de justiça fosse circunscrito a seus aspectos formais. O Decreto Legislativo nº 69, de 1965, que aprovou no Congresso o Acordo de Garantia de Investimentos Brasil-EUA, estatui:

Art. 2º Ressalva-se que por denegação de justiça, nos termos do artigo VI, § 3º, se entende: a inexistência de tribunais regulares, ou de vias normais de acesso à justiça; a recusa de julgar, de parte da autoridade competente; o retardamento injustificável da decisão judicial, com violação da lei processual interna.¹³⁵

A discussão acima é interessante não apenas pelo registro histórico. Como será analisado mais abaixo, sua relevância segue presente na medida em que o modelo de acordo de investimento brasileiro, o ACFI,

134 *Revista Brasileira de Política Internacional*, n. 33-34, 1965, p. 42.

135 Na nota 258 (17/09/1965), o embaixador dos EUA no Brasil assim reagiu, na parte relevante, à ressalva feita pelo Congresso Nacional: “[...] the Government of the United States accepts the reservation on the understanding that it is restricted to the scope of the arbitration provisions of the Agreement [...] without prejudice to the position of the United States Government [...] that this term [denegação de justiça] has a broader scope than the definition set forth in the reservation made by the Brazilian Congress” (Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-57943-10-marco-1966-398440-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 jan. 2022).

reconhece a formulação da “denegação de justiça”. Os debates acima, e a decisão finalmente adotada pelo Poder Legislativo brasileiro, seguem relevantes para a interpretação da vontade do Estado brasileiro com relação à “denegação de justiça”.

Embora houvesse, na década de 1960, a percepção da importância de oferecer ambiente propício para a atração de investimentos estrangeiros privados, o Brasil traçou limites ao que poderia aceitar na busca desse objetivo: o país não estava disposto a reconhecer a jurisdição de mecanismos ISDS tampouco a aceitar que tribunal arbitral internacional pudesse pairar como instância adicional sobre os órgãos judiciais nacionais. Essas linhas encontravam respaldo na Constituição Federal, assim como na avaliação de que o quadro institucional doméstico conferia ao investidor estrangeiro mecanismos suficientes para responder a eventuais queixas.

2.1.2. Renovação das discussões sobre ISDS e BITs na década de 1990

Na década de 1990 a forma com que se apresentava a discussão sobre ISDS e BITs havia mudado significativamente. Se, na década de 1960, países latino-americanos haviam resistido à preparação da Convenção que Estabelece o ICSID, na década de 1990 muitos já haviam aderido à Convenção. Para ficar apenas na América do Sul, o Paraguai assinou a Convenção em 1981; o Equador, em 1986; Argentina, Bolívia, Chile e Peru assinaram em 1991; o Uruguai, em 1992; e Colômbia e Venezuela, em 1993.

No plano interno, o quadro macroeconômico estimulou o governo a reconsiderar a posição contrária aos BITs (também chamados de APPIs, a partir de “acordos de promoção e proteção de investimentos”)¹³⁶ e, conseqüentemente, aos mecanismos ISDS¹³⁷. Conforme descrito por MAREGA:

136 O termo APPI será empregado indistintamente a BITs neste capítulo.

137 Cabe notar que, em 23 de setembro de 1990, o Brasil assinou a Convenção que Estabelece a Agência Multilateral de Garantia para Investimentos (MIGA), o braço do Banco Mundial responsável pelo seguro de investimentos criado em 1985. A adesão brasileira foi ratificada em 23 de setembro de 1992 e o acordo, promulgado no Brasil pelo Decreto 698 (08/12/1992).

[...] em decorrência da política cambial destinada a conter o processo inflacionário, o Brasil acumulava crescentes déficits em transações correntes, que levaram o Poder Executivo – como parte das políticas públicas de atração de IED [investimentos estrangeiros diretos] – a incentivar a celebração de APPIs, de molde a contribuir para o reequilíbrio das contas externas. Os APPIs passaram a ser vistos como instrumentos internacionais que propiciariam moldura legal, transparência, estabilidade e igualdade no tratamento entre investidores nacionais e estrangeiros (MAREGA, 2005).

A combinação dos fatores externos – a ampla adesão aos acordos de investimento por parte de países vizinhos – com as preocupações domésticas impulsionou parte do governo brasileiro a reconsiderar a posição do país com relação ao assunto. Como examinado por Gilaberte (1995, p. 31), havia o temor em particular de que a diferença nas posições nacionais com relação aos BITs pudesse “redundar em distorções nos fluxos de investimentos dirigidos ao Mercosul” em detrimento do Brasil.

Entre 1994 e 1999, o Brasil assinou quatorze BITs, além de dois instrumentos nessa matéria no âmbito do Mercosul, a saber, os Protocolos de Colônia (sobre proteção de investimentos entre os Estados--partes) e de Buenos Aires (relativo à proteção a investimentos de fora do bloco), conforme listados na Tabela 3.

Tabela 3. Acordos de investimentos assinados pelo Brasil (1994-1999)

1994	1995	1997-1999
<ul style="list-style-type: none"> • Prot. Colônia (17/1) • Portugal (9/2) • Chile (22/3) • Reino Unido (19/7) • Prot. Buenos Aires (5/8) • Suíça (11/11) 	<ul style="list-style-type: none"> • Finlândia (28/3) • Itália (3/4) • Dinamarca (4/5) • França (21/5) • Venezuela (4/7) • Coreia (1/9) • Alemanha (21/9) 	<ul style="list-style-type: none"> • Cuba (29/6/97) • Países Baixos (25/11/98) • Bélgica e Luxemburgo (6/1/99)

Contudo, o esforço do governo para avançar a adesão do Brasil ao regime dos BITs esbarrou em uma série de dificuldades, sobretudo a resistência de parte do Congresso Nacional.

Conforme assinalado no início do capítulo, para os fins da presente seção interessa a história *juridicamente relevante* da tramitação dos acordos assinados pelo Brasil, mais do que o levantamento detalhado da tramitação desses instrumentos. Nesse contexto, o que merece destaque são os termos dos debates suscitados no Congresso Nacional durante a tramitação dos BITs assinados pelo Brasil, quando os parlamentares questionaram não apenas a conveniência política, mas igualmente a compatibilidade de determinados compromissos dos acordos com o ordenamento jurídico brasileiro.

Embora os textos dos acordos não fossem rigorosamente iguais, havia convergência na redação da maior parte dos dispositivos. Os projetos de decretos legislativos relativos a esses acordos foram objeto de emendas substitutivas globais em plenário, na Câmara dos Deputados, que propuseram as mesmas alterações como condição para aprovação dos acordos. Tais propostas de alteração, que serão detalhadas adiante neste capítulo, levaram o Poder Executivo a solicitar a retirada dos acordos de pauta.

A seguir, são apresentados os principais argumentos levantados pelos legisladores brasileiros durante a apreciação dos sete acordos que foram discutidos no Congresso Nacional entre 1994 e 2003¹³⁸. As preocupações descritas abaixo não apenas foram posteriormente levadas em consideração no desenho do que veio a ser o ACFI, como também coincidem com as motivações por trás de algumas das reformas de acordos de investimentos adotadas em terceiros países:

Definição de “investimentos”: os APPIs assinados pelo Brasil optaram por aceitar definição de amplo escopo para “investimentos”, abrangendo

138 Os acordos apresentados ao Congresso Nacional foram: o Protocolo de Buenos Aires sobre investimentos provenientes de Estados não partes do Mercosul (Projeto de Decreto Legislativo – PDL – 301/99) e os APPIs com Portugal (PDL 365/96), Chile (PDL 366/96), Reino Unido (PDL 367/96), Confederação Helvética (PDL 348/96), França (PDL 395/2000) e Alemanha (PDL 396/2000).

desde o ingresso de capital estrangeiro para projetos duradouros até a aquisição de ações por meio de aportes de capital de curto prazo, ocasionalmente voltado à especulação. Para diversos parlamentares, o escopo dos investimentos cobertos por essas definições abrangentes limitaria a capacidade do Estado de eleger espécies de investimentos mais propícias ao desenvolvimento nacional. Conforme o relator do APPI Brasil-Suíça na Comissão de Relações Exteriores da Câmara, deputado Aroldo Cedraz:

Ao definir o termo “investimento” de forma ampla, não houve a preocupação de submeter a política de atração de capital à meta de desenvolvimento pretendido para o país.[...] O presente acordo sobre a promoção e a proteção de investimentos elege um objetivo vago de atração de capital, oferece garantias e vantagens amplas a este, congela no tempo tais prerrogativas, sem em momento algum estabelecer critérios para selecionar os investimentos que seriam mais convenientes ao país.¹³⁹

Tratamento nacional: os acordos contemplavam o compromisso de dar mesmo tratamento ao investidor estrangeiro que aquele atribuído ao nacional que se encontrasse em circunstâncias similares. Na visão de congressistas que apreciaram os acordos, essa espécie de compromisso restringiria a capacidade de implementação de políticas de desenvolvimento, as quais podem envolver a concessão de condições mais favoráveis a setores da economia nacional, em detrimento de concorrentes estrangeiros¹⁴⁰.

Condições para o pagamento de indenizações em caso de desapropriação: os APPIs assinados pelo Brasil em geral estipulavam que, em caso de desapropriação, o investidor faria jus a indenização “imediate” e “em moeda livremente conversível”. Diferentes parlamentares alertaram para a incompatibilidade de dispositivos dessa natureza com regras

139 Discussão sobre o Projeto de Decreto Legislativo 348/1996 (APPI Brasil-Suíça), parecer do relator na Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, deputado Aroldo Cedraz (20/11/96). *Diário da Câmara dos Deputados*, 3 de dezembro de 1996, p. 31622.

140 Ver, por exemplo, o voto do deputado João Fassarella, relator do APPI Brasil-Alemanha na Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, 12 agosto de 2003, p. 37787.

constitucionais brasileiras, segundo as quais, entre outros, a indenização por desapropriações pode ser feito por títulos da dívida pública (CF, artigo 182, parágrafo 4º, inciso III), inclusive títulos da dívida agrária (CF, artigo 184)¹⁴¹.

Livre transferência de capitais: os acordos ainda comprometiam o governo a garantir aos investidores “a livre transferência das importâncias relacionadas aos investimentos” (e.g., APPI Brasil-Alemanha, artigo 5º). Ao aceitar essa cláusula, conforme os parlamentares críticos aos acordos, o país estaria restringindo sua capacidade de responder a crises na balança de pagamento ou de fazer frente a ataques especulativos, por exemplo. A ausência de flexibilizações a esse compromisso ainda foi considerada potencialmente contrária ao artigo 172 da Constituição, conforme o qual a lei brasileira disciplinará “os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”. Para os congressistas, a total liberdade para transferência de capitais, estabelecida pelos APPIs, estaria em contradição com o dever estipulado na Constituição, que presume o interesse em disciplinar em alguma medida o fluxo de capitais.

Expropriação indireta: o APPI com a Alemanha previa uma formulação para expropriação indireta com linguagem similar àquela presente em BITs (“outras medidas com efeitos equivalentes à expropriação ou à nacionalização”, artigo 4º). Porém, além dessa redação, o acordo ainda apresentava anexo interpretativo segundo o qual “[o] direito à indenização também prevalecerá se houver uma intervenção do Estado na empresa objeto de um investimento que comprometa consideravelmente a substância econômica da mesma”. O relator do substitutivo do acordo na Comissão de Economia, Indústria e Comércio, da Câmara dos Deputados, deputado João Fassarella, assim descrevia os riscos oriundos desse dispositivo, em termos não muito diferentes dos debates na jurisprudência arbitral atual sobre os “poderes de polícia” em casos de expropriação indireta:

141 Ver, por exemplo, o voto do deputado Fetter Junior, relator do Protocolo de Buenos Aires sobre investimentos provenientes de Estados não partes do Mercosul na Comissão de Finanças e Tributação, 4 de junho de 2001. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/ordemdoxia/integras/27711.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

[...] O que significa exatamente “intervenção do Estado”? Qual o real significado de “substância econômica”? Assim, poder-se-ia imaginar que uma empresa alemã, teria a faculdade de exigir indenização sempre que alguma ação do Estado brasileiro compromettesse os seus lucros. [...] Enfim, esta cláusula propiciaria reivindicações abusivas por parte da empresa estrangeira, ao mesmo tempo que tenderia limitar a capacidade do Estado (nos níveis municipal, estadual e federal) de regulamentar a atividade econômica tendo em vista questões trabalhistas, ambientais, de saúde pública, etc., e o interesse nacional.¹⁴²

Ausência de exceções para acomodar políticas de interesse público: Diversos congressistas chamaram atenção para o fato de que os APPIs contemplavam poucas flexibilidades que garantissem a legalidade de medidas de interesse público, mesmo que contrárias ao interesse do investidor. Em boa medida, a linguagem dos APPIs assinados pelo Brasil refletia uma geração de BITs que ainda não tinha sido adaptada para responder às interpretações expansivas da jurisprudência dos tribunais arbitrais, a qual estava à época em seu início. Mesmo assim, diferentes relatores incluíram em seus votos tabela que comparava os compromissos assumidos pelo Brasil (mais rigorosos) com o projeto de texto do Acordo Multilateral de Investimentos (AMI), cuja negociação havia sido então recentemente abandonada na OCDE. O objetivo era argumentar que, diversamente dos APPIs, o acordo negociado entre países desenvolvidos na OCDE era mais flexível por, entre outros, possibilitar limites às transferências de capitais, cláusula de proteção ao meio ambiente e à legislação trabalhista, além de prever exceções individuais ao tratamento nacional.

Mecanismo ISDS: os parlamentares críticos aos APPIs apresentaram diferentes pontos para contestar a conveniência política e a compatibilidade jurídica do mecanismo de arbitragem investidor-Estado previsto nos APPIs. Do ponto de vista da consistência jurídica, os congressistas argumentaram que o mecanismo ISDS implicaria duas ordens de consequências: (i) ao permitir que o investidor abra mão de litigar perante

142 Discussão sobre o Projeto de Decreto Legislativo 396-B/2000 (APPI Brasil-Alemanha), parecer do relator na Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, deputado João Fassarella. *Diário da Câmara dos Deputados*, 12 de agosto de 2003, p. 37791.

os tribunais nacionais para acionar diretamente a arbitragem contra o país, o Brasil estaria contrariando a prática até então adotada de exigir o respeito à regra do *esgotamento dos recursos internos*; e (ii) mecanismos ISDS ofenderiam o princípio da inafastabilidade da jurisdição brasileira, prescrito pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação da Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Da perspectiva da conveniência política, no entendimento dos parlamentares o mecanismo ISDS: (i) colocaria em situação de igualdade o estado e uma empresa ou investidor individual, dada a prerrogativa oferecida ao investidor estrangeiro de iniciar procedimento arbitral; (ii) representaria a presunção de que “o investidor não obteria justiça se recorrer à jurisdição nacional, o que é o mesmo que supor, *a priori*, que haverá denegação de justiça no País”¹⁴³; e (iii) implicaria discriminação contra o empresário brasileiro, que não disporia de medidas de proteção semelhantes às aquelas atribuídas ao investidor estrangeiro.

Pairando sobre os argumentos dirigidos a dispositivos específicos dos APPIs encontrava-se uma visão geral de suspicácia com relação ao objetivo desses acordos. Diversos elementos aduzidos ao longo das discussões no Congresso Nacional expressam essa visão, que se traduz na preocupação de garantir o que hoje se chama *policy space* ou o *right to regulate* dos Estados. Tomando por base o voto do deputado João Fassarella na discussão do APPI com a Alemanha (cujo teor é similar ao dos votos de outros relatores na apreciação de outros APPIs), os argumentos críticos levantados à época são reproduzidos a seguir em função da sua continuada atualidade:

– a ideia de que os favorecimentos contidos neste acordo e nos APPIs de um modo geral poderão assegurar um incremento no fluxo de investimentos para o nosso país é assaz ingênua e não condiz com a realidade das relações econômicas internacionais. [...] [A] atração

143 Discussão sobre o Projeto de Decreto Legislativo 348/1996 (APPI Brasil-Suíça), parecer do relator na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, deputado Aroldo Cedraz (20/11/96). *Diário da Câmara dos Deputados*, 3 de dezembro de 1996, p. 31623.

de investimentos externos [...] se dá muito mais pela existência de vantagens comparativas importantes, tais como um grande e saudável mercado interno, infraestrutura adequada, disponibilidade de tecnologia avançada e mão-de-obra qualificada, do que por facilidades abusivas e concessões estéreis;¹⁴⁴

– [o]s APPIs foram concebidos com o intuito de sobrepor-se às legislações internas dos países em desenvolvimento, de forma a fornecer segurança aos investidores estrangeiros;¹⁴⁵

– enquanto as legislações nacionais pretendem, via de regra, disciplinar a internalização de capitais, os APPIs procuram regulamentar, limitando-a, a capacidade dos Estados de exercerem efetivamente tal disciplinamento;¹⁴⁶

Diversos pontos levantados nos debates ocorridos no Congresso Nacional no final da década de 1990 e início dos anos 2000 soam muito semelhantes aos termos com que mecanismos ISDS e BITs são hoje discutidos no mundo todo, especialmente em países desenvolvidos. Uma diferença notável é a pouca referência aos julgados de tribunais arbitrais de investimentos, os quais àquela época ainda eram ocorrências pouco frequentes. Hoje em dia, como examinado no capítulo anterior, diversas das reformas aos mecanismos ISDS e aos BITs em geral estão voltadas a responder a interpretações consideradas expansivas adotadas por tribunais arbitrais. Possivelmente por essa razão a cláusula do “tratamento justo e equitativo”, presente nos APPIs assinados pelo Brasil, não foi objeto de atenção específica à época – ao passo que atualmente esse tema é incontornável nos debates sobre reforma dos acordos de investimentos.

Em termos concretos, a resistência oferecida pelos parlamentares contrários à aprovação dos APPIs nos termos originais tomou a forma de emendas substitutivas globais, que condicionaram a aprovação dos

144 Discussão sobre o Projeto de Decreto Legislativo 396-B/2000 (APPI Brasil-Alemanha), parecer do relator na Comissão de Economia, Indústria e Comércio, deputado João Fassarela. *Diário da Câmara dos Deputados*, 12 de agosto de 2003, p. 37793.

145 Discussão sobre o Projeto de Decreto Legislativo 396-B/2000 (APPI Brasil-Alemanha), parecer do relator na Comissão de Economia, Indústria e Comércio, deputado João Fassarela. *Diário da Câmara dos Deputados*, 12 de agosto de 2003, p. 37786.

146 Idem, *ibidem*.

acordos às seguintes modificações¹⁴⁷: (i) o investidor não teria a prerrogativa de acionar unilateralmente a arbitragem. O recurso ao mecanismo ISDS estaria condicionado à aceitação pelo governo brasileiro. Uma vez que os acordos previam a arbitragem “a pedido” ou “por solicitação” do investidor, as emendas substitutivas interpretaram que essas formulações significavam que a arbitragem dependia necessariamente da anuência do governo brasileiro; (ii) os dispositivos sobre expropriação estavam condicionados ao respeito às regras constitucionais aplicáveis; e (iii) os compromissos do APPI – em particular a obrigação de permitir a livre circulação de capitais – deveriam se submeter à regulamentação do artigo 172 da Constituição.

Diante das dificuldades em aprovar os acordos no Congresso, somado a um contexto internacional que já se mostrava em transformação nessa matéria – exemplificado pelo impasse nas negociações do Acordo Multilateral de Investimentos na OCDE – o governo brasileiro optou por solicitar a retirada de tramitação dos acordos. Convém transcrever porção relevante da Mensagem 1.079/2002, relativa ao APPI com a Alemanha, a qual deixa clara a atitude que começava a surgir naquele momento:

A partir de 1997 testemunhou-se crescente questionamento ao chamado Acordo Multilateral de Investimentos [...], que vinha sendo negociado no âmbito da OCDE. Os dispositivos que aquele instrumento contemplava foram avaliados como um conjunto demasiado abrangente de direitos e prerrogativas que estariam sendo concedidos às empresas multinacionais, em detrimento da jurisdição do Estado e da própria sociedade. Dessa evolução resultou um declínio do apoio político àquelas negociações, particularmente por parte de alguns países europeus, movimento que culminou com o colapso do processo negociador. [...] Setores do Congresso Nacional passaram a ecoar fortemente as críticas formuladas àquele projeto e os APPIs assinados pelo Brasil começaram a ser vistos como uma espécie de versão bilateral do [AMI] e, como tal, não merecedores de endosso político. Embora o Governo tenha oferecido argumentos

147 As emendas propostas pelos congressistas aos APPIs estão resumidas naquelas contidas no projeto de emenda substitutiva do APPI Brasil-Reino Unido. Cf. Parecer da Comissão de Economia, Indústria e Comércio sobre a emenda de plenário ao Projeto de Decreto Legislativo no. 367-B/96 (APPI Brasil-Reino Unido), *Diário da Câmara dos Deputados*, 4 de maio de 2000, p. 21729.

para dirimir dúvidas e esclarecer questões levantadas no Congresso, é forçoso constatar que os acordos, por um lado, nunca encontrou (*sic.*) o respaldo político necessário para sua aprovação e, por outro, deixaram de refletir as tendências que hoje prevalecem no cenário internacional. É essa a conclusão a que chegamos, meus colegas da Fazenda, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e eu próprio, juntamente com o Presidente do Banco Central [...]. A inexistência de acordos do gênero não tem afetado a posição do Brasil como importante receptor de investimentos internacionais, sobretudo de investimentos diretos, cujos fluxos de entrada encontram-se entre os mais altos no grupo dos países em desenvolvimento [...].¹⁴⁸

A experiência com a tramitação dos APPIs – menos a assinatura dos acordos do que a rejeição à sua aprovação nos termos negociados – confirmou a trajetória brasileira com relação aos acordos de investimento iniciada desde a década de 1960¹⁴⁹. Essa trajetória é juridicamente relevante na medida em que tanto a prática estatal brasileira quanto a percepção a respeito do que é considerado obrigatório em decorrência do direito costumeiro (a chamada *opinio juris*) apontam para uma visão única sobre as regras de tratamento de investimentos estrangeiros. Entre outros, a visão brasileira privilegia a aplicação das normas internas pelas autoridades domésticas competentes, salvaguardando espaço para a implementação de políticas de interesse público. Eventuais controvérsias devem ser tratadas no nível reconhecido pelo direito internacional, a saber, entre Estados.

Se é correto dizer que nenhum Estado pode isolar-se do conjunto de regras que integram o direito internacional, não é correto que o Brasil deva estar submetido ao que se possa considerar direito costumeiro na área de tratamento de investimentos. Mesmo que se entenda que algumas regras costumeiras tenham nascido dos dispositivos de teor

148 Mensagem 1.079/2002 (solicita retirada de tramitação do APPI Brasil-Alemanha), *Diário da Câmara dos Deputados*, 13 de dezembro de 2002, p. 54409-54410.

149 Essa trajetória foi confirmada pela posição brasileira nas negociações da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), em cujo âmbito o Brasil procurou resguardar-se contra a aceitação de mecanismos ISDS (cf. AZEVEDO, 2007, p. 119, 134-135).

semelhante presentes em milhares de BITs (uma proposição discutível), a trajetória brasileira é distinta e deve ser respeitada. Da perspectiva do direito internacional costumeiro, o Brasil se qualifica como um *persistent objector*, a saber, um sujeito de direito internacional ao qual não se aplicariam eventuais regras costumeiras nascidas da prática estatal refletida na assinatura de BITs¹⁵⁰.

Os elementos que compõem a visão brasileira sobre acordos de investimentos seriam sofisticados e reforçados mesmo quando o país optou por ingressar no universo dos acordos de investimentos.

2.2. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI): a consolidação da posição brasileira no formato de um acordo de investimento

Na primeira década do século XXI, o perfil do Brasil passou por importantes transformações que alteraram a economia política do tratamento de investimentos no país. Além de destino para investimentos estrangeiros, o país ampliou também a sua participação como investidor no exterior (COZENDEY, 2015, p. 105). A formulação de políticas sobre esse assunto passou a responder crescentemente a demandas de investidores brasileiros interessados em internacionalizar seus negócios. Segundo pesquisa da Fundação Getulio Vargas e da Universidade de Columbia (2017), “[i]n 2015, the top 20 Brazilian MNEs [multinational enterprises] had combined foreign assets of approximately US\$ 96 billion, foreign revenue [including exports] of more than US\$ 97 billion and 174,448 foreign employees [...]”.

Indicativo do interesse do empresariado brasileiro no apoio à internacionalização de seus investimentos foi a pauta de reivindicações formuladas em 2013 em relatório da Confederação Nacional da Indústria (2013). Na parte relativa a investimentos, a entidade propôs, entre

150 “[P]ersistent objection serves to illustrate a lack of consent, or a lack of acceptance of a practice as law, while that lack of consent or lack of acceptance is itself a practice or the acceptance of a different practice as law” (ELIAS, 2006, parágrafo 19).

outros, “[i]ntensificar o apoio da diplomacia brasileira à defesa dos interesses das empresas junto aos governos dos países de destino dos investimentos. Tal apoio é particularmente relevante nos países em desenvolvimento e de economia centralizada.”

O governo brasileiro iniciou discussão interna para elaborar modelo de acordo de investimento que respondesse à demanda do empresariado nacional por maior apoio no exterior, ao mesmo tempo em que respeitasse a sensibilidade manifestada no país com relação a dispositivos de BITs vistos como ofensivos ao ordenamento jurídico nacional ou cuja conveniência política e econômica seria discutível¹⁵¹. Mais do que uma pressão pela adoção de mecanismos ISDS, as consultas com o setor privado brasileiro revelaram o interesse em respostas a problemas práticos enfrentados pelas empresas que ampliavam sua presença no exterior¹⁵². Conforme explicado pelo Brasil no âmbito das discussões sobre reforma dos mecanismos ISDS na UNCITRAL:

The creation of Brazilian CFIA [sigla em inglês para o ACFI] responds to a demand from the national private sector to provide for an alternative system based on dispute prevention. In extensive consultations with Brazilian multinational companies, the government realized that investors were more interested in the improvement of the institutional framework for investment with foreign governments than in after-the-fact remedies that would provoke long and expensive litigation.¹⁵³

151 Após a retirada dos APPIs do Congresso Nacional, o governo buscou, já no governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, elaborar versão de modelo de acordo que respondesse às preocupações levantadas pelos congressistas. O modelo concebido naquele período, quando a tendência de internacionalização das empresas brasileiras ainda era incipiente, distanciava-se bastante dos BITs, mas não oferecia aos potenciais parceiros mais do que o disposto na legislação nacional. O ACFI, concebido conjuntamente pelo Itamaraty e o então ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) já no governo da presidente Dilma Rousseff, procurou agregar elementos que atendessem o pleito do empresariado nacional, assim como compromissos que pudessem tornar o acordo atraente a potenciais parceiros, mesmo que não implicassem a incorporação dos padrões tradicionais dos BITs. A ênfase na cooperação e facilitação de investimentos, assim como a inclusão de cláusulas relativas a tratamento nacional e desapropriação direta serviram a essa finalidade (entrevista com o embaixador Carlos Marcio Bicalho Cozende, 04/11/2021).

152 Entrevista com Daniel Godinho, 08/08/2017, secretário de comércio exterior do então Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (2013-2016).

153 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Submission from the Government of Brazil. Documento A/CN.9/WG.III/WR.171, 11/06/2019, parágrafo 2.

O ACFI, resultado desse exercício realizado no governo, é simultaneamente o reflexo da experiência brasileira com a discussão dos acordos de investimentos tradicionais e a expressão de visão inovadora na regulação de investimentos estrangeiros. O modelo de acordo concebido pelo Brasil também se vale do contexto internacional em transformação, marcado pela percepção crescente de que é necessário equilibrar a relação entre interesse público e interesse dos investidores em ponto mais equânime do que nos BITs. No momento em que o Brasil elaborava o ACFI, diversos países, desenvolvidos e em desenvolvimento, passaram a adotar, com mais frequência, normas e práticas voltadas a salvaguardar o espaço regulatório do Estado. Esse é igualmente o momento em que organizações internacionais promovem discussões sobre os riscos e oportunidades advindos dos acordos de investimento, além de oferecer *expertise* a países que não dispõem de capacitação para negociar ou litigar na área de investimentos.

Durante a segunda década dos anos 2000 Estados e organizações internacionais exploraram mecanismos de disciplina de investimentos estrangeiros estranhos ao molde dos BITs tradicionais. Diversos países atualizaram seus modelos de acordos de investimentos como resposta a interpretações extensivas dadas por tribunais arbitrais, como visto no capítulo 1 (seção 3.4). Organizações como a UNCTAD, por sua vez, promoveram a discussão e troca de experiências sobre temas até então ignorados na regulação de investimentos – uma área que parecia circunscrita ao universo da litigância e das firmas de advocacia – como é o caso da *facilitação de investimentos*.

O modelo de acordo elaborado pelo Brasil é único, entre outros motivos, porque conjuga elementos dessas diferentes tendências em um instrumento organizado em três pilares: (i) a prevenção de disputas, a cooperação e a facilitação de investimentos; (ii) cláusulas sobre tratamento de investimentos e investidores diversas daquelas tradicionalmente estipuladas em BITs; e (iii) solução de controvérsias

no formato Estado-Estado¹⁵⁴. Tomados conjuntamente, esses elementos revelam que a inspiração do ACFI é bastante diversa daquela por trás dos BITS:

O modelo brasileiro parte da concepção de longo prazo de que os Estados devem cooperar para auxiliar a realização e expansão de investimentos recíprocos. Ele reduz a centralidade do litígio, presente na forma como os APPIs tradicionais foram aplicados, e propõe o desenvolvimento de institucionalidade que fomenta o diálogo entre o investidor e o Estado receptor dos investimentos. Consagra disciplinas básicas de proteção ao investimento, que equilibra com dispositivos de responsabilidade social corporativa. Procura prevenir as controvérsias por meio de mecanismos de diálogo, enquanto, em última instância, prevê mecanismo de arbitragem internacional entre Estados, e não entre investidores e Estados (COZENDEY, 2015, p. 89).

Desde o primeiro acordo assinado em 2015, o Brasil já possui 16 acordos inspirados no ACFI (no caso do Chile, assinado em duas ocasiões), com parceiros que representam praticamente toda a América do Sul (excetuados Bolívia e Venezuela), além do México. Na África, o Brasil possui acordos (em ordem cronológica de assinatura) com Moçambique, Angola, Maláui, Etiópia e Marrocos. Um ACFI foi firmado ainda com os Emirados Árabes Unidos e o mais recente acordo foi assinado com a Índia (Tabela 4).

