

Entre democracia e diretório nas relações internacionais: a Criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados – CIRDI, a Oposição dos Estados Latino-Americanos e o Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos

Larissa Ramina

Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo, Professora de Graduação e do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da Unibrasil, Professora do UniCuritiba.

RESUMO

O presente artigo discute possibilidades e limites entre democracia e diretório nas relações internacionais a partir da criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados – CIRDI. Ainda, visa compreender a oposição dos Estados Latino-Americanos e o Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos, dentre os aspectos abordados, os limites do consentimento para a o exercício da jurisdição do CIRDI. Por fim, destacar, para além da recepção e exportação de investimentos, sua conveniência na proteção de investidores nacionais prejudicados por atos soberanos de legalidade duvidosa oriundos de governos nacionalistas.

PALAVRAS-CHAVE: democracia; CIRDI; Esgotamento dos Recursos Internos

ABSTRACT

This article discusses the possibilities and limits of democracy in international relations and directory from the creation of the International Centre for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Still, aims to understand the opposition of the Latin American states and the principle of exhaustion of domestic remedies, among the issues addressed, the limits of consent to the exercise of jurisdiction of the said Council. Finally,

highlight, besides the reception and export of investments, their convenience in protecting domestic investors harmed by sovereign acts of dubious legality from governments nationalists.

KEY-WORDS: democracy; ICSID; Exhaustion of local remedies.

1. A Criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados – CIRDI e a Oposição dos Estados Latino-Americanos

O Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (CIRDI ou Centro) é uma organização internacional de direito internacional público, criado pela Convenção sobre Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, que foi assinada em 18 de março de 1965, em Washington, e entrou em vigor em 14 de outubro de 1966.

Conforme previsão na Convenção de Washington, o CIRDI disponibiliza mecanismos para conciliação e arbitragem de controvérsias relativas a investimentos entre Estados contratantes e nacionais de outros Estados contratantes, além de um Mecanismo Adicional, que poderá ser aplicado a certos tipos de procedimentos de conciliação e arbitragem entre Estados e nacionais de outros Estados que caem fora do alcance da Convenção de Washington. Por não se tratar de um tribunal internacional permanente¹, o Centro não se envolve diretamente nos procedimentos de conciliação e arbitragem, tarefa incumbida aos conciliadores e árbitros indicados pelas partes

¹ Convenção de Washington de 1965, Artigo 1. Não há versão oficial da referida Convenção no Brasil, de forma que neste trabalho se fará uso do texto oficial adotado em Portugal. Convenção para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. Ministério dos Negócios Estrangeiros - Direcção-Geral dos Negócios Económicos. Decreto do Governo n.º 15/84 de 3 de Abril: “O Governo decreta, nos termos da alínea c) do artigo 200.º da Constituição, o seguinte: Artigo único. É aprovada, para ratificação, a Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, cujo texto em inglês e a respectiva tradução para português vão anexos ao presente decreto. Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 8 de Março de 1984. - Mário Soares - Carlos Alberto da Mota Pinto - Jaime José Matos da Gama - Ernâni Rodrigues Lopes. Assinado em 20 de Março de 1984. Publique-se. O Presidente da República, ANTÓNIO RAMALHO EANES. Referendado em 22 de Março de 1984. O Primeiro-Ministro, Mário Soares”.

ou indicados de acordo com a Convenção. O Centro auxilia na instituição e na condução dos procedimentos conciliatórios e arbitrais, disponibilizando uma série de funções administrativas concernentes. O CIRDI constitui o único sistema institucional existente de conciliação e arbitragem especialmente concebido para solucionar controvérsias relativas a investimentos internacionais, preenchendo uma lacuna importante do sistema tradicional, e contribuindo assim para o desenvolvimento de um dos campos mais controversos do direito internacional.

De um ponto de vista jurídico, a mais notável característica da Convenção de Washington é a consagração da capacidade dos indivíduos ou das empresas para processar diretamente um Estado em um foro internacional, contribuindo assim para o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional. A parte privada não depende da intervenção de seu Estado nacional, já que a Convenção prevê que em face do consentimento do Estado receptor do investimento para submeter a controvérsia à arbitragem do Centro, o Estado nacional do investidor não poderá conceder a proteção diplomática ou buscar um tribunal interestatal para solucionar aquela controvérsia, salvo se o Estado receptor não cumprir a sentença arbitral pronunciada em relação ao referido litígio². A intervenção do Estado nacional do investidor ocorre apenas no momento da ratificação da Convenção, momento em que o investidor passa a estar apto a postular no Centro, mediante o consentimento do Estado receptor. A Convenção habilita o investidor em um contrato com um Estado a criar direitos e obrigações no plano do direito internacional, possibilitando a condição de escapar da jurisdição nacional e impossibilitando o recurso à proteção diplomática.

A questão relativa à derrogação da soberania estatal como consequência da submissão de controvérsias oriundas de investimentos à arbitragem internacional surge em dois níveis. O primeiro diz respeito ao direito dos Estados dos investidores de intervir nos negócios do Estado receptor em ordem de proteger os interesses de seus nacionais, e essa é a questão da proteção diplomática. O outro diz respeito ao fato de que o indivíduo, pessoa

² Convenção de Washington de 1965, Artigo 27.

física ou jurídica, possa ser o sujeito ativo - em oposição ao tradicionalmente passivo – do direito internacional³.

A Convenção de Washington de 1965 foi o primeiro tratado multilateral a adotar esse princípio. Uma vez formalizado o consentimento para a jurisdição do Centro, há certas cláusulas que limitam o poder soberano do Estado em seu próprio território. Primeiramente, os Estados Contratantes reconhecem que o consentimento mútuo das partes à conciliação ou arbitragem do Centro constitui um acordo obrigatório que exige a devida consideração às recomendações dos conciliadores, e o cumprimento das sentenças arbitrais. Em outras palavras, onde os Estados poderiam obrigar-se em relação a outros Estados, com a Convenção eles passam a obrigar-se em relação a nacionais de outros Estados.

Finalmente, a Convenção cria um completo sistema jurisdicional. Uma vez criada a jurisdição do Centro, esta não poderá ser invalidada por ato unilateral de uma das partes.

O principal objetivo da Convenção consiste em proporcionar uma alternativa eficaz e confiável para dirimir conflitos jurídicos que tenham raízes no relacionamento entre Estados e particulares de nacionalidade diversa, no contexto de uma instituição internacional permanente.

A Convenção foi resultado de uma iniciativa promovida pelos administradores do Banco Mundial, que foi concluída com sucesso após três anos e meio de trabalhos preparatórios. O Banco Mundial, embora consista numa instituição financeira, preocupa-se com os fluxos de capital dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento, objetivando o desenvolvimento econômico.

Observando os riscos políticos que freavam os investimentos privados estrangeiros em direção aos países em desenvolvimento nas décadas de 50 e 60, o Banco Mundial pretendeu contribuir para criar um clima favorável a esses investimentos, reduzindo os riscos de confronto entre o país receptor e o Estado nacional do investidor, por meio de um procedimento que envolvesse o

³ RODLEY, Nigel S. Some Aspects of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes, *The Canadian Yearbook of International Law*. no. 4, 1966. p. 43-63, p. 45.

país receptor e o próprio investidor estrangeiro em condições de igualdade processual, sem envolver o Estado nacional do investidor estrangeiro.

