

CELSO HENRIQUE CADETE DE FIGUEIREDO

**A proposta europeia de reforma da solução de controvérsias
entre investidor e Estado**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. José Augusto Fontoura Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

CELSO HENRIQUE CADETE DE FIGUEIREDO

**A proposta europeia de reforma da solução de controvérsias
entre investidor e Estado**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Augusto Fontoura Costa.

Versão corrigida em 07 de janeiro de 2022. A versão original, em formato eletrônico (PDF) encontra-se disponível na CPG da Unidade

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Figueiredo, Celso Henrique Cadete de
A proposta europeia de reforma da solução de
controvérsia entre investidor e Estado ; Celso
Henrique Cadete de Figueiredo ; orientador José
Augusto Fontoura Costa -- São Paulo, 2021.

330 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Internacional) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2021.

1. Acordos de Investimento. 2. Solução de
controvérsia entre investidor e Estado - ISDS. 3.
Sistema de Cortes de Investimento. 4. Tribunal
Multilateral de Investimento. 5. UNCITRAL. I. Costa,
José Augusto Fontoura, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

FIGUEIREDO, Celso Henrique Cadete de

Título: A proposta europeia de reforma da solução de controvérsias entre investidor e Estado
Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Augusto Fontoura Costa.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____	Instituição:
Julgamento: _____	Assinatura:

Prof(a). Dr(a). _____	Instituição:
Julgamento: _____	Assinatura:

Prof(a). Dr(a). _____	Instituição:
Julgamento: _____	Assinatura:

Prof(a). Dr(a). _____	Instituição:
Julgamento: _____	Assinatura:

Prof(a). Dr(a). _____	Instituição:
Julgamento: _____	Assinatura:

AGRADECIMENTOS

A minha lista de agradecimentos é extensa mas não exaustiva, pois certamente não conseguirei listar nominalmente todas as pessoas que foram importantes nesta caminhada acadêmica, que não tem seu fim nesta tese, mas certamente representa o seu auge.

Nesse sentido, agradeço inicialmente ao meu orientador e amigo, José Augusto Fontoura Costa, por ter me aceito como seu orientando e, conseqüentemente, me permitido realizar este sonho, bem como ter me mentorado de forma única, pois sem sua orientação não teria sido possível desenvolver uma tese sobre um tema que me fascinou tanto.

Gostaria de agradecer também à minha família, pelo carinho, afeto e confiança depositada. Particularmente, ao meu pai, José Celio de Figueiredo e à minha mãe, Marli Fernandes Cadete, por sempre terem me incentivado a estudar e terem sido os melhores exemplos de superação que um filho pode ter. Faço menção ainda à minha querida avó, Maria da Conceição Fernandes Cadete, por ter sido um anjo na minha vida e ter cuidado tão bem de mim, e aos meus irmãos Christopher Cadete de Figueiredo, Chrisewerton Cadete de Figueiredo e José Lucas Sarmiento de Figueiredo, por toda a parceria nesses anos.

Gostaria de tecer um agradecimento especial à minha namorada, Gabriela Teodoro Rocha, por todo o companheirismo, dedicação e paciência para comigo, o que foi fundamental para que eu conseguisse desenvolver este trabalho, longe da minha terra e da minha família.

Em relação aos amigos, gostaria de agradecer inicialmente ao meu colega de profissão e de pós-graduação, Bruno Cedano, pois, além de me incentivar a encarar este desafio, foi fundamental em toda a minha preparação para o processo seletivo da USP.

Não poderia deixar também de fazer menção e agradecer aos meus sócios e amigos Welber Barral e Wagner Parente, pois, além de serem referências de grandes profissionais, ainda me forneceram todas as ferramentas possíveis para que eu conseguisse trabalhar e estudar e, ao mesmo tempo, desenvolver esta tese.

Aos meus amigos de academia e de vida, Marcílio Toscano Franca Filho, Michelle Ratton Sanchez Badin, Renata Amaral, Vivian Daniele Rocha Gabriel, Milena da Fonseca Azevedo, Verônica Prates e Ely Caetano Xavier Júnior, por terem me guiado em momentos de dúvidas, indecisões, questionamentos e demais dificuldades inerentes à vida de pesquisador, meu muito obrigado.

Agradeço ainda aos meus amigos contemporâneos à época de residência em São Paulo durante o doutorado, Daniel Mermerian, Matheus Tomaz e Elisa Saraiva, por terem tornado a vida na maior cidade do país menos complicada e estressante.

Também agradeço aos meus amigos que me receberam e me fizeram sentir em casa em minha mudança a Brasília, Matheus Andrade, Alberto Carbonar, Dhiogo Pascarelli e Gabriel Borges, os quais considero como irmãos e por quem nutro profundo respeito.

Por fim, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por proporcionar um Programa de Pós-Graduação em Direito tão enriquecedor, que certamente me desafiou mas também me iluminou intelectualmente.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar o sistema de solução de controvérsias no regime internacional de investimento, particularmente a solução de controvérsias entre investidor e Estado (ISDS), com vistas a entender a sua funcionalidade e a eventual necessidade de sua evolução. Nesse sentido, o desenvolvimento do referido regime deu-se de forma descentralizada, dando ensejo a uma miríade de tratados de investimentos, cada qual munido de seu formato específico de solução de controvérsias. O formato que mais se proliferou foi a ISDS, em que o investidor tem a prerrogativa de realizar uma reclamação diretamente contra um Estado receptor dos investimentos e solicitar a composição de um tribunal arbitral ad hoc para solucionar o problema. A partir dos anos 1990, uma série de tribunais ISDS foi estabelecida, o que levou à proliferação de laudos arbitrais inconsistentes entre si, bem como a percepções de falta de transparência no processo, dificuldade de acesso ao sistema devido a seus altos custos, bem como a possibilidade de sua utilização abusiva por parte do investidor, através de treaty shopping ou forum shopping. Tal cenário levou a questionamentos sobre a necessidade de reforma ao sistema, para garantir-lhe maior consistência e legitimidade. O debate passou a focar na possibilidade de reformas incrementais, sistemáticas ou paradigmáticas ao atual modelo de ISDS. Nessa perspectiva, este trabalho defende a tese de que a proposta europeia de reforma sistemática da ISDS, baseada num Sistema de Cortes de Investimentos, composto por tribunais permanentes de duas instâncias (avaliadora e revisora), e no estabelecimento de uma futura Corte Multilateral de Investimentos, tem atingido maior repercussão no contexto de discussões sobre a reforma da ISDS. Para tanto, fez-se, inicialmente, um estudo detalhado da estrutura jurídica do Sistema de Cortes de Investimento a partir dos tratados de investimentos negociados entre a União Europeia e os Estados Unidos, Canadá, Singapur e Vietnã. Um vez delimitados os principais pontos da proposta europeia, realizou-se uma análise sobre os debates de reforma da ISDS conduzidos no âmbito do Working Group III da UNCITRAL. Através de uma análise qualitativa e quantitativa dos posicionamentos dos membros do referido grupo, foi possível chegar à conclusão de que, a despeito de o estabelecimento de um Tribunal Multilateral de Investimento proposto pela União Europeia não ser o mais bem-aceito, várias das propostas inseridas no contexto do Sistema de Cortes de Investimentos, como o estabelecimento de um mecanismo de revisão ou apelação, a criação de um código de conduta para os árbitros, a possibilidade de interpretações dos Acordos pelos seus próprios membros, a regulamentação de financiamento por terceiros e o estabelecimento de regras para a divisão adequada das custas processuais, foram bem-aceitas e detêm uma boa possibilidade de serem adotadas sob uma perspectiva multilateral.

Palavras-chave: ISDS. Sistema de Cortes de Investimento. WG III. UNCITRAL.

ABSTRACT

This work aims to analyze the dispute settlement system in the international investment regime, particularly investor-state dispute settlement (ISDS), with a view to understanding its functionality and the possible need for its evolution. In this sense, the development of the referred regime took place in a decentralized manner, giving rise to a myriad of investment treaties, each with its own specific format for the settlement of disputes. The format that most proliferated was the ISDS, in which the investor has the prerogative of filing a claim directly against a host State and requesting the composition of an ad hoc arbitral tribunal to resolve the issue. From the 1990s onwards, a series of ISDS tribunals were established, which led to the proliferation of arbitration awards inconsistent with each other, as well as perceptions of a lack of transparency in the process, difficulty in accessing the system due to its high costs, as well as the possibility of its abusive use by investors, through treaty shopping or forum shopping. This scenario led to questions about the need to reform the system, to ensure greater consistency and legitimacy. The debate turned to focus on the possibility of incremental, systematic or paradigmatic reforms to the current ISDS model. From this perspective, this paper defends the thesis that the European proposal for systematic reform of the ISDS, based on a System of Investment Courts, composed of permanent courts of two levels (evaluator and reviewer), and the establishment of a future Multilateral Investment Court, has achieved greater repercussion in the context of discussions on the reform of the ISDS. To do so, initially, a detailed study of the legal structure of the Investment Courts System was carried out based on the investment treaties negotiated between the European Union and the United States, Canada, Singapore, and Vietnam. Once the main points of the European proposal were delimited, an analysis was carried out on the debates of ISDS reform within the scope of Working Group III of UNCITRAL. Through a qualitative and quantitative analysis of the positions of the members of that group, it was possible to reach the conclusion that, despite the fact that the establishment of a Multilateral Investment Court proposed by the European Union is not the most well accepted, several of the proposals included in the context of Investment Court System were well accepted and have a good chance of being adopted from a multilateral perspective, such as the establishment of a review or appeal mechanism, the creation of a code of conduct for arbitrators, the possibility of interpretations of the Agreements by its own members, the regulation of financing by third parties and the establishment of rules for the proper division of procedural costs.

Keywords: ISDS. Investment Court System. WG III. UNCITRAL.

ASTRATTO

Questo documento si propone di analizzare il sistema di risoluzione delle controversie nel regime degli investimenti internazionali, in particolare la risoluzione delle controversie investitore-Stato (ISDS), al fine di comprenderne la funzionalità e l'eventuale necessità della sua evoluzione. In tal senso, lo sviluppo del citato regime è avvenuto in maniera decentrata, dando luogo a una miriade di trattati di investimento, ciascuno con un proprio specifico formato per la risoluzione delle controversie. Il formato che più ha proliferato è stato l'ISDS, in cui l'investitore ha la prerogativa di presentare un ricorso direttamente contro uno Stato beneficiario degli investimenti e di richiedere la composizione di un tribunale arbitrale ad hoc per risolvere la questione. Dagli anni '90 in poi sono stati istituiti una serie di tribunali ISDS, che hanno portato alla proliferazione di lodi arbitrali tra loro incoerenti, nonché percezioni di mancanza di trasparenza nel processo, difficoltà di accesso al sistema per i suoi costi elevati, nonché la possibilità del suo uso abusivo da parte dell'investitore, attraverso negozi di trattati o acquisti di forum. Questo scenario ha portato a interrogarsi sulla necessità di riformare il sistema, per garantire una maggiore coerenza e legittimità. Il dibattito si è concentrato sulla possibilità di riforme incrementali, sistematiche o paradigmatiche dell'attuale modello ISDS. In questa prospettiva, il presente contributo difende la tesi secondo cui la proposta europea per la riforma sistematica dell'ISDS, basata su un Sistema di tribunali per gli investimenti, composto da tribunali permanenti di due livelli (valutatore e revisore), e l'istituzione di un futuro investimento multilaterale Corte, ha ottenuto una maggiore ripercussione nell'ambito delle discussioni sulla riforma dell'ISDS. Per fare ciò, inizialmente, è stato effettuato uno studio dettagliato della struttura giuridica dell'Investment Courts System basato sui trattati di investimento negoziati tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti, il Canada, Singapore e il Vietnam. Una volta delimitati i punti principali della proposta europea, è stata condotta un'analisi sui dibattiti sulla riforma dell'ISDS svolti nell'ambito del Gruppo di lavoro III dell'UNCITRAL. Attraverso un'analisi qualitativa e quantitativa delle posizioni dei membri di tale gruppo, è stato possibile giungere alla conclusione che, nonostante l'istituzione di una Corte multilaterale per gli investimenti proposta dall'Unione europea non sia la più accettata, molti dei le proposte inserite nell'ambito del Investment Courts System, quali l'istituzione di un meccanismo di riesame o ricorso, la creazione di un codice di condotta per gli arbitri, la possibilità di interpretazione degli Accordi da parte dei propri membri, la regolamentazione del finanziamento da parte di terzi e la definizione di regole per la corretta ripartizione delle spese processuali, sono state ben accolte e hanno buone probabilità di essere adottate in una prospettiva multilaterale.

Keywords: ISDS. Sistema giudiziario per gli investimenti. WG III. UNCITRAL.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Casos conhecidos de ISDS baseados em IIAs, em 2020.....	44
Figura 2 – Fluxograma de aplicação da cláusula MFN	117
Figura 3 – Organograma de consolidação do modelo da Corte Multilateral de Investimento	193

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – <i>Status</i> dos países que aderiram à Convenção de Maurício	65
Quadro 2 – Classificação das reformas realizadas nos BITs assinados em 2018.....	146
Quadro 3 – Composição dos tribunais de investimentos dos acordos europeus	169
Quadro 4 – Composição dos tribunais de apelação dos acordos europeus.....	170
Quadro 5 – Prioridades da Costa Rica, problemas identificados e soluções sugeridas	249
Quadro 6 – Propostas de reformas pelos Estados-membros no WG III	275
Quadro 7 – Principais diferenças entre as regras de arbitragem da ICSID e da UNCITRAL	317
Quadro 8 – Comparação entre as convenções de Washington e de Nova Iorque	321
Quadro 9 – Medidas discutidas no âmbito do WG III que já estariam sendo adotadas em novos acordos.....	322

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACFI	Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos
AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
ACWL	Advisory Centre on World Trade Organization Law
BIT	Tratado Bilateral de Investimento
CAI	Comprehensive Agreement on Investments
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CJEU	Court of Justice of the European Union
CPA	Corte Permanente de Arbitragem
CPTPP	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership
EUA	Estados Unidos da América
FDI	Foreign Direct Investment
FTAIPA	Free Trade and Investment Protection Agreement
GATT	General Agreement on Trade and Tariffs
IBA	International Bar Association
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IAs	International Investment Agreements
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
MAI	Acordo Multilateral de Investimentos
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
NAFTA	North American Free Trade Agreement
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico
OIC	Organização Internacional do Comércio
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONG	Organização não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
PEDs	Países em Desenvolvimento
PCA	Permanent Court of Arbitration
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
TIPs	Treaties with Investment Provisions
TPP	Trans-Pacific Partnership
TRIMs	Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UE	União Europeia
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
USMCA	United States-Mexico-Canada Agreement
WG	Working Group of UNCITRAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	18
1 A ESTRUTURA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO INVESTIMENTO.25	
1.1 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ENTRE ESTADOS.....	36
1.1.1 Proteção Diplomática	37
1.1.2 Corte Internacional de Justiça	39
1.1.3 Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (TRIMS)	42
1.2 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ENTRE INVESTIDOR E ESTADOS	43
1.2.1 ICSID	45
1.2.1.1 O processo de criação e características do ICSID	46
1.2.1.2 Regras de jurisdição, procedimentais e do ICSID	47
1.2.1.3 Regras de execução do laudo arbitral do ICSID.....	53
1.2.1.4 Regras de arbitragem do ICSID.....	54
1.2.1.5 Casos de referência do ICSID.....	55
1.2.2 UNCITRAL	57
1.2.2.1 O processo de criação e características da UNCITRAL.....	58
1.2.2.2 Regras de arbitragem da UNCITRAL	59
1.2.2.3 Regras sobre transparência para arbitragem ISDS da UNCITRAL	63
1.2.2.4 Convenção de Maurício	65
1.2.2.5 Execução do laudo arbitral da UNCITRAL sob a Convenção de Nova Iorque	66
1.2.2.6 Casos de referência da UNCITRAL	67
1.2.3 Outras organizações internacionais como autoridades indicadoras.....	69
1.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	71
2 AS PRINCIPAIS VANTAGENS E DEFICIÊNCIAS APONTADAS PARA A ISDS	73
2.1 PRINCIPAIS VANTAGENS.....	73
2.1.1 Liberdade procedimental e <i>expertise</i> na resolução do conflito.....	74
2.1.2 Estado mais responsivo às obrigações assumidas.....	76
2.1.3 Despolitização do conflito	77
2.2 PRINCIPAIS DEFICIÊNCIAS.....	80
2.2.1 Falta de transparência	80
2.2.2 Independência do procedimento	81

2.2.3 Falta de independência, imparcialidade e diversificação dos árbitros	82
2.2.4 Acesso dos investidores à justiça, custos excessivos e demora dos casos de ISDS	86
2.2.5 A aplicação e execução dos laudos arbitrais	89
2.2.6 Falta de consistência nas decisões dos tribunais arbitrais	92
2.2.7 Utilização de <i>forum shopping</i> ou <i>treaty shopping</i>	98
2.2.8 Esfriamento regulatório	103
2.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	107
3 POSSÍVEIS MODELOS DE REFORMA DA ISDS	110
3.1 A EVOLUÇÃO DO DEBATE DE REFORMA DO REGIME DE INVESTIMENTO E DA ISDS	111
3.2 VERTENTE ALTERNATIVA À REFORMA DO REGIME DE INVESTIMENTO E DA ISDS	114
3.2.1 A teoria de multilateralização natural do regime de investimento	115
3.2.2 O modelo de reforma orgânica do atual modelo de ISDS	122
3.3 ATUAIS MODELOS DE REFORMA DA ISDS	124
3.3.1 Modelo de reforma incremental	126
3.3.1.1 Propostas de aperfeiçoamento das atuais regras da ISDS	127
3.3.1.2 Aumento da participação dos Estados na sua interpretação	129
3.3.1.3 Limitação do acesso do investidor à ISDS	131
3.3.2 Modelo de reforma sistêmica	134
3.3.3 Modelo de reforma paradigmática	139
3.3.4 Identificando o processo de reforma na prática	143
3.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	149
4 A PROPOSTA EUROPEIA DE CRIAÇÃO DO SISTEMA DE CORTES DE INVESTIMENTO E MULTILATERALIZAÇÃO DA ISDS	152
4.1 A EVOLUÇÃO DA UE COMO <i>PLAYER</i> INTERNACIONAL NA NEGOCIAÇÃO DE TRATADOS DE INVESTIMENTO	154
4.2 A EVOLUÇÃO DO DEBATE SOBRE A REFORMA DO ISDS PELA UE	157
4.3 A ESTRUTURA DAS CORTES PERMANENTES DE INVESTIMENTO PREVISTA AOS ACORDOS EUROPEUS	167
4.3.1 O escopo das Cortes Bilaterais de Investimento nos tratados da UE	168
4.3.2 A composição das Cortes de Investimento	169
4.3.3 Considerações éticas no Sistema de Corte de Investimento	173
4.3.4 Início do procedimento	175
4.3.5 Regras procedimentais na condução do processo	176

4.3.5.1 Eleição da regra de procedimento.....	177
4.3.5.2 Local da arbitragem	177
4.3.5.3 Tempo do procedimento	178
4.3.5.4 Escopo do contencioso.....	178
4.3.5.5 Disputas paralelas	180
4.3.6 Funcionamento da Corte de Investimentos e aplicação do direito material	180
4.3.6.1 Direito Material aplicável	180
4.3.6.2 Aplicação do Direito Interno	181
4.3.6.3 Medidas cautelares e reclamações infundadas.....	182
4.3.6.4 Transparência no processo e atuação de terceiras partes interessadas (<i>amicus curiae</i>).....	183
4.3.6.5 Poderes das Cortes em emitir laudos	185
4.3.7 Mecanismo de Apelação das Cortes de Investimento	185
4.3.7.1 Base jurídica para a apelação.....	186
4.3.7.2 Procedimento de Apelação	186
4.3.8 Custos processuais	188
4.3.9 Execução dos laudos	189
4.4 A ESTRATÉGIA EUROPEIA DE REFORMA SISTEMÁTICA DA ISDS.....	190
4.5 POSSÍVEIS PROBLEMAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE CORTES DE INVESTIMENTO E FUTURO ESTABELECIMENTO DA CORTE MULTILATERAL DE INVESTIMENTOS.....	197
4.6 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	203
5 A EVOLUÇÃO DO DEBATE NO WGIII	208
5.1 FORMA DE FUNCIONAMENTO E ESTABELECIMENTO DO WG III	209
5.1.1 Estabelecimento da UNCITRAL e criação dos Grupos de Trabalho.....	209
5.1.2 Regras de procedimento interno dos grupos de trabalho.....	212
5.1.3 Regras de procedimento para criação de direito.....	213
5.2 DELIBERAÇÕES DAS SESSÕES (REUNIÕES).....	216
5.2.1 34ª Sessão (Viena) – 27 novembro a 1 de dezembro de 2017	217
5.2.2 35ª Sessão (Nova Iorque) de 23 de abril de 2018 a 27 de abril de 2018	219
5.2.3 36ª Sessão (Viena) – 29 de outubro de 2018 a 2 de novembro de 2018	222
5.2.4 37ª Sessão (Nova Iorque) – 01 de abril de 2019 a 05 de abril de 2019	226
5.2.5 38ª Sessão (Viena) – 14 de outubro de 2019 a 18 de outubro de 2019.....	228
5.2.6 39ª Sessão (Viena) – 5 de outubro de 2020 a 9 de outubro de 2020.....	232
5.2.7 40ª Sessão (Viena) – 8 de fevereiro de 2021 a 12 de fevereiro de 2021.....	235

5.3 PROBLEMAS IDENTIFICADOS	237
5.4 POSICIONAMENTO DOS ESTADOS MEMBROS	239
5.4.1 Posicionamento da Indonésia	239
5.4.2 Posicionamento da União Europeia	240
5.4.3 Posicionamento do Marrocos	242
5.4.4 Posicionamento da Tailândia.....	246
5.4.5 Posicionamento de Chile, Israel e Japão	247
5.4.6 Posicionamento da Costa Rica	248
5.4.7 Posicionamento do Brasil.....	250
5.4.8 Posicionamento da Colômbia	251
5.4.9 Posicionamento da Turquia.....	252
5.4.10 Posicionamento do Equador	254
5.4.11 Posicionamento da África do Sul	255
5.4.12 Posicionamento da China.....	258
5.4.13 Posicionamento da Coreia do Sul.....	258
5.4.14 Posicionamento do Bahrein	260
5.4.15 Posicionamento do Mali	264
5.4.16 Posicionamento de Chile, Israel, Japão, México e Peru.....	264
5.4.17 Posicionamento da República da Guiné	265
5.4.18 Posicionamento do Kuwait	266
5.4.19 Posicionamento do Cazaquistão	269
5.4.20 Posicionamento da Rússia.....	269
5.4.21 Posicionamento da Holanda, Peru e Tailândia	272
5.4.22 Posicionamento de Burkina Faso	274
5.5 CONSOLIDAÇÃO DAS OPÇÕES DE REFORMA DISCUTIDAS PELOS MEMBROS.....	275
5.5.1 Centro Consultivo Multilateral	276
5.5.2 Revisão por um mecanismo de apelação pontual ou permanente	277
5.5.3 Corte Multilateral Permanente com duas instâncias	278
5.5.4 Meios alternativos de resolução de disputas	279
5.5.5 Regras para dificultar o acesso aos tribunais de investimento e de consolidação de múltiplos procedimentos	279
5.5.6 Reconvenção pelo Estado.....	281
5.5.7 Regras de nomeação de árbitros e juízes.....	282
5.5.8 Código de Conduta	283

5.5.9 Envolvimento das Partes do Tratado em mecanismos de controle e interpretação do tratado	285
5.5.10 Gestão de custos e procedimentos relacionados	285
5.5.11 Financiamento por terceira parte	286
5.6 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	288
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	292
REFERÊNCIAS.....	296
APÊNDICE A – Comparação entre ICSID e UNCITRAL.....	317
APÊNDICE B – Comparação entre as Convenções de Washington e de Nova Iorque	321
APÊNDICE C – Medidas discutidas no âmbito do WG III que já estariam sendo adotadas em novos acordos	322
ANEXO A – Fluxograma do processo no Sistema de Cortes da EU.....	324
ANEXO B – Diferenças entre a atual ISDS e o modelo europeu	325
ANEXO C – Plano de trabalho do WG III entre 2021 e 2026	326

INTRODUÇÃO

O espírito motivador da pesquisa científica é a curiosidade e, de fato, ela foi o ponto inicial desta tese de doutorado quando, no aprofundamento dos estudos sobre a funcionalidade do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC), sobrevinham indagações sobre o motivo pelo qual o tema da proteção aos investimentos estrangeiros não estava incluído em seu escopo.

Esse questionamento estimulou o estudo sobre o processo evolutivo dos dois regimes, em que foi possível contemplar que o direito do comércio internacional foi consolidado sobre as bases da frustrada tentativa de criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), que se reverteu no sistema GATT 1947 e depois culminou na própria OMC.

Por outro lado, o direito do investimento estrangeiro (que estava lateralmente abordado na OIC) passou a ser negociado e construído em bases difusas, em sua maioria por meio de tratados bilaterais de investimento (ou BIT, em sua sigla em inglês), sem a centralização na forma de uma organização internacional.

Da mesma forma, em relação à solução de conflitos, foi possível denotar que o sistema de solução de controvérsias da OMC era fundado em uma base multilateral, na figura do seu Órgão de Solução de Controvérsias, o qual tem, em sua composição, o equivalente a uma dupla jurisdição, sendo o primeiro grau os painéis (ou grupos especiais), e o segundo grau o Órgão de Apelação, o qual tem caráter permanente e atua na revisão dos relatórios dos painéis em relação a questões de direito.

Por outro lado, a resolução dos conflitos no campo do investimento estrangeiro foi construída em bases difusas. Inicialmente, os acordos de investimentos entre Estados previam apenas a possibilidade da resolução de conflitos por meio da arbitragem entre os países signatários do tratado ou do seu endereçamento à Corte Internacional de Justiça (CIJ).

No entanto, na década de 1960, o Banco Mundial tomou a iniciativa de elaborar a Convenção de Washington, que estabeleceu um modelo de regras procedimentais que permitisse a resolução das controvérsias no campo do investimento internacional diretamente entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor dos investimentos. A sua consecução seria por arbitragens *ad hocs*, inspirada no modelo de arbitragem comercial privada ou, no inglês, *Investor-State Dispute Settlement*, cuja sigla é ISDS, a qual será utilizada com frequência neste trabalho, particularmente referindo-se a esse modelo de arbitragem entre Investidor e o Estado.

Neste sentido, a possibilidade de resolução de conflitos entre investidor e Estado sobreveio como uma novidade no âmbito do direito internacional público, sendo inicialmente adotada em um tratado de investimento a partir da década de 1970, e, desde então, a adesão a essa possibilidade, bem como o número de casos, se multiplicou, particularmente na década de 1990 e nos anos 2000, chegando a mais de mil casos conhecidos em 2021.

Ocorre que, diferentemente da OMC, cujo sistema de solução de controvérsias vem sendo reconhecido como um dos mais efetivos, coerentes e legítimos nas relações internacionais, a falta de centralidade da resolução dos conflitos no âmbito do direito internacional do investimento estrangeiro, particularmente no que se refere ao modelo de resolução entre investidor e Estado, torna-o susceptível a insatisfações e críticas de todos os lados.

Em outras palavras, o alto número de BITs com cláusulas de ISDS próprias habilita a instauração de diversos tribunais arbitrais *ad hoc*s, de forma que suas decisões, por vezes inconsistentes entre si, não habilitam o estabelecimento de um regime coeso, o que gera insatisfações.

A partir daí, sobreveio uma nova questão: por que, até o momento, não se desenvolveu um mecanismo de centralização da miríade de acordos internacionais de investimentos (IIAs, ou *International Investment Agreements*, em inglês), seja no formato de um acordo multilateral de investimentos, ou mesmo na forma de um tribunal multilateral de investimentos que tivesse sob seu escopo essa variedade de IIAs?

Não obstante ter havido uma tentativa na década de 1990, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que chegou a iniciar as negociações para a elaboração de um tratado multilateral de investimento, este nunca se concretizou e nunca houve uma eventual consolidação dos diversos tratados internacionais em apenas um tratado multilateral.

Além disso, nunca houve a consolidação de pelo menos um tribunal internacional para lidar especificamente com os conflitos relativos ao investimento estrangeiro (ainda que este abrangesse toda a diversidade de acordos de investimento), tal como vislumbrado na CIJ ou na OMC.

Ocorre que, com o aumento da utilização da ISDS sob o referido regime fragmentado de direito internacional do investimento, várias questões passaram a trazer preocupações para investidores e Estados. Neste sentido, pode-se inicialmente citar questões dissonantes sobre a interpretação correta dos tratados de investimentos, a falta de uma instância para reformar decisões errôneas, a garantia de imparcialidade dos árbitros, os impactos das decisões arbitrais

na formulação e aplicação das políticas públicas por parte dos Estados, além dos montantes a título de indenização que foram aplicados contra os Estados. Todas essas questões levaram os próprios Estados a demandarem, nos últimos anos, por mudança no atual sistema de solução de controvérsias entre investidor e Estado. A estes se juntaram a academia e as organizações internacionais, que passaram a se debruçar sobre o tema.

Em face destes problemas apresentados nasce a pergunta central desta tese: é possível reformar o atual ISDS, de forma a torná-lo mais consistente, previsível, eficiente e eficaz?

A tese apresentada neste trabalho pretende demonstrar não somente que essa ação é possível, como os debates sobre reforma já estão ocorrendo na academia e, principalmente, entre os países, que são os atores centrais na formulação de novos BITs e IIAs e na reformulação dos antigos.

Não somente isto, a hipótese afirmativa desta tese é de que o debate sobre a eventual reforma da ISDS está sendo capitaneada, desde 2015, pela da União Europeia (UE), a partir de um modelo próprio de ISDS.

Isso porque, a partir do referido ano, entrou em vigor do Tratado de Roma, que atribuiu a UE a competência exclusiva para negociar e firmar acordos de investimento, sendo que anteriormente tal competência era dos Estados membros. Neste sentido, a UE passou a adotar uma agenda própria de reforma do ISDS, abandonando o modelo atual de arbitragem *ad hoc* e estabelecendo um novo modelo, fundado em corte permanente de dupla instância (avaliadora e revisora), em cada um dos seus novos tratados de investimento. Além disso, passou-se a prever, em seus acordos, a possibilidade de futuramente se negociar a criação de uma corte multilateral de investimentos.

Esta tese parte da premissa de que, ao tomar a dianteira de um novo modelo nas suas novas negociações, a UE estaria ditando os parâmetros da própria discussão de reforma da ISDS. Algo similar ao que a professora Anu Bradford (2020) denomina como “Efeito Bruxelas” no campo do direito regulatório, em que os padrões europeus de direito ambiental, do consumidor, segurança da privacidade e outros, por serem estabelecidos primeiro e por serem mais rígidos, terminam sendo adotados por multinacionais e também sendo exportados para outros países.

A lógica é muito simples: para se comercializar com a UE e acessar o seu mercado consumidor, os padrões europeus terminam se tornando padrões globais. Eis o efeito Bruxelas.

Nesta tese, defende-se algo parecido. Para se tornar atraente para investimento originário de algum dos 28 membros da UE, o país receptor opta por adotar o novo modelo de ISDS negociado pela UE.

Cumprido destacar, ainda, que o modelo europeu de ISDS não se apresenta apenas como uma proposta a ser adotada de forma isolada nas negociações de seus novos acordos, mas como uma agenda a ser contemplada pelos Estados para reformar estruturalmente o modelo predominante de ISDS, sendo levado à discussão por um grupo de trabalho especial (*Working Group III*) no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL, sigla em inglês).

Esse grupo de trabalho da UNCITRAL teve seu mandato definido em 2017, para exclusivamente amparar o debate entre os seus Estados membros sobre um modelo de reforma do ISDS. As discussões, debates e posicionamentos dos Estados membros neste grupo serão utilizados como base para confirmar ou refutar esta tese.

Não se trata, portanto, de um simples exercício de dedução, ou de raciocínio lógico, mas de uma análise mais atenta sobre o contexto do debate da reforma da ISDS, o entendimento do próprio modelo europeu e, por fim, a análise das posições dos Estados no âmbito da UNCITRAL. Para tanto, este trabalho foi dividido em cinco capítulos.