154 Para referência, cabe notar que a legislação brasileira permite arbitragem entre um investidor (nacional ou estrangeiro) e a administração pública, direta e indireta. A lei brasileira de arbitragem (L. 9.307/96, artigo 1º, parágrafo 1º) estipula que “[a] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Até o momento, a jurisprudência (tanto do Poder Judiciário quanto do Tribunal de Contas da União) tem sido rigorosa em exigir a observância do princípio da legalidade como condição para permitir arbitragens entre particulares e órgãos do Estado. A esse respeito, ver o voto vencedor do ministro Luiz Felipe Salomão, no conflito de competências 151130/SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 27/11/2019. Naquele caso, o STJ decidiu que a União não deveria figurar no polo passivo de arbitragem movida por cerca de 40 investidores estrangeiros contra a Petrobras por conta de alegados prejuízos causados pelas repercussões negativas advindas da Operação Lava Jato. Para o STJ, o Estatuto da Petrobras, ao prever a possibilidade de arbitragem, não dava amparo à incorporação da União como réu na arbitragem. Sobre a jurisprudência do TCU, cf. PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. *Evolução interpretativa. Revista de Direito Administrativo*, Brasília, v. 273, set./dez. 2016, p. 165-198; e BEZERRA, 2019, v. 4, n. 19.

**Tabela 4. ACFIs negociados pelo Brasil
(2015-2020)**

País(es) parceiro(s)	Assinatura	Entr. Vigor
Índia	25/01/2020	
Equador	25/09/2019	
Marrocos	13/06/2019	
Emirados Árabes Unidos	15/03/2019	
Guiana	13/12/2018	
Chile – Acordo Livre Comércio	21/11/2018	
Suriname	02/05/2018	
Etiópia	11/04/2018	
Protocolo Intra-Mercosul	07/04/2017	30/07/2019
Peru – Acordo Livre Comércio	29/04/2016	
Chile	24/11/2015	
Colômbia	09/10/2015	
Maláui	25/06/2015	07/10/2018
México	26/05/2015	28/07/2017
Angola	01/04/2015	
Moçambique	30/03/2015	

Fonte: UNCTAD, International Investment Agreements Navigator (em 16/11/2021)

As seções a seguir descrevem os principais elementos do ACFI. Essa análise oferecerá elementos para dimensionar, no capítulo 4, os interesses que pautam a atuação do Brasil na UNCITRAL.

2.2.1. Mecanismos de comunicação para a prevenção de disputas

O modelo brasileiro de acordo de investimento privilegia a prevenção de controvérsias, o que é feito de forma geral por meio da *cooperação* entre os Estados signatários dos ACFIs e da *facilitação* dos investimentos. Para alcançar esses objetivos, o ACFI estabelece canais de comunicação (i) entre o investidor estrangeiro e o Estado anfitrião e (ii) entre os

Estados signatários com o objetivo de, entre outros, “promover um ambiente transparente e amigável para os investimentos”¹⁵⁵.

Os dispositivos que dão forma ao ACFI convergem com as demandas do empresariado nacional, que buscava apoio do governo brasileiro na interação com autoridades estrangeiras na solução de problemas concretos envolvendo seus investimentos externos – e não tanto o acesso a mecanismos arbitrais para solução de disputas.

A abordagem adotada pelo Brasil é inovadora. A imensa maioria dos acordos de investimentos limita-se à *proteção* dos investimentos e investidores estrangeiros, ao contrário da promoção de “condições favoráveis”¹⁵⁶ ao investimento. Segundo a UNCTAD, os acordos tradicionais não costumam contemplar compromissos em matéria de facilitação de investimentos, termo que a instituição define como um “set of policies and actions aimed at making it easier for investors to establish and expand their investments, as well as to conduct their day-to-day business in host countries”¹⁵⁷.

No ACFI, a facilitação de investimentos (e potencialmente a prevenção de disputas) se manifesta por certas regras de conduta assumidas pelos Estados – como o dever de transparência na publicação de normas que afetam investimentos – mas sobretudo pelo estabelecimento de mecanismos que oferecem ao investidor estrangeiro acesso a órgão que possa auxiliar no encaminhamento de questões práticas junto a autoridades públicas. Elemento central no desempenho dessa função são os pontos focais (ou *ombudspersons*) previstos em cada acordo, os quais, entre outras competências, possuem mandato para dar andamento a pedidos, consultas e reclamações formuladas por investidores perante órgãos do Estado anfitrião¹⁵⁸. Em função da capilaridade esperada da

155 ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos, sexto parágrafo preambular.

156 ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos, segundo parágrafo preambular.

157 UNCTAD. Global Action Menu for Investment Facilitation. Genebra, 2017, p. 12.

158 A figura do *ombudsperson* adotada pelo Brasil foi inspirada pelo exemplo da Coreia do Sul, que foi apresentado ao então secretário de comércio exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio brasileiro durante evento na UNCTAD (entrevista com Daniel Godinho, 08/08/2017).

ação do ponto focal, essa função foi atribuída no Brasil à Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), que possui capacidade de mobilizar o aparato do governo em busca de respostas a pleitos recebidos de investidores.

Além dos pontos focais, os ACFIs estabelecem comitês conjuntos entre os Estados signatários, outra inovação que distingue os acordos brasileiros dos demais, dado que os BITs não costumam prever instâncias de diálogo entre os Estados. A existência de mecanismos dessa natureza é mais comum nos capítulos de investimentos de acordos de livre comércio. Entretanto, mesmo nesses acordos os órgãos de diálogo entre os Estados signatários limitam-se, em geral, a administrar aspectos diretamente ligados à solução de controvérsias investidor-Estado – como no exemplo do NAFTA, examinado acima, em que órgão composto pelos Estados signatários valeu-se da possibilidade de adotar interpretações vinculantes do acordo a fim de restringir a margem de interpretação dos tribunais arbitrais.

De forma diversa, as atribuições dos comitês conjuntos dos ACFIs incluem, além da gestão do acordo, a promoção de oportunidades de investimentos mútuos e a definição e implementação das Agendas para Cooperação e Facilitação de Investimentos, as quais reúnem pauta de demandas concretas moldadas ao perfil de cada relação bilateral. As Agendas incluem, por exemplo, a discussão de regimes de vistos de negócios e procedimentos de emissão de licenças ambientais¹⁵⁹.

Os comitês conjuntos são igualmente competentes para “buscar resolver quaisquer temas ou disputas relativas a investimentos [...] de maneira amigável”¹⁶⁰. Os comitês contam, nessa função, com a colaboração dos pontos focais¹⁶¹. Os ACFIs estabelecem procedimento de prevenção de controvérsias nas hipóteses em que “uma Parte considerar que uma medida específica adotada pela outra Parte constitui uma violação” do

159 Exemplos encontrados no Acordo sobre Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola (doravante “ACFI Brasil-Angola”), assinado em 01/04/2015, em vigor desde 28/07/2017.

160 ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos, art. 18, parágrafo 4º, item (e).

161 Idem, art. 19, parágrafo 5º.

ACFI¹⁶². Segundo esse procedimento, o comitê conjunto avaliará a queixa formulada por um dos Estados signatários e elaborará relatório com suas conclusões a respeito da compatibilidade da medida contestada à luz dos compromissos do ACFI. O comitê conjunto poderá solicitar opiniões de partes interessadas a fim de formar suas conclusões sobre o caso, o que não implica apenas o investidor, mas também comunidades afetadas por uma controvérsia. Medida dessa natureza contribui para a transparência do procedimento e “responds to the long-lasting criticism of investment disputes being resolved behind closed doors, without the desirable scrutiny from the society and other stakeholders”¹⁶³.

O procedimento de prevenção de disputas desempenha papel importante na dinâmica estabelecida pelo ACFI. Em primeiro lugar, a etapa de prevenção é condição para que uma controvérsia avance para a arbitragem, caso uma das partes não estiver satisfeita. Entretanto, além disso, o ACFI exclui do escopo da arbitragem determinados dispositivos, como as exceções em matéria ambiental. Para esses casos, a única instância de discussão será o procedimento de prevenção de disputas.

Caso o procedimento não resolva a queixa levada ao comitê conjunto, qualquer dos Estados partes do ACFI (sem a necessidade do consentimento da outra parte) pode avançar rumo à arbitragem Estado-Estado, cuja regulação será examinada mais abaixo.

2.2.1.1. *As discussões sobre facilitação de investimentos na OMC*

A visão brasileira sobre o papel dos acordos na facilitação de investimentos é reforçada pela ação diplomática do país na Organização Mundial do Comércio.

O Brasil esteve ativamente envolvido no processo que levou, na Conferência Ministerial de 2017 da OMC (Buenos Aires, 10-13/12), à adoção da declaração ministerial sobre facilitação de investimentos

162 Idem, art. 24, parágrafo 1º.

163 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Submission from the Government of Brazil. Documento A/CN.9/WG.III/ WP.171, 11/06/2019, parágrafo 13.

para o desenvolvimento, que iniciou discussões estruturadas sobre o assunto¹⁶⁴. A fim de contribuir para debates concretos sobre o tema, e com base em diferentes dispositivos do ACFI, o Brasil circulou, em 2018, proposta de texto negociador sobre um acordo em matéria de facilitação de investimentos¹⁶⁵. A iniciativa negociadora foi exitosa: em julho de 2023, grupo de Estados membros que representa mais de dois terços da OMC alcançou entendimento sobre o texto do Acordo de Facilitação de Investimento para o Desenvolvimento¹⁶⁶. O desfecho favorável dessas tratativas, com apoio da maior parte dos membros daquela Organização, respalda a visão brasileira sobre o tratamento de investimentos, refletida nos ACFIs¹⁶⁷.

Como será examinado no capítulo 3, a agenda da UNCITRAL sobre a reforma dos mecanismos ISDS abrange também a discussão sobre prevenção de disputas. Dentre os temas que deverão ser discutidos sob essa rubrica encontra-se a possibilidade de estabelecimento de pontos focais em âmbito nacional, a fim de prevenir que queixas de investidores atinjam o nível de uma disputa. O capítulo 4 abordará a possibilidade de aproximar os trabalhos da UNCITRAL às discussões da OMC em matéria de facilitação de investimentos, dado o potencial de colaboração existente nesse ponto.

2.2.2. Tratamento de investimentos: privilégio da aplicação da legislação nacional

O ACFI também se distingue dos acordos tradicionais de investimento moldados nos BITs porque evita a maior parte dos dispositivos de proteção de investimentos estrangeiros que, ao longo dos anos,

164 WTO, Joint ministerial statement on investment facilitation for development. Documento WT/MIN(17)/59, 13/12/2017.

165 WTO. Structured discussions on investment facilitation – Communication from Brazil. Documento JOB/GC/169, 01/02/2018. Ver também WTO. WTO structured discussions on investment facilitation for development – Informal consolidated text. Documento INF/IFD/RD/50/Rev.2 (reservado), 15/07/2020.

166 Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio e Ministério das Relações Exteriores. Concluído Acordo sobre Facilitação de Investimentos para o Desenvolvimento na OMC, nota conjunta, 07/07/2023.

167 Entrevista com o ministro Felipe Hees, 31/12/2021.

têm permitido interpretações arbitrais expansivas. Mesmo cercado por diversas salvaguardas, que serão examinadas a seguir, os ACFIs mais recentes foram incorporando mais regras sobre tratamento de investimentos do que as primeiras gerações do acordo brasileiro, em geral em resposta a pedidos dos parceiros nas negociações¹⁶⁸.

O modelo brasileiro não contempla padrões de proteção de linguagem vaga, como “tratamento justo e equitativo”, “medidas de efeito similar à expropriação” (sinônimo de expropriação indireta) ou “proteção e segurança total”. Alguns ACFIs, em realidade, excluem explicitamente esses padrões¹⁶⁹. Além disso, cláusulas que têm permitido interpretações mais generosas ao investidor são matizadas no ACFI. A cláusula de nação mais favorecida, por exemplo, exclui a extensão de benefícios decorrentes de dispositivos que disciplinam solução de controvérsias¹⁷⁰. Ademais, a definição de “investimento” nos ACFIs exclui a propriedade de participação minoritária em um empreendimento.

Uma das razões que justifica a dificuldade de acomodar no ACFI uma cláusula como a do “tratamento justo e equitativo” (FET) é o fato de o modelo brasileiro privilegiar a aplicação da legislação nacional. A cláusula FET, como visto antes, adota a premissa de que as legislações nacionais devem observar um “padrão de tratamento mínimo” estabelecido pelo direito internacional – cujo conteúdo é preenchido pelos tribunais arbitrais, não raro amparado em uma interpretação expansiva do direito internacional costumeiro. Essa noção é estranha ao propósito que subjaz

168 Entrevista com o embaixador Norberto Moretti, 17/11/2021.

169 Por exemplo, ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos, art. 4.3; Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul, assinado em 07/04/2017, em vigor desde 30/07/2019, artigo 4.3; Acordo sobre Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Suriname (doravante “ACFI Brasil-Suriname”), assinado em 02/05/2018, ainda não em vigor, art. 4.3; e Acordo sobre Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República Cooperativa da Guiana (doravante “ACFI Brasil-Guiana”), assinado em 13/12/2018, ainda não em vigor, art. 4.4.

170 A demanda por tal qualificação vem, em geral, dos parceiros com os quais o Brasil negocia ACFIs, e não do Brasil. Isso é justificado pelo fato de que esses outros Estados possuem BITS em sua carteira de acordos e buscam evitar que a cláusula de nação mais favorecida do ACFI seja usada para permitir que investidores brasileiros se valham “pela porta dos fundos” de mecanismos ISDS contra esses Estados (entrevista com o secretário Pedro Mendonça Cavalcante, 29/12/2021).

ao ACFI, o qual confere papel limitado à aplicação do direito internacional na disciplina das relações de investimentos.

Diversos compromissos relativos ao tratamento de investimentos no ACFI consagram a aplicação da legislação nacional. Isso não significa que o ACFI pouco concede aos investidores estrangeiros. Com efeito, em certos casos, o compromisso de conferir o tratamento dispensado pela legislação nacional ao investidor estrangeiro implica concessão de acesso a mercados (CHOER MORAES & CAVALCANTE, 2021, p. 314), a exemplo do que faz o ACFI Brasil-Índia (artigo 5º) quando impede a imposição de regras desfavoráveis ao investidor não existentes no momento da vigência do acordo. Um outro exemplo, válido para todos os ACFIs, é a própria possibilidade de recurso a procedimento arbitral em casos nascidos de alegada violação ao acordo, um compromisso que beneficia (mesmo que indiretamente, por intermédio dos Estados) apenas os investidores nacionais de países que tenham firmado ACFIs.

A preferência plasmada nos ACFIs pela aplicação do direito nacional reflete a percepção de que o marco legal e institucional existente no país signatário (incluindo os seus tribunais) oferece condições satisfatórias para amparar investimentos estrangeiros – o que dá continuidade à tradição que inspirou a posição do Brasil, por exemplo, nos debates em torno do Acordo de Garantias com os EUA. Não se entende necessário complementar as normas nacionais com a proteção advinda do direito internacional, tampouco compensar por eventuais limitações no funcionamento das instituições administrativas e judiciais locais. Exemplo dessa visão é o dispositivo, presente em alguns ACFIs, que assegura ao investidor estrangeiro afetado por desapropriação direta o direito à revisão da decisão por autoridades nacionais (e não por tribunais arbitrais internacionais):

O investidor afetado terá direito, em conformidade com a lei da Parte que realize a desapropriação, a uma revisão de seu caso pelas autoridades administrativas, judiciais ou outras autoridades competentes e independentes da Parte, para determinar se a desapropriação e a avaliação

do seu investimento foram adotadas de acordo com as disposições deste Artigo.¹⁷¹

A preferência pela aplicação da legislação nacional pode ser identificada em diferentes dispositivos do modelo de acordo brasileiro. Por exemplo, a cláusula geral de “admissão e tratamento” contida no ACFI com o Equador (artigo 4º) estipula que cada parte concederá aos investimentos da outra parte os direitos “em conformidade com suas leis e regulamentos”. Por sua vez, o ACFI com o Marrocos prescreve que a indenização devida em decorrência da desapropriação direta deverá “ser paga sem demora indevida, em conformidade com o ordenamento jurídico do Estado anfitrião” (artigo 6.3(a)), em um reflexo das preocupações manifestadas pelo Congresso Nacional nos anos 1990 com relação às cláusulas sobre desapropriação nos APPIs. Finalmente, no ACFI com o Equador, expressões de caráter indefinido (“razoável, objetiva e imparcial”) são deixadas para interpretação em conformidade com a lei nacional: “Em conformidade com os princípios do presente Acordo, cada Parte garantirá que todas as medidas que afetam o investimento sejam administradas de maneira razoável, objetiva e imparcial, em conformidade com seu ordenamento jurídico” (artigo 4.3).

Além da aplicação da legislação nacional, é igualmente importante entender em que medida os ACFIs estão expostos à aplicação do direito internacional. Esse ponto é relevante dado que será por meio da aplicação do direito internacional que tribunal arbitral constituído sob o ACFI irá julgar a compatibilidade de medida adotada por um dos Estados partes com os dispositivos estipulados no acordo. É esse o parâmetro de julgamento adotado por tribunais internacionais, inclusive os tribunais arbitrais, e não o de servir de instância de apelação com relação à aplicação do direito interno do Estado responsável por uma medida atacada. Conforme o tribunal arbitral no caso *Tecmed*, no âmbito do NAFTA:

171 Acordo sobre Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Equador (doravante “ACFI Brasil-Ecuador”), assinado em 25/09/2019, ainda não em vigor, art. 7.6.

That the actions of the Respondent [o Estado demandado por um investidor] are legitimate or lawful or in compliance with the law from the standpoint of the Respondent's domestic laws does not mean that they conform to the Agreement or to international law.¹⁷²

Alguns ACFIs preveem que, em certas hipóteses, o investidor estrangeiro receberá tratamento conforme o direito internacional. Há diferentes passagens e redações nos ACFIs sobre esse tema. Alguns exemplos em que o direito internacional é mencionado nos acordos firmados pelo Brasil são os seguintes:

ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos:

Este Acordo não limitará os direitos e benefícios de que um investidor de uma Parte goze ao amparo do Direito nacional ou internacional no território da outra Parte¹⁷³.

ACFI Brasil-Índia:

Com base nas regras e costumes do direito internacional aplicáveis, conforme reconhecidos por cada uma das Partes e suas respectivas legislações nacionais, nenhuma Parte submeterá investimentos feitos por investidores da outra Parte a medidas que constituam:

- a) denegação de justiça em quaisquer processos judiciais ou administrativos;
- b) violação fundamental do devido processo legal;
- c) discriminações direcionadas, tais como de gênero, de raça ou de crença religiosa;
- d) tratamento manifestamente abusivo, como coação, intimidação e assédio; ou
- e) discriminação em matéria de aplicação da lei, inclusive a provisão de segurança física¹⁷⁴.

172 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A v. United Mexican States*, ICSID, caso ARB (AF)/00/2, laudo de mérito de 29/05/2003, parágrafo 120.

173 ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos, art. 2.2.

174 ACFI Brasil-Índia, art. 4.1, grifado.

Os exemplos acima ilustram como as referências à aplicação do direito internacional podem ser mais ou menos matizadas. Enquanto o ACFI com os Emirados Árabes Unidos alude, sem qualificação, ao direito internacional, o acordo com a Índia esclarece que o direito internacional (costumeiro) aplicável é aquele reconhecido pelas Partes.

Entretanto, nem todos os acordos firmados pelo Brasil possuem referência explícita à aplicação do direito internacional. É o caso, por exemplo, do ACFI com a Colômbia, no qual, diversamente da linguagem adotada no acordo com os Emirados Árabes Unidos (mencionado acima), o artigo 2.2 prescreve que “[e]ste Acordo não limitará de maneira alguma os direitos e benefícios que a legislação vigente no território de uma Parte confere a um investidor da outra Parte”.

Ainda que o ACFI não mencionasse explicitamente a aplicação do direito internacional, é difícil que uma arbitragem considerasse o acordo brasileiro como blindado, em *clinical isolation*¹⁷⁵, do restante do direito internacional. Conforme recentemente assinalado na arbitragem do caso *Eco Oro contra Colômbia*, “parties to a Treaty cannot contract out of the system of international law. When States contract with each other it is inherent that they do so within the system of international law”¹⁷⁶.

Por isso, é relevante determinar *quais regras de direito internacional* seriam aplicáveis ao Brasil na hipótese de uma arbitragem. Os ACFIs oferecem sólidos elementos para a interpretação de que regras como “tratamento justo e equitativo” e “expropriação indireta” estão excluídos. Além disso, a interpretação de boa-fé do texto, do contexto (que inclui a prática brasileira), do objetivo e do propósito dos ACFIs – isto é, os critérios de interpretação empregados pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados – esclarece que os compromissos assumidos pelo Brasil sob o ACFI não permitem interpretações expansivas pelos tribunais arbitrais.

175 WTO. *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, caso WT/DS2/AB/R, relatório do Órgão de Apelação, 20/05/1996, p. 17.

176 *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID, caso ARB/16/41, laudo sobre jurisdição, responsabilização e diretrizes sobre indenização, 09/09/2021, parágrafo 626.

Haveria duas portas pelas quais uma arbitragem sob o ACFI poderia pretender introduzir obrigações ou interpretações advindas do direito internacional potencialmente contrárias à intenção do Brasil ao formular o acordo: a aplicação do direito internacional geral e a concretização de conceitos genéricos previstos no ACFI, que podem remeter a interpretações oriundas do direito internacional.

Possível exemplo da aplicação do direito internacional geral por tribunal arbitral seria a invocação do “padrão de tratamento mínimo”, sob o argumento de se tratar de regra jurídica internacional aplicável a todos os Estados – e, a partir desse entendimento, incorporar à aplicação do ACFI a interpretação “evolutiva” que vem sendo dada pelos tribunais arbitrais em litígios envolvendo o padrão de “tratamento justo e equitativo”. Segundo influente jurista, cuja inclinação costuma ser favorável a leituras expansivas dos compromissos assumidos em acordos de investimento, a ausência de cláusula FET em um tratado não necessariamente exclui a incidência de regras derivadas dessa formulação: “investors may be entitled to the benefit of any assurances made by government officials even when the underlying investment treaty under which they are claiming lacks a specific FET clause [...]” (ALVAREZ, 2011, p. 215).

Contra-arrestando essa leitura claramente expansiva do ACFI está o fato de que o Brasil não está vinculado por eventual direito costumeiro que ampararia uma interpretação “evolutiva” do padrão de tratamento mínimo. A prática brasileira descrita ao longo do presente capítulo é suficientemente consistente para mostrar que o Brasil é avesso à adesão aos padrões de proteção de investidores contidos nos BITs.

Por sua vez, exemplo de conceito indefinido previsto no ACFI, que poderia abrir espaço para interpretação expansiva alegadamente conforme o direito internacional, é o de “denegação de justiça”. Como visto, o ACFI não prevê (e até mesmo exclui explicitamente, em diversos casos) o padrão do “tratamento justo e equitativo”. Apesar disso, o modelo brasileiro aceita o compromisso de evitar a denegação de justiça.

Este debate remete, na prática juridicamente relevante do Brasil, à decisão adotada pelo país em torno do Acordo de Garantias Brasil-EUA, na década de 1960. Como visto, naquela ocasião os parlamentares brasileiros condicionaram a ratificação do acordo à incorporação de definição sobre o escopo desse termo, de modo a deixar claro que o Brasil se comprometia apenas contra a denegação *formal* de justiça (*i.e.*, o acesso a instâncias que possam processar e julgar demandas de estrangeiro), em oposição à denegação *material* de justiça, noção que diz respeito ao mérito da decisão judicial, e não à justiça por trás do procedimento que levou à decisão. A interpretação dessa cláusula no ACFI deve levar em conta a prática brasileira.

Em contraste com nossa experiência, esse debate ainda está aberto na jurisprudência nascida de arbitragens sob os BITs. No caso *Dan Cake S.A. contra Hungria*, o Estado demandado foi responsabilizado a indenizar em € 5,2 milhões de euros empresa portuguesa por conta de decisão adotada por tribunal doméstico, apesar de ter sido tomada em plena consonância com regras internas que tratam do procedimento de falência. A decisão do judiciário húngaro, que determinou a liquidação dos ativos da empresa em processo de recuperação, foi considerada denegação de justiça pelo tribunal arbitral *ad hoc* provocado sob o BIT Portugal-Hungria¹⁷⁷. Recentemente, em laudo de junho de 2021, o tribunal no caso *Infnito Gold contra Costa Rica* reconheceu a validade dos dois sentidos para a denegação de justiça: “a denial of justice may be procedural or substantive, and [...] in both situations the denial of justice is the product of a systemic failure of the host State’s judiciary taken as a whole”¹⁷⁸.

Os exemplos acima procuraram mostrar que algumas das preocupações mencionadas no capítulo 1 com relação aos mecanismos ISDS devem suscitar a atenção do Brasil. O ACFI possui diversas salvaguardas contra a aplicação indevida de padrões de tratamento

177 *Dan Cake S.A. v. Hungary*, ICSID, caso ARB/12/9, decisão sobre jurisdição e responsabilidade de 24/08/2015.

178 *Infnito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica*, ICSID, caso ARB/14/5, laudo de mérito de 03/06/2021, parágrafo 445.

de investimentos contidos em BITs. Além disso, a consistente prática brasileira reforça o entendimento inequívoco de que o Estado brasileiro não se vincula aos padrões de proteção que caracterizam os BITs. Mesmo assim, o Brasil não deve ser alheio à preocupação com interpretações expansivas de determinadas regras de tratamento de investimentos. Por essa razão, é de interesse do Brasil dotar os mecanismos de arbitragem de investimentos, na medida do possível, de elementos que respeitem as particularidades do ACFI.

2.2.3. Controle dos Estados partes sobre o acesso e o alcance da arbitragem

Além das salvaguardas relativas ao tratamento de investimentos, o ACFI ainda estabelece limitações sobre o acesso à via arbitral e ao alcance das decisões que podem ser tomadas pelos árbitros.

A principal limitação é a natureza Estado-Estado da arbitragem sob o ACFI. Os investidores eventualmente envolvidos em um caso não possuem a prerrogativa de acionar um Estado parte do ACFI. Essa decisão cabe ao Estado do qual o investidor é nacional, e mesmo assim apenas após finalizado o procedimento de prevenção de controvérsias no âmbito do qual o comitê conjunto (formado pelos Estados partes) examina o caso e elabora relatório com conclusões sobre o assunto. Diversamente dos BITs, o ACFI não trivializa a arbitragem, dado que essa etapa (i) figura como o último recurso cabível na solução de um caso, após exauridas as consultas entre os Estados e (ii) está sujeita à decisão do Estado de nacionalidade do investidor sobre a conveniência de perseguir a via arbitral.

O ACFI ainda impõe limites, materiais e temporais, à jurisdição dos tribunais. Exemplo do primeiro caso são restrições aos dispositivos que podem ser levados à arbitragem: o acordo com os Emirados Árabes Unidos, da mesma forma que a maior parte dos ACFIs, determina que “não poderão ser objeto de arbitragem” os dispositivos sobre “exceções de segurança”, sobre “investimentos e meio ambiente, assuntos trabalhistas e saúde” e “medidas sobre investimentos e luta contra a corrupção e a

ilegalidade” (artigo 25.3)¹⁷⁹. Além disso, os ACFIs vedam a arbitragem para controvérsias sobre as quais “houver transcorrido mais de [...] cinco anos a partir da data na qual a Parte teve conhecimento ou deveria ter tido conhecimento dos fatos que deram lugar à controvérsia”¹⁸⁰.

Outro contraste importante entre o ACFI e os BITs diz respeito ao objetivo da arbitragem. Enquanto nestes últimos o procedimento está voltado a, em última análise, decidir se é devida indenização ao investidor (e definir o seu montante, em caso afirmativo), o propósito da arbitragem no ACFI é de “determinar a conformidade com este Acordo de medida alegada por uma Parte como desconforme com este Acordo”¹⁸¹ ou então de “pôr em conformidade com o presente Acordo a medida eventualmente declarada como desconforme ao mesmo pelo laudo arbitral”¹⁸². Nesse sentido, a arbitragem no ACFI persegue objetivo similar ao do sistema de solução de controvérsias da OMC, que procura desfazer uma medida considerada inconsistente aos acordos da OMC, em lugar de definir compensação aos prejuízos eventualmente por ela causados¹⁸³.

A despeito disso, alguns ACFIs permitem aos Estados solicitar que os “árbitros examinem a existência de prejuízos causados pela medida em questão em conformidade com este Acordo e que estabeleçam [...] uma compensação pelos referidos prejuízos”¹⁸⁴. Cabe notar que, diferentemente da decisão de iniciar uma arbitragem, que é unilateral de cada um dos Estados partes, a possibilidade de solicitar aos árbitros

179 Dispositivos de natureza semelhante, ainda que ocasionalmente excluindo diferentes compromissos do escopo da arbitragem, encontram-se nos ACFIs com o Equador (art. 25.3), Índia (art. 19.3) e no capítulo de investimentos do acordo de livre comércio com o Peru (art.2.21.3).

180 ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos, art. 25.5. É interessante notar que o ACFI não prevê o dever de esgotamento de recursos internos como condição para que um caso seja levado ao procedimento de prevenção de controvérsias ou para a arbitragem.

181 ACFI Brasil-Ecuador, art. 25.2.

182 Acordo sobre Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos (doravante “ACFI Brasil-México”), assinado em 26/05/2015, em vigor desde 07/10/2018, art. 19.2.

183 Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC, art. 3.7: “[...] the first objective of the dispute settlement mechanism is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the provisions of any of the covered agreements [...]”.

184 ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos, art. 25.13.

decisão sobre prejuízos e indenização requer a aquiescência dos dois Estados.

A faculdade de solicitar julgamento sobre indenização ao investidor permite que, em tese, algumas salvaguardas consagradas no ACFI sejam potencialmente contornadas e interpretações expansivas aplicadas a controvérsias envolvendo o Brasil. O capítulo anterior mostrou que o tribunal arbitral no caso *Eco Oro contra Colômbia* havia determinado que o investidor deveria ser indenizado mesmo que a medida adotada pela Colômbia tenha sido considerada – pelo próprio tribunal – como amparada em exceção prevista no BIT em questão.

O raciocínio adotado por aquele tribunal arbitral poderia, em princípio, afetar a interpretação do ACFI. Contudo, é importante assinalar que o único ACFI que contempla cláusula de exceção similar àquela objeto do laudo em *Eco Oro* – o ACFI Brasil-Índia (artigo 23) – veda que se solicite ao tribunal arbitral a determinação de indenização a um investidor (artigo 19.2). De igual maneira, os ACFIs que possuem cláusulas de exceção ambiental com redação diversa daquela do BIT em questão no caso *Eco Oro* excetuam essas cláusulas do escopo da arbitragem no ACFI.