O intenso fluxo de capitais para países em desenvolvimento e a ocorrência de medidas de nacionalização e expropriação formavam o contexto adequado para um mecanismo que criasse um clima favorável aos investimentos internacionais. A permanência de conflitos pendentes entre Estados e investidores, por falta de um instrumento adequado de solução de controvérsias entravava o fluxo daqueles investimentos.

Normalmente, em caso de controvérsias entre as partes envolvidas, o investidor estrangeiro dispunha unicamente da justiça do Estado receptor, que naturalmente aplicaria seu direito nacional. Entretanto, se ainda assim o investidor se sentisse lesado, poderia solicitar a proteção diplomática de seu Estado nacional, que por sua vez analisaria a conveniência ou não do pedido. Muitas vezes, a proteção diplomática pode ser interpretada como um ato inamistoso em face do Estado receptor dos investimentos, interferindo nas relações bilaterais entre os dois Estados e levando a uma politização indevida dos interesses comerciais. Como o Estado nacional do investidor dispõe de discricionariedade para decidir endossar a demanda de seu nacional ou não, em caso negativo o investidor estrangeiro não teria sua causa julgada por um tribunal internacional.

Existia ainda a possibilidade de celebração de acordos de arbitragem entre os investidores e os governos receptores de investimentos. O problema despontava quando se negava a validade daqueles acordos, fazendo com que novamente o investidor dependesse da intervenção de seu Estado nacional.

Esse quadro ansiava por uma solução consubstanciada em tratado, assegurando a implementação de acordos de arbitragem celebrados voluntariamente entre investidores e Estados receptores de investimentos. Tratava-se de iniciativa tendente a legitimar o indivíduo a agir no foro internacional diretamente e sem a intermediação formal de seu Estado de origem, ao mesmo tempo em que se tentava de certa forma “despolitizar” as controvérsias internacionais com raízes em investimentos estrangeiros.

Em nível governamental, a proposta de criação de um Centro especializado em solucionar controvérsias entre investidores estrangeiros e

Estados receptores de investimentos despertou certo interesse, como demonstram os resultados de uma pesquisa conduzida em 1961 pelo então Secretário-Geral das Nações Unidas junto aos Estados membros da Organização⁴.

Entretanto, embora o interesse estivesse presente, os obstáculos não faltavam. A maior parte deles era de natureza política, resultando da atitude irredutível de alguns Estados frente aos investimentos estrangeiros em geral. Dessa forma, era possível que os esforços despendidos fossem em vão, devido à falta de aliança inicial sobre a própria oportunidade de tratar problema tão delicado no plano multilateral. De fato, arriscava-se que as discussões se transformassem em debates de ordem ideológica.

Diante dessas circunstâncias, o Banco Mundial foi impulsionado a assumir um papel particularmente ativo. Na verdade, o Banco poderia ter recomendado a idéia para seus Estados membros ou para a Organização das Nações Unidas, mas preferiu tratar da questão no âmbito de sua própria organização⁵, baseando-se na crença de que uma instituição especializada em solucionar controvérsias entre Estados e investidores estrangeiros promoveria o crescimento dos fluxos de investimentos internacionais.

A primeira vez que a Junta de Governadores do Banco Mundial, seu órgão plenário, tratou da questão relativa à possibilidade de criar mecanismos institucionais de conciliação e arbitragem para a solução de controvérsias relativas a investimentos foi em seu Décimo Sétimo Encontro Anual, em setembro de 1962, ocasião em que foi adotada a Resolução nº 714⁶, solicitando aos Diretores Executivos o exame da utilidade e da possibilidade de criar, sob os auspícios do Banco, um mecanismo permitindo a solução das

⁴ Report of the United Nations Secretary General on the Promotion of the International Flow of Private Capital, Document E/3905/Add. 1 (1964), par. 325, e Document E/3492 (1961) par. 286 e ss. Apud ROULET, Jean-David. La Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. 22 Annuaire Suisse de Droit International, 1965. p. 121-154, p. 124.

⁵ A elaboração da Convenção do CIRDI foi precedida de extensos trabalhos preparatórios, relatados minuciosamente no Relatório dos Diretores Executivos sobre a Convenção sobre Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados ("Relatório dos Diretores Executivos"). Disponível no sítio do Banco Mundial, www.worldbank.org/icsid, nas versões em inglês, francês e espanhol. Acesso em 15 de agosto de 2005.

⁶ Relatório dos Diretores Executivos, § 6. Disponível em: www.worldbank.org/icsid Acesso em: 23 abr 2011.

controvérsias entre Estados e investidores estrangeiros por meio de conciliação e de arbitragem.

A idéia foi retomada por George D. Woods, o então Presidente do Banco Mundial, e no decorrer do ano de 1963 os administradores iniciaram o estudo da questão com base em documentos de trabalho preparados por funcionários do Banco. Em seguida, após várias discussões ocorridas com base nesses estudos, os Diretores Executivos resolveram organizar encontros consultivos regionais com especialistas jurídicos designados pelos Estados membros, com o propósito de guiar suas futuras ações. Esses encontros aconteceram em Adis Abeba (16 a 20 de dezembro de 1963), Santiago do Chile (3 a 7 de fevereiro de 1964), Genebra (17 a 21 de fevereiro de 1964) e Bangkok (27 de abril a 1º de maio de 1964), com o apoio administrativo das Comissões Econômicas das Nações Unidas e do Bureau Europeu das Nações Unidas, e contaram com a participação de especialistas de oitenta e seis países. A base para as discussões foi um Projeto Preliminar de Convenção preparado por funcionários do Banco, em função das discussões dos Diretores Executivos no decorrer de suas reuniões e das opiniões dos Estados membros⁷. Nesse sentido, observa-se a ausência de participação da comunidade internacional na fase essencial da elaboração do Projeto de Convenção, procedimento pouco democrático que certamente não passou despercebido pelos Estados.

Os encontros regionais com especialistas jurídicos designados pelos Estados membros, permitiram apreciar a reação dos países frente à idéia de criar tal instituição e recolher muitas informações relativas à sua atitude em relação aos investimentos estrangeiros, e ainda conhecer a maneira como as controvérsias deles decorrentes estavam sendo solucionadas, tanto do ponto de vista político, como do ponto de vista jurídico.

Como conclusão destes encontros, os Diretores Executivos elaboraram em 6 de agosto de 1964 um Relatório sobre “Resolução de Diferendos relativos a Investimentos”, favorável à elaboração de uma Convenção sobre a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados. No Décimo Nonο Encontro Anual de 1964, realizado em Tóquio, a Junta de Governadores do Banco Mundial adotou a Resolução nº

⁷ Relatório dos Diretores Executivos, § 7.

214, de 10 de setembro de 1964, que aprovou o Relatório dos Diretores Executivos, e solicitou aos mesmos a elaboração de uma Convenção prevendo mecanismos voluntários de conciliação e arbitragem para a solução de controvérsias relativas a investimentos, considerando as opiniões dos Estados membros e pretendendo chegar a um texto “que pudesse ser aceito pelo maior número possível de Estados⁸”.