O primeiro capítulo tem a intenção de proporcionar ao leitor uma visão ampla da atual estrutura da solução de controvérsias no campo do direito internacional do investimento, traçando as possibilidades de disputas diretas entre Estados, sobre conflitos levados pelos próprios investidores, por meio do instrumento de proteção diplomática, o qual inclui a possibilidade de acionar cortes internacionais, como a CIJ ou o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e, em seguida, expondo as bases do atual modelo de solução de controvérsias entre investidor e Estado, fundado na atuação de tribunais arbitrais *ad hoc*s, pautado normalmente pelas regras da ICSID ou UNCITRAL, e que se apresenta como a via mais utilizada para dirimir conflitos relacionados ao investimento estrangeiro.

Neste ponto, cabe a primeira ressalva de escolha metodológica deste trabalho. Aqui, os termos direito do investimento estrangeiro, direito internacional do investimento (estrangeiro) e direito internacional da proteção ao investimento serão utilizados como sinônimos para indicar o conjunto de princípios e regras (ainda que não centralizadas em um acordo único) que regulam o investimento estrangeiro nas relações entre Estados e entre investidores e Estados.

Cabe também uma segunda ressalva metodológica deste trabalho, tendo em vista que o termo ISDS é utilizado não somente nos acordos internacionais, como também nos artigos acadêmicos e nos documentos oficiais dos Estados, como se referindo ao modelo de resolução de controvérsias entre investidor e Estado por meio da arbitragem *ad hoc*. Neste sentido, este trabalho também utiliza a sigla ISDS (ou a expressão “atual modelo de ISDS”) para se referir

de forma generalizada à resolução de conflitos diretamente entre investidor e Estado por meio da constituição de tribunais arbitrais *ad hoc*.

Uma vez endereçado o conhecimento base sobre a estrutura da solução de investimentos no campo do direito internacional do investimento, e sendo ressaltada a predileção nas últimas duas décadas pelo modelo de ISDS, o segundo capítulo abordará as principais características positivas e negativas ressaltadas pelos Estados e pela própria academia à ISDS. Tal revisão tem por objetivo expor os argumentos de suporte à manutenção ao atual modelo ou, em contraponto, de desapoio a ele, com vistas à necessidade de reforma, ou mesmo de abandono, voltando-se as atenções para outros tipos de resolução de conflitos. No capítulo será possível vislumbrar que as críticas ao atual modelo compreendem inclusive aspectos que seriam tidos como vantajosos à ISDS, como o tempo e custo do procedimento ou a premissa de imparcialidade dos árbitros. O capítulo leva à conclusão de que a identificação de desvantagens do atual modelo de ISDS supera as possíveis vantagens e reforça o debate por uma agenda de reformas.

O terceiro capítulo traz uma sistematização dos atuais modelos de reformas propostas para a ISDS. São basicamente três tipos de modelos de proposições: o modelo de reforma incremental, o qual vislumbra adequações pontuais ao atual regime, de forma a manter a sua estrutura, mas permitir a melhoria em questões específicas; o modelo de reforma sistêmica, o qual tem a intenção de alterar significativamente o atual sistema, particularmente pela adoção de um sistema multilateral; e o modelo paradigmático, o qual propõe a quebra do atual “paradigma” a partir de propostas de abandono da ISDS e utilização de outras formas de endereçamento e resolução de conflitos. A classificação utilizada, que foi desenhada pela professora Anthea Roberts, não é a única existente, mas, para a finalidade do entendimento do tema, bem como da própria análise a ser realizada na tese (para a resposta da sua pergunta central), mostra-se como adequada. Isso porque a proposta europeia de reforma na ISDS (ou “modelo europeu”) está inserida em uma perspectiva de estabelecimento de reforma sistêmica, conforme detalhado no capítulo 4. Foi ainda considerado, no capítulo, o entendimento de uma própria evolução do sistema sem a necessidade de reforma, de acordo com a leitura da academia.

O quarto capítulo foca especificamente em expor a reforma que a UE está desenvolvendo no âmbito dos seus próprios acordos de investimento, por meio da implementação de um Sistema de Cortes de Investimento, que, de forma simples, pode ser descrita como a criação de cortes de investimento permanentes de duplo grau de jurisdição, que passam a substituir o modelo de arbitragem *ad hoc* em cada um dos novos acordos

negociados pela UE. Neste sentido, são analisadas as provisões que estabelecem essas cortes permanentes nos acordos negociados pela UE com os EUA, Canadá, Singapura e Vietnã, sendo apontadas as suas principais características, a sua forma de funcionamento e regras de procedimento, bem como de execução das suas decisões, tanto no primeiro grau quanto no grau de apelação. De fato, além do atributo de ser “permanente”, a existência de um tribunal de apelação é a grande inovação trazida no Sistema de Cortes de Investimento da UE. Porém, não somente esta previsão se destaca nos novos acordos da UE, como a própria agenda de implementação de uma Corte Multilateral de Investimento. É, portanto, esse conjunto de propostas que se caracteriza como o modelo europeu de reforma sistêmica, que foi colocado em discussão no âmbito da UNCITRAL, particularmente do seu grupo de trabalho especial, para analisar as possibilidades de reforma na ISDS.

O quinto e último capítulo trata, portanto, de realizar a análise de como tal modelo europeu de reforma sistêmica vem sendo debatido, e em quais aspectos ele vem ganhando espaço, ou não. Para tanto, o capítulo dá visibilidade à própria criação e função da UNCITRAL, bem como dos seus grupos de trabalho, ou *working groups* (WGs), e indica como regimentalmente são aprovadas as proposições de novas convenções. Particularmente, em relação ao WG que debate as propostas de reforma da ISDS, o WG III, o capítulo repassa os principais pontos discutidos nas suas sessões, bem como detalha o posicionamento de cada um dos Estados participantes, particularmente no que diz respeito à identificação de problemas do atual sistema e às propostas de reforma que lhes são mais afeitas. Com base nesse conteúdo, o capítulo avança na consolidação dos principais problemas relatados, e identificados pelo WG III em paralelo com as principais propostas de reforma. A partir desta consolidação é realizada uma análise de quais propostas estão mais susceptíveis a serem adotadas e quais tiveram menos adesão por parte dos Estados participantes e, assim, não só responder ao questionamento central desta tese, como também trazer indícios de que eventual reforma da ISDS está, de fato, sendo influenciada pelo modelo europeu.

Ressalta-se que a metodologia implementada neste trabalho é a análise qualitativa, uma vez que se parte da qualificação das posições dos Estados membros do WG III da UNCITRAL, mas também se utiliza de critérios quantitativos, a partir da contabilização de apoio que as propostas de reforma vêm recebendo pelos Estados. De toda forma, não se deve tomar as conclusões desta tese como fato consumado, tendo em vista que ela puxa um retrato de um recorte temporal de novembro de 2017 a maio de 2021, o que pode mudar com a evolução do debate, ainda mais por se tratar de uma questão concernente não só ao Direito Internacional, mas também à política e relações internacionais.

Importa ainda ressaltar que tal análise não leva em consideração eventuais avanços nas discussões realizadas em outras organizações internacionais, ou mesmo no âmbito interno de cada um dos países, mas toma como base as suas posições oficiais registradas no debate da UNCITRAL.

Por fim, ressalta-se a relevância do presente trabalho no sentido de explorar as tendências de novos modelos de resolução de controvérsias, particularmente detalhando o funcionamento do Sistema de Cortes de Investimento da UE, que já é uma realidade, particularmente no que diz respeito à criação da corte de apelação, que é uma das propostas mais reverberadas no âmbito da UNCITRAL.

Neste sentido, cumpre destacar que o próprio governo brasileiro historicamente tem uma voz ativa no debate sobre direito internacional do investimento estrangeiro e, nos últimos anos, tem adotado uma postura de reforma paradigmática de não adesão à ISDS, tendo se manifestado inclusive no WG III da UNCITRAL, ressaltando o seu modelo de Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) a favor de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e a possibilidade de arbitragem apenas entre Estados. Não obstante, tal posição poderá ser alvo de eventual mudança, já que o governo brasileiro lançou uma consulta pública no dia primeiro de julho de 2021¹ para avaliar eventuais benefícios de modernização de aspectos do atual modelo de ACFI, seja em relação ao seu desenho institucional, às disciplinas de proteção e liberalização de investimentos, garantias ao direito de regular do Estado e, particularmente, ao seu mecanismo de solução de controvérsias.

¹ Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/consultas-publicas-da-secex/consultas-publicas-abertas/consulta-publica-modelo-de-acordos-internacionais-de-investimentos>. Acesso em: 11 jun. 2021.

1 A ESTRUTURA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO INVESTIMENTO

Inicialmente, é importante destacar que qualquer estrutura internacional de solução de controvérsias, seja ela no investimento, no comércio internacional ou em outras áreas, está umbilicalmente ligada ao desenvolvimento histórico da regulação do próprio tema em si.

Neste caso, ao se explorar a estrutura de solução de controvérsias no investimento, cabe entender quais foram os passos percorridos para o desenvolvimento do atual regime de proteção ao investimento e de que forma os modelos de solução de controvérsias atualmente utilizados foram desenvolvidos.

A digressão histórica da humanidade poderia encaminhar este pensamento até à Grécia Antiga ou ao Império Romano, onde arranjos bilaterais embrionários foram estabelecidos para garantir reciprocidade no tratamento dos cidadãos de regiões distintas, ou ao ano de 1758, quando, de fato, os acadêmicos passaram a reconhecer o direito dos estrangeiros ao trânsito e ao comércio, por meio da obra *The Law of Nations*, de Emer de Vattel, no qual se discute o *status* legal do estrangeiro nas relações de comércio em um Estado que não seja nacional, e a sua relação com este mesmo Estado, trazendo certos parâmetros de proteção (GABRIEL, 2019).

Ou, ainda, à década de 1920, em que foram discutidos projetos de codificação da proteção ao investimento estrangeiro, seja na extinta Liga das Nações ou na International Chamber of Commerce (ICC, sigla em inglês), onde se objetivava regular a proteção da propriedade e do exercício da atividade econômica de estrangeiros² (HERNANDES NETO, 2011).

Não obstante várias referências possíveis, o certo é que o desenvolvimento do direito do investimento estrangeiro esteve, inicialmente, governado sob o direito costumeiro, o qual não provinha nenhum tipo de regra ou padrão de proteção a esse investimento, permitindo que os Estados receptores exercessem seu poder soberano de expropriar os ativos do investidor estrangeiro e o colocava na dependência de recorrer aos tribunais internos desse Estado, ou a tentar se subsidiar da ajuda do seu Estado de origem (GHOURI, 2011).

² “Os esforços para harmonizar o regime de IED foram iniciados pelo antecessor da ONU, a Liga das Nações em 1924. Um Comitê de Peritos para a Codificação Progressiva do Direito Internacional apresentou o tópico de pesquisa 'Responsabilidade dos Estados por Danos causados à Pessoa em seu Território ou Propriedade de Estrangeiros'. Na Conferência de Codificação de Haia em 1930, o Projeto de Convenção preparado por Edwin Borchard da Harvard Law School (Harvard Draft, 1929) foi apresentado. O projeto fracassou devido a divergências entre países desenvolvidos e em desenvolvimento sobre as noções de 'tratamento igual' e 'padrões mínimos'. No mesmo ano, outro esforço de codificação semelhante por parte do Conselho da Liga em uma Conferência Diplomática, desta vez por iniciativa da Câmara de Comércio Internacional (ICC), também teve o mesmo destino.” (GHOURI, 2011, p.4, tradução nossa)

Em determinado momento, alguns aspectos do investimento estrangeiro passaram a ser inseridos nos chamados Tratados de Amizade, Comércio e Navegação³, o que perdurou até pouco depois da Segunda Guerra Mundial. Nesses acordos, partia-se da premissa de que as relações comerciais entre os nacionais das partes envolvidas deveriam ser fundadas por princípios de reciprocidade, sob um aspecto ainda embrionário dos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida (GABRIEL, 2019). Tais acordos, muitas vezes, continham provisões que “garantiam ampla proteção da propriedade dos nacionais de uma parte no território da outra parte” (WAGNER, 2015, p. 17). Alguns acordos incluíam proteção diplomática à discrição do Estado hospedeiro, comissões *ad hoc*, tribunais arbitrais, recursos a cortes locais ou acordos contratuais com o Estado hospedeiro (WAGNER, 2015).

Dentre os acordos firmados sob esses fundamentos, a professora Vivian Gabriel (2019) destaca os Acordos/Tratados de Amizade, Comércio e Navegação, celebrados entre Grã-Bretanha e Espanha, em 1667, entre França e EUA, em 1778, e entre Grã-Bretanha e EUA (*The Jay Treaty*), em 1794.

Os modelos de Tratados de Amizade, Comércio e Navegação continuaram sendo firmados ao longo do século XIX, mas foi no início do século XX que os EUA passaram a inserir novidades na redação dos tratados, a fim de atender a demandas específicas, derivadas do aumento de fluxo comercial entre os países. Neste sentido, na década de 1920, o modelo americano incorporou uma cláusula demandando tratamento da nação mais favorecida de forma incondicional (VANDEVELDE, 2005).

No entanto, foi na administração Truman, após o fim da Segunda Guerra Mundial, que se estabeleceu um projeto para modernizar os Tratados de Amizade, Comércio e Navegação dos EUA e endereçar temas que promoviam, de fato, o investimento direto estrangeiro, uma vez que os EUA experimentavam grande expansão do seu investimento estrangeiro direto (VANDEVELDE, 2005; SALACUSE, 1990). Neste sentido, as disposições do novo modelo de Tratado americano garantiam aos indivíduos o direito de entrar no território do Estado receptor do investimento, o direito das empresas de se organizarem nesse território, o direito de indivíduos e empresas de exercerem atividades nesse território sob princípio do tratamento nacional, regras sobre transferências de capitais, direito à proteção de sua propriedade, bem como de acesso aos tribunais locais (GHOURI, 2011; VANDEVELDE, 2005).

³ Ou, em inglês, *Friendship, Commerce and Navigation Treaties* (FCNs).

De acordo com Salacuse (1990), de 1946 a 1966 os EUA assinaram, aproximadamente, 22 Tratados de Amizade, Comércio e Navegação com as novas provisões de proteção ao investimento.

É importante destacar que o fim da Segunda Guerra representou, não somente nos EUA, mas também na Europa, uma necessidade mais contundente de criação de um regime específico de proteção do investimento estrangeiro, tanto em virtude do aumento no fluxo de capital de investimento estrangeiro e da multiplicação de multinacionais, quanto, também, em função do movimento de descolonização das colônias europeias na África e na Ásia, que colocavam os ativos das empresas europeias em risco de expropriação (DIAS, 2007). Particularmente, os Estados exportadores de capital queriam mais segurança em seus investimentos do que o regime à época provinha, seja pelo regime jurídico interno do país receptor, ou das provisões difusas de investimento nos tratados de comércio.

Por conta de tal preocupação, nos anos 1950 e 1960 os Estados europeus passaram a vislumbrar formas de tratados para proteger especificamente o seu investimento estrangeiro, e procuraram criar um ordenamento jurídico básico, para reger os investimentos de nacionais de um país no território do outro país (SALACUSE, 1990).

A Alemanha, que havia perdido todos os seus investimentos estrangeiros em virtude da derrota na Segunda Guerra, realizou o primeiro Tratado Bilateral de Investimento (*Bilateral Investment Treaty*, ou simplesmente BIT) com o Paquistão, concluído em 1958, estabelecendo os primeiros parâmetros legais internacionais de proteção ao investimento desse modelo de tratado, o qual abordava apenas investimento e não lidava com temas relativos a comércio ou direito marítimo, tal qual o modelo americano até então (SALACUSE, 1990). A partir desse marco, portanto, se aperfeiçoava o direito material de proteção ao investimento, sem necessariamente estabelecer regras de procedimento.

Em seguida, outros países europeus exportadores de capital, como Suíça, França, Reino Unido, Holanda, Bélgica e Itália procuraram estabelecer seus próprios BITs, sendo registrados, no início da década de 1980, aproximadamente 150 BITs assinados por países europeus (SALACUSE, 1990).

Incentivados pela experiência positiva dos países europeus, os EUA lançaram, em 1981, seu próprio modelo de BIT com países em desenvolvimento e, no ano de 1986, já havia assinado dez deles, estando, em 1990, ratificados os tratados com Senegal, Zaire, Marrocos, Turquia, Camarões, Bangladesh, Egito e Granada (SALACUSE, 1990).

Por outro lado, para conceber mecanismos uníssomos de execução dos tratados de proteção ao investimento, foi perseguido um caminho procedimental/institucional em 1961,

por iniciativa do Banco Mundial: “o Banco começou a explorar a ideia de criar mecanismos baseados em tratados para resolver disputas sobre investimentos sem enfrentar a questão contenciosa de elaborar regras substantivas de proteção de investimentos” (THOMAS; DHILLON, 2017, p. 462).

Pela iniciativa do Banco Mundial, vislumbrou-se que a negociação das regras substantivas de proteção ao investimento não estava necessariamente atrelada às regras de processamento ou execução de tal proteção, sendo possível estabelecer, em um instrumento único, quais eram as regras de solução de conflitos, o que resultou na criação da Convenção de Washington de 1965. Tal questão, no entanto, será explorada de forma mais detalhada na subseção destinada a explicar o International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

Uma cobertura interessante da estruturação do regime de proteção ao investimento é fornecida pelo professor José Augusto Fontoura Costa, em sua obra *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro* (2010), a qual vislumbra que as fundações da proteção ao investimento foram impulsionadas pela assinatura de vários Tratados Bilaterais de Investimento (BIT, na sigla em inglês) durante as décadas de 1960, 1970 e 1980, pelos seguintes motivos:

- a) consenso em torno das políticas da liberalização (com incentivo de EUA, Banco Mundial e FMI);
- b) falta generalizada de capital, fruto da crise de 1980;
- c) estagnação e endividamento dos países africanos e latino-americanos, especialmente se comparados à Coreia do Sul, Hong Kong, Formosa, Singapura e Tailândia, que adotaram políticas de desenvolvimento com fundamentos mais liberais;
- d) competição entre Estados por investimento, sendo os países que detinham BITs vistos como mais atraentes (COSTA, 2010).

A partir daí, foram desenvolvidos os conceitos-chave que inspirariam os futuros contenciosos na área do investimento internacional ou, nas palavras do autor:

Os principais objetivos destes tratados são os de garantir os investidores contra expropriações, estabelecer padrões de tratamento dos investidores e investimentos, proteger e liberalizar o trânsito internacional de ativos financeiros e, principalmente nos acordos mais recentes, liberalizar a entrada de investimentos estrangeiros diretos. (COSTA, 2010, p. 127)

Após a consolidação dos BITs, mais presentes até a década de 1990, passou-se a fomentar a negociação de acordos mais amplos de proteção ao investimento, principalmente a partir dos anos 2000, que envolviam os mesmos aspectos de proteção ao investimento, mas agora com mais países ou blocos regionais envolvidos. Estes se apresentam no formato de Acordo Amplo de Comércio e Investimento, Acordos de Proteção ao Investimento, Acordos de Cooperação e Promoção do Investimento, entre outros. Tanto os BITs como essa nova gama de acordos plurilaterais de investimento podem ser vistos, de forma geral, como Acordos Internacionais de Investimento, ou *International Investment Agreements* (IIAs, em inglês).

Alguns exemplos que representam esse novo panorama podem ser trazidos ao campo dos tratados bilaterais, particularmente com a elaboração do modelo de tratado dos EUA, de 2004, o qual aprofundou não somente o patamar das regras de proteção, tais como impondo maiores obrigações de transparência na adoção de processos regulatórios, bem como, também procurou dar mais segurança às relações entre investidores e Estado (VANDEVELDE, 2005).

Além disso, vários tratados plurilaterais passaram a regular a proteção ao investimento em paralelo à liberalização de comércio, conforme se vislumbrou no acordo de investimento entre a ASEAN e a China de 2020 (o *Regional Comprehensive Economic Partnership* – RCEP), nas negociações do *Trans-Pacific Partnership* (TPP) até 2017, e na formalização do *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP) em 2018, e em alguns tratados negociados pela União Europeia com Canadá, Vietnã e Singapura (que serão explorados no capítulo 4 desta tese), ou mesmo no mais recente, o *Comprehensive Agreement on Investments* (CAI), entre China e União Europeia, de 2021.

Para fins metodológicos e de compreensão do conteúdo desta tese, é importante dispor que alguns autores costumam classificar os tratados ou acordos de proteção e/ou promoção do investimento por meio de gerações. Assim, a referência em relação à geração pode variar, a depender do parâmetro de classificação utilizado.

Para Skinner, Miles e Luttrell (2010), o período entre o BIT Alemanha Paquistão, de 1958, e o seu aperfeiçoamento com regras de proteção ao investimento e inserção da possibilidade de arbitragem entre investidor e Estado, até 1988, é classificado como a primeira geração dos BITs. Já a segunda geração de BITs compreende o período de 1988 até o início dos anos 2000, tendo sido caracterizada pelo “aumento substancial no volume de investimento internacional [...], que exigia um sistema mais preciso de direito internacional de investimento do que o anteriormente previsto no direito internacional consuetudinário” (SKINNER; MILES; LUTTRELL, 2010, p. 262). Por fim, os autores entendem que, a partir de 1995 até os dias atuais, vivencia-se a terceira geração dos tratados internacionais de investimento, pelo

desenvolvimento de uma jurisprudência avançada e do desenvolvimento de novas técnicas de resguardo dos Estados na elaboração dos seus tratados, bem como na própria defesa de suas posições no âmbito dos tribunais arbitrais (SKINNER; MILES; LUTTRELL, 2010, p. 264).

Para os pesquisadores Liang-Ying Tan e Amal Bouchenaki (2014), é possível reconhecer uma evolução nas regras de investimento, as quais ensejam uma possível divisão de eras:

- a) primeira era (1950-1995) – procurou prover maior segurança aos investidores de países desenvolvidos e, por isso, os BITs dessa época foram, em sua maioria, elaborados por esses *players*. Por conta disso, grande parte dos princípios e provisões adotados nos BITs foram formuladas nessa época;
- b) segunda era (1980-2000) – caracteriza-se por um cenário de maior atuação dos Países em Desenvolvimento (PEDs) como exportadores de capital. Não obstante, a maior parte das proteções substantivas aos investimentos são semelhantes aos da primeira era;
- c) terceira era (2000 em diante) – foi motivada pelas crises econômicas em alguns países em desenvolvimento, como no leste asiático e na América do Sul (particularmente a Argentina), que levaram a um aumento substantivo das arbitragens ISDS. Tal cenário propulsionou um movimento de reforma dos acordos, para dar mais proteção ao espaço regulatório dos Estados, ao mesmo tempo em que vislumbrou maiores mecanismos de transparência no exercício destes, para resguardar também a proteção ao investimento.

Já a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, ou, no original, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), separa as gerações de tratados entre antiga geração e nova geração, particularmente em função do seu conteúdo. A antiga geração são IIAs, normalmente assinados até 2010 e focados em fornecer ferramentas de proteção ao investimento, tais como, a primazia do princípio geral da não discriminação, definições mais amplas de investimento e investidor, e a possibilidade de solução de controvérsias entre investidor e Estado via arbitragem. Já a nova geração dos IIAs é, geralmente, assinada após 2010 e caracterizada por um conteúdo que reconheça o papel do investimento como:

[...] o principal motor do crescimento econômico e do desenvolvimento, e a consequente compreensão de que as políticas de investimento são uma parte central das estratégias de desenvolvimento; bem como incluem, por vezes, o desejo de buscar o desenvolvimento sustentável por meio de investimento responsável,

colocando as metas sociais e ambientais no mesmo pé que o crescimento econômico e os objetivos de desenvolvimento. (UNCTAD, 2013, p. 4)

Em relação às estruturas dos IIAs, a despeito de conterem particularidades para traduzir as opções e estratégias políticas e econômicas de cada um dos Estados, partes ou dos blocos econômicos que as assinam, é possível identificar um conjunto expressivo de princípios e cláusulas que geralmente estão presentes nelas. Novamente, se subsidiará dos ensinamentos do professor José Augusto Fontoura Costa (2010) para sintetizar tais princípios e cláusulas, que normalmente estão contidas nos IIAs:

- a) finalidades de liberalizar e de promover e proteger os investimentos – o foco é a proteção ao investimento e ao investidor, e não necessariamente a promoção de políticas de cooperação para o incremento do fluxo de investimento entre os membros (COSTA, 2010, p. 130);
- b) âmbito material (definição de investimento) – todos os IIAs têm um capítulo ou uma seção para indicar, ou a definição de investimento, ou qual fonte poderá ser utilizada para estabelecer a sua definição. No caso concreto, o termo investimento define o próprio alcance do IIA. No caso dos países exportadores de capital, normalizou-se por uma negociação que contemplasse uma definição mais ampla de investimento (COSTA, 2010). No entanto, conforme será exposto ao longo desta tese, a concepção de investimento vem sendo cada vez mais debatida, até mesmo limitada, por países receptores de investimento, com vistas a manter uma maior autonomia na condução de políticas e legislações que incidam em matérias de interesse público, como: direitos trabalhistas, ambientais, humanos, políticas desenvolvimentistas, entre outras;
- c) âmbito temporal de cobertura – países em desenvolvimento tendem a restringir a cobertura temporal dos investimentos, enquanto os países desenvolvidos costumam buscar a extensão dos acordos até para investimentos já realizados antes da sua assinatura. “Por outro lado, há uma forte tendência de se estabelecerem prazos de estabilização da proteção do tratado, os quais costumam variar entre quinze e vinte anos após a denúncia ou outra forma de término da validade do tratado” (COSTA, 2010, p. 135);
- d) definição de investidor estrangeiro – outra questão de grande relevância no debate da cobertura material e procedimental dos IIAs, tendo em vista que apenas pessoas físicas ou jurídicas enquadradas na definição de investidor têm a prerrogativa objetiva de requerer a proteção do acordo e, de igual forma, buscar os meios de

solução de controvérsias, para fazer valer o seu direito. Neste sentido, questões controversas surgem de situações de dupla nacionalidade, sendo comuns disposições convencionais de que o nacional do Estado receptor não pode gozar da proteção do IIA, mesmo quando também é nacional do Estado de origem do investimento (COSTA, 2010, p. 135);

- e) nação mais favorecida – trata-se do princípio clássico do direito do comércio internacional, no qual uma nação deve fornecer “tratamento em bases não inferiores aos do terceiro Estado mais favorecido” (SCHWARZENBERGER, 1945, p. 96). No caso específico, a cláusula da nação mais favorecida, quando disponibilizada nos IIAs, habilita uma nação a requerer um tratamento considerado mais benéfico, que tenha sido concedido pelo seu parceiro a uma terceira nação, em termos de proteção ao investimento ou mesmo ao investidor; tratamento nacional – já aqui, trata-se do princípio segundo o qual existe a obrigação de tratar o investidor estrangeiro de maneira não menos favorável do que o investidor nacional. Não obstante, existem acordos que permitem a discriminação do estrangeiro tanto na fase pré, como na fase pós-estabelecimento (COSTA, 2010, p. 141);
- f) tratamento justo e equitativo e proteção integral – o princípio que estabelece o tratamento definido como “justo e equitativo” é inserido nos IIAs para:

[...] proteger os investimentos quando a proteção oferecida pelo Estado receptor aos investimentos de seus nacionais ou de nacionais de outros Estados seja tão ruim que as cláusulas de tratamento nacional e de nação mais favorecida não seriam suficientes para garantir os ativos investidos (COSTA, 2010, p. 144);

- g) expropriações e padrões de indenização – os IIAs tendem a proteger os investimentos e investidores em relação à cobertura das expropriações diretas e indiretas. Uma vez que não é mais comum a imagem da expropriação direta, com a tomada física (por parte de exércitos) das instalações que são propriedade de investimento estrangeiro, é comum:

[...] encontrar cláusulas que definam a expropriação [...] indireta, na qual instrumentos regulatórios reduzem significativamente o valor dos investimentos. Estas recebem denominações distintas, como expropriação paulatina (*creeping*), medidas equivalentes (*tantamount*) à expropriação e expropriações indiretas (COSTA, 2010, p. 149).

Neste sentido, os acordos estabelecem critérios de licitude, nomeadamente o interesse público, o caráter não discriminatório e o efetivo pagamento da compensação, sendo esta determinada de forma “pronta, adequada e efetiva” (COSTA, 2010, p. 149);

- h) o livre fluxo de capitais – de forma geral, pode-se afirmar que os IIAs contêm regras dispendo sobre o direito geral do investidor de fazer transferências monetárias, os tipos de operações cobertas por esses direitos, o tipo ou as moedas que podem ser utilizadas, a taxa de câmbio a ser aplicada e o prazo de que o país receptor dispõe para a autorização das transferências (COSTA, 2010, p. 152);
- i) transparência – de acordo com o autor, existe uma tendência nos IIAs de cláusulas de transparência em relação à disponibilidade de informação certa e segura entre as partes e no contexto de interpretação do tratado, bem como na condução de processos de solução de controvérsias;
- j) solução de controvérsias – de forma geral, os IIAs contêm previsões de instrumentos de mediação e resolução de conflitos. Estes podem se dar entre Estados signatários ou permitir que o investidor acione diretamente o Estado receptor do investimento. Neste sentido, os IIAs podem conter variações nas suas previsões em relação a: fases prévias de negociação e conciliação; exigência de esgotamento de recursos internos (esta, cada vez menos usada); escolha do sistema pelo reclamante; indicação do sistema que poderá ser acionado (ICSID, UNCITRAL etc.) (COSTA, 2010).

Este último aspecto é o que vem gerando debates mais intensos nos últimos anos, particularmente após a multiplicação de arbitragens internacionais entre investidores e Estados, nos quais os Estados passaram a ser cada vez mais condenados pela adoção de práticas regulatórias, leis ou mesmo políticas públicas que não se enquadrem dentro da perspectiva de proteção ao investimento estrangeiro.

Insta destacar que o direito internacional do investimento estrangeiro não evoluiu em bases difusas por meio de BITs sem que houvesse tentativas de fato de centralizar as suas regras em acordos multilaterais. Na verdade, podem ser citadas ao menos três tentativas amplas de estabelecer um regime multilateral do investimento estrangeiro, sem que houvesse pleno sucesso.

A primeira tentativa ocorreu ainda na proposta de criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), em 1948, em que o seu instrumento jurídico, a Carta de Havana, previa, em seus artigos 11 e 12 do capítulo III, provisões relativas ao investimento

estrangeiro direto, as quais, essencialmente, exigiam que os Estados estimulassem o “fluxo internacional de capital”⁴ e dessem “a devida consideração à conveniência de evitar a discriminação entre investimentos estrangeiros”⁵, sem, no entanto, estabelecer princípios de tratamento nacional ou direito de estabelecimento, ou cobrir questões como requerimentos de *performance* (BURT, 1997). Como é de amplo conhecimento, a OIC foi um projeto que não vingou, tendo em vista que os EUA, que eram a principal economia global à época, e uma das lideranças do projeto, não ratificaram a Carta de Havana (TOYE, 2003).

A segunda tentativa ocorreu durante as negociações da Rodada Uruguai, em que os negociadores passaram a defender que medidas governamentais relativas a investimento que afetassem o comércio também poderiam ser vislumbradas como uma forma de barreira não tarifária (BURT, 1997). Por conta disso, passou a ser negociado, no âmbito da Rodada Uruguai, um tratado relativo a medidas de investimento que afetassem o comércio, o Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (TRIMs, na sigla em inglês). Por pressão dos PEDs, a redação do TRIMs terminou por cobrir apenas as medidas sobre investimento que tivessem o efeito de distorcer o comércio, uma vez que os referidos países poderiam precisar se utilizar de medidas discriminatórias sobre o investimento estrangeiro como política desenvolvimentista (BURT, 1997). Neste sentido, “um exame do Acordo TRIMs revela que os países em desenvolvimento tiveram sucesso em limitar substancialmente o escopo das proibições de medidas de investimento” (BURT, 1997, p. 1035). Pode-se dizer, portanto, que o sucesso da Rodada Uruguai em regulamentar o investimento teve uma ambição inicial tímida, que terminou por ser ainda mais podada no decorrer das negociações.

A terceira tentativa foi implementada pela OCDE em 1995, quando esta iniciou “negociações de alto nível para desenvolver uma estrutura sólida e abrangente de investimento internacional que fortaleça o sistema multilateral” (OCDE, 1995, p. 1). Em verdade, o objetivo seria alcançar um Acordo Multilateral sobre Investimentos ou, em inglês, *Multilateral Agreement Investment* (MAI), que fornecesse “altos padrões para a liberalização de regimes de investimento e proteção de investimentos, com solução efetiva de controvérsias” (OCDE 1995, p. 1).