O perfil dos árbitros que eventualmente venham a apreciar contencioso sob o ACFI não é um elemento menor. Não se pode excluir a possibilidade de que eventual controvérsia envolvendo o Brasil sob o ACFI seja decidida por um tribunal de perfil “ativista”.

Como salientado no capítulo 1, a comunidade de árbitros que atualmente participa de tribunais de investimentos não apenas é reduzida como está, em alguma medida, moldada pela lógica de que arbitragens de investimento objetivam deliberar sobre a necessidade de indenizar o investidor por medidas adotadas por governos. Uma eventual arbitragem provocada sob o ACFI deveria ser julgada por árbitros que adotem perspectiva consentânea com os objetivos do modelo de acordo brasileiro, que são distintos daqueles que inspiram os acordos de investimento tradicionais. Além disso, mesmo que uma eventual disputa sob o ACFI

venha a ser confiada a profissionais com experiência em outras áreas que não tribunais arbitrais de investimento, é importante que tenham presente que a jurisprudência existente nessa matéria foi consolidada em um contexto diferente daquele que pauta o ACFI e a experiência brasileira.

O capítulo 4 avaliará as opções de reforma dos mecanismos ISDS atualmente em curso na UNCITRAL a fim de avaliar se, e em que medida, elas respondem à preocupação de que eventuais arbitragens sob o ACFI sejam realizadas em ambiente institucional que respeite as peculiaridades que moldaram o modelo de acordo utilizado pelo Brasil.

2.3. Conclusões parciais

O presente capítulo buscou mostrar que preocupações manifestadas com relação a mecanismos ISDS, objeto do capítulo 1, também podem ter impacto sobre o Brasil, mesmo que o país não tenha aceito arbitragem no formato ISDS em seu acordo de investimento, o ACFI. Isso se deve ao fato de que algumas das preocupações em questão concernem à arbitragem de investimentos em geral, e não apenas aquela provocada por investidores.

Por essa razão, como será argumentado no capítulo 4, as discussões sobre reforma dos mecanismos ISDS na UNCITRAL podem ser de interesse do Brasil. Na medida do possível, essas discussões podem contribuir para mitigar o risco de importação indevida, em arbitragens envolvendo o Brasil, de entendimentos aplicáveis a países que possuem acordos tradicionais de investimento.

Como explicado no presente capítulo, o Brasil não é signatário de um acordo tradicional de investimento – razão que reforça o interesse em evitar a extensão de interpretações expansivas nascidas de padrões contidos em BITs. O capítulo examinou as principais particularidades que distinguem o ACFI dos acordos de investimento tradicionais. Foram apresentadas as razões históricas que justificam as opções de regulação de investimentos que o Brasil plasmou em seu modelo de acordo. Em

contraste com a trajetória da imensa maioria dos demais países, cujas posições com relação a acordos de investimento oscilaram ao longo dos anos, o Brasil manteve posição coerente em sua abordagem contrária a dispositivos típicos desses acordos. Sempre houve o reconhecimento de que o marco jurídico-institucional em vigor no país oferecia ao investidor estrangeiro nível adequado de tratamento. Em consequência, não se reconheciam razões para confiar a tribunais e a normas internacionais o julgamento sobre medidas adotadas pelas autoridades brasileiras. O ACFI está em boa medida pautado por essa orientação.

O presente capítulo procurou mostrar que o ACFI possui diversas salvaguardas que restringem ou moldam os limites da arbitragem aceita pelo Brasil em seu modelo de acordo. A prática brasileira a respeito dos acordos internacionais, examinada na primeira parte do presente capítulo, é elemento central para afastar tais interpretações.

A fim de proteger o modelo plasmado no ACFI, é de interesse do Brasil que, na sua estrutura institucional e composição, os tribunais arbitrais sejam capazes de respeitar as particularidades da opção feita pelo Brasil. Esse é um objetivo para o qual os trabalhos em curso na UNCITRAL podem vir a oferecer respostas. O próximo capítulo descreverá as propostas de reformas de mecanismos de arbitragem atualmente em discussão na UNCITRAL, enquanto o capítulo 4 discutirá em que medida os interesses do Brasil, conforme examinados no presente capítulo, poderão ser atendidos por essas propostas de reforma.

Capítulo 3

Discussões sobre reforma dos mecanismos ISDS na UNCITRAL

Os capítulos precedentes apresentaram o contexto em que se insere a discussão da reforma dos mecanismos ISDS e a posição ocupada pelo Brasil nesse contexto. O capítulo 1 descreveu as principais características desses mecanismos e as preocupações que atualmente impulsionam as iniciativas voltadas a reformar as arbitragens investidor-Estado. O capítulo 2, por sua vez, mostrou que o Brasil tradicionalmente trilhou caminho próprio no que diz respeito a acordos de investimento, mesmo quando, mais recentemente, decidiu conceber o seu próprio modelo de acordo, o qual permite, em último recurso, apenas arbitragem entre Estados.

Apesar das diferenças importantes que distinguem o modelo brasileiro dos demais acordos de investimento – e a despeito das diversas salvaguardas embutidas no ACFI (exploradas no capítulo 2) contra importações indevidas de dispositivos de BITs – o Brasil deve estar atento, em certa medida, às interpretações expansivas e indesejadas que tribunais arbitrais de investimentos têm adotado em disputas nascidas de BITs, as quais foram descritas no capítulo 1.

Como indicado, o propósito central do presente trabalho é discutir se, e em que medida, a agenda da UNCITRAL sobre a reforma dos mecanismos ISDS oferece ao Brasil uma plataforma para a defesa do ACFI contra interpretações indesejadas (interesse *defensivo*), assim como para a promoção do modelo de acordo brasileiro (interesse *proativo*). Para poder responder a essa pergunta, neste capítulo serão apresentadas as opções de reforma atualmente sendo debatidas naquele foro, com ênfase

para aquelas mais diretamente relacionadas aos interesses brasileiros. Com base nas opções de reforma examinadas no presente capítulo, o capítulo 4 buscará oferecer parâmetros para que o Brasil avalie essas opções à luz dos seus interesses.

O capítulo inicialmente descreve a evolução e o estado atual da discussão sobre a reforma dos mecanismos ISDS no Grupo de Trabalho III da UNCITRAL (GT-III), o comitê encarregado de tratar do assunto dentro do organograma da entidade. Essa primeira parte apresenta, em linhas gerais, o contexto institucional da UNCITRAL, as propostas de reforma que se encontram na agenda do GT-III, assim como o quadro parlamentar das discussões no GT-III, o que oferecerá elementos para avaliar as diferentes soluções que poderão resultar do processo em curso na UNCITRAL. Outro elemento importante que será tratado na primeira parte diz respeito aos termos do mandato conferido ao GT-III, marcado por ampla flexibilidade para que os Estados possam escolher se e em que extensão desejam aceitar os resultados eventualmente acordados no âmbito das discussões. Este ponto é importante para o Brasil, diante das peculiaridades que distinguem o ACFI dos BITs.

A segunda parte do capítulo examina em mais detalhes algumas das propostas em consideração pelo GT-III. No momento em que o presente trabalho é elaborado, a maior parte das propostas identificadas foi debatida pelos membros do GT-III apenas conceitualmente. O plano de trabalho acordado pelo GT-III prevê que as discussões sobre propostas concretas tenham lugar entre 2021 e 2026¹⁸⁵. Esse cronograma torna especialmente oportuna a discussão sobre parâmetros para guiar a atuação brasileira no UNCITRAL. Por isso, com base nas propostas de reforma discutidas neste capítulo, o capítulo 4 examinará se, e em que medida, o Brasil poderá valer-se dos trabalhos da UNCITRAL para salvaguardar seus interesses *proativo* e *defensivo*, moldados pelo ACFI.

185 UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed fortieth session (Vienna, 4 and 5 May 2021). Documento A/CN.9/1054, 27/05/2021.

3.1. Evolução e estado atual das discussões sobre reforma dos mecanismos ISDS na UNCITRAL

Como assinalado no capítulo 1 (seção 3.4), a reforma dos mecanismos ISDS já se encontra em curso, embora essencialmente confinada aos países que têm modificado suas abordagens com relação a acordos bilaterais ou regionais de investimento à luz da evolução das arbitragens investidor-Estado. As reformas incluem desde alterações incrementais nos modelos de acordos de investimento, a fim de melhor resguardar o espaço regulatório do Estado contra interpretações expansivas de tribunais arbitrais – a exemplo dos Estados Unidos –, até o abandono completo da arbitragem investidor-Estado, como fez a África do Sul.

Entretanto, na esfera das organizações multilaterais os esforços em favor de mudanças normativas no funcionamento dos mecanismos ISDS ainda se encontram menos adiantados. Enquanto a OCDE e a UNCTAD têm prestado importante contribuição para ampliar o estoque de conhecimento sobre preocupações com os mecanismos ISDS, assim como na divulgação das reformas adotadas por alguns países, esses foros não promovem atualmente nenhuma negociação voltada a produzir resultados normativos.

Já o ICSID tem buscado periodicamente aprimorar procedimentos das arbitragens ISDS que ocorrem sob sua jurisdição, a fim de responder a preocupações levantadas com o funcionamento das arbitragens investidor-Estado. Em novembro de 2021, após consultas iniciadas em 2018, o ICSID concluiu a quarta rodada (desde 1965) de revisão de seus procedimentos. As novas regras, em vigor desde o final de 2022, alteram aspectos procedimentais das arbitragens investidor-Estado, a saber: (i) transparência a respeito de *third-party funding*; (ii) depósito de caução para garantia do pagamento de custos com a arbitragem;

(iii) publicidade dos laudos arbitrais; (iv) condições para a participação de terceiras partes nas arbitragens; e (v) aceleração dos procedimentos¹⁸⁶.

As regras adotadas no âmbito do ICSID, contudo, atendem principalmente ao interesse dos usuários das arbitragens e não colocam em discussão aspectos estruturais dos mecanismos ISDS, tais como a sua natureza *ad hoc*, a designação dos árbitros pelas partes em uma controvérsia ou a ausência de mecanismos de apelação.

É na UNCITRAL, ao contrário, que discussão dessa natureza – sobre a estrutura dos mecanismos ISDS – é promovida atualmente. A atuação da UNCITRAL na disciplina de arbitragens investidor-Estado não é tão consolidada quanto à do ICSID, mas ganhou evidência com a conclusão da Convenção das Nações Unidas sobre Transparência em Arbitragens Investidor-Estado amparadas em Tratados (Convenção das Ilhas Maurício), assinada em 2014¹⁸⁷.

A UNCITRAL foi constituída em 1966 pela Resolução 2205 (XXI) da Assembleia-Geral das Nações Unidas com o propósito de promover “the progressive harmonization and unification of the law of international trade”¹⁸⁸. Desde 2004, a UNCITRAL é composta por 60 membros, dentre os quais o Brasil¹⁸⁹. Para o desempenho de suas funções, a UNCITRAL distribui mandatos para grupos de trabalho (GT), dos quais seis existem atualmente¹⁹⁰. Cada GT se ocupa do tema individual que lhe é atribuído e está composto pelos mesmos membros da UNCITRAL, sem prejuízo da participação de Estados não membros. No cumprimento da função para a qual foi estabelecida, a UNCITRAL produz textos de diferentes naturezas jurídicas, voltados a regulamentar operações comerciais internacionais. Dentre os instrumentos já adotados como resultado dos

186 ICSID. Updated Backgrounder on Proposals for Amendment of the ICSID Rules. Washington, 12 de novembro de 2021.

187 United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, assinada em Nova York em 10/12/2014, em vigor desde 18/10/2017.

188 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Resolution 2205(XXI), art. I. 17/12/1966.

189 O Brasil foi membro da UNCITRAL entre 1968 (o primeiro mandato) e 1989, entre 1995 e 2007 e, atualmente, desde 2010 até 2022 (ver UNCITRAL. Member States History, cf. bibliografia do presente trabalho, item 1.4., para dados de acesso).

190 UNCITRAL. Methods of work (cf. bibliografia do presente trabalho, item 1.4., para dados de acesso).

trabalhos da UNCITRAL, encontram-se convenções que regulamentam diferentes temas comerciais (*e.g.*, contratos comerciais internacionais), legislações-modelo (*e.g.*, na área de comércio eletrônico) e cláusulas-modelo que podem ser incorporadas a legislações nacionais (*e.g.*, marcos normativos de parcerias público-privadas).

A Convenção das Ilhas Maurício incorporou um dos produtos do trabalho da UNCITRAL, as Regras sobre Transparência em Arbitragens Investidor-Estado amparadas em Tratados¹⁹¹. A contribuição prática de maior relevância da Convenção está na sua estrutura: enquanto as Regras sobre Transparência aplicavam-se apenas a acordos de investimento futuros que utilizassem os procedimentos de arbitragem da UNCITRAL, a Convenção abriu a possibilidade para que qualquer acordo de investimento (futuro ou já existente), sujeitos a qualquer foro de arbitragem (da UNCITRAL ou outros), pudesse incorporar as Regras sobre Transparência. Desse modo, a Convenção oferece uma solução multilateral para alterar, de uma vez, diversos acordos de investimento sem a necessidade de que sejam negociadas emendas para cada acordo individualmente, algo que seria de difícil execução em um quadro de 2257 BITs em vigor. Se o Estado demandado em uma arbitragem e o Estado de nacionalidade do investidor forem signatários da Convenção, a disputa estará regida pelas Regras sobre Arbitragem da UNCITRAL.

A experiência com a Convenção das Ilhas Maurício inspirou reflexões sobre eventual papel da UNCITRAL em promover discussões mais amplas sobre a reforma dos mecanismos ISDS, tema que foi objeto da 48ª e 49ª sessões do órgão, respectivamente em 2015 e 2016¹⁹². Durante a 50ª sessão, em 2017, a UNCITRAL decidiu por atribuir mandato nos seguintes termos a seu Grupo de Trabalho III para examinar

191 UNCITRAL. Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, adotadas em 11/07/2013, em vigor desde 01/04/2014.

192 UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session (Vienna, 27 November-1 December 2017). Documento A/CN.9/930/Rev. 1, 19/12/2017, parágrafos 1 e 2.

uma possível reforma dos mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado:

The Commission entrusted Working Group III with a broad mandate to work on the possible reform of investor-State dispute settlement. In line with the UNCITRAL process, Working Group III would, in discharging that mandate, ensure that the deliberations, while benefiting from the widest possible breadth of available expertise from all stakeholders, would be Government-led, with high-level input from all Governments, consensus-based and fully transparent. The Working Group would proceed to: (a) first, identify and consider concerns regarding investor-State dispute settlement; (b) second, consider whether reform was desirable in the light of any identified concerns; and (c) third, if the Working Group were to conclude that reform was desirable, develop any relevant solutions to be recommended to the Commission. The Commission agreed that broad discretion should be left to the Working Group in discharging its mandate, and that any solutions devised would be designed taking into account the ongoing work of relevant international organizations and with a view to allowing each State the choice of whether and to what extent it wished to adopt the relevant solution(s).¹⁹³

A próxima seção do capítulo examina as principais características do mandato conferido ao GT-III, a fim de dimensionar a margem de ação que o Brasil possui para eleger opções de sua preferência dentre os resultados que venham a ser alcançados. A seção seguinte descreve como evoluíram os trabalhos da UNCITRAL desde a adoção do mandato acima, em 2017, até o momento em que o presente trabalho é elaborado, quando começam a ser debatidas as primeiras propostas concretas de reforma.

193 UNCITRAL. Report of the United Nations Commission on International Trade Law - Fiftieth session (3-21 July 2017). Documento A/72/17, parágrafo 264.

3.1.1. O mandato do Grupo de Trabalho III da UNCITRAL

A análise do mandato atribuído ao GT-III revela a natureza da discussão em curso na UNCITRAL, além de oferecer parâmetros para elaborar estratégias sobre o que pode ser esperado desse processo. As seguintes características do mandato do GT-III são dignas de nota:

a) *Ausência de single undertaking*: o mandato conferido pela UNCITRAL não prejudica as opções de reforma que serão discutidas pelo GT-III. De fato, no momento em que o presente trabalho é elaborado, não há qualquer definição sobre as propostas que deverão ser adotadas. Um amplo leque de opções (não necessariamente excludentes) encontra-se sobre a mesa e, como se verá na próxima seção, abrange desde mudanças incrementais (como um código de conduta para árbitros) até reformas mais ambiciosas (como a criação de corte multilateral de investimentos). De interesse mais direto do Brasil, a inclusão das mais variadas possibilidades de reforma tem permitido que mesmo mecanismos aplicáveis a controvérsias Estado-Estado sejam consideradas no âmbito das discussões da UNCITRAL.

Apesar da abertura para soluções de diferentes naturezas, é certo que o mandato do GT-III garante aos Estados a flexibilidade de optar por aderir ou não às soluções eventualmente adotadas – e a eventual adesão pode incidir sobre o conjunto ou apenas parte das propostas acordadas.

Da mesma forma como sucede com as propostas de reforma dos mecanismos ISDS, também está indefinido no momento o formato jurídico do instrumento que irá incorporar as propostas que venham a ser acordadas. Uma das possibilidades que começa a ser explorada pelo GT-III é a ideia de que se adote convenção multilateral para esse propósito¹⁹⁴. Porém, na etapa atual das discussões, mesmo esse instrumento está sendo considerado mais como um cardápio com opções a serem

194 UNCITRAL. Possible Reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Multilateral instrument on ISDS reform – Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/WP.194, 16/01/2020.

individualmente eleitas pelos Estados e menos como um tratado ao qual os Estados terão a opção de aderir integralmente ou não.

b) *Foco na discussão de regras procedimentais*: ainda que o mandato não seja explícito a esse respeito, o entendimento do GT-III é de que as discussões devem abordar unicamente regras procedimentais relativas aos mecanismos ISDS, o que implica estarem excluídos dos debates os padrões substantivos de proteção aos investidores e investimentos (e.g., tratamento justo e equitativo e expropriação indireta).

Ao seguir essa orientação, o GT-III pauta-se pela mesma abordagem escolhida pelo Banco Mundial durante os trabalhos que levaram à Convenção que Estabelece o ICSID na década de 1960. Por via reflexa, essa orientação distingue-se daquela adotada pela OCDE quando promoveu a negociação do Acordo Multilateral de Investimentos na década de 1990, iniciativa que foi abandonada diante da impossibilidade de alcançar consenso em torno de regras substantivas. Evidentemente, o foco exclusivo em regras procedimentais de maneira alguma garante que a UNCITRAL terá êxito, total ou parcial, no cumprimento de seu mandato.

Ao mesmo tempo, alguns temas nominalmente procedimentais podem ter consequências sobre a aplicação concreta de padrões de proteção. É o caso da preocupação com a falta de “consistência” entre decisões arbitrais, abordada no capítulo 1 (seção 3.3). Levada às últimas consequências, uma resposta à preocupação com a falta de consistência poderia redundar em procedimentos que permitam aos árbitros aplicar interpretações de padrões de proteção contidos em um acordo para uma arbitragem fundada em outro acordo. Procedimento dessa natureza potencialmente alteraria, contra a vontade das partes negociadoras, o significado dos padrões de proteção de investimento contidos no acordo objeto de uma controvérsia, o que teria consequências (substantivas) sobre as regras ou a interpretação das regras aplicáveis a um caso concreto.

c) *Processo liderado pelos governos*: em uma área fortemente dominada por escritórios de advocacia e acompanhada por acadêmicos

da área jurídica¹⁹⁵, o reconhecimento de que as discussões na UNCITRAL são conduzidas pelos governos representa elemento importante do mandato do GT-III. Considerando que o movimento de reforma dos mecanismos ISDS é parte de uma tendência mais ampla de reivindicação, pelos Estados, do controle sobre as políticas relativas a acordos de investimento¹⁹⁶, esse elemento do mandato do GT-III é mais uma expressão do esforço político por recuperar espaço na disciplina das arbitragens de investimento. Caberá ver em que medida os Estados terão condições de retomar as rédeas sobre esses mecanismos.

3.2. As propostas de reforma dos mecanismos ISDS identificadas no âmbito da UNCITRAL

O mandato atribuído ao GT-III foi organizado em três etapas, a saber: (i) identificar e considerar preocupações relacionadas aos mecanismos ISDS; (ii) examinar se reformas são necessárias à luz das preocupações eventualmente identificadas; e (iii) caso o GT conclua que reformas são desejáveis, desenvolver soluções relevantes a serem recomendadas à UNCITRAL.

Durante a 34^a (Viena, 27/11-1^o/12/2017) e a 35^a sessões (Nova York, 23-27/04/2018), o GT-III ocupou-se da primeira parte do mandato, quando foram levantadas e discutidas diferentes preocupações com o funcionamento dos mecanismos ISDS. Essas preocupações serão apresentadas mais abaixo e espelham, em grande medida, as principais queixas abordadas no capítulo 1 do presente trabalho. Durante a 36^a sessão (Viena, 29/10-02/11/2018) o GT-III concluiu pela necessidade de reformas a fim de responder às preocupações identificadas. Entre a 37^a (Nova York, 1^o-05/04/2019) e a 40^a sessões (realizada *online*, 08-12/02/2021) foram realizadas discussões conceituais sobre possíveis

195 A título de referência, a imensa maioria dos observadores não estatais nas sessões do GT-III é composta por entidades representativas de corporações de arbitragens e de entidades acadêmicas, e não propriamente de representantes dos investidores.

196 Uma tendência examinada, entre outros, nos artigos publicados em KULICK, 2016.

elementos das propostas de reformas a serem preparadas. Na segunda parte da 40ª sessão (realizada *online*, 04-05/05/2021), o GT-III adotou programa tentativo de trabalho no qual se prevê a elaboração de propostas até 2026. A 41ª sessão (presencialmente em Viena e *online*, 15-19/11/2021) discutiu a primeira proposta de reforma com base em texto, a respeito de um código de conduta. Entre a 42ª e a 45ª sessões, realizadas entre fevereiro de 2022 e março de 2023, o GT-III iniciou discussões sobre um mecanismo permanente de controvérsias relacionadas a investimentos e conseguiu concluir a elaboração de dois códigos de conduta, um voltado para árbitros de investimento e outro para juízes que examinarão contenciosos em eventual tribunal permanente sobre investimentos.

3.2.1. Propostas identificadas pelo GT-III

As preocupações identificadas durante a primeira parte do cumprimento do mandato do GT-III foram categorizadas nos seguintes grupos¹⁹⁷:

a) *Deficiências nas decisões arbitrais* – os membros do GT-III manifestaram preocupação com a falta de remédios para responder aos riscos de inconsistência e incorreção em decisões de mecanismos ISDS. A inconsistência gerada pela configuração atual (fragmentada) dos mecanismos ISDS seria evidenciada por decisões arbitrais contraditórias, apesar de envolverem a aplicação das mesmas regras (ou regras de conteúdo alegadamente similares) a fatos semelhantes. Por sua vez, decisões arbitrais incorretas seriam aquelas que deixam de aplicar normas que deveriam ter sido aplicadas ou aplicam erroneamente as normas jurídicas.

Em particular, foram identificadas as seguintes preocupações sob essa categoria: a) interpretações divergentes entre as decisões arbitrais

197 UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session (Vienna, 29 October-2 November 2018). Documento A/CN.9/964, 06/11/2018.

a respeito de regras ou em casos similares; b) ausência de marco legal para lidar com procedimentos múltiplos sobre casos relacionados; e c) limitações dos mecanismos existentes para revisar decisões inconsistentes e incorretas.

b) *Preocupações relacionadas aos árbitros* – o GT-III também identificou no perfil dos árbitros e nos mecanismos de sua designação potenciais causas de problemas atribuídos aos mecanismos ISDS.

Em particular, foram levantadas as seguintes preocupações: a) falta (real ou aparente) de independência e imparcialidade; b) limitações constatadas nos mecanismos de contestação à indicação de árbitros; c) falta de diversidade no universo de árbitros; e d) questões relacionadas à qualificação dos árbitros.

c) *Custo e duração das arbitragens ISDS* – os altos custos associados à realização de arbitragens de investimento (que não devem ser confundidos com as indenizações eventualmente determinadas pelos tribunais) foram mencionados como causa de preocupação. Os custos estão frequentemente associados à longa duração das arbitragens, as quais envolvem, entre outros, a produção de provas, a realização de diversas audiências para colher depoimentos e opiniões de peritos.

Em particular, foram apontados os seguintes problemas: a) procedimentos longos e custosos e falta de recursos para responder a casos de litigância de má-fé (*frivolous claims*); b) atribuição de sucumbência nas arbitragens investidor-Estado; c) ausência de regras sobre caução para pagamento de custos com a arbitragem; e d) preocupações com o financiamento da participação em arbitragem por terceiros (*third-party funding*).

Ao longo da discussão sobre as preocupações com os mecanismos ISDS, diferentes propostas de reformas foram mencionadas como potenciais candidatos à consideração pelo GT-III¹⁹⁸. Algumas das propostas possuem natureza *estrutural*, na medida em que propõem o

198 UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session (Vienna, 1-5 April 2019). Documento A/CN.9/970, 09/04/2019, parágrafo 80.

estabelecimento de instituições que muito provavelmente (conforme o desenho que seja decidido) alteram a natureza do atual regime (e.g. a criação de corte multilateral de investimentos). Outras propostas são de natureza *incremental*, dado que buscam regulamentar aspectos já existentes do regime, sem necessariamente alterar suas atuais características centrais (e.g. código de conduta, regulamentação sobre *third-party funding* e métodos de prevenção de disputas).

As propostas de reforma que deverão ser consideradas pelo GT-III no âmbito de seu plano de trabalho são as seguintes, sem prejuízo de alterações que venham a ser acordadas:

Propostas estruturais

a) criação de instância de apelação para julgar recursos contra decisões de primeiro grau; e

b) estabelecimento de corte multilateral de investimentos, que ofereceria estrutura permanente tanto para decidir disputas em primeira instância como para decidir sobre recursos de apelação.

Propostas incrementais

a) adoção de um código de conduta para árbitros e outros julgadores em arbitragens de investimentos;

b) medidas para estimular a prevenção de conflitos e métodos alternativos de resolução de controvérsias em matéria de investimento;

c) instituição de assessoria jurídica em matéria de ISDS, a fim de apoiar países desprovidos de recursos financeiros e/ou humanos na defesa de seus interesses em arbitragens de investimento;

d) reformas e disciplinas sobre aspectos procedimentais das arbitragens de investimentos, tais como:

d.1) discussão sobre métodos alternativos para designação de árbitros;

d.2) diretrizes para auxiliar tribunais arbitrais a administrar procedimentos múltiplos;

d.3) possibilidade de aceitação de *counterclaims* (pelos Estados demandados) em controvérsias;

d.4) discussão sobre exigência de esgotamento de recursos internos como condição para início de arbitragens de investimento;

d.5) adoção de regras que autorizem tribunais arbitrais a exigir depósito de cauções e garantias para cobrir custos de vitórias pelos Estados demandados;

d.6) mecanismos para impedir litigância de má-fé (*frivolous claims*);

d.7) regulamentação de financiamento da arbitragem por parte não envolvida na disputa (*third-party funding*);

d.8) mecanismos para ampliar o controle dos Estados sobre os BITs (e.g., adoção de interpretações vinculantes sobre os tribunais); e

d.9) estabelecimento de procedimentos mais céleres para casos de menor complexidade.

3.2.2. Quadro parlamentar das discussões no âmbito do GT-III

O grau de apoio às discussões varia entre os participantes do GT-III, o que indica não estar ainda claro se todas as propostas identificadas terão chances de reunir consenso suficiente para aprovação. Apesar disso, pode-se dizer que o apoio a reformas nos mecanismos ISDS é generalizado. A diferença está na magnitude desejada a essas reformas.

Em linhas gerais, o espectro de posições entre os participantes no GT-III oscila entre aqueles de natureza mais “reformista”, caso da União Europeia, e aqueles mais “conservadores”, caso da Rússia e do Bahrein. No espaço entre esses dois extremos situa-se a grande parte dos demais Estados, incluindo EUA e China, que mostram disposição para considerar mudanças no funcionamento dos mecanismos ISDS, porém sem muita flexibilidade para alterar elementos distintivos desses mecanismos.

Alguns atores privilegiam a adoção de mudanças estruturais no universo das arbitragens de investimento. Esse é o caso da União Europeia, a principal patrocinadora da proposta de criação de uma

corte multilateral de investimentos¹⁹⁹, proposta que conta também com o apoio do Canadá, país cujo acordo de livre comércio com a UE já contempla uma corte permanente de investimentos²⁰⁰. De interesse direto para o Brasil, a UE favorece a possibilidade de que a corte tenha jurisdição para decidir sobre demandas no formato Estado-Estado²⁰¹.

Espécie distinta de mudança estrutural é proposta pela África do Sul, que optou por rejeitar os mecanismos ISDS. Na UNCITRAL, o país apoia soluções que tornem os mecanismos de solução de controvérsias mais próximos ao interesse público, e mais distante da proteção do interesse dos investidores. A África do Sul defende maior papel à prevenção de disputas (inclusive por meio de coordenação entre os Estados envolvidos), além de obrigações para investidores (algo ainda incomum em acordos de investimentos), a possibilidade de *counterclaims* e o acesso a procedimentos por parte de todos os afetados, e não apenas os investidores²⁰².

A possibilidade de estabelecimento de uma corte permanente é também aceita por países como o Marrocos, cujo acordo-modelo prevê a possibilidade de reconhecimento da jurisdição de um tribunal com essas feições, se existente²⁰³.

Outros participantes são abertamente avessos à criação de instância permanente com dois graus de jurisdição, mas apoiam a criação de órgão permanente de apelação, como a Federação Russa²⁰⁴.

199 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Submission from the European Union and its Member States – Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24/01/2019.

200 O artigo 8.29 do CETA, entre a UE e o Canadá, estipula que “The Parties shall pursue with other trading partners the establishment of a multilateral investment tribunal and appellate mechanism for the resolution of investment disputes [...]”.

201 Idem, parágrafo 25.

202 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Submission from the Government of South Africa. Documento A/CN.9/WG.III/WP.176, 17/07/2019.

203 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Submission from the Government of Morocco. Documento A/CN.9/WG.III/WP.161, 04/03/2019.

204 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Submission from the Government of the Russian Federation – Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/WP.188 e Add.1, 31/12/2019.

Já a China tacitamente descarta uma corte permanente, mas endossa o estabelecimento de órgão permanente de apelação²⁰⁵.