Essa resolução suscita aspectos interessantes, pois especifica expressamente que a tarefa dos Diretores Executivos consistia em redigir uma Convenção, e não apenas em preparar um projeto que seria em seguida retomado em uma conferência diplomática. Confirma-se, nessa fase, a ausência de participação internacional no processo que levou à redação da Convenção de 1965. Nesse sentido, marca uma inovação no procedimento usualmente seguido na confecção de instrumentos multilaterais, e merecedora de muitas críticas, já que a conferência diplomática constitui o procedimento mais democrático de elaboração de um instrumento multilateral. A resolução observa ainda que os Diretores Executivos não deveriam se contentar com um trabalho de alcance unicamente acadêmico, mas, ao contrário, deveriam considerar também as exigências da realidade da época, com o propósito de elaborar um instrumento suscetível de ser aceito pela comunidade internacional.

O procedimento adotado pelos Diretores Executivos foi particularmente engenhoso. A fim de evitar os obstáculos que a reunião de uma conferência diplomática poderia suscitar, o Banco convidou os governos daqueles Estados a enviarem representantes para um “Comitê Jurídico” encarregado de auxiliar os Diretores Executivos em sua tarefa, examinando as questões de ordem técnica suscitadas pela Convenção. Enquanto os encontros consultivos pretendiam não mais do que viabilizar um intercâmbio de opiniões, o Comitê Jurídico deveria tomar decisões, muito embora essas decisões servissem apenas como diretrizes para os Diretores Executivos. Tratou-se de artifício engenhoso para dar um verniz democrático a todo o processo, que foi, ao contrário, marcado pela ausência de participação da comunidade internacional.

⁸ Relatório dos Diretores Executivos, § 1(c), tradução livre.

Esse Comitê Jurídico deveria se reunir em Washington, na sede do Banco Mundial, entre o período exíguo de 23 de novembro e 11 de dezembro de 1964, sob a presidência de Aron Broches, então Conselheiro Jurídico do Banco. Sessenta e um Estados aceitaram o convite, e as reuniões do referido Comitê aconteceram durante aquelas três semanas⁹.

Esse processo suscitou um problema delicado. Enquanto as reuniões organizadas anteriormente em nível regional tiveram como objetivo principal a troca de contatos em caráter oficial, a tarefa do Comitê foi mais árdua. Com o propósito de chegar à redação de um texto definitivo, não foi possível apenas tomar nota de eventuais divergências de opinião. Ao contrário, seria indispensável tomar decisões e, por conseguinte, o procedimento de voto adquiriu importância fundamental. Segundo os Estatutos do Banco, o número de votos atribuídos a cada Diretor Executivo varia de acordo com a participação de seu Estado no capital social do Banco. Por outro lado, a maior parte dos Diretores representa mais de um Estado, e é obrigada a usar em bloco os votos de que dispõem¹⁰. Evidentemente, um procedimento prevendo um direito de voto ponderado estabelecido sobre tais bases suscitou inúmeras objeções. Ausente, por óbvio, o multilateralismo que deveria permear a adoção de texto de tamanha relevância.

O regulamento aplicável à condução dos debates no seio do Comitê Jurídico não continha nenhuma regra formal sobre o procedimento de votação, contentando-se em prever que em caso de divergências de opiniões, o Presidente do Comitê deveria despender esforços visando conciliar as diversas tendências, deixando para os Diretores Executivos o poder de decisão final.

Temia-se que tal sistema, em razão de sua extrema flexibilidade, pudesse complicar os debates mais do que facilitar ou acelerar seu curso. Entretanto, na prática, todas as vezes que o Comitê Jurídico ficou impossibilitado de resolver uma determinada questão em sessão plena, o Presidente se esforçou para determinar as tendências resultantes da reunião, procedendo à votação com base em um voto por país. Na ausência de uma maioria evidente, ou então se a minoria não cedesse à opinião da maioria e, se

⁹ Relatório dos Diretores Executivos, § 8.

¹⁰ Artigo V, Seção 4 (b) e (g) dos Estatutos do Banco Mundial. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em: 12 abr 2011.

a questão fosse importante, a mesma era enviada a um grupo de trabalho *ad hoc* geralmente composto dos mesmos delegados que expressaram opiniões divergentes. As recomendações desses grupos de trabalho eram retomadas posteriormente em sessões plenas e, se nesse estágio o Comitê ainda estivesse incapacitado de adotar uma solução aceitável, as posições eram anotadas e a questão era enviada aos Diretores Executivos para a decisão final, já que os mesmos retomariam o exame do projeto de Convenção preparado pelo Comitê Jurídico¹¹. Evidente, portanto, que a última palavra era dada pelos Diretores Executivos, e não por um processo de votação democrático, incluindo os Estados interessados ou os participantes do Comitê Jurídico.

Esse procedimento pouco usual permitiu ao Comitê Jurídico a revisão da quase totalidade da Convenção em apenas três semanas. O texto redigido pelo Comitê Jurídico foi submetido ao exame dos Diretores Executivos no início do ano seguinte e, em 18 de março de 1965, exatamente dois anos e meio após a abertura oficial dos trabalhos preparatórios, os Diretores aprovaram a apresentação da versão definitiva aos governos dos Estados membros do Banco, para fins de exame com vistas a sua assinatura e ratificação. Poucas vezes na história um tratado multilateral de tamanha relevância fora negociado em período tão curto.

Os Diretores Executivos declararam-se movidos pelo desejo de promover a colaboração dos Estados para a causa do desenvolvimento econômico, facilitando o fluxo de investimentos internacionais aos países receptores por meio da instituição de meios internacionais de solução de controvérsias relativas a investimentos, e levando em conta a natureza peculiar dessas controvérsias bem como as características das partes envolvidas. A principal vantagem do Centro seria a de assegurar que, uma vez dado o consentimento para a conciliação ou arbitragem, nem o Estado, nem o investidor estrangeiro poderia retirá-lo unilateralmente. Por conseguinte, a adesão de um Estado à Convenção operaria como um atrativo adicional para os investidores internacionais, o que constituiria seu objetivo principal, ou seja,

¹¹ ROULET, Jean-David. La Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. 22 Annuaire Suisse de Droit International, 1965. p. 121-154., p. 128-129.

o de promover o investimento privado internacional. Diante do peculiar processo de redação da referida Convenção, que não foi objeto de debate na comunidade internacional, naturalmente muitos Estados manifestaram desconfiança em relação ao texto adotado.

Segundo Aron Broches, o método utilizado pelo Banco Mundial para preparar, negociar e formular a Convenção, bem como para submetê-la aos Estados foi pouco ortodoxo, pleno de inovações e de improvisações¹². Os Diretores Executivos, em número de vinte apenas, tiveram a maior responsabilidade na tarefa, embora tivessem sido bastante auxiliados pelos encontros de especialistas e na última fase pelo Comitê Jurídico, que além de participar com as habilidades técnicas também serviu para divulgar as posições individuais dos países. O próprio Aron Broches reconheceu o problema relativo ao sistema de votação, embora os Diretores Executivos tenham adotaram a prática do “consenso” em encontros informais, sistema que também foi adotado pelo Comitê Jurídico. Na última rodada dos encontros dos Diretores Executivos a maioria, tanto em número quanto em peso dos votos, teria se submetido à minoria em vários casos com o intuito de produzir um texto amplamente aceitável¹³.