A pretensão era estabelecer um acordo com provisões substantivas de proteção ao investimento e provisões processuais de resolução de conflitos, e congregar o máximo possível de Estados, para fazer frente à multiplicação de BITs, que terminavam por estabelecer padrões distintos de proteção ao investimento e, desta forma fragmentavam esse regime.

⁴ Art. 12.1. (b) da Carta de Havana

⁵ Art. 12.2. (a) (ii) da Carta de Havana

Em outras palavras, intencionava-se consolidar, em um acordo multilateral, várias provisões substantivas de proteção ao investimento e envolver o maior número possível de Estados, para fazer frente a uma multiplicidade de BITs, o que já era relevante na década de 1990. Tal intenção vislumbrava, ainda, instituir regras para o processamento de soluções e conflitos sobre investimentos.

Jurgen Kurtz (2002) indica que os EUA foram os grandes apoiadores da OCDE como fórum para negociação do MAI, em virtude da frustração destes com o modesto resultado da Rodada Uruguaí, o que foi atribuído à participação de países em desenvolvimento.

No entanto, o que poderia ser o início da concretização de um acordo multilateral de investimentos revelou-se, nos dois anos seguintes, um desafio colossal, dado a alguns fatores que, com o passar das negociações, foram se revelando cada vez mais insuperáveis:

- a) o temor da perda de soberania por parte dos Estados membros;
- b) o interesse da sociedade civil organizada e organizações não governamentais (ONGs) em ter acesso e mesmo participar das negociações; e
- c) a própria estrutura de negociação do acordo no âmbito da OCDE, que estava basicamente pautado em reproduzir os princípios estabelecidos no North American Free Trade Agreement (NAFTA) (KURTZ, 2002; COSTA, 2010).

Particularmente, em relação à participação das ONGs, estima-se que cerca de 600 delas tenham participado de campanha contrária ao MAI, impulsionadas pelo fator internet, uma vez que o rascunho do tratado foi vazado em 1998 e seu texto causou antipatia das organizações da sociedade civil, dado que a redação crua dava a impressão de abertura total dos Estados, sem qualquer direito de regulação⁶ (LEAL-ARCAS, 2009; KURTZ, 2002).

Em relação à estrutura de negociação, restou claro que foi se desgastando ao longo de sua exposição, com as críticas da sociedade civil. No entanto, o que talvez tenha gerado mais incômodos foi a forma pela qual o MAI apenas reproduzia o formato do NAFTA para vários temas⁷.

⁶ De forma resumida, as críticas do terceiro setor em relação ao MAI podem ser elencadas em cinco pontos: “i) o caráter secreto e fechado das negociações; ii) a oferta de vantagens às empresas, sem contrapartidas; iii) as restrições às estratégias de desenvolvimento dos Estados; a falta de estabelecimento de direitos para cidadãos e comunidades; e, v) a contradição com as necessidades do Direito Internacional Ambiental” (COSTA, 2010, p.251).

⁷ “[...] o MAI incluiu entre suas disposições um sistema de liberalização com a extensão das cláusulas de nação mais favorecida e do tratamento nacional ao preestabelecimento, associando esses padrões a listas negativas. Por conseguinte, a preocupação franco-canadense com a proteção ao setor cultural nacional, que esteve no cerne do fim efetivo das negociações, pode ser apontada como o principal exemplo dos temores políticos de se perder a autonomia jurídica para instituir ou manter critérios e controles sobre a entrada dos investimentos” (COSTA, 2010, p. 250).

Outros fatores são elencados como tendo influenciado o fracasso das negociações do MAI, tais como:

- a) o fato de o MAI ter sido muito ambicioso na tentativa de cobrir ao mesmo tempo a fase pré e a fase pós-investimento;
- b) o pré-investimento levou a submissões de exclusões e exceções que eram importantes para alguns países;
- c) a falta de suporte da comunidade de negócios, uma vez que esta achou o texto vago e pouco claro em comparação aos BITs já assinados;
- d) a incapacidade dos negociadores de se comprometerem em questões ambientais e de padrões trabalhistas;
- e) a falta de clareza sobre a relação do MAI com os BITs e o TRIMs; e
- f) o fato de que alguns países da OCDE eram contra tratamento nacional em relação à privatização de empresas públicas (LEAL-ARCAS, 2009).

O MAI foi o último grande movimento de tentativa de multilateralização do regime do direito internacional do investimento estrangeiro que, desde então, vem perpassando por reformas pontuais e se modernizando de acordo com as negociações específicas das partes contratantes de BITs e outros IIAs plurilaterais.

Não diferentemente, os sistemas de solução de controvérsias foram evoluindo em bases bilaterais e plurilaterais, sem que tenha, em qualquer momento, havido a criação de um sistema multilateral para endereçamento de conflitos específicos de investimento no formato de uma estrutura *quasi-judicial* e permanente, tal como as conhecidas cortes internacionais. De toda forma, é possível afirmar que existem diversos sistemas para a solução de controvérsias, seja entre Estados ou mesmo entre investidor e Estado.

As subseções seguintes abordarão as características de cada uma das possibilidades de solução de controvérsias entre Estados e também entre investidor e Estado, para que o leitor se inteire da perspectiva inicial do debate proposto nesta tese, sobre a reforma do modelo de solução de controvérsias hodierno.

1.1 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ENTRE ESTADOS

A solução de controvérsias entre Estados é a forma tradicional de resolução de conflitos no campo do investimento internacional tendo em vista que ele nasce da prerrogativa

de atuação dos Estados como atores do Direito Internacional Público. Dentre as possibilidades vislumbradas, destacam-se a Proteção Diplomática, acionamento da Corte Internacional de Justiça e a utilização do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (TRIMS), conforme detalhados nas subseções a seguir.

1.1.1 Proteção Diplomática

A proteção diplomática é uma das formas mais tradicionais de se solucionar uma disputa que envolva um investidor estrangeiro e um Estado soberano receptor dos investimentos daquele investidor (SCHREUER, 2007). Basicamente, ela consiste em um método no qual o Estado de nacionalidade do investidor toma para si a reclamação deste e a persegue em seu próprio nome (SCHREUER, 2007).

De forma mais simplificada, o professor Francisco Rezek (2008) ensina que a proteção diplomática é uma “tomada de dores” do Estado de nacionalidade do investidor, para que este tenha “paridade de armas” em relação à sua reclamação frente ao Estado receptor dos investimentos. Este método foi desenvolvido em virtude da ausência de outras possibilidades de persecução jurídica internacional dos interesses das pessoas privadas no âmbito do direito internacional tradicional (SCHREUER, 2007).

No entanto, algumas observações merecem ser feitas em relação à utilização da proteção diplomática:

- a) normalmente se requer que o investidor tenha exaurido todas as medidas judiciais locais do Estado receptor;
- b) o investidor não tem qualquer direito que garanta a obrigatoriedade do Estado em protegê-lo diplomaticamente;
- c) também não existe qualquer obrigação jurídica que mantenha o Estado atrelado a continuar um processo de proteção diplomática, podendo descontinuí-la a qualquer momento;
- d) a solução do conflito perpassa por satisfazer a demanda do Estado que está realizando a proteção diplomática e não necessariamente do investidor, o que torna possível que aquele faça concessões em eventual processo de negociação e chegue a uma solução reduzida em relação à demanda inicial;
- e) a proteção diplomática necessariamente perpassa pela política externa do Estado protetor (SCHREUER, 2007).

Em relação a este último ponto, cumpre destacar que um processo de proteção diplomática pode trazer inúmeras desvantagens nas relações internacionais dos Estados protetores, que podem deteriorar as suas relações com o país reclamado caso os processos de consultas e bons ofícios falhem, seja por meio de um longo processo judicial perante a Corte Internacional de Justiça, seja pela utilização da força para satisfazer as suas demandas (SCHREUER, 2007).

De forma sucinta, pode-se, então, afirmar que o processo de proteção diplomática perpassa por uma negociação direta entre os países que evoluir para pelo menos quatro tipos de solução:

- a) desistência da causa pelo Estado protetor;
- b) resolução consensuada do conflito;
- c) resolução judicial do conflito perante cortes internacionais ou arbitragem internacional entre Estados; e
- d) resolução do conflito por meio da utilização da força (seja pelo Estado protetor ou mesmo por aquele reclamado).

Nesse sentido, “vale ressaltar que, nos primeiros anos do século XX, o instituto da proteção diplomática era utilizado de forma abusiva por diversos países, sobretudo pelos Estados Unidos, contra os países que praticavam a nacionalização” das empresas multinacionais estadunidenses estabelecidas em seu território (CAETANO, 2010, p. 5). Além disso, a condução dos conflitos perante a Corte Internacional de Justiça, ou pela arbitragem interestatal, causava insatisfação aos países receptores do investimento, já que havia predileção pela aplicação do direito internacional em detrimento do direito interno do Estado receptor (CAETANO, 2010). Por conta deste cenário, vários países, particularmente os latino-americanos, passaram a adotar os pressupostos da Doutrina Calvo, para resolução de conflitos sobre investimento estrangeiro (GABRIEL, 2019):

A Doutrina Calvo (1868) foi a responsável pela criação da Cláusula Calvo, que aposta em diversos contratos de investimentos entre Estados e investidores privados, segundo a qual o investidor abdicava do direito ao exercício à proteção diplomática. Inúmeros contratos foram assinados nesses termos, no entanto, diante de seu descumprimento, principalmente ocorrido em razão das expropriações sem justa indenização praticadas pelos Estados hospedeiros, os Estados nacionais dos investidores não pensaram duas vezes em fazer uso do instituto da proteção diplomática. (CAETANO, 2010, p. 5)

De igual forma, a utilização da proteção diplomática deixou de ser vista com bons olhos pelos demais países da comunidade internacional durante o processo de descolonização

das décadas de 1950 e 1960, tendo em vista a possibilidade de apelo à força, sendo paulatinamente substituída por processos de arbitragem, mesmo entre os Estados:

A aplicação *per se* da proteção conferida pelo Direito Internacional, mediante a proteção diplomática, deixara de ter espaço, pois era politicamente vista como um resqúcio indesejável da soberba metropolitana. Na arbitragem, em que o direito é aplicado em virtude do consentimento das partes, tais normas internacionais passam a ser relevantes apenas se, e na medida que, são determinadas pelo contrato, lei de investimento ou APPRI: não compõe, portanto, o Direito de base, de fundamento das obrigações. (COSTA, 2015, p. 881)

O desuso da proteção diplomática também se deu em função da falta de especialização da CIJ em solucionar conflitos com questões econômicas tão sofisticadas envolvendo investimentos internacionais (CELLI JÚNIOR, 2007). Por conta disso, passou-se a utilizar mais instrumentos de arbitragem *ad hoc*, inicialmente entre Estados, mas, posteriormente, entre investidor e Estado.

1.1.2 Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão de justiça da Organização das Nações Unidas (ONU). Ela foi estabelecida em junho de 1945, pela Carta da Nações Unidas, e começou a funcionar em 1946, com sede estabelecida no Palácio da Paz, na cidade de Haia, na Holanda. De forma geral, a função da Corte é solucionar, em concordância com o direito internacional, disputas legais submetidas por Estados, além de oferecer pareceres consultivos sobre questões legais apresentadas por órgãos autorizados da ONU e outras agências especializadas.

A CIJ funciona de forma permanente e é composta por 15 juízes de diferentes nacionalidades, conforme estabelecido no art. 3 do Estatuto. Eles devem ser pessoas de elevado caráter moral, que possuam as qualificações exigidas em seus respectivos países para nomeação para os mais altos cargos judiciais, ou seja, devem ser consultores jurídicos de reconhecida competência em direito internacional, conforme art. 2 do Estatuto.

Particularmente, a competência da CIJ se dá tanto em razão das pessoas (*ratione personae*), sendo os Estados que ratificaram o Estatuto da CIJ habilitados a provocar a corte para solucionar uma controvérsia⁸, como também em razão da matéria (*ratione materiae*),

⁸ “As Organizações Internacionais também podem provocar a CIJ para que emane parecer consultivo, mas não podem participar de contenciosos, exceto como colaboradores da Corte. Na prática, os pareceres consultivos

estabelecidas em três situações: “a) quando os Estados já fazem parte de um tratado que prevê a competência da CIJ; b) quando aceitam o compromisso de resolver o litígio específico na CIJ, c) quando aceitam, em qualquer momento, a competência da CIJ” (VARELLA, 2019, p. 569).

No caso dos conflitos relacionados ao direito do investimento, percebe-se que, em qualquer uma das situações supracitadas, a CIJ pode ter a sua competência estabelecida, seja quando prevista a possibilidade de sua utilização em um tratado bilateral ou plurilateral de investimento, seja quando prevista em um instrumento jurídico específico de consentimento entre os Estados, ou mesmo no caso de um Estado acionar o outro para resolver um conflito sobre investimento na CIJ e o Estado acionado concordar expressa ou tacitamente em responder ao processo. Neste último caso, a concordância expressa se dá oralmente ou por escrito, pelo Estado acionado, de que reconhece a competência da CIJ para solucionar a querela, enquanto a tácita se dá simplesmente com a ausência de qualquer contestação nos autos da competência da CIJ para resolver o conflito.

De acordo com o art. 39 do Estatuto da CIJ, as línguas oficiais da corte são o inglês e o francês. O início de um caso perante a corte é dado com uma notificação em relação a um acordo específico ou uma manifestação por escrito, devendo ser indicado, em ambos os casos, o objeto da disputa e as partes envolvidas⁹.

Após registro do caso e sua comunicação ao Secretário-Geral, o mesmo é sorteado para uma das câmaras que compõem a Corte¹⁰.

A instrução do processo se dá de forma escrita, no que condiz às comunicações à corte, e oral, em relação às audiências dedicadas a ouvir testemunhas, especialistas, agentes, advogados e consultores¹¹.

têm um papel importante na solução de conflitos internacionais, pois declaram o direito sobre determinado tema polêmico. A CIJ tem competência para julgar questões envolvendo Estados. Não pode atuar contra indivíduos, ainda que estes sejam diretamente responsáveis pela instabilidade da paz internacional. Sempre atua a partir da provocação dos interessados, ou seja, não pode agir de ofício.” (VARELLA, 2019, p. 569)

⁹ A forma de notificação à Corte está descrita no art. 40, conforme transcrição do original:

“Article 40

1. *Cases are brought before the Court, as the case may be, either by the notification of the special agreement or by a written application addressed to the Registrar. In either case the subject of the dispute and the parties shall be indicated.*

2. *The Registrar shall forthwith communicate the application to all concerned.*

3. *He shall also notify the Members of the United Nations through the Secretary-General, and also any other states entitled to appear before the Court.*”

¹⁰ Art. 26 do Estatuto da CIJ

¹¹ Arts. 43.1 e 43.5 do Estatuto da CIJ.

A decisão final deve ser tomada pela maioria da câmara, ou, se for o caso, do plenário da corte¹².

Conforme já ressaltado, a utilização da CIJ se dá por Estados soberanos para resolverem conflitos internacionais, e não permite acesso direto ao indivíduo privado, seja ele pessoa física ou jurídica. Neste sentido, a jurisdição da referida corte pode se estender a questões de investimento internacional, mas nunca poderá ser provocada diretamente pelo investidor.

Portanto, a possibilidade de acesso de um investidor à CIJ ocorre apenas de forma indireta, quando este consegue a proteção diplomática de um Estado integrante da corte. Não obstante, a legitimidade da proteção diplomática deste Estado pode ser questionada na própria corte, particularmente em relação à nacionalidade das empresas investidoras. E, neste sentido, a jurisprudência da CIJ em relação à legitimidade da proteção diplomática teve uma mudança importante na metade dos anos 2000.

Isto porque, até então, vigorava a jurisprudência do caso *Barcelona Traction*, em que se autorizava um país a realizar a proteção diplomática de empresas cujo acionista fosse seu nacional, ainda que a empresa em si não fosse sediada no referido país, quando evidenciado que a referida empresa estivesse em situação de impotência, de forma a impedi-la de acionar o seu próprio país para exercer a proteção diplomática:

O Tribunal reconheceu no *Barcelona Traction* que Estados de nacionalidade de acionistas estrangeiros podem ter bases equitativas para fazer valer a proteção diplomática, desde que possam demonstrar que a corporação foi reduzida a tal “posição de impotência”, ao ponto que a corporação poderia não ter abordado de forma viável seu Estado nacional para proteção diplomática. (DESIERTO, 2012, p. 3-4, tradução nossa)

No entanto, em 2007, em um contencioso entre a República da Guiné (esta, defendendo os interesses do investidor Ahmadou Sadio Diallo) e a República Democrática do Congo, mudou-se os parâmetros estabelecidos no caso *Barcelona Traction*. Isto porque a CIJ se voltou a uma interpretação estrita de que apenas os Estados de nacionalidade da empresa investidora poderiam exercer proteção diplomática sobre os direitos dessa corporação (DESIERTO, 2012).

Essa mudança de jurisprudência, aliada à própria consolidação do ICSID como uma forma de o investidor buscar diretamente seus direitos contra Estados nacionais, fizeram a utilização da CIJ para resolver conflitos de investimento perder relevância nos últimos anos.

¹² Art. 55.1 do Estatuto da CIJ.

1.1.3 Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (TRIMS)

Uma outra possibilidade de resolver conflitos de investimentos entre Estados é submetendo-os ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC), quando tais conflitos recaem sob questões dispostas no Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (TRIMS).

Como bem se sabe, o OSC é um órgão com estrutura *quasi-judicial* estabelecido em duas instâncias, sendo a primeira uma instância similar a uma arbitragem *ad hoc*, com a escolha três painelistas para decidir sobre as questões de fato e de direito, trazidas a respeito de um conflito entre membros da OMC. Já a segunda instância se trata de uma estrutura similar a uma corte judicial permanente, que é o Órgão de Apelação, o qual tem a competência de rever questões de direito que tenham sido apeladas pelas partes que participaram da disputa na fase de painel.

No entanto, conforme esclarece o professor Umberto Celli Júnior (2007), não existe uma referência clara de quais seriam as “medidas de investimento relacionadas ao comércio” passíveis de serem desafiadas no âmbito do OSC, tendo em vista a ausência de definição clara do termo em si. O que existe, na realidade, é uma lista exemplificativa, a qual se resume da seguinte forma: “i) exigência de aquisição pelo investidor; ii) limitação das importações a um porcentual das exportações; iii) restrições ao acesso de divisas estrangeiras e a importações; e iv) imposição de metas ou compromissos de exportação (desempenho exportador)” (CELLI JÚNIOR, 2007, p. 370).

Dada a ausência de uma regulamentação específica das violações enquadráveis no TRIMS, vários painéis deixaram de analisar os pedidos de violação deste acordo específico, porque as reclamações também se confundiam com disposições gerais do GATT, como, por exemplo, o art. 2 do TRIMS, que aborda o tratamento nacional, sendo que o art. III:4 do GATT também contém a regulação do mesmo princípio (SCHLEE; GUANDALINI, 2013). Em outras palavras, uma vez que a violação da norma geral do GATT já é identificada pelo painel, o mesmo não dedicava tempo para buscar violação da norma especial do TRIMS (SCHLEE; GUANDALINI, 2013)¹³.

¹³ Relatório do Painel no litígio European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC - Bananas), Demandantes: Equador, Guatemala, Honduras, México e EUA, WT/DS27/R, paras. 7.183 e 7.185-7.187 Para. 7.183. “Proceeding on the assumption that the operator category rules are inconsistent with the requirements of Article III:4, the Complainants allege that the conditions for operator B

Assim, entende-se que o atual escopo do TRIMS não permite que, na prática, disputas relacionadas ao direito do investimento recaiam sob o crivo da OMC, o que poderá ocorrer futuramente apenas mediante a adoção de um “modelo sistêmico multilateral com regras mais abrangentes de proteção aos investimentos” (CELLI JÚNIOR, 2007, p. 371).

1.2 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ENTRE INVESTIDOR E ESTADOS

A princípio, e desde que previsto constitucionalmente, qualquer conflito existente entre uma pessoa natural e um Estado pode ser levado para julgamento em um tribunal interno deste mesmo Estado, o que leva ao entendimento de que “na ausência de disposição diversa, uma controvérsia decorrente de investimento entre Estado receptor e o investidor estrangeiro geralmente é resolvida pelos tribunais internos do Estado receptor” (GODINHO, 2008, p. 318).

Esta possibilidade, no entanto, começa a mudar, conforme já registrado, após a Segunda Guerra Mundial, com a iniciativa do Banco Mundial de criação do ICSID, em que se desenvolveu, na Convenção de Washington, uma premissa para a resolução das controvérsias entre investidor e Estado de forma direta, para responder às ansiedades dos investidores de países desenvolvidos (e colonizadores) em função do movimento de descolonização (e independência), particularmente no continente africano, o qual

eligibility and the 30 per cent tariff quota allocation for Category B operators are inconsistent with Article 2.1 of the TRIMs Agreement. The fact that the allocation of 30 per cent of the licences required for the importation of third-country bananas is contingent upon the marketing of EC (and traditional ACP) bananas amounts, in the view of the Complainants, to a purchasing requirement which falls within the first category of the Illustrative List in the Annex to the TRIMs Agreement of those trade-related investment measures which are inconsistent with Article III:4 of GATT.”

Para. 7.185. “*In considering these arguments, we first examine the relationship of the TRIMs Agreement to the provisions of GATT. We note that with the exception of its transition provisions (1) the TRIMs Agreement essentially interprets and clarifies the provisions of Article III (and also Article XI) where trade-related investment measures are concerned. Thus the TRIMs Agreement does not add to or subtract from those GATT obligations, although it clarifies that Article III:4 may cover investment-related matters.”*

Para. 7.186. “*We emphasize that in view of the importance of the TRIMs Agreement in the framework of the agreements covered by the WTO, we have examined the claims and legal arguments advanced by the parties under the TRIMs Agreement carefully. However, for the reasons stated in the previous paragraph, we do not consider it necessary to make a specific ruling under the TRIMs Agreement with respect to the eligibility criteria for the different categories of operators and the allocation of certain percentages of import licences based on operator categories. On the one hand, a finding that the measure in question would not be considered a trade-related investment measure for the purposes of the TRIMs Agreement would not affect our findings in respect of Article III:4 since the scope of that provision is not limited to TRIMs and, on the other hand, steps taken to bring EC licensing procedures into conformity with Article III:4 would also eliminate the alleged nonconformity with obligations under the TRIMs Agreement.”*

Para. 7.187. “*Therefore, we do not consider it necessary to make a specific ruling under the TRIMs Agreement with respect to the allocation to Category B operators of 30 per cent of the licences allowing the importation of third-country and non-traditional ACP bananas at in-quota tariff rates.”*

normalmente ocorria com a promulgação de medidas de nacionalização e expropriação de empresas multinacionais e suas propriedades¹⁴.

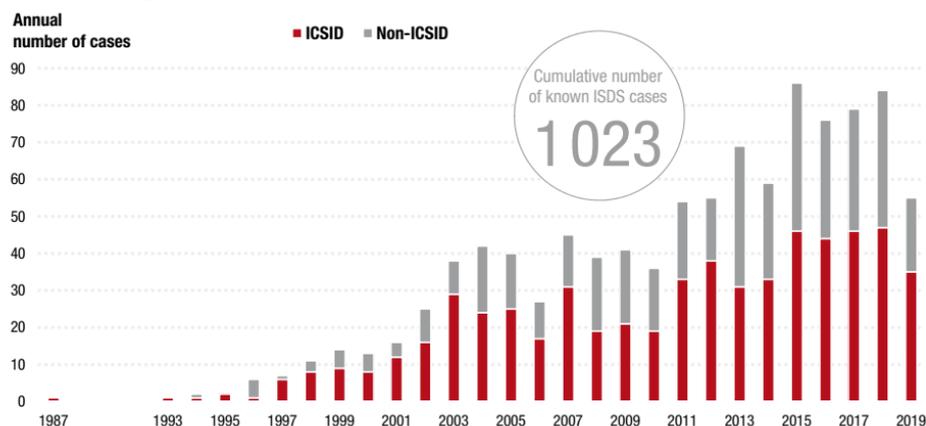
A despeito de ter sido comentado que o primeiro tratado de investimento conhecido assinado entre dois países é o BIT entre Alemanha e Paquistão, de 1958, de acordo com Caio Soares (2017), o primeiro tratado de investimento a conter a cláusula de arbitragem entre investidor e Estado é o BIT entre Holanda e Quênia, de 1970.

Aqui, cabe indicar que a novidade trazida neste BIT e perpetuada entre tantos outros é, justamente, a possibilidade de um investidor de qualquer uma das partes reivindicar a formação de um tribunal arbitral internacional para acionar diretamente o Estado receptor do investimento, e fazer com que este (caso derrotado na arbitragem) venha a compensar aquele por não ter cumprido com as cláusulas de proteção ao investimento previstas no acordo. Em inglês, denomina-se *Investor-State Dispute Settlement*, cuja sigla, ISDS, será usada com frequência neste trabalho.

Deste primeiro BIT até os dias atuais, o caminho da ISDS, em comparação às outras possibilidades de solução de controvérsias em investimento, certamente é o mais bem-sucedido, quando considerado o parâmetro do número de casos conhecidos.

De acordo com as revisões de decisões da ISDS realizadas pela UNCTAD em janeiro de 2020, o número total de casos conhecidos de ISDS baseados em IIAs chegou a 1.023, sendo a maior parte deles conduzida sob o ICSID (UNCTAD, 2020), conforme figura 1.

Figura 1 – Casos conhecidos de ISDS baseados em IIAs, em 2020



Fonte: UNCTAD (2020).

¹⁴ “O que, porém, ganha relevo nos anos 1950 e 1960 é que a exceção à aplicação do Direito local decorrente na origem estrangeira de investidores e investimentos já não era aceitável depois da Segunda Guerra Mundial e, particularmente, da ampla difusão de movimentos de libertação nacional e da afirmação de uma identidade do Terceiro Mundo. À noção de um afastamento *ratione personae* dos Ordenamentos nacionais, portanto, termina por se impor uma excepcionalidade episódica, mesmo que previsível em face da conjuntura mundial, que tinha em mente que o inevitável dismantelamento do colonialismo não se dava sempre de maneira suave e, muitas vezes, os saltos e solavancos políticos terminavam em nacionalizações e socializações de ativos estrangeiros.” (COSTA, 2015, p. 879)

Inclusive, vale ressaltar que, provavelmente, o número de casos deve ser maior, uma vez que várias das arbitragens são conduzidas de forma confidencial. O documento da UNCTAD (2020) ainda detalha que, até o momento, 120 países e um grupo econômico são conhecidos por terem respondido a uma ou mais reivindicações de ISDS.

Apenas em 2019, foram iniciados 55 casos, o que representa o menor número de casos iniciados nos últimos cinco anos – em contraponto, por exemplo, em 2018 foram iniciados 84 casos – sendo que, no mesmo ano, foram emitidos ao menos 71 laudos arbitrais em disputas investidor-Estado.

É importante destacar que a maior parte das disputas investidor-Estado é empreendida sob a organização do Centro Internacional para Solução em Disputas de Investimentos, ou, no original, *International Centre for Settlement of Investment Disputes* que, na prática, funciona como uma organização internacional com regras procedimentais próprias para a realização de arbitragens em investimento, conforme se verá na seção a seguir.

1.2.1 ICSID

O *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) pode ser vislumbrado não somente como um centro próprio de administração das arbitragens internacionais, mas também compreende um conjunto de regras e regulamentos sobre a ISDS, a qual tem como norte a Convenção de Washington de 1965 (ou Convenção ICSID), que estipula as principais regras para a consecução da arbitragem entre investidor e Estado, bem como as Regras de Arbitragem da ICSID, que dispõem sobre as regras processuais e procedimentais da arbitragem em si.

Neste sentido, para que um IIA ou BIT habilite a arbitragem via ICSID para resolver conflitos entre investidor e Estado, é comum que o texto do acordo faça referência, no capítulo sobre ISDS, à possibilidade de submeter uma reclamação sob a Convenção ICSID, ou sobre as regras da *ICSID Additional Facility Rules*.

A grande maioria dos IIAs que incluem cláusulas ou capítulos de ISDS indica o ICSID como uma das possibilidades, senão a única possibilidade, e, por conta disso, a maioria das disputas conhecidas e mapeadas foi realizada em seu âmbito, conforme já destacado.

Dada a sua importância, a subseção 1.2.1.1 detalha o seu processo de criação, identificando qual o papel da Convenção de Washington de 1965, com suas regras de

procedimento e execução de laudos arbitrais, perpassando pelas regras de arbitragem do ICSID e finalizando com a demonstração da sua aplicação e interpretação em alguns casos.

1.2.1.1 O processo de criação e características do ICSID

Ao se constatar, em 1961, as poucas possibilidades de o investidor acionar um Estado soberano receptor do seu investimento, o Conselheiro Geral do Banco Mundial enviou uma nota aos seus diretores executivos, sugerindo a possibilidade de direito acesso do investidor a meios de resoluções de conflitos, particularmente por meio da arbitragem¹⁵.

Depois de três anos e meio sob discussões com especialistas de diversos países, tanto na sede da ONU como em conferências regionais nos diversos continentes, foi elaborada a minuta de uma Convenção em 1964, a qual vislumbrava um desenho estrutural sob as seguintes características: efeito vinculante de um acordo escrito para arbitrar disputas, constituição de tribunais *ad hocs* e direito substantivo aplicável apontado preferencialmente pelas partes (KLYKOVA, 2014; THOMAS; DHILLON, 2017). Depois disso, os diretores executivos do banco revisaram o texto, cuja minuta final, conhecida como Convenção de Washington, foi aprovada em 1965. “A Convenção entrou em vigor após a sua ratificação pelos primeiros 20 Estados em 14 de outubro de 1966” (THOMAS; DHILLON, 2017, p. 462, tradução nossa).

Na prática, após a ratificação e entrada em vigor da convenção, também foi criado o próprio ICSID na forma de organização multilateral, o qual funcionaria como o braço de aplicação prática da Convenção de Washington.

De acordo com o *site* do Banco Mundial, o ICSID é uma das cinco organizações que compõem o Banco Mundial. Ao lado dele estão o *International Bank for Reconstruction and Development*, o *International Development Association*, o *International Finance Corporation*, e a *Multilateral Investment Guarantee Agency* (ICSID, 2021).

No entanto, apesar de ter sido criado no âmbito do Banco Mundial, o ICSID é independente e possui sede e administração própria em Washington D.C., e apresenta uma

¹⁵ “*The nature of the problem, as outlined above, suggests a solution along the following lines:*
 (a) *a recognition by States of the possibility of direct access by private individuals and corporations to an international tribunal in the field of financial and economic disputes with Governments;*
 (b) *a recognition by States that agreements made by them with private individuals and corporations to submit such disputes to arbitration are binding international undertakings;*
 (c) *the provision of international machinery for the conduct of arbitration, including the availability of arbitrators, methods for their selection and rules for the conduct of the arbitral proceeding;*
 (d) *provision for conciliation as an alternative to arbitration.*” (LUIS, 2013, p. 2)

estrutura orgânica formada por um Conselho Administrativo e uma Secretaria (COSTA, 2010, p. 204).

De acordo com Luis (2013, p. 81), “a opção adotada pelos Estados foi a de criar uma organização internacional, intergovernamental, multilateral, com personalidade jurídica própria, contemplada dentro da estrutura do Banco Mundial”. Para o autor, tal estrutura faz sentido, pois o Banco funciona como uma agência de desenvolvimento, em que, dentre os seus objetivos, está a promoção do investimento internacional (LUIZ, 2013). Além disso, o perfil de instituição internacional governado por regras e procedimentos internacionais, com a exaustão nos mecanismos de controle e reconhecimento da sentença arbitral, são um diferencial para o ICSID.

Em 1978, foi criado o *Additional Facility Rules*, que permitiu a disputa quando somente um dos países fosse parte do ICSID¹⁶.

O ICSID foi estabelecido, portanto, para resolver disputas entre (ao menos) um estado contratante e um investidor que seja nacional de outro Estado contratante no âmbito da Convenção de Washington¹⁷. Em suma, o ICSID administra as arbitragens de ISDS que se enquadram na jurisdição da referida convenção (KLYKOVA, 2014).