Os EUA apoiam, sobretudo, reformas incrementais, mas se mostram abertos a considerar a proposta de estabelecimento de órgão de apelação, desde que fique claro que o objetivo dessa instância é o de corrigir decisões de primeira instância, em lugar de uniformizar interpretações entre acordos de investimentos, sob o manto da “consistência”²⁰⁶. Junto com os EUA situam-se países como Japão, México e Chile que defendem priorizar reformas procedimentais que não alterariam as características principais do regime em vigor, como um código de conduta para árbitros, deveres de transparência nos casos de *third-party funding* e diretrizes sobre interpretações autênticas de acordos de investimentos pelos Estados partes²⁰⁷.

Em outro extremo do espectro situam-se participantes mais simpáticos ao regime atual, como o Bahrein (que busca se credenciar como centro de arbitragem comercial). Esses países defendem reformas superficiais nos mecanismos ISDS e descartam a necessidade de estabelecimento de um órgão de apelação²⁰⁸. Para o Bahrein, mesmo uma proposta como um código de conduta é algo que pode ser confiado a instituições arbitrais, em lugar de ser decidido pelos Estados no âmbito do GT-III²⁰⁹.

Diante das diferenças entre expectativas e demandas com relação ao processo de reforma dos mecanismos ISDS, o GT-III acordou avançar a discussão de propostas estruturais e incrementais de maneira

205 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Submission from the Government of China – Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/WP.177, 19/07/2019, p. 4.

206 Gravações da segunda parte da 38ª sessão do Grupo de Trabalho III (20/01/2020, reunião de 10:00-12:30, a partir de 66:20 minutos). Cf. bibliografia do presente trabalho, item 1.2, para dados de acesso na Internet.

207 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Submission from the Governments of Chile, Israel, Japan, Mexico and Peru. Documento A/CN.9/WG.III/WP.182, 02/10/2019.

208 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Submission from the Government of Bahrein – Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/WP.180, 29/08/2019, parágrafo 62.

209 Idem, parágrafo 57.

simultânea.²¹⁰ Além disso, acordou-se que a UNCITRAL irá considerar cada produto do GT-III “on a rolling basis” e decidir sobre o curso de ação a ser tomado para cada opção de reforma. Isso significa que a UNCITRAL ainda deverá decidir se aprova em princípio cada solução proposta pelo GT-III ou se prorroga a decisão a respeito da conclusão da discussão em torno de cada proposta para o final do processo²¹¹.

Embora exista consenso sobre a necessidade de reformar os mecanismos ISDS – inclusive para ampliar o espaço ocupado por mecanismos Estado-Estado de solução de controvérsias – não se espera que a solução aos problemas identificados seja oferecida por unicamente uma proposta. Ao contrário, a expectativa mais realista é de que a UNCITRAL produza diferentes espécies de soluções, com maior ou menor grau de inovação²¹², que os Estados escolherão adotar se e na medida da avaliação individual de conveniência.

3.3. Descrição das propostas de reforma de interesse mais imediato do Brasil

A flexibilidade contida no mandato atribuído pela UNCITRAL ao GT-III explica a variedade de opções de reforma sendo consideradas, assim como os diversos níveis de ambição refletidos em cada proposta. Essa flexibilidade permite também que, sob o mandato para tratar da reforma de mecanismos ISDS, seja incorporada igualmente a discussão relativa a mecanismos Estado-Estado de solução de controvérsias, elemento de interesse direto do Brasil, já que o ACFI apenas prevê este último formato de arbitragem.

Muitas das propostas de reformas possuem interesse mais imediato para países usuários frequentes dos mecanismos ISDS, o que não é o caso do Brasil. Situam-se nessa categoria propostas como a da transparência

210 UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session (Vienna, 1-5 April 2019). Documento A/CN.9/970, 09/04/2019, parágrafo 81.

211 UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed fortieth session (Vienna, 4 and 5 May 2021). Documento A/CN.9/1054, 27/5/2021, parágrafo 29.

212 ALVAREZ, 2021.

relativa a *third-party funding* e regras sobre autorização para que árbitros exijam caução como garantia de pagamento de custas processuais. Há ainda propostas que, por sua natureza abrangente, contemplam soluções para mais de uma possibilidade de reforma. Assim, a proposta de estabelecimento de corte multilateral de investimentos ofereceria não apenas resposta àqueles países que desejam ver em funcionamento uma instância de apelação, mas também poderia incorporar soluções relativas a métodos alternativos de designação de árbitros, entre outras.

A seguir, são apresentadas as propostas de reforma consideradas de interesse mais imediato do Brasil, tendo em conta tanto o interesse *proativo* de divulgar a experiência brasileira com a facilitação de investimentos e a prevenção de disputas, quanto o objetivo *defensivo* de salvaguardar arbitragens sob o ACFI de interpretações expansivas, advindas de julgamentos amparados em BITs. Do leque de propostas em consideração pelo GT-III, foram identificadas aquelas que dizem respeito ao perfil dos árbitros e ao ambiente institucional em que arbitragens de investimento terão lugar, assim como a série de propostas voltadas à prevenção de disputas.

Tomando como base a distinção entre propostas de reforma de natureza estrutural e incremental, a análise abaixo apresenta os principais elementos das propostas, no estágio em que atualmente se encontra sua discussão no marco do GT-III. O capítulo 4 discutirá essas propostas levando em consideração especificamente as duas espécies de interesses do Brasil – *proativo* e *defensivo* – mencionados acima.

Reformas estruturais

3.3.1. Estabelecimento de instância de apelação

Conforme indicado acima (capítulo 1, parte 2.3), a chamada *finality of awards* – o fato de que as decisões não estão sujeitas a apelação – representa atualmente um dos traços que distinguem o funcionamento dos mecanismos ISDS. Apesar disso, o estabelecimento de instância com competência para revisar decisões de tribunais arbitrais conta com amplo

apoio entre diferentes participantes do GT-III. Em princípio, países como EUA, China e Japão contemplam a criação de instância de apelação. A União Europeia é um dos poucos atores, dentre os principais usuários dos mecanismos ISDS, a manifestar reticências com relação a essa proposta, se entendida apenas como o estabelecimento de instância permanente de segundo grau. Como será visto a seguir, para a UE a única maneira de responder às preocupações manifestadas no âmbito do GT-III é a criação de uma corte permanente com duas instâncias. A UE considera insuficiente apenas o estabelecimento de órgão com competência para julgar apelações, embora não deixe de comentar propostas que se voltam ao estabelecimento unicamente de tal órgão.

Para além do apoio conceitual à criação de um órgão de apelação, o GT-III encontra-se em etapa inicial da discussão detalhada da composição e funcionamento dessa instituição – a conclusão desse debate é estimada para o final do calendário do GT-III, a fim de ser apreciada durante a 59ª sessão da UNCITRAL, em 2026²¹³. Dentre as questões que deverão ser discutidas no âmbito dessa proposta, cabe destacar as seguintes:

a) *Natureza da instância de apelação – permanente (multilateral) ou ad hoc (bilateral)*: o GT-III discutirá se favorece a criação de órgão permanente de apelação, aberto à adesão de Estados interessados, com jurisdição para decidir disputas nascidas de diferentes acordos de investimentos ou, alternativamente, de um órgão *ad hoc* que seria formado a cada disputa para julgar eventual recurso de apelação, posteriormente desfeito após encerrado o procedimento. Esta última hipótese replicaria a estrutura dos mecanismos ISDS atuais na sua natureza *ad hoc*, porém agrega instância de segundo grau às arbitragens.

Por sua vez, a criação de órgão permanente de apelação possuiria semelhanças estruturais com a forma como está organizado o procedimento de solução de controvérsias na OMC, em que os painéis

213 Conforme o plano acordado durante a 40ª sessão do GT-III (segunda parte), o tema será discutido durante reuniões que terão lugar em 2022. A primeira leitura de minuta de instrumento sobre a matéria está prevista para a 44ª sessão. Cf. UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed fortieth session (Vienna, 4 and 5 May 2021). Documento A/CN.9/1054, 27/05/2021, p. 9.

(de natureza *ad hoc*) têm suas decisões potencialmente submetidas à apreciação do Órgão de Apelação, que funciona em caráter permanente, apoiado pelo Secretariado da OMC, e está integrado por julgadores escolhidos pelos Estados membros para cumprir mandato por tempo determinado. Conforme levantamento do Secretariado da UNCITRAL, a maior parte dos países que se manifestaram favoráveis à criação de instância de apelação referiram-se a órgão de natureza multilateral permanente²¹⁴.

Não há ainda prática com o funcionamento de instâncias de apelação no julgamento de arbitragens de investimento. Diferentes tratados preveem a possibilidade de estabelecimento de órgãos para revisar decisões de primeiro grau adotadas em arbitragens de investimento sob tais acordos, mas não se registram ainda exemplos concretos de constituição de mecanismos de segunda instância. Um mesmo país pode ter manifestado preferência, em diferentes acordos, por órgão de apelação de natureza *ad hoc* enquanto, em outras ocasiões, por uma instância permanente. Assim, por exemplo, o acordo de livre comércio entre os EUA e a Colômbia, assinado em 2006 e vigente desde 2012, contempla a possibilidade de criação de órgão de apelação bilateral para revisar laudos proferidos por tribunais arbitrais constituídos sob esse acordo. Conforme o anexo 10-D do acordo: “[w]ithin three years after the date of entry into force of this Agreement, the Parties shall consider whether to establish an appellate body or similar mechanism to review awards (...)”²¹⁵. Já o acordo de livre comércio entre os EUA e Singapura, assinado em 2003 e em vigor desde 2004, inclina-se pela eventual adesão das partes a órgão multilateral permanente de apelação, se e quando existente:

If a separate multilateral agreement enters into force as between the Parties that establishes an appellate body for purposes of reviewing

214 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Appellate and multilateral court mechanisms – Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/WP.185, 29/11/2019, parágrafo 45.

215 Colombia-United States Trade Promotion Agreement, Anexo 10-D. Não há registro da constituição de tal órgão.

awards rendered by tribunals constituted pursuant to international trade or investment arrangements to hear investment disputes, the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate body review awards rendered under Article 15.25 of this Section in arbitrations commenced after the appellate body's establishment.²¹⁶

Há diferentes formas de institucionalização de eventual instância de apelação: (i) o órgão poderá ser criado como entidade autônoma, mantida pelos Estados que firmarem o respectivo acordo constitutivo, possivelmente amparada por um secretariado (estrutura válida tanto para uma instância permanente ou *ad hoc*); (ii) o órgão pode ser hospedado em instituição já existente, como o ICSID; ou (iii) a instância de apelação seria criada *ad hoc* pelas partes de uma disputa.

A discussão em torno da criação de órgão de apelação em matéria de investimento poderia servir para oferecer respostas a diversas ordens de preocupações levantadas no processo de reforma dos mecanismos ISDS na UNCITRAL. Além das queixas sobre falta de correção e consistência de decisões arbitrais, eventual órgão de apelação poderia igualmente incorporar, por exemplo, disciplinas voltadas a mitigar preocupações quanto à independência e imparcialidade dos árbitros.

A natureza, permanente ou *ad hoc*, de uma instância de apelação influenciará diferentes aspectos do desenho institucional do órgão, sobretudo o método de designação dos julgadores.

b) *Designação dos integrantes de uma instância de apelação*: como descrito no capítulo 1, na maior parte dos mecanismos ISDS cada parte em uma disputa (e não os Estados partes do acordo de investimento) possui a prerrogativa de indicar um dos árbitros que irá compor um tribunal.²¹⁷ Trata-se de elemento típico das arbitragens de investimento que revela a proximidade dessa forma de solução de controvérsias com arranjos comerciais. Não à toa, essa prerrogativa é chamada de *party autonomy*. A criação de uma instância de apelação pode alterar esse

216 United States-Singapore Free Trade Agreement, artigo 15.19, parágrafo 10.

217 Considerando-se que cada tribunal é normalmente formado por três julgadores.

aspecto dos mecanismos ISDS de maneira que, se assim decidido pelos membros do GT-III, os juízes de apelação venham a ser designados pelos Estados que optarem por reconhecer a jurisdição de tal órgão. Os investidores não influenciariam a escolha dos integrantes da instância de apelação nesse caso.

Ainda que em caráter excepcional, já existem procedimentos em vigor em que a designação de julgadores de casos relativos a investimentos é feita por terceiras partes que não as partes em uma disputa. Uma dessas exceções à *party autonomy* está presente nos procedimentos de anulação de laudos arbitrais, para as arbitragens realizadas ao amparo da Convenção que Estabelece o ICSID. Nesses procedimentos, que não se confundem com um juízo de apelação (conforme será discutido no item (c) abaixo), a composição do órgão julgador não é definida pelas partes, mas pelo secretariado do ICSID²¹⁸. De qualquer maneira, a composição dos tribunais que apreciam os pedidos de anulação (chamados “comitês”) é *ad hoc*, o que possivelmente explique por que os nomes escolhidos para julgar esses procedimentos são, com alguma frequência, objeto de contestações pelas partes – da mesma forma como sucede com tribunais arbitrais cuja composição foi definida pelas partes em uma disputa. Desse modo, a experiência com os procedimentos de anulação no ICSID sugere que uma instância de apelação de natureza *ad hoc* poderia estar sujeita à mesma crítica que atualmente é feita à independência e imparcialidade dos integrantes de tribunais arbitrais de investimentos.

Caso o GT-III opte por favorecer o estabelecimento de órgão permanente de apelação, é mais provável que sua composição seja estável, com julgadores eleitos para cumprir mandato por prazo pré-determinado. Nessa hipótese, será necessário definir os procedimentos para eleição

218 Na parte relevante, o artigo 52, parágrafo 3º da Convenção que Estabelece o ICSID prescreve que: “On receipt of the request the Chairman [função ocupada pelo Presidente do Banco Mundial] shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute (...)”.

dos integrantes da instância de apelação, dentre os quais os critérios que pautariam essa decisão. O GT-III deverá deliberar, entre outros, sobre a qualificação que cada candidato a julgador deve possuir – por exemplo, se será esperado que os candidatos possuam conhecimento de direito internacional público ou, mais especificamente, em direito dos investimentos; ou então se o candidato deve ter possuído experiência no setor público ou no setor privado. Ademais, o GT-III deverá decidir se uma instância de apelação deverá contar com juiz nacional de cada Estado que venha a reconhecer a jurisdição do órgão (representação completa), ou se, a exemplo do Órgão de Apelação da OMC, não deve necessariamente refletir todas as nacionalidades dos Estados membros do tribunal (representação seletiva).

De qualquer forma, caso o GT-III opte por propor órgão com julgadores permanentes, parece certo que o controle sobre o perfil dos juízes ficará mais nas mãos dos Estados do que ocorre atualmente, quando os investidores possuem parcela importante de influência sobre a composição dos tribunais arbitrais.

c) *Competência da instância de apelação – decisões passíveis de apelação e escopo da revisão realizada em apelação*: uma das questões preliminares a serem definidas na discussão sobre instância de apelação, de interesse direto para o Brasil, diz respeito às decisões sujeitas a revisão: seriam apenas aquelas resultantes de arbitragens investidor-Estado ou também incluiriam disputas entre Estados, como aquelas previstas no ACFI? Em recente *non-paper* circulado para apoiar discussão preliminar relativa a possível instrumento que estabelece uma instância de apelação,²¹⁹ o Secretariado da UNCITRAL propôs como *appealable decisions* apenas “[d]ecisions by the first-tier tribunal settling a dispute between an investor and a State or State-owned entity”. Em reação à linguagem

219 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Appellate mechanism and enforcement issues – Note by the Secretariat, rascunho circulado para comentários pelo Secretariado da UNCITRAL, p. 15. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/appellate_mechanism_and_enforcement_issues.docx>. Acesso em: 10 jan. 2022.

proposta, os comentários da União Europeia²²⁰ e do Canadá²²¹ indicam que seria preferível ampliar o escopo do dispositivo para acomodar igualmente casos de arbitragem Estado-Estado.

Tema central do funcionamento de uma instância de apelação diz respeito à autoridade que seria conferida ao órgão para revisar decisões adotadas por tribunais arbitrais. Os recursos hoje existentes, que não se confundem com a apelação, são essencialmente os procedimentos de revisão previstos na Convenção que Estabelece o ICSID, em particular o pedido de anulação de uma decisão arbitral (como visto no capítulo 1, seção 2.3). Entretanto, ao contrário de um juízo de apelação, o comitê que julga a anulação limita-se a decidir se houve vício na condução do procedimento de arbitragem. Os comitês não consideram o conteúdo da análise jurídica realizada na primeira instância (como se espera de um juízo de apelação) (HUBER & TEREPOSKY, 2017, p. 574). Mesmo se um comitê de anulação considerar incorreta uma decisão de tribunal arbitral, não possui competência para reformar aquele entendimento, substituindo-o por interpretação que julgue mais adequada. Os poderes do comitê são unicamente de anular, total ou parcialmente, uma decisão.

O juízo de apelação, ao contrário, está voltado a revisar a decisão inicial. Entretanto, caberá ao GT-III acordar qual o escopo dessa revisão: caberia ao órgão de apelação reavaliar tanto os fatos que foram apresentados perante os julgadores de primeira instância (a chamada “*de novo review*”), além da apreciação jurídica do caso? Ou a apelação deve circunscrever-se às questões de direito envolvidas (a definição das regras aplicáveis e sua interpretação), como sucede, por exemplo, com o Órgão de Apelação da OMC?

220 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Appellate mechanism and enforcement issues – Note by the Secretariat – Annotated comments from the European Union and its Member States to the UNCITRAL Secretariat, 19/10/2020, p. 18. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/eu_and_ms_comments_appeal_and_enforcement.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

221 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Appellate mechanism and enforcement issues – Note by the Secretariat – Communication by Canada, p. 8. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/appellate_mechanism_and_enforcement_issues_canada.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

Questão associada à análise que seria realizada em segundo grau diz respeito ao objetivo esperado da apelação: o órgão teria o mandato de velar pela *correção* com que as decisões de primeiro grau aplicaram as normas jurídicas ao caso ou terá também a função de garantir a *consistência* entre decisões arbitrais por meio da consolidação de jurisprudência harmonizada? No âmbito do GT-III, Estados têm invocado a necessidade de instância de apelação “to increase the correctness, consistency, predictability and coherence of ISDS decisions”²²². Para a China, por exemplo, “[c]urrent investment arbitration lacks an institutionalized and reasonable mechanism for correcting errors”, no que sugere a necessidade de garantir decisões corretas. Ao mesmo tempo, o país manifesta frustração com as “numerous inconsistencies in the awards arrived at through the investment arbitration mechanism”, as quais “cannot meet the requirements for realizing the rule of law”²²³.

Outros membros, como os EUA, distinguem entre a garantia da correção e a da consistência. Para esses membros, “seeking to achieve consistency should not be to the detriment of the correctness of decisions” e “predictability and correctness should be the objective rather than uniformity”²²⁴.

Conforme analisado acima (capítulo 1, seção 3.3), os objetivos de *correção* e *consistência* de decisões arbitrais atendem a propósitos diferentes. Em contexto de considerável fragmentação normativa, marcado pelos 2257 BITs atualmente em vigor, a busca por consistência entre interpretações implicaria sobrepor a vontade dos julgadores de apelação à intenção dos Estados que negociaram o acordo que esteja sendo aplicado em uma disputa. Por sua vez, a expectativa de que a

222 UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed thirty-eighth session (Vienna, 20-24 January 2020). Documento A/CN.9/1004/Add.1, 28/01/2020, parágrafo 18.

223 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Submission from the Government of China. Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/ WP.177, p. 2-3.

224 UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed thirty-eighth session (Vienna, 20-24 January 2020). Documento A/CN.9/1004/Add.1, 28/01/2020, parágrafo 19. Gravações da segunda parte da 38ª sessão do Grupo de Trabalho III (20/01/2020, reunião de 10:00-12:30, a partir de 66:20 minutos). Cf. bibliografia do presente trabalho, item 1.2, para dados de acesso na Internet.

instância de revisão corrija erros de direito cometidos em primeiro grau parece melhor respeitar esse contexto de fragmentação, dado que a apelação lançaria o foco na interpretação do acordo específico que estiver sendo aplicado, sem se preocupar em fazer jurisprudência de aplicação geral – algo discutível no universo de milhares de acordos de investimento, em que não há sistema de precedente.

3.3.2. Corte multilateral de investimento

A União Europeia é a principal impulsionadora dessa proposta de reforma. A discussão sobre o assunto encontra-se em estágio preliminar, uma vez passado o debate conceitual estimulado por documentos circulados pela UE. No momento em que o presente trabalho é escrito, o Secretariado da UNCITRAL havia circulado para comentários dos participantes *non-paper* com possíveis dispositivos a respeito da seleção de integrantes de mecanismo multilateral permanente²²⁵.

Para a UE, “establishing a two-tier mechanism is the only available option that effectively responds to all the concerns identified in the Working Group”²²⁶. A corte permanente proposta pela UE contemplaria: (i) uma instância permanente de primeiro grau, com competência para examinar os fatos do caso e decidir sobre as regras aplicáveis (exerceria os chamados juízo de fato e juízo de direito); e (ii) órgão de apelação, também integrado por juízes permanentes, que realizaria o juízo de direito sobre as decisões de primeiro grau assim como, excepcionalmente, erros manifestos na apreciação dos fatos²²⁷. Estrutura dessa natureza evitaria a inconsistência e incorreção (do ponto de vista jurídico) de

225 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Standing multilateral mechanism: Selection and appointment of ISDS tribunal members and related matters, *non-paper* circulado pelo Secretariado para comentários. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/standing_multilateral_mechanism_-_selection_and_appointment_of_isds_tribunal_members_and_related_matters_0.pdf>. Acesso em 10 jan. 2022.

226 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Submission from the European Union and its Member States. Documento A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24/01/2019, parágrafo 40.

227 Idem, parágrafos 13 e 14.

decisões relativas a disputas em matéria de investimentos, na visão europeia.

Além do caráter permanente das duas instâncias que integrariam a corte multilateral, a proposta da UE afetaria outros aspectos estruturais dos mecanismos ISDS, tais como a metodologia de designação de juízes, o mandato de cada julgador, a possibilidade de jurisdição sobre disputas entre Estados e a forma de financiamento dos procedimentos de solução de controvérsias em matéria de investimento. Em todos esses aspectos, a proposta comunitária visa alterar a natureza privada da arbitragem de investimento para algo mais próximo a um sistema público de exercício de jurisdição. O controle exercido pelos Estados sobre a corte multilateral de investimentos, tal como proposta pela UE, seria significativamente mais amplo do que no atual desenho dos mecanismos ISDS.

Conforme a proposta comunitária, a corte multilateral seria composta por juízes designados pelos Estados partes do tratado que estabelecer o tribunal permanente – e não de forma *ad hoc* pelas partes envolvidas em uma disputa, como ocorre atualmente. Os candidatos a juízes poderiam ter seus nomes sujeitos a mecanismo prévio de *screening*, seguido de processo de votação pelos Estados partes. Os juízes exerceriam suas funções em mandato não renovável, por período pré-determinado a ser negociado²²⁸. Segundo a UE, tal mecanismo de designações afastaria diversas preocupações com conflitos de interesses que podem afetar a independência e imparcialidade dos julgadores. Além disso, “[i]t will remove the link between arbitrators (or candidates to be arbitrators) and counsel for investors and states who are gate-keepers to appointment”, no que a UE sugere reconhecer que o atual sistema está capturado por advogados e seus interesses²²⁹.

228 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Submission from the European Union and its Member States. Documento A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24/01/2019, parágrafo 22.

229 Idem, parágrafo 47.

A proposta comunitária é flexível quanto às espécies de disputas que poderiam ser decididas pela corte permanente e admitiria disputas entre Estados, e não apenas no formato investidor-Estado.

Elemento importante da proposta europeia é a preocupação em definir mecanismo de financiamento da corte. Conforme a UE, é importante que o financiamento do órgão esteja desvinculado da remuneração dos julgadores. O sistema atual dos mecanismos ISDS oferece estímulos para que as arbitragens tenham longa tramitação (os árbitros são remunerados por hora de trabalho) e estabeleçam indenizações em valores consideráveis (para justificar o elevado valor da hora trabalhada, em comparação com outros tribunais internacionais). Ainda que o texto conceitual circulado pela UE não entre em detalhes operacionais sobre o assunto, o documento apresenta alguns parâmetros que deveriam ser atendidos, do ponto de vista comunitário: (i) em princípio, o financiamento deveria ser feito pelos Estados partes do tratado que cria a corte, com distribuição de custos que levaria em conta o nível de desenvolvimento do país; e (ii) não se excluiria a eventualidade de que sejam cobradas taxas dos usuários do sistema da corte permanente, desde que essas taxas não estejam vinculadas à remuneração dos julgadores.

Não é surpreendente que a UE esteja à frente de proposta dessa natureza, dado que a estrutura da corte multilateral de investimentos replica aspectos da Corte de Justiça da União Europeia e da Corte Europeia de Direitos Humanos, ambas compostas por juízes permanentes que atuam ora como instância de primeiro grau, ora de apelação.²³⁰ Possivelmente por essa mesma razão, o apoio recebido até o momento pela proposta comunitária não é robusto. É razoável argumentar que os Estados possuem maior familiaridade com a dinâmica e o funcionamento

230 A Corte Europeia de Direitos Humanos (composta por 47 juízes) está distribuída em cinco Câmaras de julgamento, cujas decisões podem ser submetidas à Grande Câmara (composta por 17 juízes dentre o total de 47). Ver EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. The Grand Chamber in brief (cf. bibliografia, item 1.4, para dados de acesso). A Corte de Justiça da União Europeia, por sua vez, está organizada na Corte Geral (ex-Corte de Primeira Instância), cujas decisões são passíveis de apelação, em questões de direito, para a Corte de Justiça. Ver COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. Court of Justice – Presentation (cf. bibliografia, item 1.4, para dados de acesso).

da estrutura do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, onde a função de primeira instância é desempenhada pelos painéis – órgãos *ad hoc* – enquanto os recursos são decididos pelo Órgão de Apelação, integrado por juízes nomeados para mandatos de tempo pré-determinado.

A proposta da UE não deixa claro a expectativa quanto ao papel da corte em “harmonizar” interpretações entre disputas que venham a ser julgadas, mesmo que relativas a acordos de investimento diferentes. Em determinadas passagens, a posição conunitária dá a entender que a corte multilateral teria competência para estender interpretações entre acordos diferentes: “Under the current system, stakeholders cannot have reasonable expectations that a ruling in one dispute will be followed in another due to the *ad hoc* nature of the tribunals”²³¹. Em outras ocasiões, a posição da UE parece ser a de que a corte deve respeitar a vontade das partes do acordo de investimento objeto de uma disputa:

In a multilateral standing mechanism covering multiple bilateral agreements it would be necessary to ensure that the parties to a bilateral agreement would retain control over the interpretation of their agreement by being able to adopt binding interpretations.²³²

Levando em consideração as principais características dos mecanismos ISDS conforme descritas no capítulo 1 (parte 2), a proposta patrocinada pela UE alteraria diversos elementos que atualmente são considerados definidores dos mecanismos ISDS (sobretudo na perspectiva dos investidores): (i) em lugar da *finality of awards*, seria introduzida a possibilidade de apelação; (ii) a *party autonomy* seria substituída pela designação de juízes por Estados, sem participação de investidores; (iii) os tribunais (de primeira instância e de apelação) deixariam de ser convocados de forma *ad hoc*; e (iv) os tribunais não seriam diretamente financiados pelas partes envolvidas em uma disputa (embora não exista ainda clareza sobre a forma como se daria o financiamento da corte

231 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Submission from the European Union and its Member States. Documento A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24/01/2019, parágrafo 41.

232 Idem, parágrafo 26.

multilateral de investimento). Por outro lado, a proposta comunitária não alteraria (i) a prerrogativa que toca aos investidores de iniciar a arbitragem (salvo nos casos em que for admitida arbitragem Estado-Estado); e (ii) o fato de que a corte multilateral teria de aplicar a cada disputa o acordo de investimento objeto da controvérsia, ou seja, o advento da corte não responderia ao problema da fragmentação normativa que caracteriza o universo de acordos de investimento (caberia ver em que termos o GT-III eventualmente acordaria a linguagem sobre os propósitos de correção e consistência).

O programa de trabalho do GT-III prevê concluir a discussão sobre a proposta de corte multilateral de investimento para ser considerada pela 58ª sessão da UNCITRAL, em 2025.

Reformas incrementais

3.3.3. Código de conduta para julgadores em disputas de investimento

Esta proposta de reforma foi desde o início das discussões considerada o *low-hanging fruit* dentre aquelas identificadas como possíveis respostas às preocupações suscitadas pelos mecanismos ISDS.

O código de conduta visa responder às preocupações com a independência e imparcialidade de árbitros. Essencialmente, a noção de (falta de) independência evoca relações “problemáticas” entre um árbitro e uma das partes, ou seus advogados, enquanto a parcialidade se refere à percepção de que o árbitro tenderá a decidir uma controvérsia movido por pré-julgamentos, sem a devida consideração aos argumentos invocados por uma das partes²³³.

As instituições que atualmente hospedam arbitragens de investimento, ou que elaboraram regras procedimentais sobre o assunto, como o ICSID, a própria UNCITRAL e a Corte Permanente de Arbitragem, já possuem regras que buscam garantir a independência e a imparcialidade

233 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Background information on a code of conduct. Note by the Secretariat. Documento A/CN.9.WG.III/WP.167, 31/07/2019, parágrafo 16.

dos árbitros. Muitas dessas regras exigem dos árbitros transparência a respeito de relações e vínculos, profissionais ou pessoais, que possam comprometer a neutralidade do julgador. Apesar dessas regras, a realidade dos tribunais arbitrais – avaliada, neste caso, pelos procedimentos de contestação à indicação de árbitros – revela preocupações que requerem novas disciplinas.

Esse é o caso, por exemplo, da prática de *double hatting* na qual profissionais atuam, simultaneamente ou em reduzido intervalo de tempo, tanto como árbitros quanto como advogados em diferentes arbitragens de investimento envolvendo uma das partes ou temas associados, de modo a suscitar dúvida sobre sua independência para decidir um caso (capítulo 1, parte 3.1, acima). A jurisprudência possui diversos casos em que a indicação de árbitros foi contestada com base nessa prática²³⁴, revelando lacunas na regulamentação existente.

O código de conduta finalmente adotado pelo GT-III em 2023 oferece disciplinas para regulamentar esse caso, além de reforçar os deveres de transparência que incumbe aos indicados à função de árbitros. Essencialmente, a solução acordada foi de, salvo entendimento diverso das partes, impedir que um árbitro possa atuar como advogado ou perito em caso envolvendo a mesma medida de investimento (simultaneamente ou nos três anos seguintes), as mesmas partes (simultaneamente ou nos três anos seguintes) ou o mesmo dispositivo do mesmo acordo de investimentos (simultaneamente ou no ano seguinte)²³⁵.