Todavia, embora Aron Broches sustente que o sistema de votação do Banco Mundial, que poderia ter sido um fator de desequilíbrio numa convenção que se pretendia universal, deu lugar ao sistema de *no-formal-vote* nas reuniões correntes, nas quais se buscava o consenso em questões importantes, as suspeitas dos países em desenvolvimento em relação à Convenção não são infundadas, pois seu processo de elaboração ocorreu fora dos padrões normais, sendo que os Diretores Executivos do Banco Mundial foram responsáveis pela adoção do texto final. De mais a mais, o processo contou com grande suporte dos Estados Unidos, deixando claro que a criação do CIRDI veio ao encontro das aspirações dos países exportadores de capital, ansiosos em estabelecer um organismo internacional destinado a resolver

¹² BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investments Disputes Between States and Nationals of Other States. Recueil des Cours, Vol. 136 (1972-II). p. 331-410, p. 346.

¹³ BROCHES, Aron. Ibidem, , p. 347.

controvérsias entre Estados estrangeiros e investidores privados que, via de regra, são seus nacionais.

A partir de então, o Grupo Banco Mundial passou a contar com cinco instituições separadas, todas sediadas em Washington, entre as quais figura o Centro Internacional para Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (CIRDI). As quatro restantes são o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD); a Associação Internacional para o Desenvolvimento (AID); a Corporação Internacional para as Finanças (CIF); e a Agência Multilateral para Garantia dos Investimentos (AMGI).

A oposição dos países latino-americanos à idéia em si de criar um foro especial para que os Estados e os investidores estrangeiros pudessem litigar já foi evidente durante os primeiros estágios da elaboração da Convenção de Washington, e tornou-se cada vez mais pronunciada na medida em que os esforços avançaram.

Na época do Encontro Anual da Junta de Governadores do Banco Mundial em 1964, em Tóquio, onde foi proposta a resolução no. 214 para instruir os Diretores Executivos a persistirem na elaboração da Convenção, a posição negativa dos países latino-americanos havia endurecido, e ficou conhecida na mídia latino-americana como “*El No de Tokyo*”. Na verdade, a América Latina votou em bloco contra a Resolução da Junta de Governadores do Banco Mundial para preparar a Convenção.

Entretanto, treze países latino-americanos estavam representados no mesmo ano em Washington, no Comitê Jurídico, onde um novo projeto de Convenção foi considerado em grande detalhe. Embora não tenha ocorrido um debate geral – partindo-se do princípio de que o voto da maioria da Junta de Governadores havia demonstrado o anseio geral pela Convenção – ficou claro que as dúvidas básicas da América Latina não haviam sido dissipadas. A atmosfera dos encontros, porém, foi em geral construtiva e os especialistas latino-americanos enumeraram os pontos considerados cruciais para a aceitação do instrumento proposto a partir do seu ponto de vista. O Comitê

esforçou-se para acomodar essas propostas na medida em que não fossem contrárias aos seus objetivos básicos¹⁴.

O mesmo espírito de compromisso prevaleceu entre os Diretores Executivos, que receberam as conclusões do Comitê Jurídico, formularam e adotaram o texto final da Convenção e o Relatório que a acompanhou¹⁵ (embora esse Relatório não seja parte integrante da Convenção, trata-se de documento de grande importância, já que ressalta e explica vários pontos delicados, bem como as intenções dos redatores). Algumas concessões foram feitas aos interesses latino-americanos, e mais notavelmente em relação ao abandono em seu último estágio do dispositivo que permitia a sub-rogação do Estado do investidor em relação ao próprio investidor, se o primeiro tivesse compensado o último (talvez com base em um esquema de seguro de investimentos).

Assim, quando a Junta de Governadores apresentou a Convenção aos membros do Banco, em 18 de março de 1965, já se esperava que muitos países da América Latina relutassem em assiná-la¹⁶, embora não estivesse bem claro quão profunda, uniforme e persistente seria essa oposição. Na verdade, o fato de a língua espanhola ter sido adotada como uma das línguas autênticas da Convenção¹⁷ refletiu a esperança por uma eventual participação da América Latina¹⁸.

Mais tarde, o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais do Secretariado das Nações Unidas - órgão presumivelmente menos parcial à Convenção do que o Banco Mundial - fez uma tentativa de persuadir os países da América Latina a aderirem à Convenção. Em um raro exercício de advocacia sobre uma questão controvertida e dirigindo-se explicitamente a um

¹⁴ Ver IBRD Docs. 45-124, 2 Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States – Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention – 1970 (“History”), p. 651 e ss. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em: 24 abr 2011.

¹⁵ Ver Docs. 129-141, *ibidem*, p. 965 e ss.

¹⁶ Um Diretor Executivo, eleito por quatro países da América Latina e as Filipinas votou contra a Resolução final, e outro, eleito por cinco países da América Latina, absteve-se; o terceiro Diretor latino-americano, representando dez países, votou a favor. IBRD Docs, 144, *ibidem*, p. 1040.

¹⁷ Convenção de Washington de 1965, Artigo 75.

¹⁸ Ao passo que até 1995 a única língua utilizada nos procedimentos perante o CIRDI além do inglês havia sido o francês, hoje muitos dos casos pendentes utilizam o espanhol. Esse fato reflete a entrada dos Estados latino-americanos e de seus investidores no grupo dos participantes dos procedimentos arbitrais CIRDI.

grupo específico de países membros da ONU, o Secretariado observou que na medida em que a oposição à Convenção de Washington estivesse baseada em uma rejeição “*calvesca*” à intervenção estrangeira, o Centro, enquanto instituição internacional na qual todos os Estados participariam de forma igualitária, não deveria ser considerado como um tipo de poder estrangeiro contra o qual os países latino-americanos tivessem que se defender. Ao contrário, os países em desenvolvimento que ainda não tivessem se juntado ao CIRDI deveriam considerar os benefícios trazidos pelo mesmo para a atração de capital estrangeiro internacional¹⁹.

Muitos potenciais investidores estrangeiros indicaram que considerariam a adesão à Convenção como um fator decisivo para decidir o país e a oportunidade de investir. Alguns investidores, frustrados por não poderem confiar na Convenção em relação a certos países, questionaram o Banco Mundial sobre a possibilidade de adotar medidas mais enérgicas para persuadir os Estados relutantes a aderirem a ela. Esse fato deixa claro o interesse dos investidores no CIRDI. A resposta foi no sentido de que o Banco Mundial estaria impedido, pelos seus Estatutos, de exercer quaisquer pressões políticas sobre seus membros²⁰. Por outro lado, o Banco estaria comprometido a não insistir na adesão da Convenção ou de outros organismos estabelecidos no passado, como a Corporação Internacional para as Finanças ou a Associação Internacional para o Desenvolvimento. Tais compromissos teriam sido importantes nas negociações que levaram à adoção da Convenção, bem como dos Estatutos das outras duas instituições, e sua observância seria essencial para que o Banco pudesse prosseguir no estabelecimento de outras instituições que não contassem necessariamente com todos os seus Estados membros.

Na verdade, o Banco Mundial sempre reforçou o caráter duplamente voluntário de todo o sistema CIRDI: não apenas os Estados seriam livres para

¹⁹ Foreign Investment in Developing Countries, U.N. Doc. E/4446, §§ 125-129, and Conclusions and Recommendations, p. 4 (1968).

²⁰ Articles of Agreement, Article IV, Section 10, “Political Activity Prohibited”: “The Bank and its officers shall not interfere in the political affairs of any member; nor shall they be influenced in their decisions by the political character of the member or members concerned. Only economic considerations shall be relevant to their decisions, and these considerations shall be weighed impartially in order to achieve the purposes stated in Article I”. Disponível em www.worldbank.org. Acesso em 20 ago 2010.

aderirem à Convenção como também, após o terem feito, seriam livres para decidirem utilizar ou não os mecanismos do Centro por meio do consentimento à sua jurisdição em relação a determinadas controvérsias²¹.