1.2.1.2 Regras de jurisdição, procedimentais e do ICSID

Em relação especificamente à jurisdição do ICSID, o art. 25 da Convenção de Washington estabelece dois critérios de atração: o primeiro, em razão da pessoa (*ratione pernoae*), quando a disputa é entre um Estado receptor signatário do ICSID, de um lado, e o investidor (pessoa física ou jurídica) nacional de um outro Estado contratante¹⁸; e em razão

¹⁶ “Os Mecanismos adicionais foram criados pela Secretaria Administrativa do ICSID, autorizando o Secretariado do ICSID a administrar certos procedimentos entre os Estados e nacionais de outros Estado que não se enquadrem no objeto da CW, ou seja, (i) os procedimentos que objetivem o simples esclarecimento de fatos; (ii) os procedimentos de conciliação ou arbitragem entre um Estado e um investidor, onde o Estado-Parte na controvérsia ou o Estado de origem do investidor não seja signatário da CW; ou (iii) os procedimentos de conciliação ou arbitragem em que pelo menos uma das partes seja signatário da CW (ou nacional de um Estado-Signatário), cujo objeto não se relacione direta ou indiretamente a investimentos, mas que também não se refiram a transações comerciais ordinárias. Nenhuma das disposições da CW se aplica aos casos administrados pelos Mecanismos Adicionais” (DIAS, 2007, p. 406-407)

¹⁷ Para Bernadete de Figueiredo Dias (2007, p. 398) “O ICSID surgiu como uma tentativa de conciliação dos interesses contraditórios entre os Estados e investidores. De um lado, os investidores buscam a liberdade de movimento de capitais e a proteção dos investimentos realizados; de outro lado, os Estado receptores de investimentos buscam controlar esses investimentos, de forma a obter o maior benefício possível em decorrência da instalação do investimento no país, visando a implementar suas políticas públicas de desenvolvimento”.

¹⁸ No caso de dupla nacionalidade, caso uma das nacionalidades não seja de Estado contratante e a outra sim, considera-se esta válida para fins de jurisdição, a menos que a nacionalidade seja do Estado-parte na arbitragem. (COSTA, 2010)

da matéria (*ratione materiae*), uma vez que a disputa jurídica em questão deve surgir a partir de um investimento e versar sobre este investimento (COSTA, 2010; GODINHO, 2008; KLYKOVA, 2014)

No entanto, para ter competência de julgar casos que se enquadrem em sua jurisdição, o ICSID precisa do consentimento de ambas as partes, sendo este possível se identificar por um contrato que contenha cláusula arbitral ou, nos termos mais recentes, por normas nos próprios tratados de investimento (GODINHO, 2008). No caso dos Estados, o consentimento pode ser realizado “1. Mediante compromisso arbitral; 2. Por uma cláusula compromissória em contrato de investimento; 3. Em uma lei interna; 4. Em tratados internacionais” (COSTA, 2010, p. 213). Já no caso dos investidores, além das duas primeiras possibilidades, o consentimento termina se efetivando, na prática, com a apresentação da controvérsia à arbitragem.

A formação do tribunal arbitral se dá após o protocolo da controvérsia ao Secretário Geral da ICSID, que conferirá o consentimento da outra parte, o que só poderá ser negado diante de patente falta de jurisdição deste¹⁹.

Após verificado o consentimento, passa-se à formação do tribunal, que será composto por árbitro singular ou número ímpar, conforme compactado entre as partes, ou, em caso de ausência de indicação expressa das partes (ou do contrato), serão indicados três, sendo que cada parte indica um árbitro, e o terceiro será apontado em comum acordo (COSTA, 2010). Esta, inclusive, é a composição mais comum nos tribunais arbitrais do ICSID.

Na ausência de indicação do árbitro por uma das partes, o Secretário do ICSID é quem assumirá a responsabilidade e fará a sua indicação. No entanto, ele só poderá indicar árbitros que compuserem a lista de árbitros do ICSID e, em nenhum caso, os indicados pelo Secretário poderão ser nacionais de qualquer das partes envolvidas no processo (COSTA, 2010; GODINHO, 2008).

De acordo com o art. 40(2) da Convenção de Washington, os árbitros indicados devem ter elevado caráter moral e reconhecida competência nos campos do Direito, comércio, indústrias ou finanças, bem como condições para realizar um julgamento isento (COSTA, 2010).

¹⁹ “A recusa de registro somente é permitida no caso de patente falta de jurisdição do Centro para o caso, como no caso de o Estado nacional do investidor ou o Estado receptor não forem Partes contratantes da Convenção de Washington, e consultas ao ICSID, e até mesmo um pré-requerimento de instância, podem ser efetuadas pela parta autora, a fim de se evitar recusa do requerimento.” (GODINHO, 2008, p. 333)

O tribunal, quando constituído, tem o condão de determinar sua própria competência (com base na jurisdição do ICSID e dos limites estabelecidos previamente pelas partes). Em outras palavras, “[...] sendo exclusivo o poder do tribunal de decidir em matéria de competência, esta não pode ser afastada em outras instâncias, seja a Corte Internacional de Justiça, sejam as cortes nacionais” (COSTA, 2010, p. 220). As objeções a respeito da competência estabelecida pelo tribunal devem ser solvidas no próprio âmbito do tribunal, conforme art. 41(2) e 45(2) da CW.

Sendo constituído o tribunal, as regras de procedimento a serem seguidas são as próprias da Convenção de Washington: as Regras Processuais Aplicáveis aos Procedimentos de Conciliação e Arbitragem da ICSID e as Regras Processuais aplicáveis aos Procedimentos de Arbitragem da ICSID. Neste sentido: “Exceto se as partes convierem de outra maneira, outras questões procedimentais serão reguladas pelas Regras de Arbitragem votadas pelo Centro e em vigor na data do consentimento bilateral de apresentação à jurisdição ao Centro” (PEREIRA, 1998, p. 90)²⁰.

É por isso que as principais questões sobre o direito aplicáveis na arbitragem no âmbito do ICSID são relativas ao direito substantivo e, no caso da Convenção de Washington, “a lei material é objeto de um único artigo, o 42, que estipula a autonomia ilimitada das partes em relação à lei material, quer seja nacional, internacional ou combinação de ambas” (PEREIRA, 1998, p. 90).

Por outro lado, na ausência de uma definição contratual ou consensual, “o Tribunal aplicará o direito do Estado parte na disputa (inclusive suas regras de conflito de leis) e normas de direito internacional julgadas cabíveis” (PEREIRA, 1998, p. 90). Caso seja o direito do Estado receptor seja apontado como o direito material aplicável, existe o cuidado de evitar que eventuais alterações no conteúdo das suas leis possam deixar o investidor desprotegido. “Neste sentido, muitos contratos associam à clausula arbitral e à indicação do Direito do Estado receptor as chamadas cláusulas de estabilização, que congelam as disposições legais no tempo da celebração do contrato” (COSTA, 2010, p. 221).

Em relação à instrução do processo arbitral, o tribunal tem ampla discricionariedade para requerer documentos, convocar testemunhas, realizar verificações *in loco*, consultar especialistas, contratar estudos e pareceres, entre outras possibilidades, a menos que as partes convenham de outra maneira. De toda forma, o tribunal deve dispor de todos os meios

²⁰ “As partes podem transigir sobre regras processuais, específicas para o caso concreto, que se sobrepõem àquelas existentes no sistema ICSID. No caso de não terem decidido sobre isso anteriormente, a primeira audiência do tribunal é a oportunidade para estabelecer tais regras” (GODINHO, 2008, p. 336).

possíveis para estabelecer a verdade material, ainda que algumas possibilidades sejam restringidas pelas partes (COSTA, 2010).

Já a participação de *amicus curiae* é um tema mais controverso, uma vez que a sua participação em audiências fica a critério do tribunal, que consultará as partes a respeito. Não obstante, em relação à apresentação de documentos e evidências, bem como o acesso aos autos do processo, insta destacar que, em 2006, as regras de arbitragem da ICSID foram emendadas, para realizar um aumento da transparência do procedimento. Nesse sentido, as mudanças realizadas não somente regulamentaram a divulgação pública de informações nos procedimentos do ICSID, como também “introduziram uma reforma significativa com relação à participação das partes não contestadoras e aos pedidos de *amicus*” (CALAMITA; ZELAZNA, 2016, p. 280)²¹, como, por exemplo, a possibilidade de terceiras partes não integrantes do processo de submeterem manifestações escritas sob autorização do tribunal após este consultar as partes litigantes.

Após a instrução do processo, parte-se para a elaboração e emissão do laudo arbitral, que basicamente é composto de duas partes, sendo a primeira um resumo dos fatos e das questões de fundo, e a segunda versa sobre as considerações jurídicas, as quais envolvem temas gerais sobre a constituição do tribunal, de jurisdição do tribunal, dos méritos do caso (ou seja, a decisão de fato) e, por fim, a divisão das custas.

Uma vez emitido o laudo arbitral, este tem efeito de coisa julgada (*res judicata*) e vinculante, e a questão discutida não pode ser submetida à uma nova discussão em outro foro, não estando também sujeita a controle externo (i.e., Corte Internacional de Justiça), sendo possível, no âmbito da Convenção de Washington, apenas as seguintes opções: a)

²¹ Rule 37

Visits and Inquiries;

Submissions of Non-disputing Parties

(1) *If the Tribunal considers it necessary to visit any place connected with the dispute or to conduct an inquiry there, it shall make an order to this effect. The order shall define the scope of the visit or the subject of the inquiry, the time limit, the procedure to be followed and other particulars. The parties may participate in any visit or inquiry.*

(2) *After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “non-disputing party”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which:*

(a) *the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties;*

(b) *the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute;*

(c) *the non-disputing party has a significant interest in the proceeding.*

The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission.

suplementação e retificação (art. 49(2)); b) interpretação (art. 50); c) revisão (art. 51); e d) anulação (art. 52) (LUIS, 2013).

A suplementação e retificação prevista no art. 49 (2) da Convenção de Washington pode ser solicitada por uma das partes diretamente ao tribunal arbitral, para que este suplemente ou retifique laudo com partes incompletas ou com questões mal redigidas ou não inteligíveis. Grosso modo, funcionaria de forma parecida com os embargos de declaração no processo civil brasileiro.

Já no caso da interpretação, conforme art. 50 da Convenção de Washington, ela não integra o laudo arbitral, mas auxilia seu cumprimento, indicando a melhor forma de interpretar as disposições decisórias do laudo. Tal instrumento é importante, por exemplo, na etapa em que o investidor solicita a um determinado tribunal local a execução do referido laudo (LUIS, 2013). Neste caso, o referido tribunal necessariamente deverá levar em consideração a interpretação do tribunal arbitral.

Em relação à revisão da sentença, conforme art. 51 da Convenção de Washington, trata-se de uma possibilidade restrita a restaurar a verdade material dos fatos, quando uma das partes tenha conhecimento ou evidência de um fato não conhecido à época da emissão do laudo arbitral. Nesse sentido, a parte deve demonstrar que o fato é novo; que ele alteraria de forma substantiva a decisão do tribunal arbitral, caso fosse conhecido à época do julgamento; que ele era desconhecido à época do julgamento pela parte que pediu revisão; e que tal desconhecimento não se deu por negligência própria (LUIS, 2013). Não obstante, essa possibilidade está restrita por um prazo prescricional duplo, em que “a parte deve protocolar o pedido em até 90 dias, contados da data em que tomou conhecimento do fato, desde que o pedido seja realizado dentro do período de 3 anos, contados da data em que a sentença foi proferida” (LUIS, 2013, p. 90).

Por fim, a última alternativa de alteração do laudo arbitral é a sua anulação por completo, conforme previsão do art. 52 da Convenção de Washington. Esta é uma das características mais marcantes do ICSID, pois, diferentemente dos laudos de arbitragem comercial, nos quais pedidos de anulação são julgados por cortes nacionais, no ICSID o pedido de anulação é julgado por um comitê *ad hoc*, constituído com a finalidade específica de analisar esse pedido (LUIS, 2013). De acordo com Luis (2013, p. 91), “[...] o processo de anulação é desenhado para prover ajuda emergencial para violações escandalosas para garantir a integridade da decisão do tribunal arbitral”.

Um dos principais motivos para o processo de anulação transitar em um comitê *ad hoc* é garantir a imparcialidade da decisão, “isto porque, de um lado, o investidor poderia não

confiar nas cortes do Estado receptor do investimento, e o Estado receptor do investimento poderia não confiar nas cortes de outro Estado” (LUIS, 2013, p. 91).

Os motivos passíveis de arguição para anulação de um laudo arbitral são listados de forma exaustiva no art. 52 (1) da Convenção de Washington, a qual se disponibiliza abaixo com explicações resumidas:

- a) constituição incorreta do tribunal – quando da ausência ou invalidade do acordo entre as partes para sua constituição; conflitos de nacionalidade entre os árbitros e uma das partes ou de interesses entre os árbitros e uma das partes;
- b) decisão fora do âmbito da competência – quando diante de uma decisão realizada em manifesto excesso de poder do tribunal, seja de cunho jurisdicional (falta de competência para julgar) ou de cunho material (não aplicação do direito concernente ao caso);
- c) corrupção de algum membro do tribunal – este tópico é autoexplicativo e demanda evidenciar que um dos membros do tribunal esteve envolvido em práticas de corrupção concernentes ao contencioso sobre o qual foi emitido o laudo;
- d) descumprimento grave de norma procedimental – neste caso, deve-se identificar que não somente houve o descumprimento de norma procedimental fundamental ao andamento do processo, mas que tal descumprimento tenha sido grave o suficiente para impedir que uma das partes usufrísse da equidade processual e, dessa forma, tenha sido elaborado um laudo imparcial;
- e) falta de motivação do laudo – este talvez seja o motivo mais subjetivo para ensejar a anulação de um laudo arbitral, pois deve não apenas atacar a suficiência ou inadequação da motivação do laudo arbitral, mas sua total ausência de motivação, seja por ela de fato inexistir ao longo da peça, havendo apenas a decisão de que não esteja atrelada a uma exposição de razões, seja, também, no caso de esta exposição de razões ser completamente contraditória à decisão de fato.

Observa-se que as razões de anulabilidade do laudo partem de motivações graves, uma vez que “tanto a expressão da norma quanto os estreitos limites das hipóteses de anulabilidade – todas graves – apontam para a intenção de dar a esse procedimento a condição de excepcional, o que é corroborado pelo número relativamente baixo de anulações pedidas” (COSTA, 2010, p. 233).

O pedido deve ser direcionado ao secretário geral do ICSID dentro de 120 dias da data em que a sentença foi prolatada, salvo quando se tratar de caso de corrupção de um dos membros do tribunal, em que o prazo passa a contar a partir da descoberta do referido caso. De toda a forma, a decadência do direito de anular um laudo ocorre após três anos da prolação da sentença original.

1.2.1.3 Regras de execução do laudo arbitral do ICSID

Sendo finalizado o procedimento arbitral, pela emissão do laudo, e não sendo ele anulado, passa-se a analisar o seu caráter vinculante entre as partes, conforme art. 53 da Convenção de Washington e passível de execução em qualquer Estado contratante da referida Convenção, conforme estipulado no art. 54:

A obrigação internacional estabelecida pelo art. 54 da CW abrange todos os estados contratantes e não apenas os que estejam, de algum modo, envolvidos na controvérsia. Desse modo, a parte que busca o reconhecimento do laudo e sua execução pode escolher o fórum mais favorável, garantindo maior possibilidade de efetivação da decisão tomada pelo tribunal arbitral. (COSTA, 2010, p. 235)

Em relação ao reconhecimento das sentenças arbitrais, as cortes estão obrigadas a conceder o *exequatur*, uma vez verificada a autenticidade do laudo arbitral pelo Secretário Geral do ICSID. As cortes não podem, portanto, “reexaminar a jurisdição do tribunal arbitral, o mérito da decisão nem qualquer das hipóteses de anulação da sentença arbitral” (LUIS, 2013, p. 105).

No caso da execução do laudo arbitral, esta deve ser resumida em obrigações pecuniárias, e as cortes nacionais devem executá-las como se fossem sentenças elaboradas por elas mesmas. Neste sentido, o direito aplicável será o do país no qual se acionou o tribunal interno para executar o laudo arbitral.

No entanto, chama-se a atenção a um aspecto particular da execução sob a Convenção de Washington, que é o fato de que o Estado não é obrigado a renunciar a sua imunidade:

[...] o artigo 55 da Convenção de Washington é claro ao estabelecer que não há renúncia do Estado à sua imunidade em caso de execução da sentença arbitral. Isso significa que um Estado pode resistir à execução de uma sentença arbitral com base em sua imunidade, se esta defesa for possível segundo as leis do local onde se está promovendo a execução. (LUIS, 2013, p. 107)

É importante, ainda, indicar que, além da possibilidade de execução do laudo arbitral no âmbito da própria Convenção de Washington, é possível, também, proceder à sua execução sob a Convenção de Nova Iorque, caso os dois Estados envolvidos no contencioso (o Estado de nacionalidade do investidor, de um lado, e o Estado receptor do investimento, de outro) sejam signatários dela. Mais detalhes sobre a execução de laudos arbitrais sobre a Convenção de Nova Iorque serão discutidos na próxima subseção.

1.2.1.4 Regras de arbitragem do ICSID

De acordo com o art. 44 da Convenção de Washington de 1965, a arbitragem será processada de acordo com as regras de arbitragem estabelecidas pelo ICSID, as quais foram inicialmente adotadas pelo Conselho Administrativo em 25 de setembro de 1967²² e tornadas efetivas em primeiro de janeiro de 1968.

As regras de arbitragem do ICSID têm provisões específicas sobre o estabelecimento do tribunal, o seu trabalho, os procedimentos gerais da arbitragem, os procedimentos de submissões orais e escritas, a elaboração e a forma do laudo arbitral e as medidas posteriores à emissão do laudo arbitral. Até o período pré-2006, passaram por algumas emendas. Esse período compreendia um grande salto na utilização da ISDS do ICSID, uma vez que, entre 1972 e 1991, haviam sido registrados apenas 26 casos, ao passo que entre 1992 e 2005 foram registrados 173 casos.

A situação de crescente utilização do sistema passou a levantar apontamentos pelos utilizadores (seja investidor ou Estado), reverberados na academia, de eventuais deficiências que tornavam o sistema burocrático, como não ter procedimentos específicos de dispensa preliminar de casos sem méritos nem ter a previsão de medidas cautelares, bem como o deixavam pouco transparente, tanto em virtude da falta de publicação dos laudos arbitrais como pela impossibilidade de apresentação de documentos por terceiros ou de sua participação em audiências (YACKEE; WONG, 2006).

Diante desse cenário, o Secretário-Geral do ICSID enviou aos membros do Conselho Administrativo um documento de “Possíveis Melhorias na Estrutura de Arbitragem do ICSID” (ANTONIETTI, 2006, p. 429). Em 2005, foi lançado mais um documento com

²² Os regulamentos e regras do ICSID foram adotados pelo Conselho de Administração em conformidade com o artigo 6 (1) (a)-(c) da Convenção de Washington. Além das regras de Arbitragem do ICSID, também compreendem o Regulamento Administrativo e Financeiro do ICSID, as regras da instituição ICSID e as Regras de Conciliação do ICSID

possíveis reformas da ISDS, e os comentários gerados na discussão de ambos os documentos deram ensejo a uma proposta de emenda às Regras de Arbitragem do ICSID e criação de Regras Adicionais de Facilitação de Arbitragem em novembro (PARRA, 2012). Tais propostas foram colocadas em votação e aprovadas em 2006, tendo entrado em vigor a partir de abril do mesmo ano (ANTONIETTI, 2006).

As principais mudanças das Regras de Arbitragem se relacionam à constituição do tribunal, com regras mais estritas para garantir a imparcialidade do árbitro, possibilidade de participação de terceiras partes interessadas nas audiências (o que só pode ser impedido por consenso das partes disputantes), possibilidade de manifestação escrita por terceiras partes interessadas e *amicus curiae* com a autorização do tribunal, possibilitação de adoção de medidas cautelares e publicação automática de uma versão não confidencial do laudo arbitral (ANTONIETTI, 2006).

Em relação às regras de publicação do laudo arbitral, Jason Yackee e Jarrod Wong (2006) pontuam que o esforço do Centro para adotar medidas que aumentassem a transparência terminou por refletir uma prática já existente, tendo em vista que já havia a publicação integral de vários laudos arbitrais tanto pelo ICSID como por iniciativa de alguma das partes.

Ainda em relação às regras de participação de *amicus curiae*, os supracitados autores indicam que as mudanças foram realizadas com o intuito de deixar a regra da ICSID em conformidade com a decisão do caso de Suez, o qual aumentou a discricionariedade do tribunal em relação à aceitação de contribuição de terceiras partes interessadas não integrantes da disputa (YACKEE; WONG, 2006, p. 262).

1.2.1.5 Casos de referência do ICSID

Cumprido, por fim, trazer alguns casos importantes para a definição da jurisprudência do ICSID, tendo em vista a dificuldade de definição de algumas questões importantes, como, por exemplo, a própria definição de investimento ou investidor e a delimitação jurídica do termo expropriação indireta.

Em relação à definição do termo investimento sob a Convenção de Washington, cumpre destacar a decisão do caso *Salini et al. v. Morocco*²³, à qual o tribunal arbitral

²³ ICSID Case No. ARB/00/4

estabeleceu uma espécie de teste de quatro etapas para enquadrar determinada ação como investimento:

- a) deve haver uma contribuição em dinheiro ou ativos;
- b) deve ocorrer uma certa duração dessa contribuição sobre um projeto a ser implantado;
- c) deve haver o elemento do risco;
- d) deve ocorrer uma contribuição à economia do Estado hospedeiro da ação.

Tal precedente estabeleceu um parâmetro que foi literalmente adotado em outros casos, como, por exemplo, *Joy Mining Machinery v. The Arab Republic of Egypt*²⁴ e *Jan de Nul N.V. v. Arab Republic of Egypt*²⁵, ou, ainda, serviu de base para se discutir a definição de investimentos, seja em disputas distintas, seja no próprio debate acadêmico.

Neste sentido, o “*Salini test*” também foi utilizado como parâmetro para anulação do laudo arbitral do caso *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*²⁶, uma vez que versava a respeito da hipótese de o estabelecimento de um escritório de advocacia representar um investimento, o que, de acordo com o “*Salini test*”, não representava (XAVIER JÚNIOR, 2014).

Por outro lado, como parte do debate, insta destacar que um critério normalmente contestado do “*Salini test*” é a obrigatoriedade de contribuição para o desenvolvimento econômico do Estado hospedeiro. Tanto que, segundo o autor, ultimamente vem sendo abandonado nos últimos laudos arbitrais (e.g. *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*²⁷; *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*²⁸; *Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA, and Allan Fosk Kaplún v. Plurilateral State of Bolivia*²⁹) (XAVIER JÚNIOR, 2014).

Em relação à definição da competência em razão da pessoa, pode-se citar o caso *Tokios Tokelés v. Ukraine*³⁰ ou o caso *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*³¹, nos quais se entendeu que o termo investidor pode compreender empresas no país de origem do investimento cujos sócios ou controladores sejam nacionais do país receptor do investimento.

²⁴ ICSID Case No. ARB/03/11

²⁵ ICSID Case No. ARB/04/13

²⁶ ICSID Case No. ARB/99/7

²⁷ ICSID Case No. ARB/06/5

²⁸ ICSID Case No. ARB/09/2

²⁹ ICSID Case No. ARB/06/2

³⁰ ICSID Case No. ARB/02/18

³¹ (ICSID Case No. ARB/06/3

Em relação ao estabelecimento da jurisdição do tribunal arbitral, pode-se citar o caso *Joy Mining Machinery Ltd. v. Egypt*³², cujo laudo foi publicado em 2004, o qual entendeu que, para existir a jurisdição de uma arbitragem baseada na Convenção de Washington, o direito em conflito deve não apenas ser definido como investimento no BIT relevante ao caso, mas também ser definido como investimento na própria Convenção de Washington, o qual já havia sido explorado no caso “Salini”. Tal entendimento foi, inclusive, replicado no caso *Malaysian Historical Salvors Sdc, BHD v. The Government of Malaysia*³³, cuja decisão foi publicada em 2007.

Por fim, em relação à definição do termo expropriação indireta, pode-se citar o caso *Metalclad Corp. v. United Mexican States*³⁴, no qual se entendeu que medidas as quais, ainda que não nacionalizassem os ativos da empresa, mas tivessem o efeito de privar o proprietário, no todo ou em parte significativa, do uso ou benefício econômico razoavelmente esperado da propriedade, poderiam ser comparadas a uma expropriação.

Portanto, é possível estabelecer a importância do ICSID não somente em relação à estruturação procedimental da ISDS, como também em relação à construção de precedentes jurisprudenciais que, ainda que não tenham efeito vinculante, foram relevantes para a construção de um entendimento em relação a temas fundamentais na regulação do investimento estrangeiro (e à sua proteção).

1.2.2 UNCITRAL

De acordo com o seu *site* oficial, a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional, ou *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), é o órgão jurídico central do sistema das Nações Unidas no campo do direito do comércio internacional, de associação universal, especializado na reforma, modernização e harmonização das regras do comércio internacional³⁵.

No entanto, não apenas no campo do comércio internacional vem atuando a UNCITRAL, mas ela também tem papel relevante no direito internacional do investimento, uma vez que, assim como o ICSID, contém, em seu arcabouço jurídico, regras de arbitragem

³² ICSID Case No. ARB/03/11

³³ ICSID Case No. ARB/05/10

³⁴ ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

³⁵ Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/about>. Acesso em: 11 jun. 2021.

internacional que passaram a ser aplicadas à ISDS. Além disso, a sua estrutura física pode também ser utilizada para administrar os conflitos.

Esta subseção está organizada de forma similar à anterior, expondo o processo de criação da UNCITRAL e as regras concernentes à arbitragem internacional, o detalhamento dessas regras, tanto em relação ao seu procedimento, como também na execução de laudos arbitrais e, ao fim, demonstrando a aplicação e interpretação das referidas regras em alguns casos.

1.2.2.1 O processo de criação e características da UNCITRAL

Antes de tratar das regras de arbitragem da UNCITRAL, cumpre destacar que a própria criação da referida comissão foi motivada pelo sentimento da Assembleia Geral, em 1965, de que as regras aplicadas internacionalmente entre os países eram dissonantes e poderiam estar atrapalhando a própria interação comercial dos países. Por conta disso, a Assembleia Geral solicitou ao Secretariado da ONU um relatório para o desenvolvimento de um Direito do Comércio Internacional, o qual recomendou, em 1966, a criação de uma comissão para acelerar a harmonização das regras internacionais de comércio, a qual foi adotada via Resolução 2205 (XXI) no mesmo ano³⁶ (FRANCHINI, 1994).

Maiores detalhes sobre a estrutura da UNCITRAL serão dispostos no capítulo 5, pois esta subseção se dedicará a explorar as Regras de Arbitragem da UNCITRAL, que são a base de condução processual de diversas arbitragens de investimentos. Inicialmente adotadas em 1976, as Regras tinham o objetivo de estabelecer procedimentos para a solução de controvérsias internacionais, que são originárias de relações comerciais entre Estados, bem como entre investidores e Estados.

Insta, aqui, realizar uma observação em termos de metodologia de classificação, tendo em vista que, a despeito da possibilidade de utilização em disputas de Estado contra Estado, as Regras de Arbitragem da UNCITRAL passaram a ser mais utilizadas em disputas entre investidor e Estado (inclusive tendo motivado a UNCITRAL a criar regras específicas de transparência para esse tipo de arbitragem), razão pela qual se entendeu mais coerente enquadrá-la na subseção de arbitragem entre investidor e Estado, nesta tese.

³⁶ “A Assembleia Geral, em 1966, aprovou a Resolução 2205 (XXI) para estabelecer a comissão recomendada - UNCITRAL. Também através da Resolução 2205 (XXI), a Assembleia Geral deu mandato à UNCITRAL, ‘como o órgão jurídico central dentro do sistema das Nações Unidas no campo do direito comercial internacional’, para promover a ‘harmonização progressiva e unificação do direito do comércio internacional’” (FRANCHINI, 1994, p. 2224-2225, tradução nossa).

Ato contínuo, as regras de arbitragem cobrem todos os aspectos do processo arbitral, fornecendo um modelo de cláusula compromissória, estabelecendo regras processuais relativas à nomeação de árbitros e à condução de procedimentos arbitrais, bem como estabelecendo regras em relação à forma, efeito e interpretação do laudo arbitral³⁷. Atualmente, existem três versões diferentes das Regras de Arbitragem: a) a versão original de 1976; b) a versão revisada de 2010; e c) uma versão complementar de 2013, que estabeleceu Regras sobre Transparência para Arbitragem ISDS baseadas em Tratados.

A subseção a seguir se debruça sobre os aspectos gerais das regras de 2010, bem como sobre os principais aspectos das Regras sobre Transparência, tendo em vista que estas já foram adequações das regras de 1976 para atender às práticas da arbitragem de investimento, já que as regras originais foram desenhadas, inicialmente, para processar arbitragens comerciais.

1.2.2.2 Regras de arbitragem da UNCITRAL

A modelação das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010 foi fruto de um trabalho realizado em oito sessões e completado em, aproximadamente, quatro anos, pelo Grupo de Trabalho em Arbitragem e Conciliação da UNCITRAL, sendo adotado pela UNCITRAL em 25 de junho de 2010, e pela Assembleia Geral da ONU em 06 de dezembro de 2010 (SRINIVASAN, 2013).

Tais regras consistem em 43 artigos, categorizados em quatro seções: a primeira, sobre as regras introdutórias; a segunda, sobre a composição do tribunal; a terceira, denominada como “procedimentos arbitrais”, que tratam especificamente das regras processuais da arbitragem; e, por fim, a última seção, que trata das regras de elaboração e emissão do laudo arbitral. A seguir, será especificada cada uma das seções.

Em relação à seção relativa às regras introdutórias, esta estabelece, inicialmente, o escopo de aplicação das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, sendo ressaltada, no art. 1(1), a necessidade de consenso entre as partes para a sua aplicação, bem como, no art. 1(2), a aplicabilidade das regras apenas para acordos ou contratos concluídos após 15 de agosto de 2010, uma vez que, antes dessa data, as regras vigentes eram as de 1976. A seção ainda trata da forma pela qual a notícia da arbitragem deve ser elaborada, indicando conteúdos

³⁷ Disponível em:

<https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration#:~:text=The%20UNCITRAL%20Arbitration%20Rules%20were,and%20commercial%20disputes%20administered%20by.> Acesso em: 26 abr. 2021.

obrigatórios³⁸, bem como indica a sua forma de transmissão, sendo incluída a possibilidade de comunicação via *e-mail*³⁹, em que passarão a contar os prazos processuais da arbitragem.

Por fim, a seção trata das indicações dos representantes legais de cada parte⁴⁰, bem como da definição da autoridade administradora do procedimento de arbitragem (principalmente para fins de indicação de árbitros e atuação como secretariado), a qual, na ausência de um consenso entre as partes, caberá ao Secretário-Geral da Corte Permanente de Arbitragem (PCA, na sigla em inglês) definir⁴¹.

Cumprе destacar que a autoridade administradora da arbitragem pode, inclusive, ser uma instituição que possua regras próprias de procedimento, como o ICSID, a International Chamber of Commerce (ICC) e a American Arbitration Association. Além disso, alguns casos famosos com regras da UNCITRAL, como, por exemplo, *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*⁴² ou *National Grid plc v. The Argentine Republic*, foram procedidos sob a administração do ICSID.

Na segunda seção, que trata da composição do tribunal, são descritas regras em relação ao número de árbitros a compor o tribunal, que serão três, na ausência de um consenso entre as partes⁴³. Nesta formação, cada uma das partes (reclamante e reclamado) indica um árbitro, enquanto a autoridade administradora indica o terceiro árbitro⁴⁴. Caso as partes entendam pela composição por apenas um árbitro, este será indicado pela autoridade administradora⁴⁵.

Destaca-se que, na segunda seção, são estabelecidos critérios de desafios (ou processos de suspeição) dos árbitros, os quais as partes têm a prerrogativa de utilizar nas hipóteses em que duvidar da imparcialidade ou independência de algum árbitro para atuar no julgamento⁴⁶. De toda sorte, já é obrigação dos árbitros indicados informar, espontaneamente, toda e qualquer situação ou circunstância que possa afetar a sua imparcialidade no julgamento do processo⁴⁷. Caso um árbitro seja de fato considerado suspeito, a sua substituição será realizada de acordo com o formato inicialmente acordado, ou seja, a parte que tenha indicado o árbitro suspeito ou a autoridade administradora deverá indicar o seu substituto⁴⁸.