3.3.4. Métodos de designação de árbitros

Da forma como mais comumente são organizados os tribunais arbitrais, o investidor demandante e o Estado demandado escolhem um árbitro cada. Os dois árbitros buscam acordar o nome do terceiro

234 Alguns dos precedentes relevantes estão compilados em ICSID. Code of Conduct – Background papers: double hatting. Washington, sem data.

235 UNCITRAL. Draft code of conduct for arbitrators in international investment dispute resolution and commentary. Documento A/CN.9/1148, 28/04/2023, artigo 4.

integrante, que exercerá a presidência do tribunal. Na ausência de acordo, uma autoridade poderá ser convidada a designar o presidente.

O estado atual do tratamento do tema no GT-III aponta para o interesse dos Estados em exercer maior influência sobre o processo de escolha dos julgadores que irão decidir arbitragens de investimentos. Eventual resultado sobre esse tema poderá restringir em alguma medida a chamada *party autonomy*, a prerrogativa que toca a cada parte em uma disputa de designar os árbitros. Concretamente, reforma nessa direção limitaria a influência de que atualmente gozam os investidores (e seus advogados) sobre o perfil do tribunal arbitral. A questão a ser definida é em que medida se daria essa limitação, dado que alguns membros do GT-III entendem ser importante preservar a capacidade das partes na disputa para designar os árbitros (casos, por exemplo, da China e da Rússia).

O interesse dos Estados em ampliar o controle sobre essa etapa dos mecanismos ISDS é justificado por diferentes razões pelos governos. Uma delas é a de que “party appointment [is] the main reason leading to concerns about the lack or apparent lack of independence and impartiality of decision makers in ISDS”²³⁶. Outra ordem de preocupações diz respeito à falta de diversidade, geográfica e de gênero, na comunidade de árbitros. Finalmente, há a percepção de que o plantel de árbitros existente ainda é demasiadamente inclinado a tratar as arbitragens de investimento como procedimento de direito privado, o que contrastaria com o perfil cada vez mais próximo ao direito público adquirido pelas disputas submetidas à arbitragem. Essa mudança requereria mais árbitros com formação em direito internacional público e experiência governamental.

Ainda estão indefinidos os formatos concretos de possíveis reformas para responder às preocupações elencadas. Tais formatos dependerão de sua aplicação a tribunais arbitrais *ad hoc* ou a instâncias permanentes.

236 UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed thirty-eighth session (Vienna, 20-24 January 2020). Documento A/CN.9/1004/Add.1, 28/01/2020, parágrafo 104.

No caso desta última opção, a designação seria possivelmente feita pelos Estados que sejam partes do acordo que estabelece a instância, conforme descrito nas análises acima sobre um órgão de apelação e uma corte multilateral.

Com relação a tribunais *ad hoc*, as seguintes possibilidades de mecanismos de designação foram suscitadas ao longo dos debates no âmbito do GT-III em substituição à escolha dos árbitros pelas partes: (i) pré-estabelecimento de lista com nomes de potenciais árbitros: essa opção preservaria a capacidade de cada parte na disputa, inclusive o investidor nos casos de mecanismos ISDS, para designar os julgadores a partir de lista já definida (a questão a ser decidida seria quem comporia a lista, se apenas os Estados ou também os investidores); (ii) atribuição da designação de árbitros a uma autoridade reconhecida pelas partes para essa função: como assinalado anteriormente, é comum que as partes deleguem a designação do árbitro-presidente a terceiro não participante da controvérsia (*e.g.*, o presidente da Corte Internacional de Justiça). Opção de reforma dessa natureza ampliaria a competência da terceira parte, por exemplo, para designar toda a composição do tribunal arbitral; e (iii) diferentes combinações dos itens (i) e (ii), tais como o uso obrigatório da lista para a identificação do presidente, a mescla de designação de árbitros pelas partes e pela autoridade, e o uso de diferentes autoridades para definir a composição do tribunal.

Conforme o plano de trabalho em vigor, o GT-III estimou concluir proposta de reforma sobre métodos de designação de árbitros ao final do seu calendário de trabalho, para apreciação da 59^a sessão da UNCITRAL, em 2026.

3.3.5. Centro para assessoria em arbitragens de investimento (advisory centre)

Baseados na experiência da OMC com o *Advisory Centre for WTO Law* (ACWL)²³⁷, diversos participantes do GT-III manifestaram o interesse em que fosse considerada a criação de entidade similar voltada a capacitar sobretudo países em desenvolvimento em procedimentos arbitrais na área de investimentos²³⁸.

A fim de servir de possível base para as discussões do GT-III sobre essa proposta, programada para ocorrer em 2022, o Secretariado da UNCITRAL minutou documento, em formato de artigos, relativo ao estabelecimento do que poderia vir a ser o centro de assessoria jurídica sobre disputas de investimento.

Conforme a minuta do Secretariado, o centro prestaria essencialmente duas funções: (i) mecanismo de assessoria em procedimentos de solução de controvérsias de investimentos, que apoiaria os países beneficiários na elaboração da sua defesa em cada caso; e (ii) foro para intercâmbio de experiências entre países interessados, não apenas em procedimentos de solução de controvérsias, como também em métodos alternativos de resolução de disputas.

A proposta de criação do centro de assessoria jurídica é meritória por diversas razões, entre elas por permitir que países sem recursos possam contar com apoio técnico para litigar procedimentos caros e complexos nos quais, muito possivelmente, enfrentarão investidor amparado por sólida assessoria jurídica. Como será discutido no capítulo 4, ainda que a proposta tenha benefício mais evidente para países com menos condições de custear demandas perante mecanismos ISDS, o

237 O ACWL é uma organização internacional com personalidade jurídica própria, estabelecida em tratado assinado em 2001, cujo propósito é contribuir para que “developing countries, in particular the least developed among them, and the countries with economies in transition” capacitem-se para lidar com disputas no âmbito da OMC. Cf. Agreement Establishing the Advisory Centre on WTO Law. Disponível em: <https://www.acwl.ch/download/basic_documents/agreement_establishing_the_ACWL/Agreement_estab_ACWL.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

238 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Advisory Centre. Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/WP.212, 03/12/2021.

Brasil poderá valer-se da *expertise* que deverá ser acumulada no centro para reforçar a capacitação na participação em disputas de investimento, área na qual o país ainda não conta com experiência consolidada.

3.3.6. Prevenção e mitigação de disputas

Além da abertura para discussão relativa a arbitragens de investimentos Estado-Estado, outro exemplo da flexibilidade embutida no mandato do GT-III para discutir a reforma dos mecanismos ISDS está na consideração de propostas voltadas à prevenção e mitigação de disputas, outro tema que toca diretamente em interesse do Brasil. Em ambos os casos – disputas Estado-Estado e prevenção de disputas – se está tratando de procedimentos alheios à realidade atual das arbitragens de investimento.

Diversos membros do GT-III destacam a importância de explorar medidas para prevenir e mitigar disputas, dentre os quais documento circulado pelo Brasil²³⁹. Até o momento, entretanto, o GT-III está compilando experiências nacionais sobre o assunto a fim de sugerir potenciais propostas concretas.

Dentre os mecanismos existentes que foram identificados pelo Secretariado, incluem-se (i) a atribuição, a agências governamentais, de mandato para apoiar investidores estrangeiros tanto na coleta de informações sobre as condições regulatórias locais, como na coordenação com órgãos públicos no tratamento de questões concretas; (ii) levantamento de compromissos assumidos pelos Estados em acordos de investimentos, para disseminação a órgãos públicos cujas medidas possam vir a colidir com alguma das obrigações assumidas pelo Estado. Essa competência pode incluir igualmente a capacitação da burocracia estatal (inclusive em nível local ou regional) sobre a evolução da jurisprudência arbitral em matéria de investimentos; e (iii) implementação de mecanismos

239 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Submission from the Government of Brazil. Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/WP.171, 11/06/2019.

de consultas entre Estados, a fim de evitar que queixas de investidores possam evoluir para disputas levadas a arbitragem²⁴⁰.

O GT-III deverá considerar a forma como responder às manifestações favoráveis a propostas sobre prevenção e mitigação de disputas. Alguns exemplos em consideração incluem os seguintes resultados: (i) possíveis diretrizes voluntárias para aprimorar mecanismos existentes em matéria de prevenção e mitigação de disputas; (ii) desenvolvimento de cláusulas-modelo sobre prevenção e mitigação de disputas, a fim de serem incorporadas a acordos de investimento; e (iii) mecanismos para fomentar a coordenação, em âmbito internacional, de iniciativas nacionais sobre a matéria.

3.4. Conclusões parciais

O presente capítulo apresentou as discussões na UNCITRAL sobre a reforma dos mecanismos ISDS, a fim de oferecer elementos para avaliar em que medida essas discussões podem servir de plataforma para avançar interesses brasileiros na matéria.

Em particular, o capítulo descreveu os elementos que compõem o mandato conferido ao GT-III, o leque de propostas identificadas como possíveis respostas às preocupações suscitadas pelos mecanismos ISDS (preocupações que foram adiantadas no capítulo 1, parte 3). Dentre tais propostas, o capítulo examinou em mais detalhes aquelas que podem ser consideradas de interesse mais direto para o Brasil, tendo presente os interesses (*proativo*) de difundir o exemplo do ACFI e (*defensivo*) de salvaguardar arbitragens envolvendo o Brasil de interpretações expansivas, oriundas de julgamentos amparados em BITs.

A flexibilidade que caracteriza o mandato conferido ao GT-III permite dizer que o debate da UNCITRAL sobre reforma dos mecanismos ISDS não abrange apenas esses mecanismos, mas também outros

240 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Dispute prevention and mitigation – Means of alternative dispute resolution. Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/WR.190, 15/01/2020.

aspectos que interessam ao Brasil, como a arbitragem Estado-Estado e procedimentos de prevenção de disputas. Por essa razão, não há contradição no fato de que o Brasil participe dos trabalhos da UNCITRAL sem jamais ter aceito mecanismos ISDS.

A flexibilidade do mandato do GT-III também oferece a vantagem de deixar à escolha dos Estados aquelas reformas que decidirão adotar. O resultado produzido pelo GT-III não será apresentado como um *single undertaking*; será, ao contrário, um leque de opções para escolha *à la carte*. Dadas as grandes diferenças de expectativas entre os participantes do GT-III, conforme se pode depreender do quadro parlamentar, é prudente e sábia a decisão do Grupo de avançar simultaneamente propostas de diferentes níveis de ambição (que ocasionalmente possam vir a sobrepor-se), como o estabelecimento de corte multilateral de investimentos e métodos alternativos de designação de árbitros.

Os termos em que está plasmado o mandato do GT-III e a natureza das propostas de reforma sob consideração na UNCITRAL indicam que essas discussões oferecem plataforma para buscar avançar os interesses *proativo* e *defensivo* brasileiros. O próximo capítulo oferecerá reflexões para apoiar a atuação do Brasil no GT-III, a fim de avançar esses interesses.

Capítulo 4

Contribuição para a participação do Brasil nas discussões sobre reforma dos mecanismos ISDS na UNCITRAL

O presente capítulo oferece parâmetros para apoiar a atuação do Brasil nas discussões sobre a reforma dos mecanismos ISDS no GT-III da UNCITRAL. Para isso, leva em conta as preocupações suscitadas pela estrutura e funcionamento desses mecanismos (capítulo 1), as peculiaridades da posição do Brasil no universo de acordos de investimento (capítulo 2) e as possibilidades de reforma atualmente em consideração na UNCITRAL (capítulo 3).

O Brasil não é um demandante da reforma dos mecanismos ISDS. Ao contrário, o país trilha caminho praticamente único no universo dos acordos de investimento por haver escolhido exclusivamente a possibilidade de arbitragem entre Estados – e, mesmo assim, como último recurso, após esgotadas as possibilidades de prevenção de disputas.

A despeito disso, as discussões na UNCITRAL são de interesse do Brasil. Os capítulos anteriores procuraram evidenciar por quê: (i) o capítulo 3 revelou que o processo em curso na UNCITRAL não se resume a mecanismos ISDS; (ii) o mandato conferido ao GT-III é flexível o suficiente para incorporar também a solução de controvérsias no formato Estado-Estado, além de (iii) abrir espaço para discussões sobre prevenção de disputas. Ao mesmo tempo, o capítulo 2 mostrou que, apesar das diversas salvaguardas incorporadas ao ACFI, há cláusulas no acordo brasileiro que podem ser objeto de interpretações expansivas em caso de arbitragem envolvendo o Brasil, sobretudo levando em conta o ativismo exibido por alguns tribunais, como descrito no capítulo 1.

Uma vez que o GT-III está no início das discussões sobre propostas concretas de reforma, o propósito do presente capítulo não é o de avaliar se uma proposta determinada atende os interesses brasileiros, mas de apresentar elementos para dimensionar *em que termos* uma proposta pode ser favorável a esses interesses.

Por sua vez, o interesse brasileiro na matéria é moldado pelo ACFI e categorizado das seguintes formas, já mencionadas anteriormente no presente trabalho: (i) o interesse *proativo* de divulgar os elementos inovadores do ACFI, em particular a ênfase na prevenção de disputas e na preferência por mecanismos Estado-Estado de gestão das relações de investimento, inclusive a solução de eventuais controvérsias; e (ii) o interesse *defensivo* de, em caso de controvérsias, salvaguardar as escolhas plasmadas no ACFI contra interpretações expansivas adotadas por tribunais arbitrais em disputas nascidas da aplicação de BITs – acordos que, como visto em diferentes partes do presente trabalho, diferem radicalmente do ACFI.

Essas categorias de interesses vêm pautando a atuação do Brasil desde o início do mandato do GT-III. Por isso, a contribuição pretendida com o presente trabalho é discutir como esses interesses se traduzem concretamente diante das propostas de texto de reforma que começam a surgir no âmbito do GT-III. Espera-se, com essa contribuição, apoiar a atuação brasileira durante a execução do cronograma acordado pelo GT-III, previsto para durar até 2026, como visto acima (capítulo 3, parte 2).

O capítulo inicia com exame de formas para avançar o interesse *proativo* brasileiro na divulgação de seu modelo de acordo de investimento, enquanto a segunda parte volta-se para propostas selecionadas de reforma a fim de oferecer elementos para avaliar em que medida o interesse *defensivo* do Brasil pode ser atendido.

4.1. Interesse proativo de divulgar a abordagem brasileira sobre acordos de investimento

Com base nos elementos que compõem o interesse proativo nascido do enfoque original do ACFI, são oferecidos a seguir possíveis cursos de ação para a atuação do Brasil nas discussões do GT-III sobre: (i) mecanismos de prevenção de disputas; e (ii) participação dos Estados na gestão das relações de investimento, inclusive no que se refere às disputas.

4.1.1 Divulgação dos mecanismos de prevenção de disputas previstos no ACFI

Como destacado no capítulo 2, o ACFI distingue-se dos acordos de investimento tradicionais por refletir visão inovadora da regulamentação dos investimentos. Em lugar da abordagem fortemente pautada pela criação de obrigações (muitas vezes indefinidas) para o Estado anfitrião do investimento, o ACFI privilegia enfoque de longo prazo no qual os Estados partes do acordo colaboram para a construção de ambiente que atenda tanto os interesses de investidores quanto o interesse público.

A abordagem do ACFI não deixa de ser pragmática e flexível, uma vez que oferece ao investidor, por meio dos pontos focais (*ombudspersons*), canais de comunicação com as autoridades do Estado anfitrião, orientados a apoiar o tratamento de questões concretas relacionadas ao investimento – algo que os BITs não oferecem ao investidor.

Outro traço inovador do enfoque adotado pelo ACFI são os mecanismos de diálogo entre os Estados partes do acordo para, entre outros, buscar resolver dificuldades que estejam sendo enfrentadas pelo investidor que é nacional de uma das partes. Como visto, os raros foros de diálogo entre Estados partes de acordos de investimento tradicionais possuem limitadas competências, dentre as quais não costuma estar incluída aquela de apoiar a solução de questões enfrentadas por investidores estrangeiros. Ao contrário, como revelado pelo caso do

NAFTA (capítulo 1, seção 3.2), esses órgãos de consulta podem servir ao propósito de consolidar interpretações de acordos de investimento que reservam as posições dos Estados *contra* o interesse dos investidores.

De forma diversa, o ACFI está estruturado de maneira que os dois mecanismos descritos acima – os pontos focais e os comitês conjuntos dos Estados partes – atuem como instâncias voltadas a prevenir controvérsias. O Brasil tem utilizado as discussões na UNCITRAL para destacar a originalidade desse aspecto do ACFI, assim como o fato de que a prevenção de disputas responde a algumas das preocupações levantadas por outros países com relação aos mecanismos ISDS. Conforme a delegação brasileira à 36ª sessão do GT-III:

I would like [...] to make reference to our approach to dispute resolution, which is related to several of the issues that we have been discussing. Our system is grounded on a *preventive* approach and we take *pre-emptive* action also to prevent controversy from escalating to a full-fledged dispute. [...] Perhaps our discussions here should also include alternatives [aos mecanismos ISDS]. We've been talking about these problems [relativos ao custo e à duração dos procedimentos arbitrais] over and over and over but we should also look at ways of preventing disputes from reaching a stage where we have to spend considerable amounts of time and money.²⁴¹

Em comunicação circulada posteriormente, o Brasil reforçou a importância de incluir nos trabalhos da UNCITRAL propostas sobre prevenção de disputas. Nesse documento, o Brasil voltou a destacar os principais elementos do seu modelo de acordo:

the CFIA [sigla referente ao nome do ACFI em inglês] is an innovative alternative to traditional investment agreements, seeking to overcome its limitations and litigious approach by fostering a more dynamic, constructive and long-term interaction between the Parties and their investors. By establishing a permanent channel for dialogue (Ombudsperson) and requiring previous consultation in the Joint Committee before

241 Gravação de intervenção do Brasil durante a 36ª sessão do GT-III, 01/11/2018, 14:00-17:00, (a partir do minuto 48). Cf. bibliografia, item 1.2, para dados de acesso na Internet.

initiating an arbitration, the CFIA gives the right nudge towards an amicable dispute settlement. The model also recognizes the essential role of governments in encouraging a favourable environment for investment that meets both the needs of the private sector and the development priorities of host countries.²⁴²

A posição manifestada pelo Brasil, favorável à expansão dos trabalhos do GT-III para além dos mecanismos ISDS, foi contemplada dentre as possibilidades de reforma e faz parte do programa de trabalho do órgão, como visto acima.

Amparado na perspectiva particular que possui sobre o tema, o Brasil poderia atuar para ampliar o perfil do enfoque de prevenção de disputas relacionadas a investimentos. Contribuição nesse sentido utilizaria a UNCITRAL para promover visão alternativa àquela que atualmente predomina no âmbito do GT-III, marcada por viés fortemente advocatício – o qual contamina até mesmo os trabalhos relativos à prevenção de disputas. Com efeito, a ênfase dos documentos preparados pelo Secretariado sobre prevenção de disputas recai fortemente sobre mecanismos como conciliação e mediação, e menos sobre aqueles utilizados no ACFI. Embora diversos BITs já prevejam a possibilidade de conciliação e mediação, esses recursos são muito raramente empregados: foram registrados apenas 12 procedimentos de conciliação em toda a história do ICSID²⁴³. Há espaço para que países impulsionem o debate de mecanismos de prevenção como aqueles favorecidos pelo Brasil.

Certamente, é demasiado esperar que a abordagem preventiva ocupe mais atenção nos debates do GT-III do que as propostas de reforma dos procedimentos de solução de controvérsias, que estão voltadas a responder a problemas concretos que diversos países já enfrentam com a exposição que possuem aos BITs assinados no passado. A despeito

242 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Submission from the Government of Brazil. Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/WP.171, 11/06/2019, parágrafo 15.

243 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Dispute prevention and mitigation – Means of alternative dispute resolution. Note by the Secretariat. Documento A/CN.9/WG.III/WP.190, 15/01/2020, parágrafo 43.

disso, o GT-III oferece plataforma para, pelo menos, promover visão alternativa àquela prevalecente no âmbito dos acordos de investimento.

Como examinado no capítulo 3 (seção 3.6), no momento atual o GT-III inicia a discussão de propostas concretas a fim de responder ao interesse manifestado pelos membros sobre possíveis mecanismos de prevenção de disputas. Dentre os possíveis resultados, incluem-se (a) diretrizes voluntárias para a prevenção de disputas, voltadas à implementação por legislações nacionais; e (b) cláusulas-modelo sobre prevenção de disputas, para eventual incorporação em acordos de investimento. Com base em sua experiência, o Brasil pode apresentar contribuições substantivas para ambas as propostas de reforma.

a) *Diretrizes voluntárias*: Sobre a elaboração de diretrizes voluntárias, o Brasil poderia contribuir para trazer à atenção do GT-III as sobreposições existentes entre a prevenção de disputas e a facilitação de investimentos. Essas sobreposições ainda não estão presentes nos debates do GT-III, embora mecanismos de prevenção de disputas como os pontos focais de facilitação de investimentos (*ombudspersons*) sejam parte importante também das discussões travadas na Organização Mundial do Comércio sobre facilitação de investimentos (capítulo 2, seção 2.1). Como assinalado acima, em um resultado que salienta a importância da abordagem brasileira para acordos de investimento, em julho de 2023 membros da OMC chegaram a entendimento sobre o texto do Acordo para Facilitação de Investimento para o Desenvolvimento.

O Brasil poderia propor coordenação entre o GT-III e a OMC no que se refere a esse assunto: as discussões no GT-III ganhariam com o maior conhecimento dos termos em que a OMC abordou questões como a implementação nacional de pontos focais de investimentos. Conforme o avanço das discussões na UNCITRAL, possível segunda etapa seria considerar formas pelas quais o GT-III poderia trabalhar em diretrizes voluntárias para implementar, no âmbito nacional, dispositivos contemplados no Acordo de Facilitação de Investimentos da OMC. Iniciativa dessa natureza poderia criar complementaridade entre o

trabalho das duas organizações – além de contribuir para disseminar aspectos importantes da abordagem privilegiada pelo ACFI, a facilitação de investimentos e a prevenção de disputas.

b) *Cláusulas-modelo*: o Brasil também poderia oferecer sua experiência com os ACFIs para as discussões relativas a possíveis cláusulas-modelo em matéria de prevenção de disputas. Dois pontos, em particular, poderiam ser enfatizados pelo Brasil: as Agendas para Cooperação e Facilitação de Investimentos e os comitês conjuntos entre os Estados partes dos ACFIs.

As Agendas formam parte integrante dos ACFIs e são definidas em cada negociação conforme as demandas específicas de cada relação bilateral, sem prejuízo de eventuais ajustes, em momento posterior, nos temas a serem tratados. As Agendas abrangem questões concretas do cotidiano da relação entre o investidor e o Estado anfitrião. Alguns exemplos da prática dos ACFIs estão contidos na Tabela 5.

**Tabela 5. ACFI – Agendas para Cooperação e Facilitação de Investimentos.
Exemplos de temas**

ACFI	Medidas previstas na Agenda para Cooperação e Facilitação
Angola, Equador, Etiópia e México	<ul style="list-style-type: none">• Cooperação entre autoridades financeiras para facilitar remessas de capitais e divisas;• Facilitação de vistos e à movimentação de investidores, administradores e outros executivos;• Procedimentos tempestivos, transparentes e ágeis para a emissão de documentos, licenças e certificados relacionados ao pronto estabelecimento e manutenção do investimento da outra Parte.
Colômbia	<ul style="list-style-type: none">• Cooperação na promoção de alianças estratégicas, incluindo encadeamentos produtivos entre empresas privadas das Partes, favorecendo as alianças com as micro, pequenas e médias empresas.
Marrocos	<ul style="list-style-type: none">• Assistência aos investidores no cumprimento das exigências técnicas e normas ambientais.

O Brasil poderia apresentar o conceito das Agendas para Cooperação e Facilitação como possível cláusula-modelo para incorporação em acordos de investimento. Como revelam os temas escolhidos, as Agendas não cuidam de casos específicos relacionados a investidor determinado. Apesar disso, não deixam de contribuir para a prevenção de conflitos na medida em que podem contribuir para dar maior transparência sobre determinados procedimentos.

Ainda que as Agendas não sejam redigidas em formato juridicamente vinculante, elas geram compromissos em alguma medida, sobre os quais os Estados partes tratarão no âmbito dos comitês conjuntos estabelecidos pelo ACFI. E esse foro de diálogo entre os Estados é outra possível cláusula-modelo que o Brasil poderia propor.

Os comitês conjuntos são inovadores dado que criam espaço institucionalizado no qual os Estados signatários administram a implementação concreta do acordo, inclusive no que diz respeito a eventuais desafios encontrados por investidores. Os comitês expressam visão diferente daquela incorporada aos BITs, nos quais o papel dos Estados é o de apenas negociar os termos do acordo e eventualmente buscar limitar os danos que terão sido causados por interpretações expansivas, por parte de tribunais arbitrais. Diferentemente do papel dos comitês conjuntos do ACFI, a “implementação” do BIT ocorre quando investidor aciona procedimento arbitral contra uma das partes.

O Brasil poderia enfatizar a importância de aumentar o envolvimento dos Estados signatários na gestão dos acordos de investimento, pelo menos para complementar a visão atualmente predominante de que a implementação dos acordos se dá apenas no momento da disputa entre investidor e Estado. Resultado a ser almejado com discussão nesse sentido seria a elaboração de cláusula-modelo sobre a incorporação de mecanismos de consultas entre os Estados partes de acordo de investimento.

4.1.2. *Promoção do uso da arbitragem Estado-Estado*

Além da prevenção de disputas, outra marca distintiva do ACFI é a opção exclusivamente pela arbitragem entre Estados. Esse ponto vem sendo assinalado pelo Brasil desde as primeiras sessões do GT-III:

[F]rom our perspective, ISDS is intrinsically flawed. So, no reforms would be enough to redeem the system. At the same time, we fully understand that for those that have adopted the system and they are the large majority, reforming the system may make sense and may be needed and may be needed urgently, taken from their perspective. Again, that's not the position we take. For us, the best solution is simply throw it out of the window and use something different. What we use, as you know, is SSDS, state-to-state dispute settlement.²⁴⁴

Apesar disso, frequentemente documentos de trabalho da UNCITRAL deixam de lado a previsão de que propostas de reforma sejam também aplicáveis a procedimentos arbitrais entre Estados. Exemplo disso é recente *non-paper* circulado pelo Secretariado da UNCITRAL sobre mecanismo de apelação, que propõe restringir o alcance das “decisões apeláveis” àquelas derivadas de disputas investidor-Estado:

[Appealable decisions]

4. Decisions by the first-tier tribunal settling a dispute between an investor and a State or State-owned entity [that arises under an investment treaty] [...].²⁴⁵

Omissões dessa natureza não são inocentes, muito menos infrequentes no GT-III. Elas expressam a visão dos setores e dos poucos países que associam seus interesses à preservação do *statu quo*. Esse

244 Gravação de intervenção do Brasil durante a 34ª sessão do GT-III, 28/11/2017, 14:00-17:00 (a partir do minuto 40) Cf. bibliografia, item 1.2, para dados de acesso na Internet.

245 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Appellate mechanism and enforcement issues – Note by the Secretariat. Rascunho circulado para comentários pelo Secretariado da UNCITRAL, p. 15. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/appellate_mechanism_and_enforcement_issues.docx>. Acesso em 10 jan. 2022. Os comentários da UE a esse documento criticaram o escopo estreito proposto pelo Secretariado. Cf. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/eu_and_ms_comments_appeal_and_enforcement.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

embate entre a visão mais tradicional e aquela mais próxima da escolha feita pelo Brasil foi visível na discussão, ocorrida durante a 41^a sessão do GT-III (15-19/11/2021), sobre a aplicabilidade do código de conduta para julgadores em controvérsias Estado-Estado:

With respect to the second question [espécie de disputas sobre as quais se aplicará o código de conduta], it was agreed that the mandate of the Working Group was to address ISDS reform and, on this basis, it was stated that the Code should not apply to State-to-State disputes. It was said however that this merited further discussion, as some delegations were of the view that a move to State-to-State dispute settlement mechanisms to resolve investment disputes was the most effective way to reform ISDS. Reference was made to approaches by some States relying entirely on the State-to-State mechanism for settlement of investment disputes.²⁴⁶

O Brasil tem zelado para que propostas de seu interesse possam ser aplicadas a controvérsias envolvendo apenas Estados, como fez na discussão acima (ROBERTS & ST. JOHN, 2021).

Há ainda ocasiões em que o Brasil atuou para desfazer viés contrário à arbitragem Estado-Estado, como em documento do Secretariado da UNCITRAL segundo o qual “ISDS may have depoliticized conflict arising between investors and states from escalating into interstate conflict”. Reagindo ao documento, a delegação brasileira assinalou:

[T]here is an implied notion of virtue, as opposed to other systems – namely, we could imagine, state-state dispute settlement. [...] [W]e would like to point out this apparent conclusion with which we do not agree, bearing in mind other areas in which state-state dispute settlement is being used in the WTO, in other FTAs, where this system is used in investment disputes.²⁴⁷

246 UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its forty-first session (Vienna, 15-19 November 2021). Documento A/CN.9/1086, 13/12/2021, parágrafo 36.

247 UNCITRAL. Gravação de intervenção do Brasil durante a 35^a sessão do GT-III, 27/04/2018, 15:00-18:00 (a partir do minuto 17:15). Cf. bibliografia, item 1.2, para dados de acesso na Internet.

À medida que o GT-III conclui a discussão conceitual de propostas de reforma e gradualmente avança para a definição da linguagem concreta de textos para dar forma a essa reforma, caberá ao Brasil continuar a defender a aplicação dos resultados a controvérsias Estado-Estado. Para esse propósito, o Brasil tem em seu favor, entre outros, a flexibilidade com que está concebido o mandato do GT-III.

Essa linha de ação, evidentemente, não está circunscrita ao interesse proativo do Brasil, mas abrange igualmente a discussão das propostas voltadas a garantir o interesse defensivo na salvaguarda do ACFI, como será visto a seguir.

4.2. Interesse defensivo de salvaguardar a abordagem adotada pelo ACFI

Conforme examinado no capítulo 2, as regras sobre tratamento de investimentos contidas no ACFI refletem a preocupação de preservar o espaço regulatório do Estado – e o fazem de forma bastante mais rigorosa do que fazem os BITs. O modelo de acordo brasileiro traduz essa preocupação sobretudo (i) por meio do reconhecimento de que se aplica ao investidor a legislação nacional (e não regras internacionais que possam conferir ao investidor tratamento melhor do que o tratamento nacional); e (ii) evitando (explícita ou implicitamente) a adoção de padrões de proteção de investimentos tradicionalmente incorporados aos BITs. A posição do Brasil no GT-III está também orientada pelo objetivo de salvaguardar essa preocupação.