Muitos países em desenvolvimento, especialmente da América Latina e incluindo o Brasil, resistiram e resistem à Convenção por considerá-la uma derrogação à sua imunidade soberana, argumentando que os Estados só devem ser confrontados por outros Estados, que os mesmos detêm o controle permanente e absoluto sobre seus recursos naturais, e que seu sistema jurídico deverá ter o monopólio da administração da justiça. Sustentam ainda que uma exceção para os investimentos estrangeiros constituiria uma discriminação contra os nacionais do Estado receptor.

Aron Broches, o então Consultor Jurídico Geral do Banco Mundial e o verdadeiro “Pai da Convenção” (que mais tarde tornou-se o primeiro Secretário-Geral do CIRDI) empenhou esforços no sentido de persuadir os países latino-americanos a juntarem-se ao Centro, e expôs o quê para ele seriam os cinco principais “falsos” argumentos avançados pelos países da América Latina contra a Convenção²².

O primeiro argumento seria a impossibilidade de aceitar a Convenção porque a mesma introduziria a arbitragem compulsória. De fato, o Estado e o investidor jamais seriam obrigados a participar de uma arbitragem CIRDI sem terem consentido previamente por escrito.

O segundo argumento seria a suposta proibição, pelas Constituições dos países latino-americanos, de submeter controvérsias entre o Estado e um investidor estrangeiro à arbitragem internacional. Na época, Aron Broches ponderou que provavelmente apenas a Constituição da Venezuela traria a proibição contra a submissão de contratos de Estado a qualquer outro foro além dos tribunais venezuelanos, e que mesmo esse instrumento não proibiria a arbitragem envolvendo agências paraestatais, ou mesmo a conciliação envolvendo o Estado.

O terceiro argumento seria a violação do princípio constitucional da igualdade entre cidadãos e estrangeiros pela Convenção. Na verdade, a

²¹ Convenção de Washington, Preâmbulo.

²² BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes. 9 ABA Section Int'l & Comp. L. Bull, 1965. p. 11 e ss.

Convenção não confere direitos aos estrangeiros, já que os mesmos só poderão introduzir procedimentos arbitrais contra o Estado com o consentimento do mesmo.

O quarto argumento seria a aceitação da conciliação ou da arbitragem internacional como evidência da falta de confiança na integridade e independência dos tribunais nacionais. Segundo Aron Broches, qualquer falta de confiança entre os investidores não seria dirigida à integridade dos tribunais nacionais, mas no receio de que os poderes Executivo e Legislativo adotassem medidas com motivações políticas que escapariam da ação dos tribunais. Em outras palavras, a criação e utilização do Centro não estaria baseada em um desmerecimento da competência ou da justiça das autoridades nacionais para administrar os “recursos domésticos”, mas na possibilidade de adoção de medidas por parte dos órgãos do Executivo e do Legislativo contra um investidor estrangeiro politicamente impotente, medidas que os tribunais nacionais estariam inaptos a alcançar.

O quinto argumento seria relativo à desafortunada história da arbitragem internacional na América Latina, que na opinião de Aron Broches não serviria como justificativa para impedir a criação de mecanismos de conciliação e arbitragem aos quais os investidores teriam acesso somente mediante o consentimento do Estado.

Na verdade, trata-se de certa suspeita em relação à arbitragem entre um governo e um investidor privado, e não em relação à arbitragem intergovernamental – embora alguns não sejam favoráveis a ela. Mesmo no nível do direito privado, onde a arbitragem goza de longa tradição na Espanha, vários sistemas jurídicos dela derivados na América Latina adotavam uma atitude ambivalente em relação à arbitragem comercial, resultando na pouca freqüência desses procedimentos, especialmente através das fronteiras internacionais. A própria Espanha só veio a ratificar a Convenção em 1994.

José Carlos Magalhães pontuou que a hesitação dos países latino-americanos em relação ao CIRDI “tem raízes históricas bem definidas e reflete, nos dias atuais, atitude de defesa contra posições de força de que foram vítimas no século XIX, quando eram os únicos “Estados Novos” da comunidade internacional a conviver com os artífices do direito internacional, os países

européus e os Estados Unidos²³”. Acrescentou ainda que os países da região “sempre mostraram-se favoráveis à solução arbitral, tendo participado de quase duzentas arbitragens no período compreendido entre 1794 e 1938, consoante levantamento realizado por A. Stuyt. Grande parte dessas arbitragens, todavia, foi realizada sob pressão feita aos Estados latino-americanos, na primeira centúria que sucedeu a declaração de suas independência, ou, mais exatamente, de 1829, data da primeira arbitragem, até 1910²⁴”.

O mesmo autor explicou que essa intensa prática arbitral, porém, resultou do interesse exclusivo das grandes potências, e que na maioria dos casos os Estados da América Latina eram réus, “chamados a defender-se de pretensões manifestadas pelos Estados europeus ou pelos Estados Unidos, não se registrando um único caso de arbitragem em que esses Estados estivessem na posição de requerido²⁵”. Por fim, ponderou que a recusa em assinar a Convenção de Washington “não pode significar, contudo, a não-aceitação, por esses Estados, em se submeter à arbitragem internacional, tendo como parte um particular, e não o Estado do qual este emerge. Apenas não aceitaram a jurisdição obrigatória do Centro de Arbitragem, como renúncia à processualidade estatal, em seus territórios²⁶”.

Todavia, essa atitude vem se modificando, já que a arbitragem apresenta vantagens: muitas vezes é mais barata, mais rápida e mais flexível que os tribunais, e adapta-se melhor ao comércio e à indústria. No que diz respeito à Convenção de Washington há que se considerar que ela traz um mecanismo efetivo, se comparado com outros sistemas tradicionais mais caros para atrair investimentos estrangeiros como, por exemplo, impostos preferenciais. O valor da Convenção pode ainda aumentar se for considerada a segurança que a mesma confere de que as vantagens oferecidas como base para o acordo de investimento não serão retiradas de repente. Por outro lado, a comunidade de investidores poderá considerar a mera adesão de um país à Convenção do CIRDI, ainda que sem o consentimento para a jurisdição do

²³ MAGALHÃES, José Carlos. Do Estado na Arbitragem Privada. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1988. 181 p., p. 61.

²⁴ MAGALHÃES, José Carlos. *Ibidem*, p. 62.

²⁵ MAGALHÃES, José Carlos. *Ibidem*, p. 63.

²⁶ MAGALHÃES, José Carlos. *Ibidem*, p. 64.

Centro, como uma atitude favorável do governo com relação às empresas estrangeiras.

Em grande parte, a probabilidade de sucesso de qualquer campanha de persuasão dirigida aos Estados da América Latina em geral ou a alguns deles em particular, e se conduzida pelo Banco Mundial, pelas Nações Unidas, por outros governos ou por potenciais investidores privados, dependerá da compreensão das razões que fundamentam a oposição regional a essa instituição jurídica em particular²⁷.