³⁸ Art. 3 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

³⁹ Art. 2(5) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁴⁰ Art. 5 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁴¹ Art. 6 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁴² ICSID Case No. ARB/03/19

⁴³ Art. 7(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁴⁴ Art. 9(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁴⁵ Art. 8 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁴⁶ Art. 12(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁴⁷ Art. 11 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁴⁸ Art 14(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

Na terceira seção, que trata dos procedimentos arbitrais, as regras da UNCITRAL deixam aberta uma boa margem discricionária, para o próprio tribunal arbitral definir os procedimentos a serem adotados, como também os prazos a serem estabelecidos, desde que se preze pela celeridade e economia processual⁴⁹. Neste sentido, o art. 17(3) indica a possibilidade de o tribunal realizar audiências para a apresentação de provas por testemunhas, incluindo peritos, ou para alegações orais. Em relação ao local da arbitragem, caso este não tenha sido definido previamente pelas partes envolvidas, o tribunal pode decidir a respeito. Já a lógica da definição da língua oficial dos procedimentos perpassa, primeiro, pela indicação do tribunal e, posteriormente, pela aceitação das partes.

Em relação à declaração de reinvidicação do direito por parte da reclamante, bem como a contestação por parte da reclamada, os arts. 20 e 21, respectivamente, trazem uma série de elementos necessários para endereçamento. Quaisquer outras manifestações adicionais à estas devem perpassar pela análise e decisão do tribunal⁵⁰.

Uma novidade em relação à versão anterior das Regras de Arbitragem da UNCITRAL foi trazida no art. 26, e se refere à possibilidade de os tribunais arbitrais adotarem medidas liminares⁵¹ em relação a:

- a) manter ou restaurar o *status quo*, enquanto se aguarda a determinação da disputa;
- b) tomar medidas que impeçam, ou abster-se de tomar medidas que possam causar,
 - (i) dano atual ou iminente ou (ii) prejuízo ao próprio processo arbitral;
- c) fornecer um meio de preservar ativos a partir dos quais uma sentença subsequente possa ser cumprida; ou
- d) preservar evidências que possam ser relevantes e materiais para a resolução da disputa.

A lista acima é parte do art. 26(2), sendo exemplificativa e não exaustiva, tendo em vista que o tribunal pode adotar uma medida provisória em relação a questões específicas, para assegurar a condução apropriada do caso.

⁴⁹ Art. 17(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁵⁰ Art. 24 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁵¹ “Ao contrário das Regras de 1976, as Regras de 2010 tratam elaboradamente de medidas provisórias. A Lei Modelo foi amplamente alterada em 2006 e várias disposições sobre medidas provisórias do tribunal foram inseridas como Capítulo IVA. No momento da revisão das Regras de Arbitragem, a Secretaria da UNCITRAL sugeriu que as disposições do Capítulo IVA pudessem ser adotadas nas Regras de 2010. Consequentemente, várias disposições do Capítulo IVA foram incorporadas nas Regras de 2010 com alterações *mutatis mutandis*”. (SRINIVASAN, 2013, p. 7, tradução nossa).

Em relação ao ônus da prova, este caberá a cada uma das partes em relação às suas alegações, o que indica inicialmente que o ônus da parte reclamante será sempre provar a infração da parte reclamada de um tratado, acordo ou contrato de investimento⁵².

Por fim, a quarta seção traz as regras para elaboração e emissão do laudo arbitral. Neste sentido, a decisão final do tribunal deve ser tomada com base no voto da maioria da sua composição, quando esta for superior a um árbitro⁵³.

O direito aplicável à controvérsia deve ser aquele designado pelas partes. No entanto, na ausência de uma clara definição, o tribunal poderá aplicar o direito que entenda aplicável⁵⁴.

É importante destacar que, após a emissão do laudo arbitral, existe abertura para que as partes possam requerer tanto uma interpretação oficial sobre algum ponto do laudo arbitral como, também, pedir para que o tribunal de fato corrija algum erro ou omissão do laudo. No entanto, não existem provisões sobre a possibilidade de anulação do laudo arbitral por um tribunal *ad hoc*, tal como ocorre nos casos do ICSID. Tal controle é realizado posteriormente, no momento de reconhecimento e execução do laudo sob as regras da Convenção de Nova Iorque.

Por fim, outra novidade da versão de 2010 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL são as regras relacionadas à divisão das custas do processo. Isto porque, a despeito de já haver previsão da divisão das custas processuais na versão de 1976, que era realizada exclusivamente a critério do tribunal arbitral, a versão de 2010 traz algumas diretrizes adicionais para prover maior previsibilidade às partes. A primeira delas é a possibilidade de emitir um laudo em separado, para determinar a divisão das custas⁵⁵. Outra mudança é a necessidade de o tribunal estimar o quanto antes a maneira pela qual se cobrará os encargos de sua atuação, particularmente estabelecendo uma base de honorários para os cálculos das custas⁵⁶. Por fim, a versão de 2010 traz uma predileção pela alocação das custas da arbitragem à parte perdedora do conflito, sendo cabível ao tribunal realizar tal alocação de forma proporcional, quando entender razoável e levando em conta as circunstâncias do caso⁵⁷.

Logo após a aprovação das reformas das regras de arbitragem, em 2010, o Grupo de Trabalho em Arbitragem e Conciliação da UNCITRAL passou a debater regras específicas de

⁵² Art. 27 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁵³ Art. 33 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁵⁴ Art. 35(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁵⁵ Art.40(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁵⁶ Art.41(3) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

⁵⁷ Art.42(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 2010.

transparência para a arbitragem entre investidor e Estado⁵⁸. Tais regras criaram não somente um repositório público dos documentos não confidenciais do processo, como também abriram margem para a participação de terceiros interessados.

1.2.2.3 Regras sobre transparência para arbitragem ISDS da UNCITRAL

A *Rules on Transparency for Treaty-based Investor-State Arbitration*, ou, simplesmente, Regras sobre Transparência da UNCITRAL, foi resultado de um trabalho realizado pelas delegações de 55 membros, bem como Estados e organizações observadoras, ao longo de quase três anos de negociações. Apesar de a adoção ter sido feita em julho de 2013, a sua eficácia se iniciou em abril de 2014.

O desafio, à época, era enfrentar algumas complexidades nas regras da UNCITRAL que, basicamente, obstavam o acesso ao conteúdo das decisões do tribunal, bem como a sua publicação posterior.

Para tanto, uma das principais medidas foi a criação do parágrafo 4, no artigo 1º das Regras de Arbitragem, que vinculou todos os novos acordos de investimento firmados após abril de 2014 às novas Regras sobre Transparência.

Em relação, especificamente, às Regras de Transparência de 2013, cumpre destacar a criação de um repositório público, o qual deverá ser alimentado com documentos do processo de arbitragem (desde que não sejam confidenciais), que deverão ser acessíveis ao público amplo⁵⁹.

Outrossim, dentre as principais disposições da aplicação das Regras de Transparência de 2013, estão:

- a) a sua aplicação às arbitragens ISDS originárias de tratados que contenham a previsão de aplicação das regras de arbitragem da UNCITRAL;
- b) a impossibilidade de as partes derogarem as regras de transparência, caso estas sejam aplicáveis;

⁵⁸ “Em sua quadragésima primeira sessão, a UNCITRAL decidiu dar prioridade ao tema da transparência na arbitragem investidor-Estado imediatamente após a revisão das Regras de Arbitragem da UNCITRAL” (SRINIVASAN, 2013, p.15, tradução nossa).

⁵⁹ De acordo com o art. 3 das Regras de Transparência, tal repositório deverá disponibilizar: a notificação de arbitragem, a resposta à notificação de arbitragem, a declaração de reclamação, a declaração de defesa e quaisquer outras declarações ou apresentações por escrito, de qualquer parte em disputa; uma tabela listando todos os anexos aos documentos acima mencionados e aos relatórios de peritos e declarações de testemunhas, se tal tabela tiver sido preparada para o processo, mas não os próprios anexos; quaisquer submissões por escrito da Parte não litigante (ou Partes) do tratado e de terceiros, transcrições das audiências, quando disponíveis; e ordens, decisões e laudos do tribunal arbitral.

c) a utilização do poder discricionário do tribunal arbitral deverá levar em conta o interesse das partes e o interesse público sobre a questão; a possibilidade de receber documentos de terceiras partes após consultas às partes; a abertura das audiências ao público.

Pelo que se pode absorver das mudanças implementadas nas Regras de Transparência, ocorreu uma automatização da publicação dos documentos e informações fornecidas e geradas no decorrer de um processo arbitral, tornando as partes litigantes em temas de interesse público, tal como regras de meio ambiente, direito dos trabalhadores e direitos humanos responsivos às demandas sociais. Neste sentido, pode-se afirmar que houve um grande avanço em relação às regras anteriores. A análise de Johnson *et al.* (2013) é precisa quando os autores afirmam que:

Nas versões anteriores das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, as disputas entre investidores e Estados muitas vezes não eram tornadas públicas, mesmo quando políticas públicas importantes estavam envolvidas ou práticas comerciais ilegais ou corruptas eram descobertas. As novas Regras sobre Transparência agora substituem o padrão anterior sancionado pela ONU, que regularmente permitia que disputas entre investidores e Estados fossem mantidas fora da disputa pública. (JOHNSON *et al.*, 2013, p. 4, tradução nossa)

No entanto, as regras de transparência continham um problema processual prático, que teria que ser endereçado à parte, qual seja: a sua implementação só deveria ser considerada em novos acordos, sendo que os IIAs que fossem firmados anteriormente à vigência dessas regras não estariam a elas vinculados:

[Todas] as reivindicações decorrentes do universo existente de 3.000 tratados [continuariam] isentos de quaisquer requisitos de transparência, a menos que as partes em disputa [concordassem] de outra forma ou a menos que os tratados [fossem] proativamente emendados por seus Estados contratantes de forma a incorporar explicitamente as novas regras. (KAUFMANN-KOHLER, POTESTÀ, 2016, p. 28, tradução nossa)

Em virtude disso, a UNCITRAL desenhou a Convenção de Maurício com os objetivos de (1) facilitar a aplicação das Regras de Transparência aos tratados de investimento vigentes antes da data de entrada em vigor dessas Regras e (2) fornecer um mecanismo para dar aplicação às Regras de Transparência não apenas à arbitragem ISDS sob o procedimento da UNCITRAL, mas a todos os procedimentos ISDS, independentemente das regras procedimentais aplicáveis (CALAMITA; ZELAZNA, 2016).

1.2.2.4 Convenção de Maurício

A Convenção de Maurício nada mais é do que o estabelecimento de regras de aplicação temporal das Regras de Transparência da UNCITRAL de 2013, para facilitar que o conglomerado de mais de 3000 acordos de investimentos que vigiam antes da publicação das Regras de Transparência passasse a estar vinculado aos novos procedimentos de transparência.

Nesse sentido, a adesão à convenção é fundamental para que as novas regras de transparência da UNCITRAL passem a ter efetividade, uma vez que, a partir do momento em que dois países de um determinado BIT adiram à Convenção, naturalmente o seu BIT já agregará as novas regras de transparência, sendo elas exigíveis em qualquer arbitragem ISDS relativa a esse BIT, e assim por diante. Ou seja, quantos mais países ratificarem a convenção, mais IIAs e BITs passarão a adotar as Regras de Transparência da UNCITRAL.

A Convenção de Maurício também prevê a aplicação das regras de transparência quando apenas o Estado receptor do investimento tenha aderido a ela (KAUFMANN-KOHLER; POTESTÀ, 2016).

A Convenção de Maurício ainda não abrange a maioria dos países que tenham IIAs assinados. Ela foi assinada apenas por algumas das principais economias mundiais, tais como: Estados Unidos, Alemanha e França, sendo que nenhuma delas ainda a ratificou.

No quadro 1 disponibiliza-se o *status* dos países que aderiram à convenção, de acordo com dados da UNCITRAL (2021a).

Quadro 1 – *Status* dos países que aderiram à Convenção de Maurício

Participante	Data da assinatura	Data da ratificação
Austrália	18 Jul 2017	
Bélgica	15 Set 2015	
Benin	10 Jul 2017	
Bolívia	16 Abr 2018	
Camarões	11 Mai 2017	18 Jun 2018
Canadá	17 Mar 2015	12 Dez 2016
Congo	30 Set 2015	
Finlândia	17 Mar 2015	
França	17 Mar 2015	
Gabão	29 Set 2015	
Gambia	20 Set 2017	28 Set 2018

Alemanha	17 Mar 2015	
Iraque	13 Fev 2017	
Itália	19 Mai 2015	
Luxemburgo	15 Set 2015	
Madagascar	1 Out 2015	
Maurício	17 Mar 2015	5 Jun 2015
Holanda	18 May 2016	
Suécia	17 Mar 2015	
Suíça	27 Mar 2015	18 Abr 2017
Síria	24 Mar 2015	
Reino Unido	17 Mar 2015	
EUA	17 Mar 2015	

Fonte: Uncitral (2021a).

Portanto, a aplicabilidade da Convenção permanece pendente de sua adesão (e ratificação), para maior efetividade e transparência dos procedimentos de arbitragem. Esse atraso causa a percepção de que, além da falta de eficácia das reformas já realizadas, elas ainda não cobriram todos os aspectos necessários para a promoção de um sistema mais acessível, justo e *accountable*.

1.2.2.5 Execução do laudo arbitral da UNCITRAL sob a Convenção de Nova Iorque

Após a emissão do laudo arbitral, e já havendo perpassado por eventuais interpretações e/ou correções, caberá a sua execução, que poderá ser exercida pela parte vencedora a partir das regras da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ou, simplesmente, Convenção de Nova Iorque.

A referida Convenção foi aprovada em 10 de junho de 1958, pelas Nações Unidas, e teve como objetivo principal o estabelecimento de um mecanismo de execução dos laudos decorrentes de resoluções de conflitos comerciais entre privados. Não obstante, dado o aumento do número e da relevância dos IIAs que continham cláusulas de ISDS, a Convenção de Nova Iorque passou também a ser utilizada como um mecanismo de execução de laudos oriundos de disputas em investimento.

Nesse sentido, assim como a Convenção de Washington, analisada na subseção anterior, a Convenção de Nova Iorque também obriga todos os Estados conveniados a reconhecer e executar os laudos arbitrais internacionais⁶⁰.

⁶⁰ Art. III da Convenção de Nova Iorque

No entanto, conforme estabelecido no art. I (3), um Estado poderá estabelecer determinadas reservas antes de ratificar a Convenção de Nova Iorque, limitando a obrigação de reconhecimento dos laudos arbitrais apenas aos que forem elaborados no território de outra Parte conveniada e apenas para relações jurídicas consideradas “comerciais” de acordo com sua legislação nacional.

Além disso, o art. V da Convenção estabelece a possibilidade de recusa do reconhecimento do laudo arbitral pelas cortes nacionais dos Estados conveniados quando, sob a legislação local daquele Estado, verificar-se:

- a) um cenário de incapacidade das partes no decorrer do processo arbitral;
- b) a nulidade da convenção de arbitragem ou do próprio devido processo;
- c) a nulidade do âmbito da convenção de arbitragem;
- d) a invalidade do estabelecimento da jurisdição do tribunal arbitral; ou mesmo
- e) diante da anulação ou suspensão do laudo arbitral no país em que, ou sob a lei do qual, o próprio laudo foi feito.

A Convenção define, ainda, dois motivos adicionais pelos quais o tribunal doméstico pode, por sua própria iniciativa, recusar o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral, com fundamento em questões de arbitragem do caso e de ordem pública⁶¹.

Na prática, a Convenção de Nova Iorque estabelece uma etapa de reconhecimento dos laudos arbitrais pelos tribunais internos dos países onde se pretende realizar a execução, sendo possível, inclusive, que aquele tribunal local considere o laudo em questão nulo por algum vício formal, deixando de executá-lo.

Assim, o processo de reconhecimento em si dos laudos arbitrais deverá obedecer não apenas aos próprios dispositivos legais da Convenção de Nova Iorque, como também ao direito interno do Estado em que se buscará o reconhecimento e execução do laudo.

1.2.2.6 Casos de referência da UNCITRAL

De toda sorte, cabe por fim indicar que as regras da UNCITRAL serviram como base procedimental para importantes arbitragens ISDS, particularmente no âmbito do NAFTA, e

⁶¹ Art. V.2 da Convenção de Nova Iorque: “*Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:* (a) *The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country;* or (b) *The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.*”

terminaram por estabelecer precedentes importantes, instituindo, inclusive, as regras de procedimento da UNCITRAL como principal alternativa à ICSID.

Como primeiro exemplo, cita-se o caso *Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States*, em que as partes concordaram em permitir que o público acompanhasse as audiências do processo, realizando uma transmissão ao vivo em uma sala à parte (HORN, 2008).

Como um segundo exemplo, tem-se os famosos casos *CME v. Czech Republic* e *Lauder v. Czech Republic*, os quais lidaram com diversas questões controversas na ISDS, como: *forum shopping*, transparência, competência jurisdicional e expropriação indireta. Estes casos serão mais bem explorados na subseção 2.2.7, relacionada ao tema *forum shopping*. Não obstante, é possível vislumbrar novamente a criação de um precedente importante no caso *CME v. Czech Republic*, quando este decidiu que as atitudes do governo tcheco violaram o BIT entre a República Tcheca e a Holanda e que, por conta disso, teria ocorrido uma expropriação indireta dos ativos da CME, a qual fundamentou a condenação do referido governo a pagar a quantia de 250 milhões de dólares estimados em danos à CME (SACERDOTI, 2005).

Em um terceiro exemplo, pode-se citar o caso *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, o qual entendeu que a jurisdição do tribunal se estendia também a questões relativas à tributação desde que estas estivessem relacionadas ao cumprimento de um contrato de investimento específico sob o BIT relevante⁶².

Um quarto exemplo interessante é o caso *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, no qual o tribunal regulamentou uma definição para “circunstâncias similares” (ou *like circumstances*, em inglês) para a aplicação do princípio do tratamento nacional. No caso, entendeu-se que, se um investidor estrangeiro e um investidor local estiverem no mesmo ramo econômico ou de negócios, pode-se considerar que eles estejam em uma circunstância similar e, portanto, esse fato pode ensejar uma reclamação *pro quebra* do princípio do tratamento nacional previsto no IIA, que, no caso, era o NAFTA.

Desta forma, é possível considerar as regras de arbitragem da UNCITRAL como uma importante ferramenta para a ISDS, estando a organização em si (a própria UNCITRAL) também centrada no debate sobre as possíveis melhorias no ambiente de arbitragem ISDS, tendo em vista não somente os recentes aperfeiçoamentos das regras procedimentais, mas, principalmente, centralizando o principal debate sobre possíveis reformas ao sistema como

⁶² *LCIA Case No. UN3467*

um todo, por meio do seu *Working Group III*, conforme será melhor exposto no capítulo 5 desta tese.

1.2.3 Outras organizações internacionais como autoridades indicadoras

Conforme destacado nas subseções anteriores, é necessário estabelecer as diferenças entre as regras de arbitragem especificamente e as organizações e órgãos internacionais que atuam como administradores de uma arbitragem. Uma das principais funções destas autoridades é indicar os árbitros que comporão o tribunal arbitral. Por este motivo, também são chamadas de autoridades indicadoras.

Neste sentido, um bom exemplo desse tipo de autoridade é a ICSID, que, além de conter regras procedimentais para a arbitragem, também tem uma estrutura própria que a permite atuar como administradora de casos de arbitragem, ainda que mediante regras procedimentais distintas, como as da UNCITRAL.

No entanto, cabe destacar que, além da ICSID, outras organizações internacionais privadas podem dedicar sua estrutura para a solução de controvérsias no âmbito dos investimentos. Nesta tese, serão destacadas as mais proeminentes.

Em primeiro lugar, tem-se a Corte Permanente de Arbitragem (CPA) que, a despeito do seu nome, não é caracterizada propriamente como uma corte internacional, mas como uma organização intergovernamental, criada em 1899 pela Convenção para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais, para dar suporte jurídico e administrativo a resoluções de conflitos internacionais (GAUKRODGER, 2018). Dentre os serviços oferecidos pela CPA, estão listados a administração de casos de arbitragem internacional, a atuação como autoridade indicadora de árbitros, a atuação como mediadora ou conciliadora, bem como a disponibilização de suas instalações para reuniões e audiências⁶³.

A pessoa responsável por atuar como autoridade indicadora dos árbitros é o Secretário Geral da CPA, o qual é eleito pelo conselho administrativo da corte por um período de cinco anos, sem qualquer restrição à renovação (GAUKRODGER, 2018). Também não foi localizada qualquer regra específica que estabeleça os parâmetros a serem utilizados para sua indicação.

Em segundo lugar, pode-se citar a já mencionada ICC, uma associação privada sem fins lucrativos, fundada em 1919, sediada em Paris. e que representa mais de 45 milhões de

⁶³ Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/services/>. Acesso em: 30 abr. 2021.

companhias, distribuídas em mais de cem países. O Conselho Mundial da ICC é a sua autoridade máxima⁶⁴, sendo constituído por delegações dos seus membros, bem como por seis membros *ex officio*, sem direito a voto⁶⁵.

Em relação às estruturas da ICC dedicadas à arbitragem, destaca-se inicialmente a Corte da ICC, cujo membros são escolhidos pelo seu Conselho mundial. Na prática, “não é um tribunal no sentido usual, mas sim uma autoridade de nomeação e um órgão com supervisão sobre os procedimentos de arbitragem *ad hoc*” (GAUKRODGER, 2018):

As Regras da ICC declaram que (i) a Corte da ICC é um órgão autónomo independente do ICC na execução de sua aplicação das Regras da ICC; e (ii) os membros da Corte da ICC são independentes dos Comitês e Grupos Nacionais da ICC que os propõem. (GAUKRODGER, 2018, p. 33, tradução nossa)

As deliberações para indicação de árbitros são tomadas por maioria de votos, cabendo ao presidente o voto de qualidade em caso de empate. Porém, praticamente todas as decisões são tomadas por consenso. Não obstante, a escolha do árbitro deve ser respeitada por alguns critérios definidos no art. 13 das Regras da ICC, dentre os quais se destacam a escolha de árbitros de nacionalidades diferentes das partes, sua qualidade, imparcialidade e independência.

Por fim, tem-se a Stockholm Chamber of Commerce (SCC), uma associação privada das principais empresas da Suécia, a qual possui um Instituto de Arbitragem estabelecido em 1917 e utilizado como autoridade administrativa de casos de arbitragem comercial e de investimento. O Conselho do Instituto de Arbitragem da SCC, composto de 12 pessoas (sendo um presidente e três vices), é a autoridade indicadora nos casos de arbitragem que lhes são designados para administração (GAUKRODGER, 2018):

O Conselho da AI-SCC tem ampla discricção na nomeação de árbitros. Não há restrições gerais. O AI-SCC não mantém uma lista pública de árbitros. A única limitação é que, a menos que as partes tenham acordado de outra forma ou o Conselho considere apropriado, o árbitro presidente deve ser de uma nacionalidade diferente das partes (se as partes forem de nacionalidades diferentes). (GAUKRODGER, 2018, p. 42, tradução nossa)

As decisões do Conselho do Instituto de Arbitragem da SCC também são tomadas por maioria, dentre elas, as nomeações de árbitros para tribunais ISDS.

⁶⁴ Artigo 5.1 da Constituição da ICC

⁶⁵ Artigos 5.1 e 5.6 da Constituição do ICC

Por fim, em relação aos requisitos para escolha do árbitro, o único reforço que os procedimentos internos da SCC estabelecem é que cada pessoa nomeada como árbitro pela SCC deverá apresentar à esta organização uma declaração assinada de imparcialidade e independência, na forma prescrita pela entidade⁶⁶.

1.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Vislumbrando-se que o direito internacional do investimento foi desenvolvido em bases bilaterais, inicialmente por meio de tratados de comércio entre países e evoluindo para tratados específicos sobre investimento, tal perspectiva se refletiu, também, na falta de centralidade de um mecanismo de solução de controvérsias.

Neste sentido, é possível identificar que o caminho percorrido na construção de uma estrutura de solução de controvérsias em disputas sobre investimentos teve um marco temporal importante, que foi a Convenção de Washington. Antes dela, não se vislumbrava a possibilidade de um nacional iniciar uma disputa de forma direta com um Estado. Esse conflito teria que passar pela boa vontade do seu Estado de origem, por meio da proteção diplomática. No entanto, após a Convenção de Washington de 1965, a maior parte dos BITs posteriores passou a adotar a possibilidade de resolução de conflitos entre investidor e Estado por meio de arbitragem estabelecida em tribunais *ad hoc*.

Tal situação, inclusive, levou à utilização das regras de arbitragem da UNCITRAL em disputas arbitrais de investimento, as quais sofreram uma revisão em 2010, para atender aos anseios específicos daquela demanda.

Restou notório que a fórmula de disputas entre investidor e Estado foi bem-sucedida quando se analisa que o número de arbitragens cresceu exponencialmente, principalmente a partir da década de 1990, tendo atingido mais de mil casos no ano de 2019, segundo apuração da UNCTAD.

Destaca-se que as demais formas de solução de controvérsias, tais como, a proteção diplomática e a correlata disputa entre Estados (seja na arbitragem ou na CIJ), não deixaram de existir. Porém, o papel do Estado de origem do investidor/investimento deixou de ter relevância na tomada de decisão estratégica do próprio investidor, supostamente prejudicado pelo Estado receptor do investimento, tendo em vista que ele não necessita mais da representação do Estado de origem, podendo reclamar diretamente contra o Estado receptor.

⁶⁶ Art. 6 da SCC indica “*procedures as appointing authority under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules*”.

A própria percepção de perda de importância do Estado na estrutura de solução de controvérsias no investimento vem sendo debatida na academia e pelos representantes dos governos dos Estados.

Com base no exposto, é possível estabelecer uma premissa fundamental nesta tese, segundo a qual, a estrutura de solução de controvérsias, no direito do investimento internacional hodierno, é fundada, principalmente, nas disputas entre investidor e Estado. Por isso, a análise dessa estrutura deve ser feita com base nas regras que a regulamentam.

Neste sentido, quando se analisa especificamente a aplicação das regras de arbitragem, tanto as da Convenção de Washington quanto às Regras de Arbitragem da UNCITRAL, é possível perceber semelhanças em vários aspectos das estruturas de solução de controvérsias no investimento. Primeiramente, em relação à composição do tribunal *ad hoc*, normalmente tripartite, e cuja decisão é final. Segundo, aos procedimentos de instrução dos processos, em que basicamente o investidor atua como reclamante e o Estado como reclamado, com a possibilidade de realização de audiências e certa restrição à participação de terceiras partes. Em terceiro lugar, em relação à elaboração do laudo arbitral, que resumirá em pecúnia algum eventual dano sofrido pelo investidor. Por fim, às formas de execução, que são via tribunais internos do Estado perdedor ou de algum Estado conveniado à Convenção de Washington ou à Convenção de Nova Iorque.

Certamente, existem diferenças em termos de procedimentos e características entre as regras de arbitragem do ICSID e da UNCITRAL, conforme detalhado no Apêndice A. Assim como existem diferenças nos procedimentos de execução do laudo arbitral inerentes a cada modelo, conforme sistematizado no Apêndice B, que faz uma comparação entre as convenções de Washington e de Nova Iorque. Dessa forma, é possível formular uma segunda premissa para este trabalho: a de que as regras da ICSID e da UNCITRAL, bem como os casos que foram julgados sob as suas regras, podem servir de parâmetro para se estabelecer as vantagens e desvantagens da atual estrutura da ISDS, para evoluir no debate sobre eventuais reformas desejáveis, reformas já realizadas e propostas de novas reformas.

Neste sentido, cumpre indicar que tanto as regras da ICSID como as da UNCITRAL já perpassaram por adequações referentes ao aumento de transparência em seus procedimentos e a participação de terceiras partes interessadas, como forma de atender a anseios, não somente de transparência, como também de responsividade das decisões realizadas por seus tribunais.

Com base nestas premissas, o próximo capítulo aprofundará as características positivas e negativas relativas à atual estrutura, bem como serão dispostos eventuais modelos de reforma.

2 AS PRINCIPAIS VANTAGENS E DEFICIÊNCIAS APONTADAS PARA A ISDS

À medida que determinado instrumento jurídico é difundido e mais utilizado, tanto os seus usuários como os estudiosos interessados no tema passam a identificar as suas características, comparando-as a outros instrumentos semelhantes, ou contrastando-as a modelos concorrentes.

Isso não foi diferente para a ISDS, tendo em vista que, com a sua maior utilização a partir dos anos 2000, tanto os Estados que passaram a ser mais acionados, como as organizações internacionais e a academia se voltaram a mapear os principais elementos desse modelo e a compará-lo aos modelos anteriores de cortes internacionais, ou mesmo aos de outras organizações internacionais, como a solução de controvérsias na OMC.

Com base nestas análises e estudos, foi possível construir um modelo geral com as características da ISDS, ou, em outras palavras, “dar uma face” a este modelo, como também identificar de que forma ele pôde atender às expectativas teóricas na época da sua idealização, na década de 1960.

Para alguns autores, foi possível, inclusive, compreendê-lo como formador de um sistema (ainda que difuso) de resolução de litígios no campo do investimento estrangeiro, dadas as suas características processuais, amparadas pelas regras da UNCTAD ou UNCITRAL, e pelos órgãos administradores de conflitos, conforme disposto no capítulo anterior (BALTAG, 2019; JOVANOVIC, 2017)

Ainda, em relação às suas características, foi possível entender quais delas podem ser consideradas vantajosas ao *status quo ante* ou em relação a outros modelos, e quais podem ser identificadas como deficientes e carentes de reforma ou melhoria.

Este capítulo tem, portanto, a intenção de expor as razões centrais que movimentam o debate sobre eventuais reformas da ISDS, perpassando basicamente pelos argumentos levantados em favor do atual sistema e que sustentam a defesa de sua manutenção, e pelos argumentos contrários, que indicam as suas desvantagens e ensejam proposições de reforma.

2.1 PRINCIPAIS VANTAGENS

De forma geral, os trabalhos que se debruçam a identificar e expor as vantagens ou virtudes da ISDS normalmente trazem dois perfis de argumentos. O primeiro dá amparo a argumentos de expectativa legítima dos usuários em relação ao modelo, enquanto o segundo

aborda vantagens comparativas em relação a outros modelos de resolução de conflitos (UNCTAD, 2013, 2018; HINDELANG, 2014; SCHILL, 2015; LUIS, 2013).

Em relação às virtudes percebidas por meio de expectativas legítimas, estas se confundem com o próprio objetivo da ISDS, que é trazer um modelo de resolução de conflitos que atribua estabilidade e proteção não somente ao investimento em si, mas à própria relação entre o Estado e o investidor. Nesse sentido, por parte do investidor, sua expectativa legítima é, certamente, um modelo de proteção mais completo para o seu investimento, enquanto que, do lado dos Estados (particularmente dos países em desenvolvimento), a adoção de cláusulas ISDS em seus IIAs serve como um instrumento estratégico para captar investimentos, similar a um cartão de visitas em que o Estado é identificado como *investor friendly*, ao passo que também induz o Estado a modernizar as suas estruturas administrativas para atender ao investidor ou lidar com projetos de investimento (HINDELANG, 2014).

No que se refere às vantagens comparativas da ISDS em relação a outros modelos, apesar de a doutrina identificar várias questões pontuais, tais como eventual duração menor do procedimento, liberdade de indicação dos árbitros e possibilidade de execução de laudos arbitrais, este trabalho entende que é possível identificar três grandes argumentos a favor da ISDS:

- a) ela trouxe liberdade procedimental e aprofundou o nível de *expertise* na resolução do conflito;
- b) ela tornou o Estado *accountable* às suas obrigações subjetivas;
- c) ela despolitizou o conflito.

Ressalta-se, por fim, que a consolidação desses argumentos é uma proposição deste trabalho, e, portanto, não constituem lista exaustiva. Não obstante, é possível que quaisquer outros argumentos em favor da ISDS, ou se encontram abrangidos pelos três supracitados argumentos, ou encontram algum tipo de contraposição por alguma desvantagem percebida.