Aplicado ao contexto do GT-III, o interesse defensivo do Brasil repousa em influenciar a criação de tribunal cuja estrutura, composição e funcionamento respeitem as peculiaridades do ACFI. Interessa ao Brasil que eventual arbitragem de investimentos seja decidida por tribunal que se esquite de indevidamente estender à aplicação do ACFI interpretações nascidas de padrões de proteção de investidores previstos em BITs. Dados o texto e o contexto em que se inscreve o ACFI, como visto no capítulo 2, decisão arbitral que adotasse essa espécie de interpretação

estaria juridicamente incorreta. O interesse defensivo brasileiro no GT-III está voltado ao estabelecimento de mecanismos de arbitragem que mitiguem essa possibilidade.

A atuação informada pelo interesse defensivo não está limitada à reação contra eventuais propostas que possam ser prejudiciais ao acordo brasileiro. Ao contrário, como discutido abaixo, também deve se manifestar pela participação ativa voltada a ver reconhecidos elementos de nosso interesse.

A presente seção oferecerá parâmetros para a avaliação de propostas de reforma sendo discutidas no GT-III com base na premissa de que interessa ao Brasil defender as escolhas refletidas no ACFI.

Cabe assinalar, antes disso, que o interesse defensivo é o mesmo nos casos em que uma disputa tenha nascido de prejuízo causado a investidor brasileiro. A linguagem e o contexto do ACFI apontam para o interesse brasileiro em coibir o ativismo de tribunais arbitrais, seja quando o Brasil for demandado, seja quando estiver em questão queixa de investidor brasileiro. Não seria correto presumir que tribunais mais ativistas – entendidos como aqueles cuja margem de apreciação está limitada pelas regras aplicáveis – seriam necessariamente mais favoráveis ao interesse do investidor brasileiro. Ao contrário, a experiência do Brasil com o mecanismo de solução de controvérsias da OMC ilustra como a existência de regras que restringem a margem de discricionariedade dos julgadores não compromete a qualidade da decisão adotada.

Se o interesse defensivo brasileiro está assentado na blindagem do ACFI contra interpretações expansivas, como se traduz esse interesse nas propostas de reforma em discussão no GT-III? Concretamente, na adequada definição do perfil dos julgadores²⁴⁸ e do ambiente institucional em que atuam, se em tribunais *ad hoc* ou permanentes, em instâncias de primeiro grau ou também em órgãos de apelação.

248 Entrevista com o embaixador Luiz Cesar Gasser, 21/10/2021.

Porém, em que medida os mecanismos de solução de controvérsias atualmente previstos pelos ACFIs deixam o Brasil vulnerável a interpretações expansivas? Apenas a implementação concreta de tribunal sob o ACFI permitirá responder com alguma segurança esse questionamento. Feita essa ressalva, contudo, é possível identificar os seguintes riscos (os quais, cabe ressaltar, são de certa forma incontornáveis diante da estrutura atualmente existente para julgamento de controvérsias sobre investimento):

(i) em regra, os tribunais previstos no ACFI são de natureza *ad hoc*. Em virtude desse fator, e da reduzida comunidade de árbitros que atuam em disputas de investimento, é plausível que eventual tribunal sob o ACFI seja integrado (entre outros) por indivíduos com experiência (e com a visão moldada) em arbitragens ISDS, os quais podem trazer para a aplicação concreta do ACFI todo tipo de conflitos de interesse existentes nas disputas investidor-Estado;

(ii) ainda que, conforme os ACFIs, sejam os Estados partes aqueles que definem os nomes dos árbitros (exceto do presidente do tribunal), não há impedimento a que o Estado permita investidor de sua nacionalidade de fazer a escolha do árbitro – o que pode contribuir para que árbitro com perfil mais ativista seja convocado. Os ACFIs não contemplam a criação de lista de árbitros elaborada pelos Estados partes antes da ocorrência de um litígio;

(iii) com exceção do ACFI com a Índia, que possui código de conduta de elevado nível de rigor contra conflitos de interesse, os demais acordos firmados pelo Brasil possuem dispositivos relativamente vagos sobre as hipóteses que permitem a destituição de árbitros; e

(iv) os ACFIs determinam que os laudos arbitrais são inapeláveis, o que poderá deixar sem remédio decisões juridicamente incorretas.

A Tabela 6 compara elementos relativos à formação dos tribunais sob ACFIs selecionados:

Tabela 6. ACFIs – Seleção de árbitros e estrutura dos tribunais arbitrais

ACFI	Designação dos árbitros	Previsão de tribunal permanente	<i>Double hatting</i>	<i>Issue conflicts</i>
<ul style="list-style-type: none"> Índia (assinado em 2020) 	Cada parte designa um árbitro – presidente escolhido pelos dois árbitros (presidente da Corte Internacional de Justiça como autoridade designada para definir presidente do tribunal, em caso de disputa)	Sim (de primeiro grau) – laudo é inapelável	Código de conduta anexo ao ACFI prevê que práticas de <i>double hatting</i> são “dúvidas justificáveis” quanto à imparcialidade e independência do árbitro, passíveis de rejeição à designação.	Código de conduta anexo ao ACFI considera que a defesa pública de posição relevante para o caso é “dúvida justificável” quanto à imparcialidade e independência do árbitro, passível de rejeição à designação.
<ul style="list-style-type: none"> EAU (assinado em 2019) Equador (assinado em 2019) Marrocos (assinado em 2019) México (assinado em 2015) 	<i>Idem</i> ao ACFI com a Índia	Sim (de primeiro grau) – laudo é inapelável	Linguagem que mais se aproxima do tema determina que árbitros não devem “estar vinculados a qualquer das Partes”	Não mencionado

<p>• Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile (assinado em 2018)</p>	<p><i>Idem</i> (secretário da Corte Permanente de Arbitragem é autoridade designada para definir presidente em caso de disputa)</p>	<p>Sim (de primeiro grau) – laudo é inapelável</p>	<p>Linguagem que mais se aproxima do tema determina que árbitros não devem “estar vinculados a qualquer das Partes”</p>	<p>Não mencionado</p>
<p>• Colômbia (assinado em 2015)</p>	<p><i>Idem</i> (secretário da Corte Permanente de Arbitragem é autoridade designada para definir presidente em caso de disputa)</p>	<p>Não</p>	<p>Linguagem que mais se aproxima do tema determina que árbitros não devem “estar vinculados a qualquer das Partes”</p>	<p>Não mencionado</p>

Em que medida as propostas de reforma na UNCITRAL podem contribuir para reforçar os mecanismos de arbitragem previstos no ACFI? Com essa pergunta em mente, a seguir são examinados em que termos seriam aceitáveis ao Brasil as propostas de (a) código de conduta; (b) mecanismos de indicação de árbitros; (c) órgão de apelação; e (d) corte multilateral de investimento. Essas propostas possuem diversas sobreposições entre si e são analisadas de forma separada exclusivamente tendo em conta a possibilidade de que o GT-III reúna consenso para aprovar apenas algumas, e não todas. Comentários aplicáveis a uma das propostas de reforma podem ser aplicáveis a outras. Logo após, será discutida a possibilidade de estabelecimento de assessoria jurídica para apoiar países na atuação em arbitragens de investimentos, proposta que pode também contribuir para reforçar o interesse defensivo brasileiro.

4.2.1. Código de conduta para julgadores: possível reforço às disciplinas sobre conflitos de interesse

A discussão sobre código de conduta de julgadores em matéria de investimentos é um dos temas nos quais fica evidenciada a diferença entre, por um lado, mecanismos ISDS – em que a influência dos investidores confere aos tribunais arbitrais natureza comercial e de direito privado (SANDS, 2011) – e, por outro, esquemas de solução de controvérsias no formato Estado-Estado, de clara natureza pública. A avaliação do que é considerado ético varia conforme a perspectiva. Exemplo disso são as diferentes percepções a respeito de tema central à discussão do código de conduta, a saber o *double hatting*, isto é, a possibilidade de que o árbitro atue como advogado ou perito em outro caso envolvendo uma das partes ou tema similar, simultaneamente ou com pouco intervalo de tempo de diferença. Para especialista no tema, enquanto “those from outside the system see it [*double hatting*] with suspicion [...] insiders see it as the norm and simply how things are done in ISDS” (GIORGETTI, 2021, p. 15).

Para o Brasil, o conceito de um código de conduta pode contribuir para o interesse defensivo de filtrar o perfil dos julgadores, no intuito de preservar a natureza pública da arbitragem concebida pelo ACFI. Não condiz com a adequada aplicação do ACFI que tribunais estejam integrados por indivíduos que apresentem conflitos de interesse típicos dos mecanismos ISDS. Por essa razão, código de conduta aceitável ao Brasil deveria estabelecer elevado nível de controle sobre esses conflitos.

Até o momento, apenas o ACFI com a Índia possui código de conduta²⁴⁹, cujo nível de controle sobre conflitos de interesse é satisfatório. O código estabelece, por exemplo, disciplinas sobre *double hatting*:

10. Uma dúvida justificável quanto à independência, à imparcialidade ou à ausência de conflito de interesses de um árbitro será considerada existente por conta dos seguintes fatores, entre outros: [...]

249 ACFI Brasil-Índia, Anexo II.

b) O árbitro é ou foi representante legal/conselheiro da Parte que o nomeou ou qualquer de suas entidades, nos últimos três (3) anos antes do início da arbitragem;

[...]

d) O árbitro está agindo concomitantemente com o advogado ou escritório de advocacia de uma das Partes em outra disputa;

e) O escritório de advocacia do árbitro atualmente presta ou prestou serviços a uma das Partes, ou a qualquer de suas entidades, das quais derive benefício financeiro para tal escritório de advocacia; [...]

O código de conduta do ACFI com a Índia também permite a destituição de candidato a árbitro motivado pelo chamado *issue conflict*, quando o indivíduo manifestou publicamente posição a respeito de tema relevante para o julgamento, de modo a lançar dúvida sobre a sua imparcialidade.

Interessa ao Brasil que o exercício no GT-III pelo menos consolide o nível de controle sobre conflitos de interesse acordado no ACFI com a Índia. Resultado nessa direção ofereceria instrumento para possível incorporação aos demais ACFIs.

Desde a perspectiva do interesse defensivo brasileiro, o código de conduta deve ser visto como instrumento para reforçar a natureza pública da arbitragem sob o ACFI. O código deixa de ser interessante ao Brasil caso venha a permitir a introdução de elementos mais próximos à arbitragem privada, como o *double hatting*. Há risco de contaminar a arbitragem sob o ACFI, de natureza pública, com elementos de natureza comercial, os quais podem, em última análise, contribuir para interpretações expansivas de dispositivos do modelo de acordo brasileiro.

É com base nesses parâmetros que caberá ao país avaliar se o texto finalmente elaborado como resultado das discussões do GT-III, em 2023²⁵⁰, atende nosso interesse defensivo.

250 UNCITRAL. Draft code of conduct for arbitrators in international investment dispute resolution and commentary. Documento A/CN.9/1148, 28/04/2023, artigo 4.

4.2.2. Métodos de designação: ampliação do controle sobre o perfil dos julgadores

A discussão sobre os métodos de designação de árbitros é diferente caso se trate de mecanismo de solução de controvérsias de natureza *ad hoc* ou permanente. Na hipótese de tribunal *ad hoc*, como previsto atualmente nos ACFIs, o Brasil e o outro Estado signatário escolhem um árbitro cada um quando determinada queixa de investidor avança para a etapa de solução de controvérsias (entre os Estados). É nesse momento que cada país elege seus árbitros, fator que, em tese, não impediria que um Estado peça ao investidor que designe o árbitro (com o consequente risco de trazer para arbitragem sob o ACFI indivíduo com perfil mais ativista, com inclinação a favorecer o investidor). Esse risco, é bem verdade, também se vê reforçado pelo limitado conjunto de árbitros que têm atuado nos tribunais ISDS.

É difícil eliminar completamente tal risco, mas os seguintes métodos para a designação de árbitros (idealmente de aplicação cumulativa), que estão em consideração no GT-III, podem contribuir para mitigá-lo:

(i) *designação de árbitros previamente inscritos em lista estabelecida pelos Estados*: a existência de lista com nomes de potenciais julgadores contribuiria para compor lista de possíveis árbitros com perfil mais consentâneo com a natureza pública da arbitragem sob o ACFI. A escolha dos nomes que integrariam a lista seria feita pelos signatários do ACFI antes da ocorrência de qualquer disputa. Ademais, ao contrário da nomeação de autoridade para definir a composição de tribunal *ad hoc*, a lista manteria sob o controle dos Estados essa definição. Ao mesmo tempo, por ser elaborada previamente à conformação de uma controvérsia, cada Estado indicaria os nomes tendo presente tanto a possibilidade de estar na posição de demandado como na de demandante.

Em princípio, a circunstância de escolher nomes de possíveis julgadores antes de se disponha de detalhes sobre as áreas envolvidas em uma controvérsia induziria os Estados a privilegiar indivíduos de formação mais generalista, sem prejuízo de que igualmente possuam

especialização em outras áreas. Essa espécie de perfil, como se verá a seguir, pode ter a vantagem de romper a captura da arbitragem de investimento por indivíduos com visão tendente a considerar esse mecanismo de solução de controvérsias como um instrumento comercial, o que diverge da abordagem adotada pelo Brasil. É nesse sentido que a proposta de uma lista pré-estabelecida de árbitros pode convergir com o interesse defensivo brasileiro de salvaguardar as peculiaridades do ACFI.

(ii) *privilegiar árbitros com perfil “publicista” com relação à arbitragem sob o ACFI*: sob a perspectiva de diversos Estados, um dos propósitos da reforma dos mecanismos ISDS é o de ampliar o *pool* de árbitros existente e, igualmente importante, consolidar na solução de controvérsias em matéria de investimento visão mais próxima da função pública (e não comercial) que esse processo atualmente desempenha.

A definição do perfil dos árbitros é desdobramento de questão mais ampla que perpassa a reforma dos mecanismos ISDS: as arbitragens de investimento possuem natureza pública ou privada? Por meio do ACFI, o Brasil claramente escolheu a primeira opção. Em contraste com o Brasil, a maior parte dos demais Estados ainda preserva elementos da natureza comercial da arbitragem no formato ISDS, mesmo que tenham buscado reformar regras de seus acordos de investimento.

O perfil dos árbitros dependerá em importante medida da perspectiva adotada sobre a natureza da arbitragem de investimentos. Enquanto se pode razoavelmente esperar que Estados demandados escolham indivíduos inclinados à interpretação mais rigorosa das normas de acordos de investimento, investidores tenderão a indicar árbitros com maior propensão ao ativismo e à criatividade na interpretação das regras – exemplo deste perfil é a criatividade abusiva (e incorreta) da decisão em *Eco Oro contra Colômbia* (capítulo 1, seção 3.2.1, item (d)).

No entendimento de Philippe Sands, professor de direito internacional público na Universidade de Cambridge com frequentes passagens por arbitragens de investimento (inclusive como voto vencido no laudo de *Eco Oro*), sem desmerecer a ocasional complexidade factual

dos litígios, do ponto de vista jurídico as questões envolvidas em arbitragens de investimento não suscitam maiores complexidades²⁵¹. A maior parte dos casos diz respeito à definição da responsabilidade dos Estados por atos que, conforme o investidor, violaram padrões de tratamento presentes em acordo de investimento – por exemplo, o “tratamento justo e equitativo”, a expropriação indireta ou a cláusula de nação mais favorecida. Dado que, muitas vezes, esses padrões estão formulados com linguagem genérica, a habilidade requerida do árbitro recai predominantemente sobre o domínio de regras fundamentais do direito internacional público, como a interpretação de tratados, a formação do direito costumeiro e a responsabilidade internacional do Estado.

Não há dúvida que os árbitros devem ter em conta a perspectiva do investidor, em particular a legítima expectativa de segurança jurídica, a qual pode vir a ser frustrada por medidas adotadas por governos. Apesar disso, considerando que as controvérsias são todas iniciadas por investidores contra atos praticados por, ou atribuídos aos, Estados, é o comportamento do Estado que se encontra em julgamento nas arbitragens – ou seja, são regras de direito público (especialmente direito internacional público) as que se encontram essencialmente em discussão.

Se esse raciocínio é válido para os mecanismos ISDS, com mais razão para o caso do ACFI, no qual a natureza Estado-Estado da solução de controvérsias não abre espaço para considerações alheias ao direito público, seja interno ou internacional. Para a aplicação do ACFI, o perfil publicista do árbitro, como descrito acima, é importante na medida em que a defesa do Brasil em eventual arbitragem poderá vir a exigir argumentação jurídica a respeito das peculiaridades que distinguem o ACFI. Por sua vez, tal argumentação necessitará estar amparada em regras fundamentais de direito internacional público, seja

251 Cf. SANDS, Philippe. *What I have learned—Ten years as an investor-State arbitrator*, palestra na faculdade de direito da Universidade Columbia, Nova York, outubro de 2018, a partir dos 22:36 minutos. Cf. bibliografia, item 1.3, para dados de acesso na Internet.

a interpretação do tratado em si (em particular, para destacar que se distingue dos compromissos inscritos em BITs), seja para demonstrar que, da perspectiva do costume internacional, o Brasil também sempre objetou ao conteúdo dos acordos tradicionais de investimento.

Em boa medida, o perfil de árbitro estipulado pelo ACFI converge com a formação publicista. Conforme o ACFI com o Equador, os árbitros deverão:

[...] ter a experiência ou especialidade necessária em Direito Internacional Público, regras internacionais sobre investimento ou comércio internacional, ou em solução de controvérsias que surjam em relação a acordos internacionais de investimentos.²⁵²

Em suma, se os ACFIs não preveem a elaboração de lista prévia de potenciais julgadores, o acordo regula satisfatoriamente a questão do perfil que esses julgadores devem possuir. Em que medida as discussões no GT-III podem contribuir para reforçar o interesse defensivo de salvaguardar o ACFI?

Ainda não há clareza sobre os termos em que o GT-III deverá debater os métodos de designação de árbitros. Quando essa parte do mandato for abordada, eventual proposta de estabelecimento de lista de árbitros poderia ser de interesse, a depender dos termos em que for elaborada. Em primeiro lugar, a proposta de lista poderia ter o mérito de agregar mecanismo atualmente não previsto no ACFI – idealmente, o Brasil poderia formular listas bilaterais com cada Estado signatário do ACFI. Contudo, uma lista prévia para árbitros seria interessante apenas na medida em que não retire do Brasil a prerrogativa (atualmente garantida pelo ACFI) de escolher o seu árbitro. A proposta perderia interesse se tomar a forma, por exemplo, de lista elaborada por votação entre grupo de países.

Por sua vez, possivelmente estará atrelada à elaboração de uma lista a questão do perfil dos árbitros que integrarão essa lista. A fim de

252 ACFI Brasil-Ecuador, art. 25.8.

preservar a natureza do ACFI, o perfil publicista dos árbitros conforme estipulado no acordo brasileiro deveria ser, no mínimo, preservado – idealmente, reforçado.

As considerações acima são válidas para a designação de árbitros de tribunais *ad hoc*. Em se tratando de eventual mecanismo permanente, tanto de primeiro grau quanto de apelação, a questão se apresenta em outros termos.

Nesse caso, não se há falar em lista, já que os julgadores cumprem mandato por tempo determinado. O principal elemento que o Brasil deverá ter presente diz respeito ao perfil dos julgadores: uma vez que, em tese, mecanismo permanente apreciaria tanto casos movidos por investidores (ISDS) quanto litígios entre Estados (como previsto pelo ACFI), é fundamental que os julgadores possuam perfil adequado para respeitar as peculiaridades do acordo brasileiro. Fator importante para o Brasil, no caso de escolha dos integrantes de eventual órgão permanente, é que apenas Estados participem do processo de designação dos julgadores. Alternativamente, o Brasil poderia solicitar a realização de processo específico de designação de julgadores encarregados de julgar controvérsias envolvendo apenas Estados, de cuja eleição participariam apenas Estados. Em ambas as hipóteses, o interesse defensivo se expressa pela preocupação em designar indivíduos (i) isentos, na maior medida possível, dos conflitos de interesse que afetam os mecanismos ISDS, e (ii) com formação profissional capaz de reconhecer as peculiaridades jurídicas do ACFI.

É razoável esperar, além disso, que a natureza permanente de eventual órgão deverá contribuir para mitigar riscos que decorrem da natureza *ad hoc* das arbitragens, como o interesse do árbitro em futuras indicações, assim como o viés que pode decorrer do fato de um árbitro ter sido escolhido por uma das partes na disputa.

4.2.3. *Instância de apelação: foco na correção de decisões arbitrais*

As propostas de reforma abordadas anteriormente tocam em elementos que representariam mudanças incrementais sobre a configuração atual do ACFI. Por sua vez, a criação de instância de apelação, examinada na presente seção, assim como uma corte multilateral de investimentos, objeto da próxima seção, implicariam mudanças significativas na operação do acordo brasileiro. Em que termos essas duas propostas poderiam reforçar o interesse defensivo de salvaguardar o ACFI?

Como assinalado no capítulo 3 (seção 3.1), a criação de instância permanente de apelação conta com amplo apoio entre os participantes do GT-III. Para o Brasil, tal órgão representaria inovação com relação ao disposto no ACFI: alguns dos acordos firmados pelo Brasil preveem arbitragem por tribunal permanente de primeiro grau, mas estipulam que as decisões são inapeláveis. É nesse sentido que instância de apelação implicaria mudança significativa na operação do ACFI.

Apesar disso, o risco de decisões juridicamente *incorretas* existe – novamente o exemplo do laudo no caso *Eco Oro contra Colômbia* pode ser evocado. Em parte, esse risco é efeito colateral da forma como os mecanismos ISDS foram concebidos: fiel à visão comercialista que inspirou esses mecanismos, a preocupação dos criadores do ICSID foi garantir que houvesse uma decisão ao final do processo (*finality of awards*). A correção das decisões não figurou entre as prioridades dos criadores dos mecanismos ISDS, razão pela qual deliberadamente abriram mão de explorar instância de recurso (HUBER & TEREPOSKY, 2017, p. 574).

É possível argumentar que o risco de decisões incorretas pode ser ainda maior em se tratando das disputas de natureza Estado-Estado disciplinadas pelo ACFI, se for considerada a forte possibilidade de tribunal de primeiro grau vir a ser integrado por julgadores com experiência em arbitragens amparadas em BITs. Por essa razão, as discussões sobre a criação de eventual instância de apelação podem atender ao interesse defensivo brasileiro.

A eventual convivência entre tribunais *ad hoc* de primeira instância com órgão permanente de apelação ainda refletiria a estrutura do sistema de solução de controvérsias da OMC, com a qual o Brasil possui familiaridade.

Contudo, a experiência da OMC é útil como comparação até certa medida. É preciso ter presente que a função da apelação na OMC, tal como exercida atualmente, é distinta daquela que se pode esperar para a aplicação do ACFI.

Eventual instância permanente de apelação seria de interesse brasileiro apenas na medida em que seu mandato esteja circunscrito a revisar *incorreções* identificadas em decisões de primeiro grau, entendidas como erros na aplicação da norma jurídica cabível em determinado caso (capítulo 1, seção 3.3). Seria contrário ao interesse brasileiro que o órgão de apelação fosse também responsável por perseguir *consistência* entre decisões arbitrais de primeiro grau, de maneira a criar “jurisprudência” em matéria de acordos de investimento, desconsiderando as diferenças que distinguem os textos e os contextos dos milhares de acordos existentes. Dada a considerável peculiaridade da natureza dos compromissos formulados no ACFI, a busca por consistência entre decisões arbitrais poderia acarretar a aplicação (indevida), ao Brasil, de entendimentos eventualmente válidos para o contexto dos BITs, mas não ao acordo brasileiro.

Como salientado em passagens anteriores do presente trabalho, as posições dos membros do GT-III ainda oscilam entre aqueles que favorecem instância de apelação unicamente voltada a revisar decisões incorretas e os que ambicionam confiar à apelação a criação de precedentes, harmonizando entendimentos entre decisões arbitrais. Em recente documento de trabalho sobre o assunto, o Secretariado da UNCITRAL reconhece que o formato escolhido para a instância de apelação moldará o objetivo do órgão:

[...] the form under which the appellate mechanism would be established will have an impact on the ability of such mechanism to harmonize an

increasingly fragmented international jurisprudence and law and to contribute to consistency, integrity and certainty.²⁵³

Há forte impulso, na comunidade acadêmica que acompanha o trabalho da UNCITRAL, para que eventual instância de apelação possua competência para buscar consistência entre decisões arbitrais. O debate entre juristas está fortemente enviesado em favor da discussão sobre a consistência das decisões arbitrais, quando comparado com o debate sobre recursos para contestar a incorreção jurídica das decisões arbitrais (DE LUCA, 2020, p. 375).

A visão dos juristas é importante no âmbito do direito dos investimentos devido ao poder que os mecanismos ISDS lhes conferem para ditar as regras, em última análise. Embora posições manifestadas por alguns Estados no âmbito da UNCITRAL revelem cautela quanto aos riscos existentes em criar mecanismo de apelação com o propósito de garantir consistência, a verdade é que, na medida em que os julgadores continuarem a ser indivíduos moldados com a visão prevalecente atualmente, os argumentos formulados por acadêmicos terão influência no processo decisório das arbitragens, o que inclui a influência sobre o objetivo de eventual instância de apelação.

Boa parte dos argumentos que propugnam por maior consistência no alegado “regime” de acordos de investimento desconsidera que o universo de acordos de investimento é um apanhado de tratados sem conexão formal entre si. Em outros termos, desconsideram que não existe “regime” internacional de direito de investimentos porque os Estados não viram interesse em alcançar esse propósito. Ao contrário, cada acordo deve ser interpretado conforme o respectivo texto e contexto. Apesar dessa realidade, visão que possui bastante respaldo na academia é de que cabe aos julgadores de arbitragens de investimento dar unidade

253 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Appellate mechanism. Note by the Secretariat. Minuta de documento para comentários, 14/12/2021, parágrafo 68. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral_wp_-_appeal_14_december_.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

onde não houve vontade política para fazê-lo. Prevalece no ambiente acadêmico o entendimento de que regras semelhantes existentes em acordos de investimento conformariam *rules of the game* (ARATO & BROWN & ORTINO, 2020, p. 347) subjacentes a esse “regime”, sob a ficção de que uma estrutura normativa comum daria consistência ao que, na realidade, é um conjunto composto atualmente por 2257 acordos, sem conexão formal entre si. O trecho a seguir é exemplificativo desse tipo de visão:

[...] the interpretation of BITs should take into account the general principles of international law and interpret every BIT, and every provision within those BITs, in conformity with general international law and **in light of the jurisprudence of investment treaty tribunals on comparable clauses in other BITs** (SCHILL, 2011, p. 357, grifo nosso).

De certa maneira, a ideia de que seria possível perseguir consistência na interpretação dos milhares de acordos de investimento parece decorrer da experiência com o Órgão de Apelação da OMC. Entretanto, como visto no capítulo 1, as diferenças entre a estrutura normativa da OMC e aquela em que operam os mecanismos ISDS é significativa. O Órgão de Apelação da OMC foi estabelecido originalmente para garantir a *correctness* das interpretações dos acordos administrados pela OMC – isso em contrapartida à regra introduzida pela Rodada Uruguai de que as decisões dos painéis não poderiam ser vetadas, como até então ocorria sob o regime do GATT, que precedeu o estabelecimento da OMC. Conforme Robert Hudec:

Having decided to accord this much power to panel rulings, governments then felt the need to provide a stronger safeguard against the possibility of erroneous rulings. The Appellate Body was created primarily to provide this added assurance of legal correctness (HUDEC, 1999, p. 27).

É certo que, ao longo dos anos, o Órgão de Apelação da OMC ganhou autoconfiança e passou também a se preocupar com a consistência das decisões adotadas pelos painéis. O entendimento atual do Órgão

de Apelação é de que apenas divergir de seus precedentes se existirem *cogent reasons* para assim proceder. Esse entendimento foi assentado nos seguintes termos em decisão proferida pelo Órgão em 2008:

[...] the legal interpretation embodied in adopted panel and Appellate Body reports becomes part and parcel of the *acquis* of the WTO dispute settlement system. Ensuring “security and predictability” in the dispute settlement system, as contemplated in Article 3.2 of the DSU, implies that, **absent cogent reasons**, an adjudicatory body will resolve the same legal question in the same way in a subsequent case.²⁵⁴

A diferença central é que os acordos aplicados pelos painéis e pelo Órgão de Apelação são os mesmos para todos os participantes do sistema de solução de controvérsias da OMC. A realidade dos acordos de investimento é radicalmente distinta (com a possível exceção dos acordos plurilaterais, *e.g.* NAFTA e o Tratado da Carta de Energia). São milhares de acordos que abrangem as mais variadas abordagens para compromissos sobre tratamento de investimentos, dentre eles a abordagem privilegiada pelo Brasil por meio do ACFI. Buscar harmonizar interpretações entre essa ampla gama de regras possivelmente desrespeitaria não apenas a vontade dos Estados que negociaram os acordos, como também a correta aplicação do direito internacional público, que requer atenção à vontade dos Estados.

A manifestação a seguir é praticamente excepcional entre acadêmicos e acautela contra o risco existente na busca por consistência que se poderia atribuir a uma instância permanente:

If a multilateral body system were to be created, it would be necessary to ensure that due regard was paid to the variability in treaty drafting. This would be **necessary to safeguard against the accidental and unintended transplantation** of issues and concepts arising under different treaty models (HUBER & TEREPOSKY, 2017, p. 584, grifo nosso).

254 WTO, *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, decisão do Órgão de Apelação, documento WT/DS344/AB/R, adotado em 20/05/2008, parágrafo 160, grifo nosso).

Por essa razão, ainda que a ideia de uma instância permanente de apelação possa vir a atender ao interesse defensivo brasileiro de salvaguardar o ACFI, o órgão deve ter unicamente o mandato de reformar decisões incorretas de primeiro grau, e não o papel de formar jurisprudência aplicável a acordos de investimento indistintamente sob a alegada necessidade de oferecer consistência entre decisões em contenciosos nascidos de acordos de investimento.

Proposta de texto contida em recente *non-paper* do Secretariado da UNCITRAL aponta para a direção adequada ao sugerir aos participantes do GT-III que eventual instância de apelação seja competente para avaliar a correção de decisões de tribunal de primeiro grau (e ao omitir a sugestão de que a apelação deveria se ocupar da consistência de decisões arbitrais):

Draft provision 2

A disputing party may appeal a decision on the ground that:

(a) The first-tier tribunal made an error in the application or interpretation of the law; [...]²⁵⁵

A definição sobre o propósito da instância de apelação – correção e/ou consistência das decisões arbitrais – é o tema central que o Brasil deve ter presente na avaliação da conveniência dessa proposta para atender ao interesse defensivo de salvaguardar o ACFI.