Antes de tudo, é necessário reconhecer que nem todos os países estão ansiosos por atrair investimentos estrangeiros. Essa resistência poderá estar baseada em uma visão geral anticapitalista, em uma suspeita ou receio de qualquer penetração estrangeira, ou simplesmente em uma experiência desafortunada com investidores estrangeiros particulares. A Convenção parte do princípio que o investimento internacional privado não é apenas inesgotável fonte de lucros para os investidores, mas desempenha papel significativo na cooperação internacional para o desenvolvimento econômico²⁸, e os países que não estiverem de acordo com esse princípio não terão interesse em ratificá-la. Todavia, essa atitude não é mais, no presente, característica da maioria dos países da América Latina.

Por outro lado, parte da doutrina sustenta que alguns dos Estados que não são partes da Convenção não necessitam utilizar os procedimentos CIRDI como um incentivo para atrair investimentos estrangeiros. As oportunidades de negócios nesses países seriam suficientemente atrativas para assegurar o fluxo de capital estrangeiro²⁹. Apenas nos casos em que o Estado receptor tem reputação de alto risco para os investimentos devido a suas condições políticas e econômicas, seria necessário assegurar o investidor por meio da adesão à Convenção de Washington. Esse pode ter sido o caso da República Popular da China, que ratificou a Convenção em 1993³⁰, e de vários Estados ex-socialistas

²⁷ SZASZ, Paul C. The Investment Disputes Convention and Latin America. 11 Va. J. Int'l L. 256-265 (1971) p 260.

²⁸ Convenção de Washington de 1965, Preâmbulo, § 1.

²⁹ MUCHLINSKI, Peter. Multinational Enterprises and the Law. Oxford UK, Cambridge USA: Blackwell, 1999, 674 p., p. 556.

³⁰ Todavia, a China limitou a jurisdição do CIRDI de acordo com o Artigo 25(4) para "controvérsias sobre indenização resultante de expropriação e nacionalização". News from ICSID. Vol. 10, No. 1, 1993. p. 1.

da Europa do Leste, como a própria Federação da Rússia, que assinou a Convenção em 1992, embora ainda não a tenha ratificado.

No caso do Brasil, houve rejeição ao CIRDI. Alguns motivos dessa rejeição brasileira podem ser apreciados no parecer proferido pelo então Consultor Jurídico do Itamaraty, Augusto Rezende Rocha, em 1964, segundo o qual a atuação do CIRDI:

Seria a consagração do imperialismo econômico e financeiro, ainda que disfarçada. (...) não é crível que qualquer Estado normalmente organizado, apresentando instituições asseguradoras de uma ordem jurídica primária, concorde de boa-mente em sub-rogar funções públicas essenciais a um tribunal internacional, que na sua organização e funcionamento será passível de sofrer influências prejudiciais à própria soberania desse Estado. (...) nunca o Governo brasileiro, em qualquer época, deixou de acolher, diplomática ou judicialmente, as reivindicações de meritorious cases de estrangeiros que lhe fossem apresentadas³¹.

A partir da década de oitenta, e de maneira mais dinâmica a partir da década de noventa, os países da América Latina passaram a realizar contratos de investimentos entre Estados e empresas, bem como tratados bilaterais de investimentos, que desde a década de sessenta já eram firmados entre países exportadores de investimentos e países em desenvolvimento africanos e asiáticos.

O Brasil percebeu a concorrência acirrada entre os países em desenvolvimento para atrair investimentos internacionais e sua disposição em participar de tratados bilaterais de investimentos, passando a alterar sua postura, que tende a ultrapassar as idéias tradicionais relativas a investimentos e à solução de controvérsias na matéria.

Entretanto, essa mudança de comportamento ocorre lentamente, já que o trabalho de compatibilização da legislação brasileira aos parâmetros internacionais já vigentes para o assunto deve ser simultâneo à obtenção de um consenso entre os órgãos encarregados de negociar e implementar os investimentos estrangeiros.

A situação atual dos tratados bilaterais de investimentos assinados com 14 países (Alemanha, Bélgica e Luxemburgo, Chile, Coreia, Cuba, Dinamarca,

³¹ Apud PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID). Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 40, outubro/dezembro 1988. p. 88, p. 92.

Finlândia, França, Holanda, Itália, Portugal, Reino Unido, Suíça e Venezuela) não é alentadora, pois nenhum deles foi ratificado pelo Congresso Nacional. Apenas recentemente o Brasil aderiu à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, medida correlata importante ao processo de negociação dos tratados bilaterais de investimentos, bem como o CIRDI.

A fórmula de compromisso encontrada para a cláusula de solução de controvérsias foi redigida nos seguintes termos:

a) permite-se ao investidor a opção entre o recurso aos tribunais locais do país receptor do investimento ou a arbitragem internacional; caso se opte pela arbitragem internacional, admite-se a submissão do litígio b) ao CIRCI, estabelecido pela Convenção para a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, quando ambas as partes a ela houverem aderido; ou, até que cumpra essa condição, ao Mecanismo Adicional para a Administração de Processos de Conciliação, Arbitragem e Verificação de Fatos (aberto a países não-signatários da convenção); ou c) a um tribunal de arbitragem ad hoc, estabelecido de acordo com as Normas de Arbitragem das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)³².

Como se pode constatar, hoje o Brasil não mais pode ser considerado como um país avesso à arbitragem internacional, e essa tendência poderá, num futuro talvez próximo, resultar na ratificação da Convenção de Washington.

Em termos de número de ratificações, a Convenção de Washington hoje pode ser considerada uma história de sucesso, já que foi assinada por 157 Estados e ratificada por 147³³. Os Estados Contratantes enquadram-se dentro de dois grupos: primeiramente, Estados que são grandes exportadores de capital; e em segundo lugar, Estados que são economicamente dependentes de investimentos internacionais, e conscientes da necessidade de incentivar os investidores. Dos 147 Estados Contratantes da Convenção, cerca de oitenta por cento são países em desenvolvimento ou que entram na categoria de Estados que precisam assegurar garantias especiais para atrair investimentos estrangeiros, e apenas cerca de vinte por cento pertencem a outras categorias, que abarcam a categoria de países pertencentes ao grupo de nações industrializadas da Europa ocidental, além dos Estados Unidos, do Japão, da

³² Apud PEREIRA, Celso de Tarso. *Ibidem*, p. 93.

³³ Disponível em: www.worldbank.org/icsid. Acesso em: 16 maio 2011.

Austrália e da Nova Zelândia. Como todos os países desenvolvidos estão nesse grupo, significa que, se a execução de uma sentença arbitral for necessária, será fácil encontrar uma jurisdição onde hajam bens para sua satisfação.

Estão ausentes da Convenção países importantes como Brasil, Canadá, Índia, México e África do Sul; países do Oriente Médio como Irã, Iraque e Líbia; países comunistas como Cuba e Coreia do Norte; países africanos como Angola, Butão, Djibouti, Eritreia, Guiné Equatorial; além da Polônia e outros pequenos países.

O volume de casos submetidos ao CIRDI tem aumentado ao longo dos anos, ainda que lentamente. O primeiro caso foi submetido ao Centro apenas em 1972, seis anos após a entrada em vigor da Convenção de Washington. Em 1974, 4 casos foram registrados e, em 1976, apenas 1 caso. Na primeira década de existência do CIRDI, um total de 6 casos foi submetido ao Centro, sendo que 3 deles envolveram o governo da Jamaica e resultaram de um mesmo incidente.