2.1.1 Liberdade procedimental e *expertise* na resolução do conflito

Inicialmente, é válido reforçar, como uma vantagem em si, que a ISDS é mais um caminho possível para a reparação legal dos investidores estrangeiros, ao lado de outras possibilidades, tais como a proteção diplomática, ou mesmo a perseguição do direito do investidor nos tribunais locais do Estado receptor do investimento.

No entanto, a despeito de ser normalmente regida por normas de arbitragem do ICSID ou UNCITRAL, a arbitragem na ISDS detém a liberdade de ter boa parte dos seus

procedimentos definida pelas próprias partes, a começar pela possibilidade de nomeação dos árbitros, o que termina causando a impressão de composição de tribunais não somente neutros, mas também especializados no tema do conflito (UNCTAD, 2018).

Neste sentido, cumpre rememorar que, dentre as regras de nomeação dos árbitros, comumente se estabelece a escolha de juristas independentes e de profundo conhecimento jurídico adstritos a procedimentos indicados em acordos, regras ou convenções internacionais. Neste quesito, a neutralidade pode ser vislumbrada sob dois prismas: em relação aos árbitros, ou em relação ao próprio método de resolução de conflitos (LUIS, 2013, p. 66).

Cumpre destacar que a composição de tribunais arbitrais se dá por um número ímpar de árbitros, normalmente três, em que, na maior parte das vezes, cada parte aponta um árbitro, e a terceira indicação se dá prioritariamente por consenso⁶⁷, o que teoricamente assegura o equilíbrio entre as partes. Além disso, a própria forma de escolha ou indicação dos árbitros pode ser carregada de critérios que induzam a uma composição mais neutra, tendo como exemplo a escolha de não envolver nacionais de qualquer das partes na composição do tribunal arbitral (LUIS, 2013).

Sobre a escolha dos árbitros, cumpre, ainda, ressaltar que alguns autores exaltam a sua *expertise* como uma das principais vantagens da ISDS em relação às demais modalidades de solução de controvérsias de investimento. Essa *expertise* não está restrita apenas ao campo procedimental ou ao conhecimento técnico da matéria em litígio, mas, muitas vezes liga-se ao próprio conhecimento profundo do árbitro a respeito de práticas comerciais, costumes de determinado país ou setor econômico, dentre outros tipos de conhecimentos (LUIS, 2013, p. 72).

Por fim, a rapidez na resolução de conflito pela ISDS é, também, apontada como uma vantagem em relação a outros mecanismos (UNCTAD, 2018). A menor participação de terceiros pode ser considerada um fator de rapidez na resolução (e vista como vantajosa pelos investidores), em relação a procedimentos estabelecidos em cortes nacionais. Isto porque a regra geral é a de que um tribunal arbitral não tem poderes para obrigar uma terceira parte a participar do procedimento arbitral e, tampouco, consolidar duas ou mais arbitragens em um único procedimento sem a anuência das partes⁶⁸ (LUIS, 2013).

⁶⁷ Artigos 7 e 9 das regras da UNCITRAL e Regra 1 e 3 das Regras de Arbitragem do ICSID.

⁶⁸ No entanto, cumpre abrir um parêntese, tendo em vista que se vislumbra em alguns procedimentos a adoção de várias partes no polo ativo do litígios, particularmente, quando as ações governamentais desafiadas atingiram um grande número de investidores, como por exemplo o caso *Giovanna Beccara et al. V. República da Argentina*, onde “o procedimento arbitral, que tinha como objetivo discutir a responsabilidade do Estado argentino de indenizar investidores italianos pela reestruturação de sua dívida pública externa e emissão de

2.1.2 Estado mais responsivo às obrigações assumidas

A previsão de ISDS em um acordo de investimento insere um elemento de *accountability* na sua vigência, uma vez que habilita qualquer investidor, que perfaça as condições de capacidade, a desafiar uma política ou ação do Estado receptor do seu investimento, em função dos direitos de proteção estabelecidos.

Por isso, a ISDS é vista por vários autores como uma peça-chave de estabilização de expectativas dos investidores estrangeiros, ao permitir que estes se contraponham diretamente a comportamentos oportunistas ou mesmo perseguições políticas por parte dos Estados receptores, mantendo-os, portanto, responsáveis pelos seus atos (BROWER; SCHILL, 2009, p. 477).

Em outras palavras, a possibilidade de o investidor reclamar diretamente ao Estado para que este cumpra suas obrigações é vista como uma das grandes virtudes da ISDS, uma vez que, ultimamente, é ela que reforça a legitimidade do sistema, por meio da promoção da *rule of law*:

[...] o fato de que a arbitragem investidor-Estado fazer com que os Estados anfitriões cumpram suas obrigações substantivas para com os investidores estrangeiros não deve ser considerado como um déficit da legitimidade do direito internacional de investimento. Pelo contrário, entender a arbitragem investidor-Estado como um instrumento para responsabilizar os Estados de acordo com o princípio do Estado de Direito deve conferir legitimidade ao sistema (SCHILL, 2015, p. 631, tradução nossa)

Este é, na verdade, um movimento já abordado por Jackson (2006) e outros, no contexto de novas abordagens globais ao direito econômico internacional, particularmente no direito do comércio internacional, em que os autores enxergam uma evolução gradual da abordagem *power-oriented* para uma abordagem *rule-oriented*, baseada nas regras de direito econômico internacional.

Além de desempenhar uma função estabilizadora de expectativas de investidores estrangeiros, de atribuir de credibilidade à sua relação com o Estado e de tornar os próprios projetos de investimentos mais seguros e eficientes, a ISDS colabora para a própria legitimidade do regime de proteção ao investimento ao restringir ações indevidas dos Estados (SCHILL, 2015).

novos títulos, contava inicialmente com mais de 180.000 (cento e oitenta mil) reclamantes diferentes” (LUIS, 2013, p. 76)

Tal processo de *accountability* se dá, conforme destacado anteriormente, em tribunais teoricamente neutros e especializados que detêm a discricionariedade, não somente para resolver o conflito *per se*, mas também para dispor sobre a interpretação do direito subjetivo estabelecido no IIA, bem como estabelecer as bases de execução do Estado reclamado, quando necessário.

Neste sentido, é importante destacar que a proliferação dos acordos de investimentos formou um terreno jurídico favorável à adoção de laudos arbitrais em várias jurisdições (UNCTAD, 2018). É dizer que, se 163 países são membros do ICSID⁶⁹ e estão vinculados às decisões de seus laudos arbitrais pela Convenção de Washington ou, caso não tenham aderido à ICSID, mas tenham ratificado a Convenção de Nova Iorque (à época dessa redação perfaziam também, de 163 jurisdições⁷⁰), os laudos arbitrais sob amplas as Convenções podem ser executados praticamente no mundo inteiro. Em suma, o atual modelo de ISDS apresenta um enorme alcance na resolução de controvérsias no investimento.

No entanto, conforme já ressaltado no capítulo anterior, as decisões arbitrais no sistema ISDS devem ser orientadas pela melhor aplicação do direito positivo, sem a influência política de quaisquer uma das partes, e sem a motivação pessoal dos próprios adjudicadores. Caso contrário, os laudos arbitrais podem ser alvos de pedidos de anulação. Essa situação em si, é entendida como mais uma vantagem da ISDS: a despolitização das resoluções de conflitos no âmbito do direito internacional do investimento estrangeiro.

2.1.3 Despolitização do conflito

Alguns autores defendem que a ISDS foi uma mudança de paradigma no direito internacional do investimento, pois, anteriormente a ela, os acordos de investimento eram meras cartas ou declarações políticas que, embora tivessem reflexos diplomáticos, não eram capazes de funcionar como um corpo de regras executáveis na prática, dada a dificuldade do investidor em perseguir o seu direito (BROWER; SCHILL, 2009).

Particularmente, o fato de o investidor não depender mais do seu Estado de origem para exercer a proteção diplomática e eventualmente acionar as cortes internacionais – sendo

⁶⁹ De acordo com a atualização de 12 de abril de 2019. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>, acesso em 26 fev. 2020.

⁷⁰ De acordo com consulta ao *site* <http://www.newyorkconvention.org/countries>, acesso em 26 fev. 2020.

possível acionar diretamente o Estado receptor do investimento via arbitragem – contribui para a despoliticização de disputas de investimento (HINDELANG, 2014).

Isso porque, conforme já destacado, a proteção diplomática em si é um mecanismo dominado por considerações políticas, tendo em vista que, além do interesse legítimo do investidor, existem diversas outras variáveis que o Estado protetor considera, tal como o risco de sanções econômicas, políticas e mesmo bélicas por parte do Estado reclamado (KRIEBAUM, 2018). Mesmo no caso de uma reclamação ser levada à CIJ, além de esta não ser uma corte necessariamente especializada em direito do investimento estrangeiro, o Estado protetor continuará à frente da reclamação, e a sua forma de atuação, se mais ou menos incisiva, continuará contando com o cálculo de risco político (UNCTAD, 2018; SCHILL, 2015; LUIS, 2013).

Por outro lado, ainda que o investidor pense na possibilidade de se utilizar dos tribunais internos do Estado receptor do investimento, outros riscos políticos também incidem nessa decisão, principalmente quando o investimento é realizado em países em que as estruturas da administração pública e do poder judiciário não são maduras, ou quando existem indícios de que estas sofrem de corrupção crônica:

Em muitos países em desenvolvimento e em transição, tribunais independentes que decidem os casos de acordo com regras pré-estabelecidas de direito em tempo hábil estão ausentes. A corrupção no judiciário é um assunto triste, mas diário em tribunais de muitos países. Além disso, procedimentos judiciais longos e ineficientes que se arrastam ao longo de anos, se não décadas, permanecem bastante comuns. (BROWER; SCHILL, 2009, p. 479, tradução nossa)

Sob este aspecto, é válida a recapitulação de que a ISDS é capaz de mitigar riscos políticos e promover o *rule of law* internacional ao tornar o Estado receptor *accountable*. A capacidade de mitigar riscos está no fato de que o formato da ISDS foi concebido para evitar que o investidor estrangeiro esteja exposto a arbitrariedades que se sobreponham aos riscos regulares do negócio, como, por exemplo, discriminação de tratamento, expropriação direta e indireta ou mesmo a existência de uma justiça interna não confiável no país receptor (HINDELANG, 2014; SCHILL, 2015).

Sob uma perspectiva mais avançada, Sergio Puig e Anton Strezhnev (2017) arguem que a ISDS foi além da despoliticização do processo de resolução de controvérsias no investimento, pois ela pode ser vista, também, como um instrumento de balanceamento de poder entre as partes de um processo, na medida em que os árbitros são propensos a retificar certas desigualdades no curso do processo, seja para um reclamante mais fraco (como uma

pequena e média empresa) enfrentando um país desenvolvido, ou mesmo para um país de menor desenvolvimento, quando este se defende de uma corporação multinacional. É o que os autores denominaram de “Efeito Davi”, em referência à famosa passagem bíblica em que o israelita Davi derrota o gigante Golias.

No experimento realizado pelos referidos autores, há indicações de que, quando os árbitros lidam com um caso cuja parte aparentemente meritória é hipossuficiente em relação à do seu oponente, eles tendem a utilizar seu campo discricionário para permear um certo tipo de “justiça social”, seja por meio de indenizações de maior valor para uma pequena empresa que enfrenta um país desenvolvido, ou pela condenação de todas as custas direcionada apenas ao investidor, quando o reclamado é um país de menor desenvolvimento (PUIG; STREZHNEV, 2017).

Como exemplo, os autores citam os casos em que o investidor Yukos conseguiu a maior indenização da história da ISDS contra o “poderoso” governo russo, por conta de um movimento de expropriações indiretas que este realizou; bem como o caso em que o Uruguai, país em desenvolvimento da América do Sul, foi vencedor em uma reclamação iniciada pela grande corporação de cigarros Phillip Morris, contra suas leis de proteção ambiental (PUIG; STREZHNEV, 2017).

Os próprios autores fazem questão de ressaltar as limitações do seu estudo, bem como trabalhar na existência de diversas complexidades, nos casos de arbitragem ISDS.

Não obstante, é importante frisar que, ainda que eventualmente haja uma tendência a se utilizar de um espaço discricionário para permear certo tipo de “justiça social”, a verdade é que tanto os procedimentos como a condução dos processos e, principalmente, a elaboração dos laudos arbitrais são estritamente fundados na *rule of law*, conforme já ressaltado. Até porque, quaisquer indicativos de que um laudo tenha sido emitido sob a indevida influência política de qualquer uma das partes dará ensejo à sua anulação, conforme regras do ICSID e da UNCITRAL, já expostas no primeiro capítulo.

Por fim, e não menos importante, a despolitização dos conflitos por conta da ISDS também reduziu drasticamente o risco de escalada para conflitos interestaduais, uma vez que não se coloca mais frente a frente dois Estados soberanos, para discutirem a adequação de suas decisões (que também são soberanas) sob a luz da interpretação de uma corte nacional (de um dos Estados) ou internacional (SOARES, 2017). Evita-se, dessa forma, um desgaste político, que poderia se tornar o início de um conflito econômico, social ou mesmo bélico.

2.2 PRINCIPAIS DEFICIÊNCIAS

Conforme já denotado, as análises e propostas de reforma do atual conjunto de IIAs perpassam necessariamente pelo aperfeiçoamento da ISDS, sendo que tal perspectiva é reflexo do número de deficiências apontadas ao seu atual modelo.

Nesse aspecto, uma das críticas efetuadas ao atual modelo ISDS é o fato de que ele alça um indivíduo natural à capacidade jurídica no direito internacional para discutir as disposições estabelecidas nos IIAs firmadas por Estados soberanos. As decisões são tomadas por tribunais *ad hoc*, nomeados pelas partes em disputas individuais, que muitas das vezes refletem na condenação de práticas administrativas ou regulatórias voltadas ao interesse público para a proteção do interesse de um indivíduo investidor, o que, na prática, restringe o direito do Estado receptor de regulamentar, a fim de alcançar objetivos legítimos de política pública (YANG, 2017).

Dessa forma, a ISDS é normalmente questionada quanto à sua legitimidade. A partir dessa crítica, é possível vislumbrar várias outras questões que são colocadas em xeque pela academia e por alguns Estados soberanos, as quais serão denominadas, neste trabalho, como principais deficiências do sistema e expostas nas subseções a seguir.

2.2.1 Falta de transparência

Tendo em vista o apelo público em relação a vários casos, muito se reclama sobre a falta de transparência durante o próprio procedimento arbitral⁷¹. Tal reclamação, normalmente, está ligada a três aspectos do processo de arbitragem:

- a) o acesso do público à informação nas disputas,
- b) a abertura de audiências ao público; e
- c) a capacidade de terceiros de participar como *amicus curiae* em disputas (YANG, 2017; SCHILL; VIDIGAL, 2019).

Nesse sentido, importa esclarecer que não existe obrigação definida, pelas regras do ICSID ou da UNCITRAL, de que a arbitragem entre investidor e Estado deva ser integralmente aberta ao público amplo quando lidar com questões de interesse público. Se tomado como base o art. 48 das Regras de Arbitragem do ICSID, não existe obrigatoriedade

⁷¹ “A lista daqueles que defendem a questão do sigilo na ISDS é abrangente: UNCITRAL, Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), UE, Austrália e uma longa lista de acadêmicos.” (SOARES, 2017, p. 16, tradução nossa)

automática de abertura dos autos ou de participação de terceiros interessados na arbitragem. Neste ponto, Steffen Hindelang (2014) indica que, na perspectiva jurídica, é o direito interno do Estado contratante do IIA que definirá o controle de abertura ou o segredo nos procedimentos de ISDS, com os quais ele pode se comprometer internacionalmente. Em suma, o nível de abertura da ISDS é, ao final das contas, dependente do direito processual aplicável ao caso.

O que vem acontecendo nos últimos anos, e parece uma tendência, é o fato de os próprios Estados receptores darem publicidade aos autos, particularmente em relação a temas de interesse amplo, como direitos humanos, meio ambiente, direitos trabalhistas, entre outros (YACKEE; WONG, 2006).

Inclusive, em relação à participação dos *amicus curiae*, Hindelang (2014) afirma que, embora tenha sido permitido o protocolo de documentos pelos *amicus*, o acesso destes à completude dos autos não é frequentemente permitido. Para aumentar a transparência (por meio da participação dos *amicus*), o referido autor defende que haja previsão de acesso aos autos nos próprios IIAs, sendo responsabilidade dos Estados negociar tal abertura.

De toda a forma, a simples falta de transparência da disputa arbitral pode ser considerada danosa, uma vez que fecha a possibilidade de se analisar o mecanismo em si, e, portanto, impede-se a análise, de forma aprofundada, das possíveis ações de aumento de transparência (SOARES, 2017).

Além das críticas relacionadas à legitimidade da ISDS, outras aparecem em relação à atuação dos tribunais. Nesse ponto, cumpre destacar que, com o tempo e mais elaborações de laudos arbitrais sobre investimento, resta, cada vez mais claramente, que várias decisões incorrem em inconsistências, seja em relação a práticas e visões já consolidadas, mas, particularmente, em relação à aplicação da própria regra do IIA ao caso concreto.

2.2.2 Independência do procedimento

Em relação à independência do procedimento, é comum que as partes se utilizem de organizações internacionais, tais como o ICSID, que é ligado ao Banco Mundial ou, por outro lado, de câmaras internacionais privadas, para atuarem como autoridades administradoras do processo.

Em relação à atuação das câmaras internacionais privadas, como a ICC ou a SCC, existem críticas de que elas sejam propriamente um *business* e, por isso, poderiam ser vistas como atores parciais, particularmente quando lidam com questões que confrontam vultosos

investimento *versus* questões de interesse público (HINDELANG, 2014). Conforme aponta José Augusto Fontoura Costa (2010), atribui-se a entes particulares e a árbitros privados a incumbência de resolverem assuntos soberanos e questões da administração pública.

O entendimento é de que uma organização privada, com interesses próprios, tende a procurar a maximização da sua existência e atuação, tendo em vista, inclusive, que depende financeiramente da quantidade de casos que são julgados em seu âmbito. E, da mesma forma, quando se fala em árbitros privados, estes não respondem da mesma forma que juízes de carreira, sendo apontado, inclusive, que utilizam sua independência em favor dos investidores (COSTA, 2010, p. 242). Neste sentido, o referido autor ressalta que:

Os árbitros não têm vínculos profissionais específicos com o Cisdí ou com qualquer outra instituição. Sua atividade desenvolve-se fora do âmbito do controle público estatal, o que é, aliás, uma importante vantagem em face dos judiciários dos Estados receptores, que poderiam, em tese, tender a proteger ou ser influenciados pela Administração. Mas essa falta de controle público é, por outro lado, preocupante, sobretudo quando se toma em consideração o caráter público das arbitragens internacionais de investimento. [...] há uma ampla liberdade para os árbitros decidirem, a qual pode ser vista como preocupante em face de questões pública relevantes. (COSTA, 2010, p. 243)

Além disso, não há limites para a atuação de profissionais na arbitragem internacional, uma vez que estes podem intercambiar entre a função de árbitro, em um caso, e como consultor jurídico ou advogado em casos seguintes, e vice-versa. Uma análise intuitiva indica que, na condição de árbitros, eles têm, ao menos, um apelo para decidir de uma forma que a decisão estimule futuras disputas (HINDELANG, 2014).

2.2.3 Falta de independência, imparcialidade e diversificação dos árbitros

Tanto a independência como a imparcialidade de um adjudicador são pressupostos essenciais para a consecução da *rule of law*, bem como são amplamente reconhecidas no direito internacional como princípios fundamentais para a garantia da justiça. A independência pode ser entendida como a não vinculação, seja pessoal, profissional, social ou econômica do árbitro a qualquer uma das partes, enquanto a imparcialidade se refere à ausência de pré-julgamento do árbitro em relação ao caso ou às partes (GIORGETTI *et al.*, 2020). Neste sentido, o que se espera de um julgador imparcial e independente é que este decida de acordo com o direito positivo e senso de justiça, sem qualquer influência externa ou fatores não jurídicos, como, por exemplo, questões políticas, ideológicas, financeiras ou mesmo pessoais (GIORGETTI *et al.*, 2020).

As preocupações relativas à independência ou imparcialidade dos árbitros são normalmente endereçadas em dois momentos. O primeiro é prévio à sua própria indicação para a composição do tribunal arbitral, quando a pessoa nomeada deve atender a critérios subjetivos de independência e imparcialidade, conforme estipulado, por exemplo, no art. 6.7 das Regras da UNCITRAL, que estabelece à autoridade indicadora que o árbitro indicado deverá ser imparcial e independente, ou mesmo nas Regras de Arbitragem da ICSID, em que o próprio árbitro deverá assinar um termo de independência⁷². Já o segundo momento acontece após a constituição do tribunal, com a possibilidade de realizar procedimentos de desafio (suspeição) dessa indicação, conforme arts. 11 a 13 das Regras da UNCITRAL, ou a regra 9 das Regras de Arbitragem da ICSID.

Outros instrumentos legais também dão suporte ao senso de necessidade de independência e imparcialidade por parte dos árbitros, como, por exemplo, o *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, elaborado pela *International Bar Association* (IBA) em 2004, o qual estabelece princípios gerais relativos ao significado da independência e imparcialidade de um árbitro e fornece orientações acerca de situações e circunstâncias específicas que podem resultar na desqualificação de um indivíduo como árbitro em um determinado caso (GIORGETTI *et al.*, 2020).

Particularmente, sobre a preocupação em relação à escolha dos árbitros⁷³, é importante ressaltar que, diferentemente das cortes internacionais permanentes, como, por exemplo, a CIJ, que tem um quadro permanente de juízes, os tribunais arbitrais *ad hoc*s são constituídos de forma particular para atender pontualmente a um conflito, sem que haja qualquer controle posterior sobre a quantidade de casos em que o árbitro atuou, seja como advogado, consultor, ou mesmo sendo apontado novamente como árbitro, o que pode causar situações de conflitos aparentes ou não. Não é incomum, por exemplo, identificar um árbitro que atue em paralelo em outros casos como advogado ou consultor, o que a doutrina e a jurisprudência vêm classificando como *double hatting* (LANGFORD; BEHN; LIE, 2017).

⁷² Art. 6(2) das Regras de Arbitragem da ICSID.

⁷³ Importa ressaltar que, além das críticas sobre a independência dos árbitros, existem críticas sobre as próprias características dos árbitros em si. Segundo “Os árbitros de investimento normalmente constituem um grupo de elite de profissionais do direito. Frequentemente, são advogados, professores e ex-juízes que alcançaram cargos de alto escalão em suas respectivas áreas. De acordo com um estudo recente de árbitros do ICSID, os advogados na prática privada dominam o campo com mais de 60% dos árbitros de investimento do ICSID na prática privada. Cerca de um terço são acadêmicos em tempo integral. Aproximadamente 40% são especialistas em direito internacional público (incluindo alguns advogados em prática privada)” (GAUKRODGER; GORDON, 2012, p. 44, tradução nossa). Ou, ainda, de forma mais direta: “Um grupo relativamente pequeno de árbitros, que devido à sua falta de diversidade sendo chamado de clube 'pálido, masculino e velho’” (PERMANA, 2019, p. 3, tradução nossa)

Além disso, não existe qualquer controle para uma melhor alocação de casos a árbitros distintos, de forma a manter uma rotatividade e uma diversidade. Isto porque a maioria dos árbitros é indicada diretamente pelas partes, e a liberdade de nomeação é bastante ampla, não havendo restrição por requisitos objetivos e estritos, mas, principalmente, por requisitos subjetivos, o que torna mais difícil incentivar a referida rotatividade ou diversidade.

Sobre essa questão, um estudo entregue à OCDE em 2012 revela que “mais de 50% dos árbitros da ISDS atuaram como consultores para investidores em outros casos, enquanto foi estimado que cerca de 10% dos árbitros da ISDS atuaram como consultores para os Estados em outros casos” (GAUKRODGER; GORDON, 2012, p. 44).

Essa repetição dos árbitros por parte dos investidores, ou em sua contratação como advogados, termina por reforçar a percepção de alguns Estados de que as arbitragens ISDS têm resultados tendenciosos, e que as suas interpretações terminam por garantir aos investidores uma amplitude de direitos que, por vezes, não estava explicitamente prevista no IIA que regula a disputa, ou mesmo atribuir aos investidores estrangeiros mais direitos do que aos próprios investidores locais do Estado receptor (SOARES, 2017).

É importante ressaltar que a repetição dos mesmos árbitros pode causar, inclusive, problemas de conflitos de interesse ou impedimentos. Trata-se de situações em que um árbitro tem uma visão preexistente ou um interesse conflitante em uma questão a ser decidida no atual caso, por conta de atuações em casos em que enfrentou questões legais semelhantes ou que foram baseadas em instrumentos legais similares (GAUKRODGER; GORDON, 2012).

A falta de diversidade de gênero também cria um clube exclusivo de pessoas que atuam nos casos de ISDS, sendo este perfil bastante restrito entre os próprios advogados e consultores do direito internacional. De acordo com um estudo de Bjorklund *et al.* (2020), apenas dois dos 25 árbitros mais influentes na ISDS são mulheres e, destes 25, apenas três estão fora do eixo Europa-América do Norte:

Estudos no início dos anos 2000 concluíram que entre 3% e 7% dos árbitros nos casos do ICSID eram mulheres. Um estudo mais recente (incluindo um período de amostra até 2017) cobrindo árbitros em casos ICSID, bem como em casos não ICSID, constatou que 11% dos árbitros eram mulheres. No entanto, duas mulheres – Gabrielle Kaufmann-Kohler e Brigitte Stern – respondem por 57% de todas as nomeações dadas às árbitras mulheres. Se olharmos para as mulheres que foram as mais ativas, as 25 principais árbitras arbitraram mais de um caso e representam 86% de todas as nomeações femininas. A falta de diversidade de gênero continua a ser notável; embora nos últimos anos tenha havido mais mulheres ingressando no sistema, os números gerais permanecem muito baixos. Da mesma forma, a arbitragem de investimento comprovadamente não é geograficamente diversa. É dominada por árbitros dos estados ocidentais. Até agosto de 2018, apenas 35% dos 695 árbitros individuais que participaram de pelo menos um caso de ISDS eram de Estados não ocidentais (não ocidentais conforme

definido pelas Nações Unidas). Metade dos árbitros não ocidentais são da América Latina e do Caribe. Apenas 2% dos árbitros são da África Subsaariana. Os árbitros não ocidentais são nomeados predominantemente pelos Estados inquiridos ou como nomeações institucionais. (BJORKLUND *et al.*, 2020, p. 411 e 416, tradução nossa)

Em suma, estudos empíricos demonstram que está correta a percepção de que as indicações para árbitros de investimento do ICSID não sofrem grandes variações. Nesse sentido, com base nos dados mais recentes, é possível apontar um padrão clássico para o árbitro de investimento: são homens, brancos e originários da Europa e da América do Norte (GAUKRODGER; GORDON, 2012; BJORKLUND *et al.*, 2020).

Dada a liberdade de escolha, é esperado que investidores indiquem árbitros ou apontem seus advogados ou consultores jurídicos com base em suas experiências passadas ou as de seus pares, com a intenção de antecipar um posicionamento do árbitro escolhido. Além disso, tal situação poderia gerar atitudes como:

- a) uma troca de favores mútua, na qual árbitro e o coárbitro podem consentir em tomar uma decisão específica de interesse do primeiro e, em um caso futuro, adequar uma decisão para favorecer o interesse do segundo árbitro;
- b) a tomada de decisões menos condizentes com os fatos e a legislação, apenas pela intenção dos árbitros de atingirem consenso na redação final do laudo;
- c) a possibilidade de se criar árbitros “enviesados”, uma vez que estudos que analisaram dois grupos de árbitros frequentes, em que o primeiro tinha histórico de indicação por parte de investidores, e o segundo tinha histórico de indicação por parte de Estados, concluíram que os árbitros eram significativamente mais propensos a tomar decisões favoráveis a investidores e Estados, respectivamente (GAUKRODGER; GORDON, 2012).

Alguns autores chegam, inclusive, a citar que a forma de indicação, procedimento e tomada de decisões em tribunais arbitrais leva a uma percepção, por parte de países em desenvolvimento (PEDs), de que a sistemática da ISDS, na verdade, favorece os interesses dos investidores em detrimento dos interesses legítimos dos Estados receptores, estabelecendo, desta forma, um regime assimétrico que é deletério à soberania estatal (BROWER; SCHILL, 2009, p. 475). A ISDS institucionalizaria, portanto, uma tendência pró-investidor que captura a legitimidade de todo o sistema internacional do investimento (BROWER; SCHILL, 2009, p. 475).

Portanto, a lógica para diminuir riscos de parcialidade seria mudar a possibilidade das partes de indicarem seus árbitros para uma lógica de atuação menos residual, amparada

em um termo ou em uma carreira. É dizer que o parâmetro a ser seguido na busca pela imparcialidade e independência dos árbitros vai além de discutir a forma de sua nomeação, para buscar e desenvolver a segurança de posse duradoura do mandato⁷⁴, tal como ocorre nas cortes nacionais, já que a nomeação em si, nessas cortes, garante um senso de imparcialidade maior aos juízes (HINDELANG, 2014). Isso porque os juízes locais têm no mandato duradouro uma garantia do controle de outros braços do governo com independência, imparcialidade e legitimidade, o que não ocorreria na ISDS (HINDELANG, 2014).

2.2.4 Acesso dos investidores à justiça, custos excessivos e demora dos casos de ISDS

O acesso à justiça é um princípio básico do conceito de *rule of law* e é, inclusive, elencado à condição de direito fundamental, de acordo com a *Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law* da ONU. De acordo com o art. 8 desta declaração:

Reconhecemos a importância de estruturas jurídicas justas, estáveis e previsíveis para gerar desenvolvimento inclusivo, sustentável e equitativo, crescimento econômico e empregos, gerar investimentos e facilitar o empreendedorismo e, a esse respeito, elogiamos o trabalho da Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional em modernização e harmonização do direito comercial internacional. (ONU, 2012, p.2, tradução nossa)

O acesso à justiça pode ser visto, portanto, como um promotor de desenvolvimento sustentável e igualitário, bem como um gerador de investimento e empreendimento. Uma vez que a arbitragem *ad hoc* é o sistema vigente com maior adesão em IIAs para resolver conflitos entre investidor e Estados receptores de investimento, este meio seria uma das representações de acesso à justiça em si⁷⁵. Entretanto, ocorre que o acesso aos tribunais arbitrais *ad hocs* da ISDS normalmente é dificultado para investidores de médio e pequeno porte, dada a complexidade técnica do processo em si e também aos altos custos, muitas vezes tidos como excessivos⁷⁶ (UNCTAD, 2018).

⁷⁴ A duração pode ser estipulada pelo próprio IIA.

⁷⁵ Abre-se parênteses, aqui, pelo fato de que o ISDS pode ser compreendido como um instrumento de acesso à justiça, talvez o mais confiável para alguns investidores, mas certamente não é o único. Conforme já discutido no capítulo 1, existem diversos outros mecanismos que podem ser acionados pelo investidor, ou mesmo pelo Estado, para perseguir a resolução justa de um conflito, tal como a utilização de cortes nacionais ou mesmo de cortes internacionais, por meio de uma disputa entre Estado de origem do investimento e Estado receptor do investimento.

⁷⁶ A despeito de não existir uma definição específica do termo, pode-se entender como excessivos “os custos incorridos por qualquer das partes em relação a uma arbitragem que não sejam necessários para uma resolução

Via de regra, os custos de um processo de arbitragem são compostos pelas despesas do tribunal e seu *staff* (custo do tribunal), pelos custos dos advogados e consultores jurídicos e pelas despesas que envolvem convocar *experts* e testemunhas (custos das partes) (BOTTINI *et al.*, 2020; YANG, 2017). A partir dessa divisão de custos, o que mais assombra o investidor, certamente é o custo com advogados ou consultores jurídicos de cada parte, que perfaz mais de 80% dos custos de uma ISDS (SCHILL, 2017; YANG, 2017).

Neste sentido, um estudo com dados até 2019 chegou à conclusão de que, em média, as custas judiciais da parte reclamante foram de 6.067.184 dólares, e as despesas judiciais da parte reclamada foram de 5.223.974 dólares, enquanto as custas judiciais foram de cerca de um milhão de dólares (BOTTINI *et al.*, 2020, p. 256).