Na situação em que se encontra o debate a respeito de instância de apelação no GT-III, não se vislumbra ainda apoio para explorar a opção de mecanismo *ad hoc* de apelação. As intervenções favoráveis ao estabelecimento de instância de apelação inclinam-se, como assinalado antes, na direção de órgão permanente. Entretanto, cabe levar em conta que, dado o caráter temporário de seu mandato, eventual instância *ad hoc* de apelação estará mais preocupada em assegurar a correção da decisão de primeiro grau sendo revista do que em impor consistência no

255 UNCITRAL. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Appellate mechanism. Note by the Secretariat, minuta de documento para comentários, 14/12/2021, p. 5, disponível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral_wp_-_appeal_14_december_.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

universo de decisões arbitrais. Desse modo, na hipótese em que avance o debate sobre mecanismo *ad hoc* de apelação, essa alternativa não seria necessariamente contrária ao interesse defensivo de salvaguardar o ACFI. Por sua vez, a natureza *ad hoc* de tal órgão traria à tona a discussão relativa ao perfil dos julgadores que integrariam o tribunal, para cujo tratamento seria importante ao Brasil ter presente as considerações feitas anteriormente sobre o assunto.

Há diversos outros aspectos envolvidos na criação de instância de apelação. Como assinalado anteriormente, muitas propostas de reforma na agenda do GT-III possuem sobreposições entre si. Assim, outros elementos que deverão ser tratados durante a discussão sobre esse assunto foram abordados anteriormente, como a eleição e o perfil dos julgadores, ou serão abordados a seguir, como os parâmetros para que o Brasil avalie a questão do financiamento do órgão.

4.2.4. Corte multilateral de investimento: a busca por equilíbrio entre institucionalidade e respeito à abordagem do ACFI

A proposta de criação de corte multilateral de investimento é aquela que daria maior grau de institucionalidade à reforma dos mecanismos ISDS.

Como destacado acima (capítulo 3, seção 3.2), embora a corte possivelmente preserve a prerrogativa dos investidores de iniciar arbitragens contra os Estados (salvo nos casos de disputas Estado-Estado), a instituição daria à solução de controvérsias em matéria de investimentos maior natureza pública, ao contrário do que ocorre no momento, em que diferentes aspectos dos procedimentos possuem natureza de direito privado. Exemplos de elementos dessa proposta que alterariam a natureza dos procedimentos incluem a designação dos integrantes da corte (que seriam eleitos pelos Estados), o exercício das funções dos julgadores em mandatos pré-determinados (em lugar da atuação em caráter *ad hoc*) e a possibilidade de controvérsias

exclusivamente entre Estados. Nesses aspectos, a proposta convergiria com preocupações brasileiras.

Do ponto de vista do interesse defensivo brasileiro, duas questões são centrais na discussão da proposta de corte multilateral de investimento: a competência que será atribuída à instância de segundo grau e a possibilidade de adesão apenas à instância de primeiro grau.

Sobre o primeiro tema, aplicam-se à corte multilateral as mesmas observações feitas acima a respeito da competência da instância recursal para corrigir decisões de primeiro grau e/ou buscar consistência entre decisões arbitrais. Seria contrário ao interesse defensivo brasileiro que a segunda instância na corte multilateral exerça a função de formador de jurisprudência na área de acordos de investimentos.

Entretanto, se essa for a tendência entre os participantes do GT-III, pode ser conveniente avaliar a opção de aderir apenas à primeira instância, na hipótese em que tal alternativa esteja disponível.

Nos termos em que o debate atualmente se organiza, uma corte multilateral de investimento seria integrada por duas instâncias permanentes, de primeiro grau e de apelação. A proposta convergiria, em parte, com o disposto no ACFI, que prevê a possibilidade de que disputas envolvendo o Brasil sejam sujeitas a órgão permanente de primeiro grau. Por outro lado, inovaria com relação ao acordo brasileiro por introduzir a possibilidade de apelação perante órgão de composição permanente.

Até o momento, não houve discussão sobre a possibilidade de adesão apenas à primeira instância do que pode vir a ser a corte multilateral. Caso seja aberta essa opção, poderia ser de interesse do Brasil considerar tal escolha, desde que a primeira instância não tenha o mandato para observar a “jurisprudência” que eventualmente seja determinada pela instância de apelação – o que, cabe reconhecer, é uma possibilidade difícil de ser descartada.

Possível referência para mandato aceitável da instância de primeiro grau seria o disposto no artigo 3.2 do Entendimento de Solução de

Controvérsias da OMC, que reconhece ser a função do sistema de solução de controvérsias a preservação do equilíbrio negociado pelos Estados nos acordos (em lugar de criar obrigações não concebidas nas negociações):

The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB **cannot add to or diminish the rights and obligations** provided in the covered agreements.²⁵⁶

O financiamento da corte multilateral é outro aspecto a ser acompanhado pelo Brasil, ainda que não tenha a relevância dos temas tratados acima. É muito provável que o Brasil não seja usuário frequente da corte, entre outros motivos porque procedimentos Estado-Estado de disputas tendem a ser menos invocados do que aqueles disparados por investidores.

Além disso, é certo que determinados acordos de investimento geram mais disputas do que outros. Por exemplo, dados do período 2011-2020 revelam que, dos 697 casos de conhecimento público que levaram ao estabelecimento de mecanismos ISDS, 106 ocorreram ao amparo do Tratado da Carta de Energia, 28 ao amparo do NAFTA e 16, do Acordo de Investimento da Organização da Conferência Islâmica²⁵⁷.

Por essa razão, seria importante definir mecanismo de financiamento que imponha maiores contribuições aos Estados que irão se valer com mais frequência dos serviços da corte multilateral. Sem prejuízo disso, cabe assinalar que é meritória a posição formulada pela União Europeia que levaria a desvincular a contribuição exigida dos investidores

256 Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC, art. 3.2, grifo nosso.

257 UNCTAD, Investor-state dispute settlement cases: facts and figures 2020, IIA Issue Notes, n. 4, Genebra, setembro de 2021.

da remuneração dos julgadores. Essa proposta contribui para reforçar a natureza pública do procedimento.

Finalmente, o eventual estabelecimento de corte multilateral poderia justificar a previsão de participação de terceiras partes em controvérsias, a fim de influenciar a decisão que venha a ser adotada, sobretudo em questões que podem ter relevância sistêmica para a interpretação de determinados dispositivos.

A inspiração para tal proposta é a experiência da OMC, cujos procedimentos de solução de controvérsias estão abertos a Estados não envolvidos em uma disputa (que possuam *substantial interest*²⁵⁸ no assunto sob julgamento) para que apresentem suas expectativas sobre a interpretação de determinada regra. Para o Brasil, a possibilidade de intervir em disputas a serem decididas pela corte multilateral abriria espaço para resguardar as interpretações que sejam mais convenientes para salvaguardar o ACFI – inclusive para firmar posição sobre a não aplicação de determinados entendimentos ao Brasil.

Em resumo, a proposta de corte multilateral de investimento é aquela que possivelmente apresenta mais convergência com preocupações brasileiras quanto à natureza pública da solução de controvérsias em matéria de investimento. Os julgadores devem ser escolhidos pelos Estados, o que deve reforçar o perfil publicista dos árbitros, e a natureza permanente da instituição contribuiria para coibir conflitos de interesse que hoje afetam a arbitragem de investimentos.

Entretanto, dada a probabilidade de que o Brasil não seja usuário frequente da corte, caberá avaliar se seria possível participar apenas na medida da demanda brasileira. Isso implica verificar se, caso julgado conveniente pelo Brasil, seria possível aderir apenas à instância de primeiro grau. Além disso, é importante que a forma de financiamento seja condizente com o uso que se venha a fazer da corte. Por outro lado, caso o Brasil veja favoravelmente também o reconhecimento da

258 Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC, art. 10.2.

jurisdição da instância de apelação (e há motivos, em tese, para isso), caberá ter presente a importância de resguardar-se contra a possibilidade de que se pretenda atribuir à corte multilateral a função de harmonizar entendimentos, a despeito das diferenças entre os textos e contextos dos acordos de investimento, o que pode vulnerar o ACFI.

4.2.5. Centro para assessoria em arbitragens de investimento: possível reforço à capacitação do Itamaraty na área de disputas sobre investimentos

Como assinalado acima (capítulo 3, seção 3.3.5), o Secretariado da UNCITRAL circulou, a pedido do GT-III, minuta sobre a criação de centro de assessoria jurídica, instituição que estaria voltada a apoiar países (i) na defesa em contenciosos de investimentos; e (ii) no intercâmbio de informações sobre experiências em controvérsias e também em procedimentos alternativos de disputas sobre investimentos.

Diante do fato de nunca ter ratificado acordo com previsão de mecanismo ISDS, o Brasil necessita aprimorar a experiência com contenciosos de investimento. A previsão de arbitragem no ACFI, contudo, expõe o país ao risco de arbitragem nessa matéria, mesmo que contra um outro Estado, e não um investidor.

O processo de elaboração e posterior negociação dos ACFIs iniciou certa capacitação no governo brasileiro²⁵⁹. Entretanto, sem desmerecer o considerável esforço feito no governo ao longo dos últimos anos (muitas vezes fruto do comprometimento pessoal dos servidores com o tema), essa capacitação foi especialmente ditada por necessidades do momento (*e.g.*, a necessidade de formular posições para a negociação de determinado ACFI). Considerando que as negociações de ACFI não são frequentes, e que o Brasil não é demandado em contenciosos de investimentos, o tema rapidamente deixa de ser prioritário em favor de demandas mais urgentes.

259 Entrevista com o embaixador Norberto Moretti, 17/11/2021.

Seria útil institucionalizar a *expertise* existente em matéria de aspectos jurídicos trazidos à tona pelos acordos de investimento dentro do Itamaraty. Para além da necessária discussão sobre política para acordos de investimento, como examinado ao longo do presente trabalho, a jurisprudência arbitral nessa área frequentemente apresenta surpresas capazes de afetar não apenas países signatários de BITs, mas também o Brasil – o exemplo da decisão do caso *Eco Ora contra Colômbia* é mais uma vez ilustrativo. O acompanhamento consistente dessa matéria é fundamental não apenas para o caso de eventual litígio envolvendo o Brasil, mas para refinar nossa política para acordos de investimento – sem falar na capacidade de responder a demandas de outros parceiros que, não raro, buscam estimular o Brasil a incorporar compromissos que se aproximam daqueles contidos em BITs²⁶⁰.

Uma vez que cabe ao Itamaraty a defesa dos interesses do Brasil em contenciosos no exterior, é importante reforçar a capacidade instalada nessa matéria em caráter permanente. Tal medida poderia se traduzir na criação de unidade específica para acompanhar os desenvolvimentos em matéria de contenciosos de investimentos – além de participar ativamente da comunidade de peritos governamentais e acadêmicos que tratam desse assunto.

A eventual instituição de centro de assessoria jurídica como resultado das discussões do GT-III poderia contribuir para reforçar esse necessário passo rumo ao reforço da capacitação do Itamaraty.

4.3. Conclusões parciais

O presente capítulo examinou propostas selecionadas de reforma atualmente em discussão no GT-III da UNCITRAL a fim de discutir se e em que medida podem amparar os interesses proativo e defensivo do Brasil. Para esse propósito, teve em conta os riscos suscitados pelos

260 Entrevistas com os embaixadores Carlos Marcio Bicalho Cozendey (04/11/2021) e Luiz Cesar Gasser (21/10/2021).

mecanismos ISDS (tratados no capítulo 1) e os interesses brasileiros, conforme plasmados no ACFI (objeto do capítulo 2).

Uma vez que a discussão concreta da maior parte das propostas ainda não iniciou, o objetivo do capítulo foi de oferecer parâmetros para apoiar a atuação do Brasil nessas discussões.

Não é claro ainda como evoluirão as tratativas na UNCITRAL, mas o fato de o mandato do GT-III ser flexível dá ao Brasil o conforto de saber que é possível escolher se e quais propostas podem ser interessantes. O Brasil também deveria tirar vantagem dessa flexibilidade para influenciar, na maior medida possível, os resultados que advirão dos trabalhos da UNCITRAL. Mais do que qualquer outro participante do GT-III, o Brasil possui credenciais sólidas para defender a natureza pública das arbitragens de investimento. O presente capítulo procurou discutir como essa preocupação se traduz concretamente nas propostas em discussão na UNCITRAL.

A Tabela 7 resume os parâmetros de atuação oferecidos no presente capítulo.

Tabela 7. Resumo dos parâmetros para avaliação das propostas de reformas em consideração no GT-III da UNCITRAL

	Proposta de reforma	Vantagem(ns)	Riscos
<i>Interesse proativo</i>	Divulgação dos mecanismos de prevenção de disputas	- Estimular o uso de mecanismos adotados pelo ACFI na prevenção de disputas - Fomentar colaboração com as discussões sobre facilitação de investimentos na OMC	Não foi identificado risco
	Promoção da arbitragem Estado-Estado	- Sinalizar que disputas de investimentos não necessariamente devem ter o formato ISDS	Não foi identificado risco

<p>Interesse defensivo de salvaguardar o ACFI</p>	<p>Código de conduta</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Possibilidade de estabelecer padrão rigoroso de controle de conflitos de interesses de árbitros (e.g., banimento de <i>double hatting</i>). 	<ul style="list-style-type: none"> - Caso não seja possível alcançar nível ambicioso de controle (aquém do negociado no ACFI com a Índia), adesão do Brasil é desencorajada, caso contrário permitiria designação de árbitros com conflitos de interesse típicos da arbitragem ISDS.
	<p>Métodos de designação dos julgadores</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Possível instrumento consolidando lista de árbitros escolhidos pelos Estados (não pelos investidores); - Lista permitiria aos Estados definir perfil mais publicista dos julgadores. 	<ul style="list-style-type: none"> - Lista é apenas interessante na medida em que o Brasil puder eleger os árbitros (e definir o perfil mais adequado à aplicação do ACFI).
	<p>Instância de apelação</p>	<p>a) <i>Instância ad hoc</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Possivelmente mais voltada à correção de decisões de primeiro grau; <p>b) <i>Instância permanente</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Árbitros possivelmente seriam escolhidos pelos Estados partes do instrumento que estabelece a instância. 	<p>a) <i>Instância ad hoc</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Risco de ser integrada por árbitros com perfil não adequado para aplicar o ACFI; <p>b) <i>Instância permanente</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Possivelmente teria o mandato para perseguir a <i>consistência</i> entre decisões arbitrais, além de corrigir decisões de primeira instância.
	<p>Corte multilateral de investimentos</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Possivelmente integrada por julgadores escolhidos apenas pelos Estados (maior chance de julgadores com perfil adequado); - Natureza permanente afasta diversos conflitos de interesse típicos de arbitragem ISDS; - (pendente da evolução dos debates) Possibilidade de aderir apenas à primeira instância (caso se pretenda manter o previsto nos ACFIs). 	<ul style="list-style-type: none"> - (caso Brasil aceite instância de apelação): risco de transplante indevido ao ACFI de interpretações válidas para BITs, sob o propósito da “consistência” entre decisões; - Contribuição financeira exigida para participar da corte multilateral pode ser desproporcional ao uso que o Brasil deverá fazer do mecanismo.
	<p>Assessoria jurídica</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Possível foro para ampliar a capacitação do Itamaraty na matéria. 	<p>Não foi identificado risco</p>

Conclusão

O presente trabalho procurou formular parâmetros para apoiar a participação do Brasil nas discussões sobre reforma dos mecanismos ISDS que têm lugar no âmbito do GT-III da UNCITRAL.

As premissas do trabalho, articuladas ao longo da exposição, foram as seguintes: (i) a despeito das diversas salvaguardas contempladas no ACFI, o modelo de acordo de investimento concebido pelo Brasil, a simples previsão de arbitragem, mesmo que exclusivamente entre Estados, expõe o Brasil a tribunais ativistas que podem criar obrigações não contempladas por nossos negociadores; (ii) as discussões em curso na UNCITRAL, a despeito de seu nome, não se limitam a propor reformas aos mecanismos ISDS, mas também permitem discutir reformas que abrangem a arbitragem Estado-Estado e até mesmo mecanismos de prevenção de disputas – duas das características centrais do ACFI.

O Brasil está em posição bastante mais confortável do que os demais participantes do GT-III, dado que não possui nenhum BIT. Enquanto os demais participantes veem na UNCITRAL uma plataforma para conter danos que podem ser criados por mecanismos ISDS contidos em suas carteiras de BITs, o Brasil não é parte de acordos que prevejam tais mecanismos.

Apesar disso, um dos argumentos articulados no presente trabalho foi de que as discussões em curso da UNCITRAL são de interesse do Brasil. Esse interesse é moldado pelas peculiaridades do ACFI, e se desdobra em duas vertentes: (i) o interesse *proativo* de divulgar as características que distinguem o modelo de acordo brasileiro dos acordos tradicionais de investimentos (os chamados BITs); e (ii) o interesse *defensivo* de reforçar as salvaguardas existentes no ACFI contra a importação indevida, em

arbitragens envolvendo o Brasil, de compromissos oriundos de acordos tradicionais de investimento.

O trabalho examinou propostas em discussão na UNCITRAL que poderiam contribuir para reforçar ainda mais as salvaguardas contidas no ACFI contra o risco de interpretações expansivas por parte de tribunais arbitrais. De particular interesse ao Brasil, foram discutidas aquelas propostas que dizem respeito aos árbitros (código de conduta, métodos de designação e perfil dos árbitros), assim como ao ambiente institucional em que se dá a arbitragem de investimentos (o estabelecimento de instância de apelação e de uma corte multilateral de investimentos). A análise de cada uma dessas propostas procurou identificar maneiras pelas quais cada uma avançaria o interesse do Brasil em preservar as escolhas feitas no ACFI – o interesse defensivo.

Os subsídios e parâmetros oferecidos no presente trabalho foram formulados com o objetivo de apoiar a atuação brasileira para que os debates avancem na direção desejada. Entretanto, não há garantias de que as discussões na UNCITRAL evoluirão nessa direção. Caso não procedam como desejado, o mandato do GT-III possui flexibilidade suficiente para que o Brasil apenas incorpore aquelas propostas que sejam consideradas convenientes, se alguma delas for assim considerada.

A participação brasileira nos debates do GT-III não terá sido em vão, apesar disso. Os trabalhos da UNCITRAL também oferecem ao Brasil plataforma de ampla visibilidade para divulgar sua perspectiva única sobre a maneira de disciplinar investimentos, na qual a prevenção de disputas, a facilitação de investimentos e a possibilidade de arbitragem exclusivamente entre Estados ocupam posição central. O presente trabalho apresentou igualmente propostas para ampliar a difusão sobre as escolhas plasmadas no ACFI – o nosso interesse proativo.

Há diferentes razões para explicar a situação particular do Brasil no contexto das discussões sobre a reforma dos acordos de investimento. Entretanto, não há dúvidas de que uma das principais é a forma como

o país foi capaz de, ao longo de décadas, preservar a autonomia para decidir sua posição a respeito desses acordos.

O panorama presente dos acordos de investimentos é marcado por elementos que salientam a posição de vanguarda do Brasil nessa matéria, atualmente refletida no ACFI. A experiência com décadas de BITs e com a jurisprudência de tribunais arbitrais ISDS tem impellido as grandes economias a repensar o desenho de seus acordos de investimento – em uma direção mais próxima daquilo que sempre pautou a atuação do Brasil e cada vez mais distante da abordagem tradicionalmente incorporada aos BITs. Ao mesmo tempo, a opção regulatória inovadora, eleita pelo Brasil no ACFI, vê-se acolhida por cerca de dois terços dos membros da OMC no Acordo sobre Facilitação de Investimentos para o Desenvolvimento.

Em um momento em que países desenvolvidos e em desenvolvimento buscam formas de recuperar a autonomia decisória nessa matéria, cabe ao Brasil mostrar por que o rumo que vem tomando pelo menos desde a década de 1960, como ilustrado neste trabalho, é o mais adequado ponto de equilíbrio entre o interesse público e o interesse dos investidores. As discussões em curso no GT-III da UNCITRAL representam importante plataforma para perseguir esse objetivo.

Referências bibliográficas

1) Fontes primárias (referências mais específicas sobre as fontes marcadas com asterisco encontram-se em notas de rodapé ao longo do texto):

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR 6023 – Informação e documentação – Referências – Elaboração*. 2. ed. Rio de Janeiro: ABNT, 14/11/2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT 10520 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação*. Rio de Janeiro: ABNT, agosto de 2002.

BRASIL. Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento (ACFIs).

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Diário da Câmara dos Deputados*. Mensagens presidenciais, Projetos de Decreto Legislativo e respectivos pareceres associados à tramitação de Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (APPIs).

BRASIL. Decretos que promulgam atos internacionais no ordenamento jurídico nacional.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Relatório dos investimentos brasileiros no exterior 2013 – Recomendações de Políticas Públicas para o Brasil*. 2013.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Comunicado de imprensa No. 57, de 09/07/1964. Excerpt from the statement by Felix Ruiz, Governor for Chile, in International Center for Settlement of Investment Disputes. In: *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States: Documents concerning the origin and the formulation of the convention*, v. II, Washington, p. 606.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Settlement of investment disputes consultative meeting of legal experts, Santiago, Chile, 03/02/1964, Summary record of proceedings, 12/06/1964. In: *History of ICSID*, v. II-1, Washington, p. 306.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Legal Committee on Settlement of Investment Disputes. Comments by Mr. da Cunha (Brazil) on Chapter II, documento SID/LC/23, 30/11/1964. In: *History of the ICSID*, v. II-2, Washington, p. 838.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Schedule of fees (effective July 1, 2020)*. Washington, 01/07/2021.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *The ICSID caseload – Statistics issue 2021-2*. Washington, 28/07/2021.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Code of Conduct – Background Papers – repeat appointments*. Washington, sem data.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Members of the panels of conciliators and of arbitrators*. Documento ICSID/10, Washington, 13/10/2021.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Updated Background on Proposals for Amendment of the ICSID Rules*. Washington, 12/11/2021.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Code of Conduct – Background papers: double hatting*. Washington, sem data.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO E MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Concluído Acordo sobre Facilitação de Investimentos para o Desenvolvimento na OMC, nota conjunta, 07/07/2023.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Manual de Redação Oficial e Diplomática do Itamaraty*, revisão de 13/05/2020. Brasília.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. 16/10/1967. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>>.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law. *OECD Working Papers on International Investment* 2004/02, setembro de 2004.

UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. In: *Yearbook of the International Law Commission* 2006, v. II, parte II, documento A/CN.4/SER.A/2006/Add.1.

UNITED NATIONS. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts – with commentaries, 2008. In: *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, parte II, documento A/CN.4/SER.A/2001/Add.1.

UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution 2205(XXI)*. 17/12/1966.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Documentos relativos às tratativas sobre reforma dos mecanismos ISDS (séries A/CN.9.WG.III/ e A/CN.9/).

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Dispute Settlement: State-State*. Documento UNCTAD/ITE/IIT/2003/1, Nova York/Genebra: United Nations, 2003.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*. Nova York/Genebra: United Nations, 2000.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Most-Favoured Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Nova York/Genebra: United Nations, 2010.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Expropriation – A sequel*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Nova York/Genebra: United Nations, 2012.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment – A sequel*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Nova York/Genebra: United Nations, 2012.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Global Action Menu for Investment Facilitation*. Genebra, 2017.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018, *IIA Issue Notes*, n. 2, Genebra, 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1,000 Mark: Cases and Outcomes in 2019. *IIA Issue Notes*, n. 2, Genebra, 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Review of ISDS Decisions in 2019: Selected IIA Reform Issues. *IIA Issue Notes*, n. 1, Genebra, 2021.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020. *IIA Issue Notes*, n. 4, Genebra, 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *2018-2019 Budget proposals by the Director-General*. Documento WT/BFA/W/427, 19/09/17.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Joint ministerial statement on investment facilitation for development*. Documento WT/MIN(17)/59, 13/12/2017.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Structured discussions on investment facilitation – Communication from Brazil*. Documento JOB/GC/169, 01/02/2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *WTO structured discussions on investment facilitation for development – Informal consolidated text*. Documento INF/IFD/RD/50/Rev.2 (reservado), 15/07/2020.

1.1) Decisões de tribunais internacionais:

Ao amparo do ICSID:

Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID, caso ARB/87/3, laudo de mérito de 27/06/1990.

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID, ARB(AF)/99/2, laudo de 11/10/2002.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID, caso ARB (AF)/00/2, laudo de mérito de 29/05/2003.

Azurix Corporation v. The Argentine Republic, ICSID caso ARB/01/12, laudo de 23/06/2006.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic, ICSID, caso ARB/97/3, laudo de mérito de 20/08/2007.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID, caso n. ARB/02/16, decisão sobre anulação, 29/06/2010.

Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID, caso ARB/01/3, decisão sobre o pedido de anulação da República Argentina, 30/07/2010.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic, ICSID, caso ARB/97/3, decisão sobre pedido de anulação de laudo arbitral, 10/08/2010.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID, caso ARB/14/21, laudo de 30/11/2017.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Urpart Zuergoa v. The Argentine Republic, ICSID, caso ARB/07/26, decisão sobre a proposta dos autores de desqualificação do Professor Campbell McLachlan, 12/08/2010.

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID, caso ARB/12/12.

Dan Cake S.A. v. Hungary, ICSID, caso ARB/12/9, decisão sobre jurisdição e responsabilidade de 24/08/2015.

Içkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID, caso ARB/10/24, laudo de mérito de 08/03/2016.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID, caso ARB/10/7, laudo de mérito de 08/07/2016.

RWE INNOGY GmbH e RWE INNOGY AERSA S.A.U. v. Kingdom of Spain, ICSID, caso ARB/14/34, laudo arbitral de 18/12/2020.

Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica, ICSID, caso ARB/14/5, laudo de mérito de 03/06/2021.

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID, caso ARB/16/41, laudo sobre jurisdição, responsabilização e diretrizes sobre indenização, 09/09/2021.

Ao amparo da UNCITRAL:

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, laudo parcial de mérito de 13/11/2000.

Pope & Talbot v. Government of Canada, UNCITRAL, laudo de mérito da fase 2, 10/04/2001.

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, laudo de mérito de 03/09/2001.

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, laudo parcial de 13/09/2001.

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, laudo de mérito de 03/08/2005.

Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, UNCITRAL, laudo de mérito de 08/06/2009.

White Industries Australia Limited v. Republic of India, UNCITRAL, laudo de mérito de 30/11/2011.

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, laudo sobre jurisdição e responsabilidade, 17/03/2015.

Ao amparo da Corte Permanente de Arbitragem:

Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos de Ecuador, decisão sobre contestação de árbitro, Corte Permanente de Arbitragem, caso IR-2009/1, 08/12/2009.

CC/Devas (Mauritius) Ltd. et al. v. India, Corte Permanente de Arbitragem, caso 2013-9, decisão sobre contestação de designação de árbitro, 30/09/2013.

Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, Corte Permanente de Arbitragem, caso AA 226, laudo final de 18/07/2014.

Ao amparo da Organização Mundial do Comércio:

United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, caso WT/DS2/AB/R, relatório do Órgão de Apelação, 20/05/1996.

United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, decisão do Órgão de Apelação, documento WT/DS344/AB/R, adotado em 20/05/2008.

Sob outros tribunais:

L.F.H.Neer e Pauline Neer (United States) contra United Mexican States, laudo arbitral de 15/10/1926. United Nations Reports of International Arbitral Awards, 1926, v. IV, p. 60 *et seq.*

The United Mexican States v. Metalclad Corporation, caso 2001 BCSC 664, 02/05/2001 (perante tribunal de British Columbia).

General Claims Commission (Agreement of Sept. 8, 1923) (United Mexican States, United States of America). United Nations Reports of International Arbitral Awards, v. IV, 2006.

1.2) Arquivos de áudio:

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Gravação de intervenção do Brasil durante a 34ª sessão do GT-III, 28/11/2017, 14:00-17:00. Disponível em: <<https://uncitral.un.org/en/audio#03>>.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Gravação de intervenção do Brasil durante a 35ª sessão do GT-III, 27/04/2018, 15:00-18:00. Disponível em: <<https://uncitral.un.org/en/audio#03>>.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Gravação de intervenção do Brasil durante a 36ª sessão do GT-III, 01/11/2018, 14:00-17:00. Disponível em: <<https://uncitral.un.org/en/audio#03>>.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Gravações da segunda parte da 38ª sessão do GT-III (20/01/2020, reunião de 10:00-12:30). Disponível em: <<https://conferences.unite.un.org/carbonweb/public/uncitral/speakerslog/115dedb6-12ef-4f71-88be-ae318c802084>>.

1.3) Arquivo de vídeo (acessado em 10/01/2022):

SANDS, Philippe. *What I have learned—Ten years as an investor-State arbitrator*. Palestra na Faculdade de Direito da Universidade Columbia, Nova York, outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qffZbRZ5-Kg>>.

1.4) Recursos da Internet (todos acessados em 10/01/2022):

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *Court of Justice – Presentation*. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/en/>.

ENERGY CHARTER TREATY. *Statistics of ECT Cases (as of 01/06/2020)*. Disponível em: <https://www.energycharter.org/media/news/article/updated-statistics-on-investment-arbitration-cases-under-the-energy-charter-treaty/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=c06700cf198e364baf7f478afa580f2b>.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *The Grand Chamber in brief*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/FAQ_GC_ENG.pdf>.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Multilateral Agreement on Investment*. [Documentos e informações]. Disponível em: <<https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm>>.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Dispute Settlement Navigator*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>>.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International investment agreements navigator*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>>.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Methods of work*. Disponível em: <<https://uncitral.un.org/en/about/methods>>.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Chronological list of disputes cases*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm>.

2) Fontes secundárias:

ALSCHNER, Wolfgang. The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myths versus Reality. *Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 42, p. 1-66, 2017.

ALVAREZ, José E. *The public international law regime governing international investment*. A Haia: Hague Academy of International Law, 2011.

ALVAREZ, José E. ISDS Reform: The long view. *ICSID Review*, Oxford, 2021, edição ainda não numerada. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icsidreview/advance-article-abstract/doi/10.1093/icsidreview/siab036/6423131>>.

ARATO, Julian; BROWN, Chester; ORTINO, Federico. Parsing and managing inconsistency in investor-State dispute settlement. *Journal of World Investment and Trade*, Leiden, v. 21, n. 2-3, p. 336-373, 2020.

AZEVEDO, Sérgio Barreiros de Santana. *As negociações internacionais sobre investimentos e a preservação de espaço para a implementação de políticas de desenvolvimento: uma avaliação das posições brasileiras*. Tese apresentada ao LI Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco, Brasília, 2007.