A segunda década de existência do CIRDI registrou um discreto aumento, somando 15 casos registrados, e em sua terceira década de vida foram registrados apenas 17 casos. Esses números podem não ser considerados expressivos, observando-se que já nessa época as referências ao CIRDI nos contratos de investimentos, nas legislações nacionais e nos tratados bilaterais de investimentos eram significativas.

No decorrer da quarta década, o aumento foi sensível: 234 novos casos foram registrados, sendo que 73 deles foram registrados entre 2006 e julho de 2008. Em maio de 2011, o CIRDI contava com 221 casos concluídos e 125 casos pendentes³⁴. Essa soma revela a velocidade com que o Centro Internacional para Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos vem se tornando o principal foro internacional para a solução das controvérsias que envolvem investimentos realizados no território dos Estados Contratantes por nacionais de outros Estados Contratantes. Sem dúvida, um novo cenário para o direito internacional dos investimentos se anuncia. Nesse contexto, alguns cuidados devem ser tomados no momento em que um Estado-Parte do CIRDI

³⁴ Disponível em: www.worldbank.org/icsid. Acesso em: 16 maio 2011.

manifestar seu consentimento para submeter-se a uma arbitragem internacional.

2. Os limites do consentimento para a jurisdição do CIRDI e o princípio do esgotamento dos recursos internos

A Convenção de Washington disponibiliza aos Estados Contratantes instrumentos que permitem evitar que, em alguns casos, a jurisdição do Centro seja interpretada extensivamente. Esses instrumentos estão previstos em seus Artigos 25(3), 25(4) e 26.

O Artigo 25(3)³⁵ prevê a necessidade da aprovação do Estado Contratante do consentimento expresso por uma subdivisão política ou agência governamental para a jurisdição do CIRDI, exceto se o Estado notificar o Centro de que tal aprovação é desnecessária. A utilização desse dispositivo permitiria que os Estados Contratantes evitassem a expressão de consentimentos indesejados para a jurisdição do CIRDI por parte de suas subdivisões políticas ou agências governamentais, mantendo assim o controle sobre a matéria.

Por sua vez, o Artigo 25(4)³⁶, consciente de que o consentimento à jurisdição CIRDI implica em uma restrição à soberania estatal, prevê a possibilidade para o Estado receptor do investimento de restringir seu consentimento. Esse dispositivo dispõe sobre a possibilidade para os Estados Contratantes de, no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou em qualquer outra data posterior, notificarem o Centro sobre a categoria ou as categorias de controvérsias que poderão ser sujeitas à sua jurisdição. Logo, os Estados são livres para restringir a jurisdição do Centro a tipos particulares de controvérsias relativas a investimentos.

³⁵ Artigo 25(3). “O consentimento de uma pessoa colectiva de direito público ou de um organismo de um Estado Contratante requererá a aprovação do referido Estado, excepto se o mesmo notificar o Centro no sentido de que tal aprovação não é necessária”.

³⁶ Artigo 25 (4). “Todos os Estados Contratantes poderão, na altura da sua ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou em qualquer outra data posterior, notificar o Centro sobre a categoria ou categorias de diferendos que consideram poderem ser sujeitos à competência do Centro. O secretário-geral deverá transmitir imediatamente a notificação recebida a todos os Estados Contratantes. Tal notificação não dispensará o consentimento exigido pelo n.º 1”.

Finalmente, o Artigo 26 da Convenção dispõe que o consentimento das partes para a arbitragem CIRDI implicará, salvo estipulação em contrário, na exclusão de quaisquer outros recursos. Nos termos do referido dispositivo, “O consentimento dado pelas partes para a arbitragem dentro do âmbito da presente Convenção será, excepto no caso de estipulação contrária, considerado como implicando a renúncia a qualquer outro meio de resolução. Um Estado Contratante poderá exigir a exaustão dos meios administrativos e judiciais internos como condição para dar o seu consentimento à arbitragem no âmbito da presente Convenção”.

A consequência desse dispositivo está em que o reclamante não poderá procurar um tribunal nacional em lugar da arbitragem, nem tampouco poderá o reclamado procurar um tribunal nacional para contestar o direito do reclamante de recorrer à arbitragem. Um Estado reclamado também não poderá contestar a jurisdição do tribunal arbitral com o fundamento de que o reclamante não esgotou previamente seus recursos internos. Esse dispositivo reverte a presunção normal que prevalece no direito internacional geral, estabelecendo que um tribunal arbitral não poderá recusar jurisdição com base no não esgotamento dos recursos internos, salvo se esse esgotamento houver sido usado como condição precedente àquela jurisdição, no momento do consentimento do Estado receptor. A importância conferida pelos Estados à exceção dos recursos internos constitui a razão pela qual a Convenção, na segunda parte do Artigo 26, dispõe que um Estado Contratante poderá requerer, se assim considerar conveniente, como condição de seu consentimento à arbitragem do Centro, o esgotamento dos recursos internos, administrativos ou judiciais. Em outras palavras, um investidor não será obrigado a esgotar os recursos locais administrativos e judiciais antes de acionar o CIRDI, a menos que o Estado o tenha exigido expressamente como condição para expressar seu consentimento à arbitragem do Centro. Essa condição poderá ser imposta por meio de uma cláusula inserida no instrumento de expressão do consentimento do Estado para a jurisdição do Centro, incluindo nos tratados bilaterais de investimentos e nas legislações nacionais.

O consentimento para a jurisdição do Centro, portanto, poderá ser expresso em termos amplos ou não. Não há impedimento para que o

consentimento seja subordinado a condições que, se não forem satisfeitas, terão o condão de impedir a jurisdição do Centro.

Não há limites para eventuais condições que possam ser acordadas pelas partes, desde que não haja conflito com dispositivos mandatórios da Convenção de Washington ou dos Regulamentos. Por exemplo, é possível estabelecer que o consentimento para a jurisdição do Centro será operante somente após o investimento de um determinado montante; ou após a tentativa de solução amigável; ou ainda após o uso de determinados recursos administrativos ou judiciais do Estado receptor.

Por outro lado, o consentimento para a arbitragem CIRDI é também uma renúncia à soberania em favor da jurisdição do Centro. O Artigo 26 da Convenção dispõe que o consentimento das partes para a arbitragem CIRDI implicará, salvo estipulação em contrário, na exclusão de quaisquer outros recursos³⁷.

O princípio do esgotamento prévio dos recursos internos implica em que um Estado não pode introduzir uma reclamação internacional à título de proteção diplomática antes que o particular tenha esgotado todos os recursos internos previstos pela ordem jurídica do Estado cuja responsabilidade está sendo buscada. Esta condição confere à proteção diplomática um caráter subsidiário. No CIRDI, conforme o Artigo 26, esta condição deve ser exigida expressamente pelo Estado.