Inclusive, alguns casos chamam a atenção pelo valor envolvido *versus* conflito em discussão. Como exemplo, tem-se o caso *Abaclat v. Republic of Argentine*⁷⁷, no qual as partes alegaram ter despendido, em conjunto, mais de 39 milhões de dólares para resolver apenas uma questão de jurisdição sem entrar, inclusive, no mérito do conflito (YANG, 2017).

Ora, são despesas e custos nesse nível que não restringem somente o acesso a pequenos e médios investidores, como dificultam a participação de países em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo. Isto porque o montante, normalmente cobrado a título de custos de arbitragem, afeta o orçamento, pois, se o Estado ganhar o caso, pode ser que não recupere o que gastou no processo e, se perder, terá que arcar com os custos excessivos em conjunto com eventuais indenizações, sendo que, se o procedimento fosse realizado em seus tribunais locais, o custo seria bem menor (BOTTINI *et al.*, 2020).

Sem contar que a própria regra de distribuição dos custos do processo não é bem definida e, em algumas ocasiões, reside na discricionariedade do tribunal, que pode condenar o perdedor a arcar com os custos do processo, rateá-lo de forma proporcional ao êxito de cada parte ou, simplesmente, indicar que cada parte arque com suas despesas.

É importante ressaltar que, mesmo em PEDs que tenham uma boa estruturação do seu sistema judiciário e mantenham um corpo de procuradores capazes de atuar na sua defesa em causas gerais movidas por particulares, tal cenário muda quando os conflitos envolvem investimentos e são levados à arbitragem internacional, com aplicação de ritos processuais e direito substantivo próprios, que são diferentes da prática dos referidos procuradores. Por

justa e eficiente do litígio, tendo em conta todas as circunstâncias do caso e do ponto de vista objetivo de uma terceira parte” (BOTTINI *et al.*, 2020, p. 253, tradução nossa).

⁷⁷ ICSID Case No. ARB/07/5 (*formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*)

conta disso, o que normalmente ocorre é a contratação de advogados estrangeiros para atuação direta, ou como consultores jurídicos que auxiliem na atuação dos procuradores dos Estados.

Sobre esse ponto, cabe ressaltar a existência de um grupo relativamente pequeno de consultores jurídicos – homens, brancos e de países do hemisfério norte (PERMANA, 2019) – que, conforme exposto anteriormente, se intercambiam nas funções de advogados ou árbitros e são contratados para atuarem nesses casos, tornando o serviço demasiadamente inflacionado.

No caso particular do custo dos árbitros, pelas regras do ICSID, o valor dos seus honorários diários equivale a três mil dólares, mais as despesas extraordinárias que, segundo Gaukrodger e Gordon (2012), foram, até 2012, inseridas sem qualquer restrição.

Já em relação aos advogados, esse custo normalmente está atrelado a grandes bancas especializadas nos EUA, Canadá ou Europa, sendo normalmente calculado por hora, pelo próprio escritório. No caso, o fato de que pouquíssimas bancas de advocacia conseguiram manter uma área rentável destinada à arbitragem de investimentos se ampara na mobilização de um número importante de advogados especializados, que lidam com casos complexos e, por conta disso, demandam várias horas para a sua realização, sob o custo de altos honorários (GAUKRODGER; GORDON, 2012; HINDELANG, 2014). Em suma, as bancas de advogados se veem na contingência de manter um esquema de faturar muitas horas, para serem lucrativas.

Sob este aspecto, uma segunda questão também aflora como uma crítica ao atual sistema, que é a demora nos procedimentos, desde a reclamação até à emissão do laudo arbitral final. Em relação à duração em si, uma pesquisa realizada em 2018, pela própria ICSID, indicou que as arbitragens, sob as suas regras, desde a notificação de arbitragem até o laudo final, demoravam, em média, três anos e sete meses. Outra pesquisa, realizada pela PluriCourt's Investment Treaty Arbitration Database (PITAD) a partir de uma base de dados de 444 casos julgados, indicou que a duração média dos procedimentos era de 3,73 anos (ÁLVAREZ ZÁRATE *et al.*, 2020). E, nesse sentido, quanto maior for a demora do procedimento, maior será o custo do processo, particularmente em relação às despesas com advogados.

De toda sorte, é importante traçar uma linha distintiva entre o que se considera um tempo de processo excessivo ou injustificado e aquele que seria adequado e justificado de acordo com as particularidades do caso (BOTTINI *et al.*, 2020). Insta destacar que casos mais complicados requerem mais detalhamento no decorrer dos procedimentos, com a oitiva de especialistas, análise documental robusta, entre outras providências. Ainda assim, um dos

grandes motivadores da delonga nos processos de arbitragens são os cada vez mais frequentes processos de suspeição dos árbitros, o que termina por suspender o processo principal até que haja uma definição sobre a sua imparcialidade (ÁLVAREZ ZÁRATE *et al.*, 2020).

De toda forma, a falta de eficiência do procedimento, associada a um alto custo, tem sido uma das principais críticas nos últimos anos, principalmente porque reduz o acesso a pequenas e médias empresas e de PEDs (ÁLVAREZ ZÁRATE *et al.*, 2020).

Tal questão torna o sistema ainda mais exclusivista e menos legítimo, sendo um dos principais pontos de atenção a eventuais reformas, com a sugestão de adoção de cronogramas mais estritos para a condução do processo.

Não por menos, as regras de arbitragem da UNCITRAL de 2010, bem como as mais recentes provisões nos IIAs, indicam que os tribunais arbitrais devem conduzir os procedimentos de uma maneira mais eficiente. Mesmo o ICSID trabalha, hoje em dia, com uma proposta de reforma das regras de arbitragem com a previsão de estabelecer que o tribunal e as partes devam conduzir o processo com boa-fé e de maneira rápida e econômica (ÁLVAREZ ZÁRATE *et al.*, 2020).

2.2.5 A aplicação e execução dos laudos arbitrais

O acesso ao tribunal arbitral pode não ser visto como a única dificuldade das partes interessadas, uma vez que, no processo legal, outros percalços podem ocorrer mesmo após a emissão do laudo arbitral. Nesse sentido, ainda que uma parte seja declarada vencedora da disputa e seja estimado um montante a título de ressarcimento por eventuais danos, a velocidade em que tal ressarcimento será realizado dependerá de fatores adicionais, havendo, inclusive, a possibilidade do “não ressarcimento”.

Sobre esse aspecto, revela-se valiosa a análise dos casos da Argentina, em que, após a crise monetária dos anos 2000, o governo do país tomou uma série de medidas econômicas, tais como, congelamento de preços, limitação da compra de dólares, câmbio fixo, dentre outras, que posteriormente foram contestadas por ISDS e terminaram em condenação do país, em alguns casos com o estabelecimento de indenizações, em que os pagamentos, ou não foram

realizados⁷⁸ (PETERSON, 2021), ou foram negociados por meio de emissão de títulos da dívida do governo argentino⁷⁹ (SATO, 2017).

Inclusive, com relação aos próprios tipos de sanções, resta claro que a compensação pecuniária é, normalmente, a escolhida para indenizar o investidor atingido por ações do Estado anfitrião que estejam em desacordo com os padrões estabelecidos no IIA (HINDELANG, 2014). Além de ser a forma mais fácil para o investidor, é também a mais fácil de ser cumprida e a menos traumática para o Estado, já que este não terá de restabelecer uma norma ou lei já revogada, o que causaria uma má impressão na arena internacional de investimento (HINDELANG, 2014).

No entanto, nada impede que normas, ou atos dos Estados que estejam em desacordo com as obrigações assumidas em IIAs, sejam consideradas ilícitas ou indicadas à revogação. A expropriação direta é o exemplo mais claro de um ato do Estado que pode ser considerado ilícito por um tribunal arbitral e ensejar reparo. Por outro lado, um conjunto de normas que, a despeito de não expropriar diretamente, termine por inviabilizar a atividade decorrente de um investimento, mormente chamada de expropriação indireta, pode ser alvo não somente de uma disputa com fins reparatórios, mas também com a finalidade de revogar a medida em si, com vistas a viabilizar a atividade econômica decorrente do investimento (GABRIEL, 2019).

Ato contínuo, uma vez que a compensação financeira se revela como a forma mais comum de reparação de danos decorrentes de descumprimento das obrigações de um Estado em relação a um IIA, é importante ter em mente qual regra será aplicável na execução do laudo arbitral de acordo com o regime elencado para resolver o conflito.

Caso o regime elencado seja o ICSID, após a emissão do laudo arbitral, o único caminho para modificá-lo é por meio de um pedido de anulação, nos termos do art. 52(1) da Convenção ICSID, conforme já visto no capítulo anterior. Ato contínuo, se uma sentença for confirmada pelo comitê de anulação, os Estados membros do ICSID deverão tratá-la como uma sentença nacional final, nos termos do artigo 54 da referida. Convenção. No entanto, o regime da Convenção ICSID não se estende à execução em si do laudo, sendo esta regida pela lei de cada país em que a execução é solicitada.

⁷⁸ Pode-se citar, como exemplo, a empresa francesa *Saur* (ICSID Case No. ARB/04/4), que ganhou uma arbitragem contra a Argentina em 2014, com a condenação a uma indenização de 36 milhões de dólares, a qual não foi paga até o início de 2021.

⁷⁹ Em 2013, os investidores vitoriosos nos casos CMS GAS Company, Azuriz Corp, Vivendi Universal e Continental (além de National Grid plc, este conduzido em um tribunal *ad hoc*) acordaram extinguir os procedimentos de execução existentes em troca de títulos da dívida argentina em valor aproximado ao devido, com vencimentos em 2015 e 2017. (SATO, 2017, p. 63)

Caso o laudo seja executado de acordo com a convenção de Nova Iorque, sua execução será diferenciada conforme o país em que este o laudo foi emitido; ou, em outros países, ele será considerado como um laudo estrangeiro. Caso as partes queiram executar o laudo no local em que foi emitido, este estará sujeito às regras locais de execução. “Em muitas jurisdições principais de arbitragem (onde a maioria das arbitragens estão localizadas), os motivos sob o direito interno para afastar uma sentença arbitral e negar a sua execução são restritos” (GAUKRODGER; GORDON, 2012, p. 33, tradução nossa). Não obstante, alguns Estados têm aplicado a exceção de política pública para a execução de sentenças arbitrais comerciais de forma mais ampla, o que pode dificultar o reconhecimento de um laudo arbitral (GAUKRODGER; GORDON, 2012).

Conforme se denota, em ambos os regimes indicados anteriormente são encontradas dificuldades práticas para a execução do laudo. Neste sentido, resta analisar quais as possibilidades existentes para o investidor caso esse Estado se esquive de cumprir um laudo arbitral, sendo possível vislumbrar cinco opções:

- a) procurar aplicação do laudo em outras jurisdições;
- b) procurar proteção diplomática;
- c) reclamar à mesma autoridade arbitral (particularmente às do ICSID);
- d) vender o direito à indenização para outra pessoa; e
- e) negociar com o Estado para estabelecer um pagamento com desconto.

Com relação à primeira opção, de se recorrer às cortes nacionais, tem-se o exemplo do caso de um Boeing 737 de propriedade do governo tailandês, que foi confiscado na Alemanha após um investidor ter recorrido à corte alemã, devido à falta de pagamento de um laudo arbitral. Este investidor havia obtido uma indenização equivalente a 43 milhões de dólares, em uma arbitragem de investimento que, diga-se de passagem, não era do ICSID (GAUKRODGER; GORDON, 2012, p. 31).

Em relação à proteção diplomática, resta rememorar que este mecanismo não é viável no decorrer de um processo de arbitragem em trâmite no ICSID, por exemplo. Mas, nada impede, de acordo com o art. 27(1) da Convenção ICSID, que ela seja utilizada para facilitar a execução de decisões ou estabelecer acordos a respeito delas, principalmente se um Estado receptor deixar de cumprir um laudo arbitral. Neste sentido, “a proteção diplomática pode potencialmente envolver negociações, contramedidas ou ameaças a ela e procedimentos judiciais ou outros processos judiciais ou de solução de controvérsias” (GAUKRODGER; GORDON, 2012, p. 31). Inclusive, é possível que o direito de exercer proteção diplomática

para assegurar a aplicação do laudo arbitral possa enveredar a utilização da CIJ, conforme já destacado no capítulo anterior.

A reclamação à mesma autoridade arbitral não tem qualquer efeito executório de imediato, mas tem um efeito de constrangimento, uma vez que o secretariado da câmara arbitral irá relembrar o Estado descumpridor de seus deveres. No caso da ICSID, além da comunicação dirigida ao governo do Estado, o Secretário-Geral também irá contatar os diretores desse Estado no Banco Mundial (GAUKRODGER; GORDON, 2012, p. 32).

A opção de vender o direito de receber um laudo arbitral para um mercado “de segunda mão” já existia para a arbitragem comercial e pode ser aplicada à arbitragem de investimento. Em suma, os investidores seriam capazes de vender seus créditos com desconto para fundos de *hedge*, que, ao adquirirem esses prêmios, enveredam esforços agressivos de cobranças em várias jurisdições (GAUKRODGER; GORDON, 2012, p. 32).

Em relação a negociar com a própria parte tida como devedora, parte-se da premissa da liberdade de se adotar uma solução negociada ou mediada a qualquer momento do conflito, mesmo após a emissão do laudo arbitral. De acordo com Gaukrodger e Gordon (2012), o próprio atraso no pagamento pode ser utilizado, pelos Estados perdedores, como poder de barganha para conseguir um desconto. Importa ressaltar que essa negociação não é pública e não existem relatos pormenorizados sobre como ela ocorreria.

Portanto, restando ausentes os poderes de execução de laudos arbitrais por parte dos próprios tribunais de arbitragem ou das câmaras e organizações que administram esses tribunais, tal desvantagem é colocada como um desafio para o modelo ISDS.

2.2.6 Falta de consistência nas decisões dos tribunais arbitrais

Uma das principais questões debatidas sobre a ISDS está relacionada à falta de consistência nas decisões dos tribunais arbitrais em relação a situações similares julgadas sob a mesma regra ou padrão de um mesmo IIA, ou de IIAs similares.

Tal fenômeno acomete as arbitragens na ISDS porque, diferentemente dos tribunais internos ou cortes permanentes internacionais, a constituição do tribunal arbitral é realizada de forma *ad hoc*, sendo que os conflitos são resolvidos de forma pontual (a partir da interpretação livre dos árbitros), sem ligação a um sistema judicial no qual se exija a obediência a precedentes de tribunais superiores (ALSCHNER, 2020; YANG, 2017).

Não é demasiado rememorar que a base de decisão dos tribunais *ad hoc* está inserida entre mais de três mil acordos de investimentos que, apesar de às vezes serem similares,

podem não conter uma redação idêntica, e podem ainda fazer referência a várias outras fontes, tornando a identificação da regra legal aplicável cada vez mais única.

Deve-se, ainda, considerar que a diversidade de fontes do direito internacional do investimento pode levar a situações nas quais o mesmo Estado que recebe investimento para um projeto específico de dois investidores estrangeiros de estados diferentes poderá estar sujeito a entendimentos de dois tratados diferentes (SCHILL, 2009, p. 285). Além disso, no caso concreto, dois tribunais podem ter o mesmo entendimento na composição dos elementos legais de um certo padrão de proteção do investimento ou da defesa do Estado, mas podem discordar sobre a avaliação dos fatos relevantes⁸⁰. Ou ainda, os mesmos tribunais podem discordar na interpretação de certas provisões estabelecidas no mesmo BIT, ou de provisões semelhantes estabelecidos em BITs diferentes⁸¹ (SCHILL, 2009, p. 285).

Soma-se a isto o fato de que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados indica, entre outros, o dever de interpretar o instrumento em um contexto maior de relação jurídica entre as duas partes (HINDELANG, 2014, p. 59). Em outras palavras, a interpretação de um BIT realizado, por exemplo, entre EUA e Alemanha, deve ser feita dentro das particularidades da relação entre esses dois países e as negociações desenvolvidas para este acordo, o que poderá diferir em relação a um BIT realizado entre a Alemanha e Paquistão (HINDELANG, 2014).

Em suma, a inconsistência de interpretação dos IIAs pode decorrer das seguintes situações:

- a) o mesmo conflito ser processado via IIAs distintos, causando a criação de dois tribunais independentes entre si – como, por exemplo, o que aconteceu nos casos *CME v. República Tcheca*⁸² e *Lauder v. República Tcheca*⁸³, que serão abordados nesta tese, os quais alcançaram resultados contrários em dois procedimentos relacionados ao mesmo padrão de fatos, mas apresentados por diferentes demandantes, sob dois BITs diferentes.
- b) dois conflitos sobre questões semelhantes serem apresentados sob o mesmo IIA – este tipo de conflito normalmente ocorre quando um tribunal define um certo

⁸⁰ “Eles podem, por exemplo, concordar com os elementos de necessidade no direito internacional, mas discordar sobre se as circunstâncias prevaletentes no Estado anfitrião realmente se qualificam como uma emergência” (SCHILL, 2009, p.285, tradução nossa).

⁸¹ “Esta foi, por exemplo, a base para o conflito entre os tribunais em *SGS v. Paquistão* e *SGS v. Filipinas*, que chegaram a conclusões conflitantes sobre a interpretação de disposições de tratados comparáveis em dois BITs diferentes” (SCHILL, 2009, p. 285, tradução nossa).

⁸² Caso da UNCITRAL sob o BIT Holanda-República Tcheca

⁸³ Caso da UNCITRAL sob o BIT Estados Unidos-República Tcheca

tipo de precedente em relação a uma questão controversa, no âmbito de um determinado BIT, e, posteriormente, um outro tribunal, lidando com uma questão similar àquela julgada anteriormente e sob o âmbito do mesmo BIT, decide de maneira diametralmente oposta ao precedente estabelecido. Um bom exemplo é o entendimento acerca do citado tratamento justo e equitativo, em que o tribunal que julgou o caso *Técnicas Medioambientales (Tecmed), SA v The United Mexican States*⁸⁴, sob o âmbito do NAFTA, entendeu que o padrão obrigava os Estados a não agirem de forma a frustrar as expectativas geradas pelo investidor ao realizar o investimento. Enquanto no caso *Waste Management Inc v United Mexican States*⁸⁵, também sob o NAFTA, aplicou-se um entendimento mais restrito, no qual o desrespeito ao princípio do tratamento justo e equitativo perpassava por uma conduta Estatal arbitrária, grosseiramente injusta, discriminatória, ou que envolvesse a falta do devido processo levando a um resultado que viole a propriedade do investidor.

- c) dois conflitos sobre questões semelhantes, apresentados sob IIAs diferentes, cujas redações de regras e padrões são similares – ocorre quando, em tribunais distintos, são apresentados dois conflitos sobre investimentos também distintos, mas a causa da controvérsia é a mesma (como, por exemplo, a proteção de um padrão de tratamento justo e equitativo), e cuja regulação está prevista em BITs diferentes, nos quais a redação do padrão é basicamente a mesma e, diante desse cenário, os tribunais decidem de forma oposta. Pode-se citar, por exemplo, os casos *SGS v. Pakistan*⁸⁶ e *SGS v. Philippines*⁸⁷, que chegaram a conclusões distintas sobre a

⁸⁴ ICSID Case No ARB(AF)/00/2

⁸⁵ ICSID Case No ARB(AF)/00/3

⁸⁶ ICSID Case No. ARB/01/13

⁸⁷ ICSID Case No. ARB/02/6

interpretação da aplicação da *umbrella clause*⁸⁸, cuja redação era igual, em dois tratados de investimento diferentes⁸⁹.

Em relação a essa última possibilidade, a sua ação poderia ser, de fato, gerada por investidores diferentes, ou por diversas reclamações de acionistas independentes, em diferentes níveis de uma estrutura corporativa, como forma de utilização do denominado *forum shopping* (SCHILL, 2009, p. 285), o qual será exposto na próxima subseção.

É importante destacar que esta tese não está afirmando que os precedentes dos casos ISDS são completamente ignorados pelos casos subsequentes. Até porque os tribunais dos casos posteriores detêm uma certa autoridade para analisar a interpretação anterior e elaborar a justificativa para a decisão no seu próprio caso. Além disso, um conjunto de decisões posteriores, indicando, por exemplo, que um determinado precedente foi julgado de forma incorreta, pode evoluir para um corpo consistente de jurisprudência que deve ser levado em consideração por futuros intérpretes (ALSCHNER, 2020). É o que a doutrina denomina de *jurisprudence constante* (ALSCHNER, 2020).

Tanto é que existe uma expectativa legítima, das partes envolvidas em controvérsias em investimentos, de que as decisões já tomadas em situações semelhantes e sob a aplicação de regras ou padrões semelhantes gerem uma jurisprudência que possa ser utilizada como referência às suas ações. Por isso mesmo, tanto nas reclamações dos investidores, como na

⁸⁸ As *umbrella clauses*, ou cláusulas guarda-chuva, em português, são cláusulas contidas em alguns IIAs e BITs que alçam à proteção do próprio IIA ou BIT os contratos de investimentos realizados entre o investidor e o Estado. Poderia se assemelhar a uma aplicação do princípio da *pacta sunt servanda*, no qual a vontade das partes deve prevalecer em relação ao direito geral. De acordo com Christoph Schreuer (2004, p. 250, tradução nossa), as *umbrella clauses* foram adicionadas a alguns BITs para “fornecer proteção adicional aos investidores, além dos padrões internacionais tradicionais. Elas são frequentemente chamadas de ‘*umbrella clauses*’ porque colocam os compromissos contratuais sob o guarda-chuva de proteção do BIT, do cumprimento dos contratos de investimento, ou de outros organismos do Estado de acolhimento, a normas substantivas do BIT. Desta forma, uma violação de tal contrato torna-se uma violação do BIT”. Não obstante, no caso do direito do investimento, algumas interpretações de tribunais arbitrais têm sido distintas em relação ao alcance da *umbrella clause*. Nos casos supracitados, a pesquisadora Katia Yannaca-Small (2006b) realiza uma exposição sobre as interpretações de cada um dos tribunais. No caso *SGS v Paquistão* o tribunal entendeu que a disposição da *umbrella clause* no final do BIT Suíça-Paquistão, tal qual disposto no modelo de BIT Suíço, indicaria que as Partes Contratantes não tinham a intenção de considerá-la uma obrigação substantiva. Caso contrário, as Partes Contratantes teriam disposto a *umbrella clause* ao lado das obrigações chamadas de “primeira ordem” (YANNACA-SMALL, 2006b). Já no caso *SGS v Filipinas*, o Tribunal entendeu que, embora a disposição da cláusula ao final do BIT possa “ter algum peso”, tal situação não poderia ser considerado um fator decisivo, afirmando que “é difícil aceitar que o mesmo idioma em outros BITs das Filipinas seja legalmente operativo, mas que seja legalmente inoperante no BIT Suíça-Filipinas meramente por causa de sua localização” (YANNACA-SMALL, 2006b, p. 10, tradução nossa)

⁸⁹ Hindelang (2014) ainda exemplifica o caso de dois investidores que são de países diferentes e investem em um mesmo terceiro país. Se este estabelecer uma medida que prejudique os dois investidores, ainda assim a aplicação das regras de cada respectivo BIT deverá ser interpretada de maneira independente, de forma que o resultado final de uma arbitragem para um pode não ser o mesmo resultado para o outro.

própria defesa dos Estados, a justificativa é, na maioria das vezes, fundamentado em jurisprudências de tribunais arbitrais em investimento (ARATO; BROWN; ORTINO, 2020).

Portanto, é defensável entender que um nível razoável de consistência é importante para a legitimidade e a percepção de justiça de um sistema de resolução de disputas, pois, quando “casos semelhantes não são resolvidos de maneira semelhante, a confiança do público no sistema é enfraquecida” (GAUKRODGER; GORDON, 2012, p. 58), prejudicando, por consequência, a legitimidade desse sistema⁹⁰.

Obviamente, a inconsistência jurisprudencial é inerente a todos os sistemas judiciais, sendo, também, necessária para gerar correções de curso ou desenvolvimento progressivo do direito (ARATO; BROWN; ORTINO, 2020). No campo do ideal, a inconsistência não viria para causar custos excessivos ou imprevistos às partes de um determinado ordenamento jurídico, mas para evoluir a própria aplicação do direito. Além disso, o direito deve ser interpretado e aplicado por seres humanos, o que torna desejável um certo grau de discricão na lógica decisória (ARATO; BROWN; ORTINO, 2020).

No entanto, no campo do direito do investimento internacional, essa inconsistência jurisprudencial pode levar a custos significativos aos investidores e aos Estados⁹¹ e, ultimamente, terminam por minar ainda mais a legitimidade da ISDS. Isto porque, a partir da perspectiva da resolução de disputas (*ex post*), a aplicação inconsistente do direito pode produzir graves injustiças para determinadas partes. Além disso, a partir de uma perspectiva transacional (*ex ante*), interpretações inconsistentes podem prejudicar a capacidade das partes futuras de planejar suas ações, projetos e regulamentações (ARATO; BROWN; ORTINO, 2020).

Em relação aos efeitos *ex post* da decisão arbitral, é possível que a inconsistência não decorra necessariamente da falta de aderência a uma decisão passada, mas, pelo contrário, decorra da aderência de uma determinada decisão a um precedente que já tenha sido anulado por um tribunal de anulação (ALSCHNER, 2020).

Nesse sentido, é importante destacar que o nível de prejuízo pode variar de acordo com o tipo de norma que foi decidida de forma inconsistente. Isto porque a elaboração de regras (substantivas ou processuais) nos IIAs se relaciona com as escolhas estratégicas das

⁹⁰ “Inconsistências e incoerências no processo de tomada de decisão judicial também são contraproducentes para a compreensão das normas jurídicas que aplicam como parte de um sistema jurídico” (SCHILL, 2009, p. 281, tradução nossa).

⁹¹ Além mesmo dos interesses dos próprios investidores e do público em geral, os próprios Estados têm interesse na consistência de um sistema de resolução de conflitos, pois estes são os usuários primários. É assim não somente no investimento, mas em outras áreas, como, por exemplo, no comércio internacional, no qual existe todo um sistema de solução de controvérsias, com primeira e segunda instância.

partes, em que a definição das próprias regras se dá de forma *ex ante*, enquanto a elaboração de padrões segue uma lógica inversa, que abre escolhas normativas *ex post* para os eventuais julgadores (ARATO; BROWN; ORTINO, 2020)⁹².

A inconsistência de decisões em relação a padrões de tratamento pode até ser esperada pelos atores relevantes na relação de investimento. Como exemplo, tem-se as próprias decisões distintas que têm sido tomadas a respeito da definição do princípio do tratamento justo e equitativo. Por outro lado, a mudança na interpretação das regras pré-definidas é capaz de causar uma grande insegurança, por ocorrer inadvertidamente. Por isso, o tipo de inconsistência que mais tem ecoado entre os atores do investimento estrangeiro e acadêmicos do tema é a inconsistência relativa especificamente às regras processuais aplicáveis à ISDS.

Independentemente da qualidade judicial dos árbitros, a discrepância entre a intenção das partes na redação dos IIAs em relação às regras do jogo e à interpretação dos árbitros em cada caso, pode levar à má interpretação de conceitos importantes.

Nesse sentido, é importante citar que uma das discussões mais corriqueiras a respeito da inconsistência das decisões dos tribunais arbitrais diz respeito ao alcance da aplicação da cláusula da nação mais favorecida, ou *most-favoured nation* (MFN), em inglês. Isto porque, após o laudo do caso *Maffezini v. Spain* (MAFFEZINI, 2000)⁹³, ocorreu uma revolução na interpretação da cláusula em comento: acatou-se a possibilidade, para investidores protegidos por um tratado de investimento bilateral (BIT), de importarem provisões mais favoráveis de um terceiro BIT, que tenha sido ratificado pelo Estado receptor dos investimentos (NIKIÈMA, 2017, p. 1).

Na prática, a amplitude interpretativa, direcionada à aplicação da cláusula MFN, deu aos investidores estrangeiros a opção de reunir elementos de vários tratados feitos pelo Estado receptor e customizar um tratado, de forma a ignorar o caráter bilateral dos compromissos assumidos, bem como o próprio contexto específico das negociações (NIKIÈMA, 2017, p. 1).

⁹² “A ideia básica é que os lawmakers (por exemplo, legisladores, negociadores de tratados ou redatores de contratos) usem regras precisas para fazer as escolhas normativas por si próprios e para limitar o arbítrio de futuros juízes (por exemplo, tribunais, tribunais arbitrais). [...] Em contraste, os *lawmakers* usam padrões vagos para adiar escolhas importantes. Os *lawmakers* [...] empregam padrões vagos por uma variedade de razões, por exemplo, porque eles não podem concordar com os detalhes *ex ante*, ou porque tentar regular com precisão um relacionamento futuro complexo seria ineficiente” (ARATO; BROWN; ORTINO, 2020, p. 344-345, tradução nossa)

⁹³ ICSID Case No. ARB/97/7 (MAFFEZINI, 2000).

Outros casos subsequentes, como *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Jordan*⁹⁴, ou *Plama Consortium Ltd v Bulgaria*⁹⁵, adotaram uma visão mais restrita da aplicação da cláusula MFN, proibindo, por exemplo, a expansão da jurisdição do tribunal arbitral com base em terceiros BITs. No entanto, casos como, por exemplo, *White Industries v India*, entenderam a possibilidade de o investidor importar, via MFN, padrões substantivos de proteção mais favoráveis ao investimento.

Em suma, por não ter sido forjada e por ter evoluído em uma base legal sistemática, tal como na OMC, na qual a cláusula MFN (e a sua redação) é única e tem aplicação multilateral, resta aos tribunais decidirem qual a aplicação da referida cláusula. É neste seio discursivo que existe um movimento atual de realização de mudanças nas redações dos novos IIAs, como forma de atribuir maior segurança aos Estados, bem como o movimento de estabelecer interpretações oficiais aos acordos antigos (mormente por comitês), para reduzir o espaço discricionário dos investidores e o decisório dos tribunais arbitrais.

Em outras palavras, decidir da mesma forma, em relação aos casos idênticos, que estão fundamentados sob o mesmo tratado, é arguido como um fator de previsibilidade. No entanto, no caso dos investimentos, “não existe uma base singular para uma reclamação, nem existe um mecanismo global de resolução de conflitos singular” (HINDELANG, 2014, p. 59, tradução nossa).

2.2.7 Utilização de *forum shopping* ou *treaty shopping*

Tanto o *treaty shopping* quanto o *forum shopping* podem ser compreendidos como questões que ganharam relevância nas últimas duas décadas, tendo em vista que foi na década de 1990 que ocorreu um *boom* de assinaturas de IIAs, o qual atribuiu não somente várias coberturas legais ao investimento estrangeiro, como também possibilitou a disponibilidade de vários tribunais sobrepostos para julgar os conflitos inerentes (PAUWELYN; SALLES, 2009).

O problema do *forum shopping*⁹⁶ está basicamente ligado à possibilidade de que a multiplicidade de IIAs permita ao investidor solucionar seus conflitos por meio de um ou

⁹⁴ ICSID Case No ARB/02/13

⁹⁵ ICSID Case No ARB/03/24

⁹⁶ Segundo Gaukrodger e Gordon (2012, p. 53, tradução nossa) “Em termos mais amplos, parece que o *forum shopping* na lei de investimento pode surgir de três maneiras. Em primeiro lugar, no nível da arbitragem internacional, os tratados de investimento frequentemente dão explicitamente aos investidores a escolha de mais de um foro e / ou regras arbitrais. Assim, muitos tratados de investimento oferecem aos investidores a

outro foro arbitral. Já o problema do *treaty shopping* está normalmente ligado à noção da atração da proteção por um ou outro IIA, por conta da estrutura societária de uma empresa.

No final das contas, tanto o *forum shopping* como o *treaty shopping* se complementam, no direito internacional do investimento estrangeiro, uma vez que a escolha do tratado internacional elegível para contemplar um conflito irá definir necessariamente o foro arbitral a ser utilizado. A seguir, explicitar-se-á as críticas relacionadas a cada um deles.

O *treaty shopping* está relacionado ao planejamento do investimento e de suas nuances legais, para que esteja coberto por um ou outro acordo de investimento e com as preferências do investidor. Em outras palavras, a expressão se refere à conduta deliberada de investidores estrangeiros, que incorporam empresas de um determinado país com o desejo de adquirir o *status* de nacional, para ganhar a cobertura de um determinado BIT, ou mesmo de estabelecer uma *holding* (ou *parent company*) em um país que tenha uma grande gama de BITs assinados, tal como, por exemplo, a Holanda (SKINNER; MILES; LUTTRELL, 2010). Tal manobra permite que a nacionalidade verdadeira do investidor, que pode ser de um país descoberto de BITs ou signatário de BITs menos favoráveis, seja desconsiderada, em função da nacionalidade de um terceiro país signatário de BITs mais favoráveis.