BATIFORT, Simon; HEATH, J. Benton. The new debate on the interpretation of MFN clauses in investment treaties: putting the brakes on multilateralization. *American Journal of International Law*, Washington, v. 111, n. 4, p. 873-913, 2018.

BEZERRA, Rafael Lapa Santos. Arbitrabilidade objetiva no âmbito da administração pública: uma discussão com foco no setor portuário brasileiro. *Instituto Serzedello Corrêa, Coletânea de pós-graduação*, v. 4, n. 19, 2019. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/arbitrabilidade-objetiva-no-ambito-da-administracao-publica-uma-discussao-com-foco-no-setor-portuario-brasileiro.htm>>.

BONNITCHA, Jonathan *et al.* *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BRAY, Heather L. Understanding change: Evolution from international claims commissions to investment treaty arbitration. In: SCHILL, Stephan W. *et al* (ed.) *International Investment Law and History*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018, p. 102-135.

CHOER MORAES, Henrique; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. The Brazil-India Investment Co-operation and Facilitation Treaty: Giving Concrete Meaning to the ‘Right to Regulate’ in Investment Treaty Making. *ICSID Review*, v. 36, n. 2, Oxford, p. 304-318, 2021. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icsidreview/advance-articles>>.

COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*, Brasília: FUNAG, ano I, n. 2, 2º semestre de 2015, p. 87-110.

DE LUCA, Anna *et al.* Responding to incorrect decision-making in investor-State dispute settlement: policy options. *Journal of World Investment and Trade*, Leiden, v. 21, n. 2-3, p. 374-409, 2020.

DI MASCIO, Nicholas; PAUWELYN, Joost. Nondiscrimination in trade and investment treaties: Worlds apart or two sides of the same coin. *American Journal of International Law*, Washington, v. 102, n. 1, p. 48-89, 2008.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DONNAN, Shawn; WAGSTYL, Stefan. Transatlantic trade talks hit German snag. *Financial Times*, 15 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/cc5c4860-ab9d-11e3-90af-00144feab7de>>.

DUGGAL, Kabir A. N. *et al.* Colombia's 2017 Model IIA: Something Old, Something New, Something Borrowed. *ICSID Review*, Oxford, v. 34, n. 1, p. 224-240, 2019.

DUMBERRY, Patrick. The Emergence of a Consistent Case Law: How NAFTA Tribunals have Interpreted the Fair and Equitable Treatment Standard. *Kluwer Arbitration Blog*, 30 out. 2013. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/10/30/the-emergence-of-a-consistent-case-law-how-nafta-tribunals-have-interpreted-the-fair-and-equitable-treatment-standard/>>.

ELIAS, Olufemi. Persistent objector. *Max Planck Encyclopaedia of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; COLUMBIA CENTER ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *The Top 20 Brazilian Multinationals: Divestment under Crises*, 21 mar. 2017. Disponível em: <<https://emgp.org/wp-content/uploads/2018/07/EMGP-Brazil-Report-March-21-2017-FINAL.pdf>>.

GAUKRODGER, David. *State-to-State dispute settlement and the interpretation of investment treaties*. OECD Working Papers on International Investment 2016/03, Paris, 2016.

GILABERTE, Katia Godinho. *Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos. A Evolução da Política Brasileira e Perspectivas*. Tese apresentada ao XXX Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco, Brasília, 1995.

GIORGETTI, Chiara. The draft code of conduct for adjudicators in investor-state dispute settlement: a low-hanging fruit in the ISDS reform process. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford, 2021, cópia adiantada na página do periódico, ainda sem numeração. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jids/advance-article-abstract/doi/10.1093/jnlids/idab032/6432507?redirectedFrom=fulltext>>.

HUBER, Mark; TEREPOSKY, Greg. The WTO Appellate Body: viability as a model for an investor-State dispute settlement appellate mechanism. *ICSID Review*, Oxford, v. 32, n. 3, p. 545-594, 2017.

HUDEC, Robert. The new WTO dispute settlement procedure: an overview of the first three years. *Minnesota Journal of Global Trade*, Minneapolis, v. 8, p. 1-53, 1999.

KULICK, Andreas (ed.). *Reassertion of control over the investment treaty regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

LANGFORD, Malcolm; BEHN, Daniel; LIE, Runar Hilleren. The revolving door in international investment arbitration. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 20, n. 2, p. 301-332, 2017.

LOWENFELD, Andreas F. The ICSID Convention: Origins and transformation. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens, v. 38, p. 47-61, 2009.

MALMSTRÖM, Cecilia. *Discussion on Investment in TTIP at the meeting of the International Trade Committee of the European Parliament*, 18 mar. 2015. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_15_4624>.

MAREGA, Flávio. *O Mecanismo Arbitral de Solução de Controvérsias Investidor Estrangeiro-Estado nos Acordos Internacionais sobre Investimentos: Implicações para o Brasil*. Tese apresentada ao XLVIII Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco, Brasília, 2005.

MILES, Kate. *The origins of International Investment Law: Empire, environment and the safeguarding of capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

MOSS, Giuditta Cordero. Full Protection and Security. In: REINISCH, A (ed.). *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 131-150.

MOSSALLAM, Mohammad. Process matters – South Africa’s experience exiting its BITs. *Oxford University Global Economic Governance Programme Working Paper 2015/97*, Oxford. Disponível em: <<https://www.geg.ox.ac.uk/publication/geg-wp-201597-process-matters-south-africas-experience-exiting-its-bits>>.

PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. Evolução interpretativa. *Revista de Direito Administrativo*, Brasília, v. 273, p. 165-198, set./dez. 2016.

PARRA, Antonio. *The history of ICSID*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PAUWELYN, Joost. Rational design or accidental evolution? The emergence of International Investment Law. In: DOUGLAS, Zachary *et al* (ed.). *The Foundations of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 11-43.

PAUWELYN, Joost. The rule of law without the rule of lawyers? Why investment arbitrators are from Mars, trade adjudicators from Venus. *American Journal of International Law*, Washington, v. 109, n. 4, p. 761-805, 2015.

PUIG, Sergio. Social capital in the arbitration market. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 25, n. 2, p. 387-424, 2014.

REISENFELD, Kenneth B.; ROBBINS, Joshua M. Finality under the Washington and New York Conventions: Another Swing of the Pendulum? *ICSID Review*, Oxford, v. 32, n. 2, p. 371-384, 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICA INTERNACIONAL, Brasília, n. 33-34, 1965.

ROBERTS, Anthea. Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States. *American Journal of International Law*, Washington, v. 104, n. 2, p. 179-225, 2010.

ROBERTS, Anthea. State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 55, n. 1, p. 1-70, 2014.

ROBERTS, Anthea; BOURAOUI, Zeineb. UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Consistency, Predictability and Correctness. *EJIL Talk!*, 5 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-ids-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness/>>.

ROBERTS, Anthea; ST. JOHN, Taylor. UNCITRAL and ISDS reform (hybrid): season 5 – watching the grass grow. *EJIL: Talk!*, 24 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-ids-reform-hybrid-season-5-watching-the-grass-grow/>>.

SANDS, Philippe. Conflict and conflicts in investment treaty arbitration: ethical standards for counsel. In: BROWN, C; MILES, K. (ed.). *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 19-41.

SCHILL, Stephan. *The multilateralization of international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHILL, Stephan. Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction – A Reply to Zachary Douglas. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford, v. 2, n. 2, p. 353-371, 2011.

SHAN, Wenhua. From 'North-South Divide' to 'Private-Public Debate': Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law. *Northwestern Journal of International Law and Business*, Chicago, v. 27, p. 631-664, 2006-2007.

SHIHATA, Ibrahim. Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review*, Oxford, v. 1, n. 1, p. 24, 1986.

SLOBODIAN, Quinn. *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

ST. JOHN, Taylor. *The rise of investor-State arbitration: Politics, Law, and unintended consequences*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

THE Capitalist Challenge: The capitalist Magna Carta. *Time Magazine*, 28 out. 1957. Disponível em: <<https://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,810068-2,00.html>>.

THE arbitration game. *The Economist*, 11 out. 2014. Disponível em: <<https://www.economist.com/finance-and-economics/2014/10/11/the-arbitration-game>>.

TIENHAARA, Kyla. Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science. In: BROWN, C.; MILES, K. (ed.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 606-628.

VAN HARTEN, Gus. Leaders in the expansive and restrictive interpretation of investment treaties: a descriptive study of ISDS awards to 2010. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 29, n. 2, p. 507-549, 2018.

VILLARREAL, M. Angeles. The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA). *Congressional Research Service*, estudo R44981. Washington, 28 dez. 2021.

WÄLDE, Thomas W. Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation. *Arbitration International*, Oxford, v. 12, n. 4, p. 429-466, 1996.

ZEITLER, Helge Elisabeth. Full Protection and Security. In: SCHILL, S. (ed.). *International Investment Law and Comparative Public law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 183-212.

Lista das teses de CAE publicadas pela FUNAG

1. **Luiz Augusto Saint-Brisson de Araújo Castro**
O Brasil e o novo Direito do Mar: mar territorial e a zona econômica exclusiva (1989)
2. **Luiz Henrique Pereira da Fonseca**
Organização Marítima Internacional (IMO). Visão política de um organismo especializado das Nações (1989)
3. **Valdemar Carneiro Leão Neto**
A crise da imigração japonesa no Brasil (1930-1943). Contornos diplomáticos (1990)
4. **Synesio Sampaio Goes Filho**
Navegantes, bandeirantes, diplomatas: aspectos da descoberta do continente, da penetração do território brasileiro extra-Tordesilhas e do estabelecimento das fronteiras da Amazônia (1991)
5. **José Antonio de Castello Branco de Macedo Soares**
História e informação diplomática: tópicos de historiografia, filosofia da história e metodologia de interesse para a informação diplomática (1992)
6. **Pedro Motta Pinto Coelho**
Fronteiras na Amazônia: um espaço integrado (1992)
7. **Adhemar Gabriel Bahadian**
A tentativa do controle do poder econômico nas Nações Unidas – estudo do conjunto de regras e princípios para o controle das práticas comerciais restritivas (1992)

8. **Regis Percy Arslanian**
O recurso à Seção 301 da legislação de comércio norte-americana e a aplicação de seus dispositivos contra o Brasil (1993)
9. **João Almino de Souza Filho**
Naturezas mortas. A filosofia política do ecologismo (1993)
10. **Clodoaldo Hugueneu Filho**
A Conferência de Lancaster House: da Rodésia ao Zimbábue (1993)
11. **Maria Stela Pompeu Brasil Frota**
Proteção de patentes de produtos farmacêuticos: o caso brasileiro (1993)
12. **Renato Xavier**
O gerenciamento costeiro no Brasil e a cooperação internacional (1994)
13. **Georges Lamazière**
Ordem, hegemonia e transgressão: a resolução 687 (1991) do Conselho de Segurança das Nações Unidas, a Comissão Especial das Nações Unidas (UNSCOM) e o regime internacional de não proliferação de armas de destruição em massa (1998)
14. **Antonio de Aguiar Patriota**
O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva (1998)
15. **Leonilda Beatriz Campos Gonçalves Alves Corrêa**
Comércio e meio ambiente: atuação diplomática brasileira em relação ao Selo Verde (1998)
16. **Afonso José Sena Cardoso**
O Brasil nas operações de paz das Nações Unidas (1998)
17. **Irene Pessôa de Lima Câmara**
Em nome da democracia: a OEA e a crise haitiana 1991-1994 (1998)
18. **Ricardo Neiva Tavares**
As Organizações Não-Governamentais nas Nações Unidas (1999)
19. **Miguel Darcy de Oliveira**
Cidadania e globalização – a política externa brasileira e as ONGs (1999)

20. **Fernando Simas Magalhães**
Cúpula das Américas de 1994: papel negociador do Brasil, em busca de uma agenda hemisférica (1999)
21. **Ernesto Otto Rubarth**
A diplomacia brasileira e os temas sociais: o caso da saúde (1999)
22. **Enio Cordeiro**
Política indigenista brasileira e programa internacional dos direitos das populações indígenas (1999)
23. **Fernando Paulo de Mello Barreto Filho**
O tratamento nacional de investimentos estrangeiros (1999)
24. **Denis Fontes de Souza Pinto**
OCDE: uma visão brasileira (2000)
25. **Francisco Mauro Brasil de Holanda**
O gás no Mercosul: uma perspectiva brasileira (2001)
26. **João Solano Carneiro da Cunha**
A questão de Timor-Leste: origens e evolução (2001)
27. **João Mendonça Lima Neto**
Promoção do Brasil como destino turístico (2002)
28. **Sérgio Eduardo Moreira Lima**
Privilégios e imunidades diplomáticos (2002)
29. **Appio Cláudio Muniz Acquarone**
Tratados de extradição: construção, atualidade e projeção do relacionamento bilateral brasileiro (2003)
30. **Susan Kleebank**
Cooperação judiciária por via diplomática: avaliação e propostas de atualização do quadro normativo (2004)
31. **Paulo Roberto Campos Tarrisse da Fontoura**
O Brasil e as operações de manutenção da paz das Nações Unidas (2005)
32. **Paulo Estivallet de Mesquita**
Multifuncionalidade e preocupações não-comerciais: implicações para as negociações agrícolas na OMC (2005)

33. **Alfredo José Cavalcanti Jordão de Camargo**
Bolívia: a criação de um novo país (2006)
34. **Maria Clara Duclos Carisio**
A política agrícola comum e seus efeitos para o Brasil (2006)
35. **Eliana Zugaib**
A Hidrovia Paraguai-Paraná (2006)
36. **André Aranha Corrêa do Lago**
Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas (2007)
37. **João Pedro Corrêa Costa**
De decasségui a emigrante (2007)
38. **George Torquato Firmeza**
Brasileiros no exterior (2007)
39. **Alexandre Guido Lopes Parola**
A ordem injusta (2007)
40. **Maria Nazareth Farani de Azevedo**
A OMC e a reforma agrícola (2007)
41. **Ernesto Henrique Fraga Araújo**
O Mercosul: negociações extra-regionais (2008)
42. **João André Lima**
A Harmonização do Direito Privado (2008)
43. **João Alfredo dos Anjos Júnior**
José Bonifácio, primeiro Chanceler do Brasil (2008)
44. **Douglas Wanderley de Vasconcellos**
Esporte, poder e Relações Internacionais (2008)
45. **Silvio José Albuquerque e Silva**
Combate ao racismo (2008)
46. **Ruy Pacheco de Azevedo Amaral**
O Brasil na França (2008)
47. **Márcia Maro da Silva**
Independência de Angola (2008)

48. **João Genésio de Almeida Filho**
O Fórum de Diálogo Índia, Brasil e África do Sul (IBAS): análise e perspectivas (2009)
49. **Gonçalo de Barros Carvalho e Mello Mourão**
A Revolução de 1817 e a história do Brasil – um estudo de história diplomática (2009)
50. **Paulo Fernando Dias Feres**
Os biocombustíveis na matriz energética alemã: possibilidades de cooperação com o Brasil (2010)
51. **Gilda Motta Santos Neves**
Comissão das Nações Unidas para Consolidação da Paz – perspectiva brasileira (2010)
52. **Alessandro Warley Candeadas**
Integração Brasil-Argentina: história de uma ideia na visão do outro (2010)
53. **Eduardo Uziel**
O Conselho de Segurança e a inserção do Brasil no Mecanismo de Segurança Coletiva das Nações Unidas (2010)
54. **Márcio Fagundes do Nascimento**
A privatização do emprego da força por atores não-estatais no âmbito multilateral (2010)
55. **Adriano Silva Pucci**
O estatuto da fronteira Brasil-Uruguai (2010)
56. **Mauricio Carvalho Lyrio**
A ascensão da China como potência: fundamentos políticos internos (2010)
57. **Carlos Alfonso Iglesias Puente**
A cooperação técnica horizontal como instrumento da política externa: a evolução da Cooperação Técnica com Países em Desenvolvimento – CTPD – no período 1995-2005 (2010)
58. **Rodrigo d’Araujo Gabsch**
Aprovação interna de tratados internacionais pelo Brasil (2010)

59. **Michel Arslanian Neto**
A liberalização do comércio de serviços do Mercosul (2010)
60. **Gisela Maria Figueiredo Padovan**
Diplomacia e uso da força: os painéis do Iraque (2010)
61. **Oswaldo Biato Júnior**
A parceria estratégica sino-brasileira: origens, evolução e perspectivas (2010)
62. **Octávio Henrique Dias Garcia Côrtes**
A política externa do Governo Sarney: o início da reformulação de diretrizes para a inserção internacional do Brasil sob o signo da democracia (2010)
63. **Sarquis J. B. Sarquis**
Comércio internacional e crescimento econômico no Brasil (2011)
64. **Neil Giovanni Paiva Benevides**
Relações Brasil-Estados Unidos no setor de energia: do Mecanismo de Consultas sobre Cooperação Energética ao Memorando de Entendimento sobre Biocombustíveis (2003-2007). Desafios para a construção de uma parceria energética (2011)
65. **Luís Ivaldo Villafañe Gomes Santos**
A arquitetura de paz e segurança africana (2011)
66. **Rodrigo de Azeredo Santos**
A criação do Fundo de Garantia do Mercosul: vantagens e proposta (2011)
67. **José Estanislau do Amaral**
Usos da história: a diplomacia contemporânea dos Estados Bálticos. Subsídios para a política externa brasileira (2011)
68. **Everton Frask Lucero**
Governança da internet: aspectos da formação de um regime global e oportunidades para a ação diplomática (2011)
69. **Rafael de Mello Vidal**
A inserção de micro, pequenas e médias empresas no processo negociador do Mercosul (2011)

70. **Bruno Luiz dos Santos Cobuccio**
A irradiação empresarial espanhola na América Latina: um novo fator de prestígio e influência (2011)
71. **Pedro Escosteguy Cardoso**
A nova arquitetura africana de paz e segurança: implicações para o multilateralismo e para as relações do Brasil com a África (2011)
72. **Ricardo Luís Pires Ribeiro da Silva**
A nova rota da seda: caminhos para presença brasileira na Ásia Central (2011)
73. **Ibrahim Abdul Hak Neto**
Armas de destruição em massa no século XXI: novas regras para um velho jogo. O paradigma da iniciativa de segurança contra a proliferação (PSI) (2011)
74. **Paulo Roberto Ribeiro Guimarães**
Brasil-Noruega: construção de parcerias em áreas de importância estratégica (2011)
75. **Antonio Augusto Martins Cesar**
Dez anos do processo de Kimberley: elementos, experiências adquiridas e perspectivas para fundamentar a atuação diplomática brasileira (2011)
76. **Ademar Seabra da Cruz Junior**
Diplomacia, desenvolvimento e sistemas nacionais de inovação: estudo comparado entre Brasil, China e Reino Unido (2011)
77. **Alexandre Peña Ghislени**
Direitos Humanos e Segurança Internacional: o tratamento dos temas de Direitos Humanos no Conselho de Segurança das Nações Unidas (2011)
78. **Ana Maria Bierrenbach**
O conceito de responsabilidade de proteger e o Direito Internacional Humanitário (2011)
79. **Fernando Pimentel**
O fim da era do petróleo e a mudança do paradigma energético mundial: perspectivas e desafios para a atuação diplomática brasileira (2011)

80. **Luiz Eduardo Pedroso**
O recente fenômeno migratório de nacionais brasileiros na Bélgica (2011)
81. **Miguel Gustavo de Paiva Torres**
O Visconde do Uruguai e sua atuação diplomática para a consolidação da política externa do Império (2011)
82. **Maria Theresa Diniz Forster**
Oliveira Lima e as relações exteriores do Brasil: o legado de um pioneiro e sua relevância atual para a diplomacia brasileira (2011)
83. **Fábio Mendes Marzano**
Políticas de inovação no Brasil e nos Estados Unidos: a busca da competitividade – oportunidades para a ação diplomática (2011)
84. **Breno Hermann**
Soberania, não intervenção e não indiferença: reflexões sobre o discurso diplomático brasileiro (2011)
85. **Elio de Almeida Cardoso**
Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil (2012)
86. **Maria Feliciano Nunes Ortigão de Sampaio**
O Tratado de Proibição Completa dos Testes Nucleares (CTBT): perspectivas para sua entrada em vigor e para a atuação diplomática brasileira (2012)
87. **André Heráclio do Rêgo**
Os sertões e os desertos: o combate à desertificação e a política externa brasileira (2012)
88. **Felipe Costi Santarosa**
Rivalidade e integração nas relações chileno-peruanas: implicações para a política externa brasileira na América do Sul (2012)
89. **Emerson Coraiola Kloss**
Transformação do etanol em commodity: perspectivas para uma ação diplomática brasileira (2012)

90. **Gelson Fonseca Junior**
Diplomacia e academia – um estudo sobre as relações entre o Itamaraty e a comunidade acadêmica (2ª edição, 2012)
91. **Elias Antônio de Luna e Almeida Santos**
Investidores soberanos: implicações para a política internacional e os interesses brasileiros (2013)
92. **Luiza Lopes da Silva**
A questão das drogas nas Relações Internacionais: uma perspectiva brasileira (2013)
93. **Guilherme Frazão Conduru**
O Museu Histórico e Diplomático do Itamaraty: história e revitalização (2013)
94. **Luiz Maria Pio Corrêa**
O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI): organizações internacionais e crime transnacional (2013)
95. **André Chermont de Lima**
Copa da cultura: o campeonato mundial de futebol como instrumento para a promoção da cultura brasileira no exterior (2013)
96. **Marcelo P. S. Câmara**
A política externa alemã na República de Berlim: de Gerhard Schröder a Angela Merkel (2013)
97. **Ana Patrícia Neves Tanaka Abdul-Hak**
O Conselho de Defesa Sul-Americano (CDS): objetivos e interesses do Brasil (2013)
98. **Gustavo Rocha de Menezes**
As novas relações sino-africanas: desenvolvimento e implicações para o Brasil (2013)
99. **Erika Almeida Watanabe Patriota**
Bens ambientais, OMC e o Brasil (2013)
100. **José Ricardo da Costa Aguiar Alves**
O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e suas propostas de reforma (2013)

101. **Mariana Gonçalves Madeira**
Economia criativa: implicações e desafios para a política externa brasileira (2014)
102. **Daniela Arruda Benjamin**
A aplicação dos atos de organizações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro (2014)
103. **Nilo Dytz Filho**
Crise e reforma da Unesco: reflexões sobre a promoção do poder brando do Brasil no plano multilateral (2014)
104. **Christiano Sávio Barros Figueirôa**
Limites exteriores da plataforma continental do Brasil conforme o Direito do Mar (2014)
105. **Luís Cláudio Villafañe G. Santos**
A América do Sul no discurso diplomático brasileiro (2014)
106. **Bernard J. L. de G. Klingl**
A evolução do processo de tomada de decisão na União Europeia e sua repercussão para o Brasil (2014)
107. **Marcelo Baumbach**
Sanções do Conselho de Segurança: direito internacional e prática brasileira (2014)
108. **Rui Antonio Jucá Pinheiro de Vasconcellos**
O Brasil e o regime internacional de segurança química (2014)
109. **Eduardo Uziel**
O Conselho de Segurança, as missões de paz e o Brasil no mecanismo de segurança coletiva das Nações Unidas (2ª edição, 2015)
110. **Regiane de Melo**
Indústria de defesa e desenvolvimento estratégico: estudo comparado França-Brasil (2015)
111. **Vera Cíntia Álvarez**
Diversidade cultural e livre comércio: antagonismo ou oportunidade? (2015)

112. **Claudia de Angelo Barbosa**
Os desafios da diplomacia econômica da África do Sul para a África Austral no contexto Norte-Sul (2015)
113. **Carlos Alberto Franco França**
Integração elétrica Brasil-Bolívia: o encontro no rio Madeira (2015)
114. **Paulo Cordeiro de Andrade Pinto**
Diplomacia e política de defesa: o Brasil no debate sobre a segurança hemisférica na década pós-Guerra Fria (1990-2000) (2015)
115. **Luiz Alberto Figueiredo Machado**
A plataforma continental brasileira e o direito do mar: considerações para uma ação política (2015)
116. **Alexandre Brasil da Silva**
Bioética, governança e neocolonialismo (2015)
117. **Augusto Pestana**
ITER – os caminhos da energia de fusão e o Brasil (2015)
118. **Pedro de Castro da Cunha e Menezes**
Áreas de preservação ambiental em zona de fronteira: sugestões para uma cooperação internacional no contexto da Amazônia (2015)
119. **Maria Rita Fontes Faria**
Migrações internacionais no plano multilateral: reflexões para a política externa brasileira (2015)
120. **Pedro Marcos de Castro Saldanha**
Convenção do Tabaco da OMS: gênese e papel da presidência brasileira nas negociações (2015)
121. **Arthur H. V. Nogueira**
Kôsovo: província ou país? (2015)
122. **Luís Fernando de Carvalho**
O recrudescimento do nacionalismo catalão: estudo de caso sobre o lugar da nação no século XXI (2016)
123. **Flavio Goldman**
Exposições universais e diplomacia pública (2016)

124. **Acir Pimenta Madeira Filho**
Instituto de cultura como instrumento de diplomacia (2016)
125. **Mario Vilalva**
África do Sul: do isolamento à convivência. Reflexões sobre a relação com o Brasil (2016)
126. **Andréa Saldanha da Gama Watson**
O Brasil e as restrições às exportações (2016)
127. **Eduardo dos Santos**
Entre o Beagle e as Malvinas: conflito e diplomacia na América do Sul (2016)
128. **José Viegas Filho**
A segurança do Atlântico Sul e as relações com a África (2016)
129. **Alessandro Candeads**
A integração Brasil-Argentina: história de uma ideia na “visão do outro” (2ª edição, 2017)
130. **Carlos Luís Duarte Villanova**
Diplomacia pública e imagem do Brasil no século XXI (2017)
131. **Luiz Eduardo Fonseca de Carvalho Gonçalves**
Egito: revolução e contrarrevolução (2011-2015) (2017)
132. **Vanessa Dolce Faria**
Política Externa e participação social: trajetórias e perspectivas (2017)
133. **Ricardo Guerra de Araújo**
O jogo estratégico nas negociações Mercosul-União Europeia (2018)
134. **Kassius Diniz da Silva Pontes**
Entre o dever de escutar e a responsabilidade de decidir: o CSNU e os seus métodos de trabalho (2018)
135. **Cristiano Franco Berbert**
Reduzindo o custo de ser estrangeiro: o apoio do Itamaraty à internacionalização de empresas brasileiras (2018)
136. **Guilherme José Roeder Friaça**
Mulheres diplomatas no Itamaraty (1918-2011): uma análise de trajetórias, vitórias e desafios (2018)

- 137. Gabriel Boff Moreira**
A política regional da Venezuela entre 1999 e 2012: petróleo, integração e relações com o Brasil (2018)
- 138. Rodrigo de Oliveira Godinho**
A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional: perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização (2018)
- 139. Elza Moreira Marcelino de Castro**
O acordo TRIPS e a saúde pública – implicações e perspectivas (2018)
- 140. Marcelo Ramos Araújo**
A região norte e a integração: a demanda dos atores subnacionais amazônicos por integração regional (2019)
- 141. Fabio Rocha Frederico**
Política externa e guerrilha no Cone Sul (2020)
- 142. Aurimar Jacobino de Barros Nunes**
O Itamaraty e a Força Expedicionária Brasileira (FEB): o legado da participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial como ativo de política externa (2020)
- 143. Alexandre Mendes Nina**
A diplomacia brasileira e a segurança energética nacional (2020)
- 144. Davi Augusto Oliveira Pinto**
A diplomacia dos bancos centrais: renovação versus anacronismo no Banco de Compensações Internacionais (BIS) (2021)
- 145. Paula Aguiar Barbosa**
O Tratamento do bem-estar animal na política externa brasileira: de preocupação social a necessidade econômica (2021)
- 146. Adriana Sader Tescari**
A Biodiversidade como recurso estratégico, as negociações do Protocolo de Nagoia e a política externa brasileira (2021)
- 147. Otávio A. D. Cançado Trindade**
A cláusula democrática do Mercosul: aspectos jurídicos do argumento diplomático (2021)

148. Marcelo Böhlke

O Sistema de Salvaguardas da Agência Internacional de Energia Atômica e os procedimentos especiais: implicações para o programa brasileiro de desenvolvimento de submarino com propulsão nuclear (2022)

149. Viviane Rios Balbino

Terá a paz rosto de mulher? Uma perspectiva brasileira para os 20 anos da agenda de mulheres, paz e segurança do Conselho de Segurança das Nações Unidas (2022)

150. Paulo Gustavo Iansen de Sant'Ana

Migração e refúgio: convergências e contradições entre as políticas implementadas pelo Brasil no Século XXI (2022)

151. Aurélio Viotti

A OEA e a promoção da democracia pela cooperação eleitoral (2022)

152. Fernando Figueira de Mello

A Era Berlusconi: a força da direita na Itália e o relacionamento bilateral com o Brasil (2022)

Copyright © Fundação Alexandre de Gusmão



Acompanhe nossas redes sociais

@funagbrasil



Impressão: Gráfica e Editora Qualytá Ltda.

Papel da capa: cartão duplex 250g/m²

Papel do miolo: pólen similar 80g/m²

A experiência de mais de três décadas de arbitragens envolvendo investidores e Estados (ISDS) tem levado tanto países desenvolvidos quanto em desenvolvimento a repensar seus acordos de investimento. Esses países buscam restringir ou mesmo eliminar a possibilidade de que tribunais arbitrais, provocados por investidores, possam questionar perante árbitros privados a implementação de políticas públicas em áreas como saúde, meio ambiente e transição energética. Em reforço a essa tendência regulatória, desde 2018, a UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) passou a sediar negociações, em âmbito multilateral, sobre reformas no funcionamento dos tribunais ISDS. O Brasil distingue-se da imensa maioria dos demais países por nunca ter ratificado acordo internacional que reconheça a jurisdição de tribunais ISDS. Ao contrário, como fruto do amadurecimento de uma posição que se mantém coerente desde pelo menos os anos 1960, o Brasil tem promovido modelo próprio de acordo de investimento, o ACFI (Acordo sobre Cooperação e Facilitação de Investimentos), que adota abordagem colaborativa, bastante distinta daquela adotada em acordos tradicionais de investimentos – entre outros motivos porque o ACFI reconhece apenas a jurisdição de arbitragem entre estados.

O presente trabalho discute por que o Brasil deve procurar ter influência sobre as negociações na UNCITRAL. Longe do paradoxo que possa parecer, as tratativas na UNCITRAL oferecem oportunidade para a promoção e salvaguarda de interesses proativos e defensivos do Brasil na área de acordos de investimentos, tal como plasmados no ACFI.