O princípio do esgotamento prévio dos recursos internos se justifica por duas presunções. Primeiro, porque o particular que investe em Estado estrangeiro aceita se submeter ao direito local, sendo que somente fará uso de procedimentos internacionais quando não obtiver satisfação pela vias de direito comum. A segunda presunção deduz-se da soberania territorial, em virtude da

³⁷ Se uma das partes ignorar a cláusula CIRDI e tentar atrair a outra parte perante uma jurisdição nacional, o tribunal nacional deverá declarar-se incompetente e remeter as partes ao CIRDI. No caso *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea* (Case No. ARB/84/4), uma decisão norte-americana ignorou esse fato. O tribunal federal do Distrito de Columbia entendeu estar autorizado, com base na seção 1605 (a)(1) do FSIA e dos trabalhos preparatórios da lei norte-americana, a ver em uma cláusula CIRDI uma renúncia pela Guiné de sua imunidade de jurisdição, não em proveito do Centro, mas dos tribunais nacionais. Essa decisão, surpreendentemente, parte do princípio de que em virtude da localização da sede do CIRDI em Washington, qualquer cláusula CIRDI deveria ser assimilada a uma cláusula compromissória ordinária cujo efeito, já que o locus arbitri encontra-se nos Estados Unidos, seria o de constituir um waiver of immunity no sentido do FSIA. Essa decisão carece de fundamento jurídico.

qual os Estados reconhecem a equivalência das ordens jurídicas nacionais, confiando-se mutuamente a administração da justiça. Sendo assim, os Estados aceitam, sob reserva de reciprocidade, somente agir em favor de seus nacionais quando for estabelecida a insuficiência ou a fragilidade da justiça local. Esse requisito pressupõe não só a existência de vias internas, mas sua acessibilidade, sua eficácia e sua imparcialidade, entre outros valores. O interessado na proteção diplomática provará que o Estado não dispunha de recursos internos, que eram ilusórios ou inoperantes, ou que os esgotou, continuando a sentir-se vítima de ilícito sancionado pelo direito internacional.

Cançado Trindade ressalta que a aplicação criteriosa do princípio do esgotamento dos recursos internos contribuiu para reduzir, ou evitar na medida do possível, as alternativas de recurso a medidas coercitivas e intervenção na solução de reclamações internacionais, insistindo-se na solução das controvérsias no âmbito do sistema jurídico interno do Estado em questão. Dessa forma, já em fins do XIX e início do século XX dificilmente se poderia negar que a regra se cristalizara em regra costumeira do direito internacional, o que hoje é inquestionável³⁸. Por outro lado, os casos de aplicação da regra sempre tiveram uma origem privada, envolvendo uma reclamação de um particular, subseqüentemente patrocinada por seu Estado, contra um Estado estrangeiro. No caso de disputas que surgem diretamente entre dois Estados, não se pode esperar que um deles tenha que esgotar os recursos disponíveis no território de outro Estado, em virtude de sua própria soberania – *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*.

A importância conferida pelos Estados à exceção dos recursos internos constitui a razão pela qual a Convenção, na segunda parte do Artigo 26, dispõe que um Estado Contratante poderá requerer, como condição de seu consentimento à arbitragem do Centro, o esgotamento dos recursos internos, administrativos ou judiciais. Essa reserva expressa poderá ser formulada por meio de uma declaração no momento da ratificação, ou no momento da aceitação da arbitragem em um acordo de investimentos com um investidor estrangeiro. Em outras palavras, um investidor não será obrigado a esgotar os

³⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional. Brasília: UNB, 1997.

recursos locais administrativos e judiciais antes de acionar o CIRDI, a menos que o Estado o tenha exigido expressamente “como condição para expressar seu consentimento à arbitragem no âmbito dessa Convenção³⁹”.

Durante os trabalhos preparatórios, os representantes de alguns Estados sugeriram fazer da regra do esgotamento prévio dos recursos internos a regra geral. Entretanto, essa sugestão não foi acatada e a solução adotada não refletiu opinião alguma a respeito da oportunidade ou não de exigir o esgotamento prévio dos referidos recursos⁴⁰. Essa solução, evidentemente, vai de encontro aos anseios dos investidores estrangeiros, ao mesmo tempo em que contraria as expectativas mais naturais dos Estados receptores de investimentos.

Muitos tratados bilaterais de investimentos prevêm que o recurso a tribunais nacionais excluirá a possibilidade de submissão de controvérsias relativas a investimentos à arbitragem internacional. Alguns acordos de livre comércio limitam a exclusão da arbitragem aos casos em que os dispositivos do tratado foram discutidos por tribunais nacionais. Nesses casos, o investidor não poderá posteriormente pleitear uma violação do tratado perante um tribunal arbitral.

No contexto do século XXI, em que a interdependência econômica se faz cada vez mais latente, a importância do CIRDI no contexto específico do Direito Internacional dos Investimentos torna-se inegável. Por conseguinte, a solução não está em boicotá-lo, mas em aperfeiçoar seu sistema, conferindo-lhe feições verdadeiramente universais e dessa forma suprindo o déficit democrático que marcou a sua concepção, originada dentro dos pilares institucionais do Banco Mundial. Assim, faz-se mister que os Estados em desenvolvimento façam uso das engrenagens disponibilizadas pela Convenção de Washington para equilibrar os interesses de países exportadores e importadores de investimentos, como a possibilidade de exigir o esgotamento prévio dos recursos internos previsto pelo Artigo 26 da Convenção. Recomenda-se que os Estados Contratantes façam uso desse instrumento, objetivando assegurar certo controle sobre a jurisdição do CIRDI.

³⁹ Convenção de Washington de 1965, Artigo 26, última parte.

⁴⁰ ROULET, Jean-David. *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, 20 *Revue Suisse de Jurisprudence* 301 (1965). p. 121-154, p. 155.

Por fim, não convém esquecer que os receptores de investimentos de ontem podem ser os exportadores de investimentos de hoje ou de um futuro próximo, e que o CIRDI poderá ser conveniente na proteção de investidores nacionais prejudicados por atos soberanos de legalidade duvidosa oriundos de governos nacionalistas. O fortalecimento da supremacia continental alcançada pelo Brasil nos últimos anos, aliado ao aumento dos investimentos brasileiros tanto em países latino-americanos como além das fronteiras continentais, parece moldar um cenário ideal para que o Brasil considere as vantagens de integrar um sistema que permitiria proteger os investidores nacionais no exterior, sem a contrapartida de criar imbróglios diplomáticos indesejáveis com nossos vizinhos, bem como com os demais parceiros comerciais. A realidade se impõe, e cada vez mais o Brasil tende a se firmar como pólo exportador de investimentos.

Referências

BROCHES, Aron. **The Convention on the Settlement of Investment Disputes**. 9 ABA Section Int'l & Comp. L. Bull, 1965. p. 11 e ss.

BROCHES, Aron. **The Convention on the Settlement of Investments Disputes Between States and Nationals of Other States**. Recueil des Cours, Vol. 136 (1972-II). p. 331-410.

Foreign Investment in Developing Countries, U.N. Doc. E/4446, §§ 125-129, and Conclusions and Recommendations, p. 4 (1968).

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional**. Brasília: UNB, 1997.

DELAUME, Georges R. **Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)**, 109 Journal du Droit International, 1982 p. 775-843, p. 812.

MAGALHÃES, José Carlos. **Do Estado na Arbitragem Privada**. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1988. 181 p.

MUHLINSKI, Peter. **Multinational Enterprises and the Law**. Oxford UK, Cambridge USA: Blackwell, 1999, 674 p.

PEREIRA, Celso de Tarso. **O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID)**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 40, outubro/dezembro 1988.

RODLEY, Nigel S. **Some Aspects of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes**. The Canadian Yearbook of International Law. no. 4, 1966. p. 43-63.

ROULET, Jean-David. **La Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.** 22 Annuaire Suisse de Droit International, 1965, p. 121-154.

SZASZ, Paul C. **The Investment Disputes Convention and Latin America.** 11 Va. J. Int'l L. 256-265 (1971).

www.worldbank.org/icsid