Na opinião de Julia Gray (2018, p. 6, tradução nossa), “esta prática de “treaty shopping” contorna o canal de negociação interestatal direta sobre acordos de investimento e deixa os governos potencialmente vulneráveis a litígios de fontes inesperadas”.

Um exemplo claro de *treaty shopping* ocorreu no caso *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*⁹⁷, no qual “uma empresa argentina que alegou maus-tratos nas mãos do regime de Kirchner criou uma empresa de fachada na Holanda para processar o governo argentino por violação de regras internacionais, não locais” (GRAY, 2018, p. 8, tradução nossa).

Outro caso relevante foi o da *Mobil v. Venezuela*⁹⁸, em que, após a lei venezuelana de nacionalização do gás, a Mobil reestruturou seus investimentos para que eles passassem pela Holanda e, assim, estivessem sob os auspícios do BIT Holanda-Venezuela. Na decisão, o tribunal arbitral reconheceu que, embora tal atitude fosse legítima para fundamentar futuros

opção de arbitragem ICSID ou UNCITRAL, e alguns oferecem opções adicionais. Em segundo lugar, como no direito internacional de forma mais geral, um investidor pode apresentar uma reclamação ao abrigo de um tratado como a CEDH, que protege os direitos de propriedade, em vez de ou em adição a uma reclamação ao abrigo de um tratado de investimento. Terceiro, os investidores também podem frequentemente escolher entre litigar seus casos em tribunais nacionais no Estado anfitrião ou em arbitragem internacional (ou outros fóruns internacionais)”.

⁹⁷ ICSID Case No. ARB/05/5

⁹⁸ ICSID Case No. ARB/07/27

litígios, a reestruturação específica para ganhar jurisdição sob um determinado BIT constituía uma atitude abusiva (GRAY, 2018).

Na prática, o *treaty shopping* dependerá de alguns elementos para a sua consecução, sendo o principal a própria definição de investimento dentro do BIT almejado. Isto porque o investidor estrangeiro deve, primeiro, se qualificar como um nacional protegido sob o BIT que está procurando invocar. Neste caso, é importante mencionar que uma característica dos BITs de terceira geração é sua tendência a restringir a definição de "investidor", de modo a excluir supostos estranhos do acordo e evitar que estes tirem proveito das proteções dele decorrentes⁹⁹ (SKINNER; MILES; LUTTRELL, 2010, p. 270).

Além disso, outra cláusula que pode atrapalhar a pretensão de um investidor em realizar o *treaty shopping* é a *denial of benefits clause*, que nada mais é do que a previsão de que um investidor deva ter uma conexão econômica com o Estado parte do BIT (SKINNER; MILES; LUTTRELL, 2010).

Conforme já colocado, a preocupação dos atuais BITs é evitar uma utilização indiscriminada do *treaty shopping*, de forma a obrigar o Estado receptor a responder por reclamações que não seriam de sua responsabilidade. Ou seja, tenta-se atribuir uma redação mais restritiva, com o intuito de restringir, inclusive, a margem interpretativa dos tribunais arbitrais. Sobre este aspecto, resta a opinião interessante sobre o vazio regulatório decorrente da falta de um tratado multilateral de investimento: “A ironia do *treaty shopping*, o qual surgiu como resultado da sobreposição de regras, é que ele ocorre na ausência de um regime multilateral de investimento verdadeiramente abrangente” (GRAY, 2018, p. 17, tradução nossa).

Já o *forum shopping*, conforme antecipado, trata especificamente de se utilizar das regras de competência *ratione personae* dos BITs assinados pelo Estado receptor, para tentar escolher o foro específico para julgar um determinado conflito. De forma exemplificativa, pode-se vislumbrar uma situação em que a Indonésia recebe um investimento de uma empresa finlandesa, cuja *holding* controladora é estabelecida na Dinamarca, e o sócio majoritário dessa *holding* (pessoa física) é nacional da Arábia Saudita. No caso de eventual conflito envolvendo

⁹⁹ Um exemplo trazido por Skinner, Miles, Luttrell (2010) está no BIT entre a República Popular da China e a República Tcheca, concluído em 2005.32. O artigo 1 (2) (b) deste tratado define "Estados investidores" como: [L]egal entities, including companies, associations, partnerships and other organizations, incorporated or constituted under the laws and regulations of either Contracting Party and have their seats in that Contracting Party whether they are profitable or non-profitable and whether their liability is limited or not (emphasis added).

o investimento realizado, teoricamente existiriam três possibilidades de composição de um tribunal ISDS:

- a) sob o BIT Finlândia-Indonésia, sob as regras do ICSID, tendo em vista a nacionalidade finlandesa da empresa;
- b) sob o BIT Dinamarca-Indonésia, sob as regras da ICC, UNCITRAL ou mesmo da ICSID, em virtude de a controladora da empresa ser dinamarquesa; e, por fim,
- c) sob o BIT Arábia Saudita-Indonésia, sob as regras do ICSID, em virtude de o sócio majoritário ser nacional da Arábia Saudita.

Nesse sentido, a despeito de haver uma certa vantagem de se ter várias cortes à disposição¹⁰⁰ para lidar com todos os tipos de questionamentos, conflitos e disputas, tendo em vista que a concorrência de cortes internacionais pode melhorar a qualidade das decisões e a conveniência dos procedimentos, na realidade, verifica-se que de tal situação também decorrem alguns problemas, particularmente para o direito internacional do investimento estrangeiro, principalmente quando este é julgado ao mesmo tempo, sob cortes distintas, com resultados também distintos.

Dois dos casos de *forum shopping* mais memoráveis no direito internacional do investimento foram o *Lauder v. the Czech Republic* e o *CME v. the Czech Republic*. O primeiro caso, sob o BIT EUA-República Tcheca, foi iniciado pelo investidor americano, o Sr. Ronald S. Lauder, acionista de uma empresa de TV instalada na República Tcheca; e o segundo caso, sob o BIT Holanda-República Tcheca, iniciado por uma empresa holandesa (também acionista), a CME Czech Republic, ambos contestando certas medidas governamentais em relação a uma empresa local que possuía uma licença de TV (YANNACA-SMALL, 2006a).

O primeiro tribunal reconheceu a possibilidade de potencial conflito com outros tribunais, mas negou a alegação do governo tcheco de *forum shopping* por parte do reclamante, declarando que o BIT da República Tcheca com a Holanda, assim como o BIT com os Estados Unidos, fazem parte do ordenamento jurídico da República Tcheca, e que nenhum dos tratados substitui o outro e “qualquer sobreposição dos resultados do processo paralelo deve ser tratada no nível de danos e *quantum* indenizatório, mas não no nível de violação do tratado” (UNCITRAL, 1976, p. 419, tradução nossa).

¹⁰⁰ “Claramente, ter vários fóruns disponíveis é uma vantagem para os reclamantes. Também pode garantir que todos os elementos de uma disputa multifacetada sejam realmente resolvidos, como uma disputa sobre a delimitação territorial na Corte Internacional de Justiça (CIJ) e uma restrição comercial relacionada na OMC” (PAUWELYN; SALLES, 2009, p. 42, tradução nossa)

Da mesma forma, o Tribunal da *CME v. the Czech Republic* (UNCITRAL, 2003) discorreu sobre as implicações dos procedimentos paralelos das partes, mas não encontrou qualquer impedimento para julgar a mesma disputa ao mesmo tempo do julgamento pelo outro tribunal, sob o argumento, inclusive, de que o próprio governo da República Tcheca não concordou em realizar a consolidação dos procedimentos¹⁰¹.

Uma vez que o caso *Lauder v. the Czech Republic* teve o seu laudo emitido primeiro – o qual não acatou as alegações do Estado receptor de que houvera abuso do investidor a perseguir dois procedimentos arbitrais sobre o mesmo tema – este foi amplamente discutido na decisão do segundo caso, que, a despeito de várias considerações, também entendeu que era possível o estabelecimento de ambos os tribunais arbitrais a respeito do caso em tela.

Importa mencionar que o laudo do caso *CME v. the Czech Republic* explorou o princípio da *res judicata* para se resguardar do conteúdo que já havia sido julgado no laudo do caso anterior, sem que desistisse de examinar os fatos trazidos pela CME sob os auspícios do BIT da Holanda com a República Tcheca. O tribunal entendeu que o governo tcheco havia renunciado tacitamente ao *res judicata*, bem como entendeu que esse princípio já não se aplicaria à sua substância¹⁰².

A título de informação, o resultado dos dois procedimentos arbitrais foi distinto em termos de escopo de análise e de decisão. Nesse sentido, o Tribunal de *Lauder* apenas constatou que a República Tcheca violara o BIT EUA-República Tcheca no que diz respeito à cláusula de proibição de conduta arbitrária e discriminatória em relação a eventos em 1993 (que foram remediados em 1999) e, devido ao distanciamento temporal dos supostos danos, não concedeu indenização por danos ao reclamante. Já no caso *CME*, o Tribunal constatou que as medidas do reclamado violavam várias disposições do BIT holandês-tcheco, incluindo

¹⁰¹ “*The Czech Republic did not agree to consolidate the Treaty proceedings, a request raised by the Claimant (again) during these arbitration proceedings. The Czech government asserted the right to have each action determined independently and promptly. This has the consequence that there will be two awards on the same subject which may be consistent with each other or may differ. Should two different Treaties grant remedies to the respective claimants deriving from the same facts and circumstance, this does not deprive one of the claimants of jurisdiction, if jurisdiction is granted under the respective Treaty. A possible abuse by Mr. Lauder in pursuing his claim under the US Treaty as alleged by the Respondents does not affect jurisdiction in these arbitration proceedings*” (UNCITRAL, 2003, p. 412)

¹⁰² “*The Tribunal further is of the view that the principle of res judicata does not apply in favour of the London Arbitration for more than one reason. The parties in the London Arbitration differ from the parties in this arbitration. Mr. Lauder is the controlling shareholder of CME Media Ltd, whereas in this arbitration a Dutch holding company being part of the CME Media Ltd Group is the Claimant. The two arbitrations are based on differing bilateral investment treaties, which grant comparable investment protection, which, however, is not identical. Both arbitrations deal with the Media Council’s interference with the same investment in the Czech Republic. However, the Tribunal cannot judge whether the facts submitted to the two tribunals for decision are identical and it may well be that facts and circumstances presented to this Tribunal have been presented quite differently to the London Tribunal*” (UNCITRAL, 2003, para. 432)

tratamento justo e equitativo, proteção e segurança completas e a obrigação de não privar o investidor de seu investimento, condenando, ao fim, a República Tcheca a pagar ao reclamante uma indenização de 269 milhões de dólares¹⁰³.

De fato, conforme decisão do caso contra a República Tcheca, alguns princípios ou mecanismos jurídicos são normalmente evocados para combater a dissonância de laudos que estejam avaliando conflitos gerados sob os mesmos fatos e cobertos sob os mesmos direitos.

O próprio princípio da *res judicata*, ou princípio da coisa julgada, é relevante, por indicar que o julgamento referente a um determinado objeto e causa de agir é vinculante e previne que novos tribunais sejam criados para julgá-los novamente. Nesse sentido, a *res judicata* se refere à admissibilidade da reclamação em si, e não propriamente à jurisdição do tribunal (PAUWELYN; SALLES, 2009).

Por fim, existe a possibilidade de um investidor estrangeiro perfazer, ao mesmo tempo, tanto o caminho do *Forum* quanto o do *Treaty shopping*, para ampliar a escolha do foro, além das opções fornecidas pelo BIT específico e tentar resolver o mesmo conflito em procedimentos múltiplos ou paralelos (YANNACA-SMALL, 2006a).

2.2.8 Esfriamento regulatório

Com o avanço do número de arbitragens e da própria discussão acadêmica sobre a ISDS, algumas expressões passaram a ser utilizadas para conduzir o debate sobre determinados efeitos das decisões arbitrais. Dentre elas, destaca-se a de *regulatory chill*, que, nesta tese, optou-se por traduzir como esfriamento regulatório, a despeito do termo ser “multi-inteligível” e, dentre outras acepções, poder ser entendido como resfriamento regulatório, afrouxamento regulatório¹⁰⁴ ou, de forma mais radical, como congelamento regulatório.

O significado do termo *regulatory chill*, conforme destaca Tienhaara (2011), ainda não está totalmente claro. Ainda não há um conceito articulado quanto à expressão, apesar de os acadêmicos, normalmente, se referirem ao termo no contexto de ISDS. De forma

¹⁰³ “The Tribunal decided as follows: 1. The Respondent has violated the following provisions of the Treaty: a. The obligation of fair and equitable treatment (Article 3 (1)); b. the obligation not to impair investments by unreasonable or discriminatory measures (Article 3 (1)); c. the obligation of full security and protection (Article 3 (2)); d. the obligation to treat foreign investments in conformity with principles of international law (Article 3 (5) and Article 8 (6), and e. the obligation not to deprive Claimant of its investment (Article 5); and 2. The Respondent is obligated to remedy the injury that Claimant suffered as a result of Respondent’s violations of the Treaty by payment of the fair market value of Claimant’s investment as it was before consummation of the Respondent’s breach of Treaty in 1999 in an amount to be determined at a second phase of this arbitration;” (para. 52)

¹⁰⁴ Vivian Rocha utiliza esse termo na sua tese de doutorado.

simplificada, seria o uso ou a ameaça de uso da ISDS por investidores estrangeiros, para restringir a regulação local legítima nos estados receptores (BERGE; BERGER, 2019).

No entanto, um entendimento mais amplo considera que o esfriamento regulatório ocorre quando uma medida regulatória de boa-fé, a ser tomada por um Estado, é derogada em virtude de uma percebida ameaça de arbitragem (TIENHAARA, 2011). Em outras palavras, os formuladores de políticas levam em consideração possíveis disputas com investidores estrangeiros antes mesmo de começarem a elaborar uma política, e priorizam evitar tais disputas sobre o desenvolvimento de uma regulamentação eficiente de interesse público (TIENHAARA, 2011). Tal compreensão sob o ponto de vista de um governo pode ser obtida pela manifestação da Comissão Australiana de Produtividade acerca dos efeitos de acordos de investimento com cláusulas ISDS:

As disposições de ISDS podem restringir ainda mais a capacidade de um governo de empreender reformas para melhorar o bem-estar em uma data posterior, um problema conhecido como “resfriamento regulatório”. Tal “resfriamento” ocorre porque as cláusulas de investimento que fornecem proteção contra “expropriação indireta” e “tratamento justo e equitativo” [...]. Essas proteções podem [...] envolver ações governamentais, como mudanças na legislação ambiental, arranjos tributários ou esquemas de licenciamento. O “resfriamento” ocorre quando os governos optam por não realizar ações regulatórias (em oposição à desapropriação direta de propriedade) por medo de desencadear reivindicações de arbitragem ou pagar indenização. (SOARES, 2017, p. 21, tradução nossa)

No entanto, é importante ressaltar que, embora seja compreendido dentro de uma lógica dos efeitos dos IIAs, na prática, é praticamente impossível provar a existência de um esfriamento regulatório, pois o exercício teria que evidenciar a ausência de regulação ou, ao menos, que um recuo regulatório decorreu especificamente na avaliação de que a sua implementação causaria contestação em tribunais arbitrais¹⁰⁵ (BROWN, 2013). Por isso, a maior parte dos estudos analisados por esta tese parte de inferências lógicas para concluir, ou não, pelos efeitos do esfriamento regulatório (SOARES, 2017; TIENHAARA, 2011). Inclusive, uma pesquisa está sendo desenvolvida por Berge e Berger (2019), a qual parte do pressuposto de que a literatura, até o momento, não se baseou em uma análise sistêmica, e que, portanto, não existiriam motivos concretos para acreditar na existência do efeito do esfriamento regulatório. No entanto, uma vez que tal estudo ainda está em desenvolvimento,

¹⁰⁵ *In order to attempt to prove that something has not been done, and that it has not been done for a specific reason (namely the fear of international arbitration), one must look closely at the evidence available, and draw conclusions by inference.*

a gama de evidências disponíveis indica, ainda que não comprove, que, em determinados casos, a sombra de uma ISDS foi capaz de moldar comportamentos.

Neste sentido, alguns exemplos podem indicar a existência de um esfriamento regulatório, por parte de alguns países, como efeitos dos BITs que eles tenham assinado ou estivessem negociando. Tienhaara (2006) faz alusão a um conflito de interesses entre investidores na área de mineração e o governo da Indonésia, que, em 1999, fez uma reforma em sua legislação ambiental, particularmente em seu direito florestal (TIENHAARA, 2006). Ocorre que, anteriormente à tal reforma, a regulação da mineração se dava por meio de contratos específicos, os *contracts-of-work* (CoWs), e, previamente à publicação da nova legislação, mais de 150 empresas tinham CoWs firmados. Em tese, investidores que obtivessem os CoWs estariam resguardados de mudanças posteriores na legislação ambiental e, por conta disso, eles continuaram a desenvolver a sua exploração como se nada tivesse acontecido.

No entanto, a questão acabou chegando ao conhecimento de várias organizações não governamentais (ONGs), que passaram a pressionar o governo, levando o departamento Florestal a deixar de emitir novas licenças para empresas de mineração em florestas de proteção e suspender todos os contratos que estavam vigentes (TIENHAARA, 2006).

Em 2002, surgiram as primeiras notícias de que as mineradoras iriam acionar o tribunal de arbitragem e, apesar da opinião de especialistas de que o governo da Indonésia poderia vencer uma eventual disputa arbitral, este elaborou, no mesmo ano, uma lista de 22 empresas com CoWs assinadas antes da promulgação da Lei Florestal 41 de 1999, autorizando a sua operação em florestas protegidas (TIENHAARA, 2006).

A exceção criada à lei geral foi convertida em regra em 2004, quando o governo publicou norma que emendou a Lei Florestal 1999/41, declarando que “Todas as licenças ou contratos de mineração em áreas florestais emitidas antes da promulgação da Lei 41 de 1999 sobre Florestas são declaradas válidas até a data de vencimento da respectiva licença ou contrato” (TIENHAARA, 2006, p. 16). Por conta de tal recuo do governo indonésio, não foi estabelecido nenhum tribunal arbitral de ISDS a respeito da matéria.

O caso da Vannessa Ventures também parece ilustrar uma situação de esfriamento regulatório na Costa Rica. Essa empresa detinha um projeto de mineração de ouro que cobria uma área de 176 km² e, por conta disso, montou uma subsidiária no país, a Indústrias Infinito SA, a qual apresentou um relatório de viabilidade ao governo costarricense em 2001 e recebeu uma licença de exploração em 2002, apenas alguns dias antes das eleições presidenciais do citado ano (TIENHAARA, 2011).

No entanto, após as eleições, o presidente Abel Pacheco, que fora eleito com o discurso contrário à exploração de petróleo e gás, emitiu, no Dia da Terra, uma suspensão geral da exploração de petróleo e gás, bem como de grandes projetos de mineração a céu aberto (TIENHAARA, 2011).

A empresa supôs que não seria afetada, em função da sua autorização ter sido prévia, e inclusive contratou uma consultoria costarriquenha para auxiliar no pedido do licenciamento ambiental junto à agência costarriquenha de proteção ambiental, a Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), o que foi feito em março de 2002 (TIENHAARA, 2011).

No entanto, a licença ambiental da Vannessa foi negada pela SETENA em 2003, o que motivou a empresa a apelar administrativamente à própria Secretaria, bem como também a recorrer à Suprema Corte, por acreditar que o processo de licenciamento estava politicamente influenciado (TIENHAARA, 2011). Ambos os processos correram ao longo de 2004 sem que houvesse uma decisão definitiva acerca do licenciamento ambiental da Vannessa, ao mesmo tempo em que ocorria uma forte oposição pública por ONGs e grupos de ambientalistas à atuação da empresa (TIENHAARA, 2011).

Diante do impasse, a empresa apresentou uma notificação para iniciar o processo de arbitragem internacional no ICSID, em julho de 2005, contra o governo da Costa Rica. O resultado prático veio em menos de dois meses, quando, em setembro de 2005, a SETENA aprovou a licença ambiental da empresa (TIENHAARA, 2011). De acordo com o diretor executivo da Industrias Infinito, Jesus Carvajal, a solicitação de arbitragem ao ICSID foi crucial, pois ele entendeu que a ameaça de acionar a arbitragem pressionou a SETENA a resolver o problema (TIENHAARA, 2011). Uma vez concedido o licenciamento ambiental, o caso foi descontinuado no ICSID.

Diante dos exemplos trazidos, resta patente a ausência de confiança que muitos PEDs têm sobre as decisões dos tribunais arbitrais, baseada na impressão de que estes tendem a decidir a favor do investidor, conforme já ressaltado neste capítulo.

O próprio sentimento de que IIAs com cláusulas ISDS incorrem em perda de soberania dos Estados termina por influenciar também em posições contrárias à assinatura e ratificação desses tipos de acordos, o que, inclusive, foi o caso do Brasil na década de 1990, pois, a despeito de este ter assinado 14 BITs, em nenhum momento os ratificou.

Por fim, cumpre ressaltar que, conforme exemplos discutidos, grande parte dos casos estudados dizem respeito a inovações na legislação ambiental que entram em conflito com pretensões dos investidores. Esta parece ser uma tendência irreversível, uma vez que a proteção ambiental é um tema que cada vez mais tem tido apelo junto à sociedade civil e

termina sendo um movimento relativamente novo em relação à regulação disposta nos textos modelos da maior parte dos BITs em vigor. Neste sentido, deve-se acreditar na tendência de que cláusulas de proteção ambiental devam ser resguardadas nos futuros IIAs.

2.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Pelo exposto no capítulo, percebe-se que a evolução do regime do direito internacional do investimento estrangeiro de forma descentralizada pode ser tida como a principal responsável tanto pelas vantagens atribuídas à resolução de conflitos entre investidor e Estado, como pelas suas desvantagens. Isto porque, ao se olhar analiticamente para os trunfos da atual ISDS, percebe-se que, de forma geral, o que os torna mais atraentes é justamente a ausência de um modelo engessado, centralizado, o qual pode se tornar susceptível a paralizações, tal como se vislumbra hodiernamente no Órgão de Apelação da OMC.

Nesse aspecto, ao se ter a livre possibilidade de instituir, entre as partes conflitantes, um tribunal arbitral *ad hoc*, o qual está sujeito apenas às regras definidas no instrumento jurídico que vincula as partes, seja um BIT ou mesmo um contrato, e cujas partes também têm uma ampla discricionariedade na definição dos procedimentos, a susceptibilidade de o conflito ser resolvido é semiautomática.

Não se está defendendo, aqui, que a solução será sempre a melhor possível, ou que, após a elaboração do laudo arbitral, não sobrevirão outros problemas ou desafios, mas que a flexibilidade da atual ISDS propicia uma solução mais enfática e direta, em alternativa ao antigo instrumento de proteção diplomática. A ISDS se apresenta como uma alternativa viável aos tribunais internos, tidas como ineficientes ou parciais, de determinados países receptores de investimento; é capaz de atribuir, a árbitros especializados, temas de alta complexidade; conduz a uma solução reconhecida por Convenções Internacionais que dá capilaridade à execução do resultado; e, por fim, evita a exposição política direta e atritos diplomáticos entre países.

Por outro lado, conforme ressaltado, o regime descentralizado causa desvantagens em comparação a tribunais internacionais de bases multilaterais, sendo algumas delas já alvo de reformas pontuais e ajustes, como as reclamações relativas à falta de transparência dos procedimentos e a dificuldade de participação da sociedade civil, mesmo quando o tema diz respeito a interesse público. Enquanto isso, outras desvantagens são contrapontos diretos às vantagens identificadas, como, por exemplo, questionamentos sobre a imparcialidade e independência dos árbitros, tendo em vista o sistema de indicações pelas partes participantes

do conflito, ou a própria dificuldade de acesso aos tribunais arbitrais, os quais mantêm um registro de custos processuais e com advogados bastante elevado, sem contar que o tempo de duração do procedimento também é apontado como vagaroso, em virtude das várias possibilidades jurídicas de delongar o andamento do processo.

Assim, algumas desvantagens identificadas são específicas do regime descentralizado do direito internacional do investimento, e a sua resolução perpassa por uma maior harmonização, não somente das regras estabelecidas nos diversos tratados, como da sua própria interpretação. Nesse sentido, pode-se apontar a falta de consistência nas decisões dos tribunais arbitrais diante de situações similares sob o mesmo IIA, ou sob IIAs distintos mas com regras similares, e no caso de o mesmo conflito ser apresentado sob IIAs distintos. Essa liberdade decisória que cada tribunal *ad hoc* tem para resolver os conflitos que lhe são trazidos termina por gerar uma grande insegurança jurídica quando as partes lidam com interpretações inconsistentes sob o ponto de vista de uma jurisprudência já consolidada, ou mesmo diante da própria expectativa das partes na assinatura do tratado ou contrato que rege a disputa.

Questões como a aplicação extensiva da cláusula MFN, por exemplo, terminam, também, por mudar as regras procedimentais previamente acordadas pelas partes, bem como, por vezes, dar um tratamento substantivo, que teoricamente não estaria coberto pelo acordo.

Ainda que este tema seja de grande complexidade, a crítica realizada pesa no fato de que cada tribunal poderá julgar a causa da melhor forma que entender. Note-se que esta tese não ignora a existência da doutrina da *jurisprudence constante*, que reconhece a influência das jurisprudências nas estratégias e argumentos das partes, bem como na exposição de motivos dos tribunais. Não obstante, os tribunais ainda detêm a liberdade total de não concordar.

Ressalta-se, ainda, que, apesar de a descentralização do regime de direito internacional do investimento poder incorrer na inconsistência de determinadas decisões, ela incorre, também, na própria possibilidade de os investidores forçarem tal inconsistência, quando se utilizam do instituto de *forum shopping* ao escolherem determinadas cortes, mesmo que de forma paralela, para julgar seus casos. Os casos *Lauder v. The Czech Republic* e *CME v. The Czech Republic* ilustram bem essa possibilidade, a ponto de tribunais distintos, tratando do mesmo conflito, chegarem a soluções completamente distintas.

Outro problema apontado é a estratégia de estrutura organizacional adotada por grandes multinacionais, para realizar o *treaty shopping* como forma de estarem sempre cobertos por IIAs que lhes permitam questionar futuramente quaisquer ações de um determinado Estado receptor e sob o IIA que melhor lhes convier.

Por fim, uma das desvantagens apontadas pela doutrina, que é de difícil comprovação empírica, mas de fácil visualização teórica, é a do resfriamento regulatório, em que os Estados receptores de investimento, sujeitos a regras de proteção do investimento em IIAs, deixam de adotar, ou desistem da adoção de determinadas políticas públicas (de interesse do público amplo) ao vislumbrarem o risco de serem acionados em um tribunal ISDS. Obviamente, não é possível indicar previamente qual será a resolução apontada pelo tribunal arbitral. Não obstante, a doutrina entende que existe uma percepção, por parte dos PEDs signatários de IIAs, de que tais tribunais normalmente detêm uma visão pró-investidor e, por isso, preferem evitar serem processados nesse âmbito.

Diante das críticas e desvantagens apontadas pelo atual modelo descentralizado de ISDS, uma preocupação assola a consolidação do sistema e atormenta-o pela necessidade de reformas, que é a falta de legitimidade das decisões emanadas por esses tribunais, o que dificulta, por exemplo, a sua adoção por diversos Estados, particularmente grandes receptores de investimento, como, por exemplo, o próprio Brasil.

Por isso, tanto grandes organizações internacionais, como a OCDE ou a UNCTAD, debruçaram-se em estudar a ISDS, para identificar possíveis melhorias, como a própria doutrina especializada desenvolveu diversos modelos possíveis de reformas, ou visões em relação a uma possível consolidação e multilateralização do regime internacional de direito internacional do investimento, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

3 POSSÍVEIS MODELOS DE REFORMA DA ISDS

A seção anterior expôs os pontos fortes e fracos da ISDS, tanto sob o ponto de vista do investidor como o do Estado. A partir desse balanço, vários acadêmicos e organizações internacionais vislumbraram a necessidade de estabelecer uma agenda de reformas que garanta a melhoria do sistema como um todo, atribuindo, particularmente, mais consistência e legitimidade.

É importante destacar, para o leitor, que vários pontos fracos indicados à ISDS são também reflexos do próprio regime de direito internacional do investimento estrangeiro, tendo em vista o seu estabelecimento difuso, por meio de uma miríade de BITs e outros tipos de IIAs. Como já ressaltado nesta tese, esse regime difere da centralidade vislumbrada no sistema multilateral de comércio, na figura da OMC.

Sendo assim, nos últimos anos, o regime de direito internacional do investimento como um todo, bem como o seu sistema de solução de controvérsias entre investidor e Estado, vem sendo estudado com o objetivo de entendê-lo, melhorá-lo e torná-lo mais transparente, inclusivo, seguro e moderno, com a proposição de reformas pontuais nos textos dos acordos, ou mesmo estruturais, com a sugestão de adotar novas estruturas de administração dos acordos e de solução de controvérsias.

Não obstante, há uma vertente entendendo que o regime de investimento tem perpassado por uma reforma orgânica, por meio da aplicação de cláusulas de nação mais favorecidas, para padronizar a proteção ao investidor. Existiria, assim, um automovimento de multilateralização do regime, proporcionado pelo sistema difuso de ISDS, induzindo, portanto, ao seguinte questionamento: “é de fato necessário reformar a ISDS?”

Este capítulo tem, portanto, a intenção de dialogar com essas referências teóricas sobre a necessidade ou não de reforma do regime de investimento e do seu sistema de solução de controvérsias. Uma vez entendidas estas referências, será possível ter uma melhor compreensão sobre como a proposta europeia de reforma da ISDS, com vistas à sua multilateralização, se apresenta.

A primeira seção aborda brevemente a evolução do debate sobre a reforma do regime de investimento e do sistema de solução de controvérsias entre investidor e Estado, trazendo tanto os temas explorados nas pesquisas de organizações internacionais como as da comunidade acadêmica.

A segunda seção expõe o entendimento do professor Stephan Schill de que o regime de investimento já está sob o prisma de uma reforma orgânica, o que trava o diálogo teórico sobre a necessidade ou não de se realizar novas reformas.

Já a terceira seção contextualiza o leitor sobre os modelos de propostas de reforma da ISDS atualmente discutidos na academia e nas discussões permeadas entre os países, particularmente no âmbito da UNCITRAL.

3.1 A EVOLUÇÃO DO DEBATE DE REFORMA DO REGIME DE INVESTIMENTO E DA ISDS

A função de indicar um roteiro de modernização dos IIAs foi particularmente encampada pela UNCTAD, que, desde 2012¹⁰⁶, vem elaborando relatórios anuais e análises diversas sobre o tema e, em 2018, publicou um estudo denominado *UNCTAD's reform package for the international investment regime*.

A premissa inicial desse estudo não é saber “se” os acordos devem ser reformados, mas identificar “o quê” reformar e “como” realizar tal reforma (UNCTAD, 2018). Nesse sentido, pela inexistência de uma organização multilateral que concentre o debate sobre as ações de reforma de acordos de investimentos, este deve ser sincronizado com os níveis nacional, bilateral, regional e plurilateral, por meio de uma estrutura global de suporte. Também se procura realizar a reforma na própria estrutura, em que a participação de mais atores incorrerá em propostas de reformas mais alinhadas, ainda que efetivadas de forma descentralizada (UNCTAD, 2018).

Além disso, na visão dos Estados, em uma eventual reforma ampla do IIA, existem diretrizes básicas a perseguir, com o objetivo de tornar seu resultado final o mais legítimo possível: 1 – visar o desenvolvimento sustentável; 2 – focar em áreas críticas para reforma; 3 – agir em todos os níveis; 4 – seguir um processo gradual e contínuo; 5 – assegurar a transparência durante o processo de reforma; 6 – fortalecer a construção de uma estrutura de suporte ampla para todos os países que se interessarem (UNCTAD, 2018).

¹⁰⁶ São eles: *World Investment Report 2015 (WIR15) (the Road Map for international investment agreement (IIA) Reform)*; *The World Investment Report 2017 (WIR17) (the 10 Options for Phase 2 of IIA Reform)*; *World Investment Report 2018 (WIR18) (the guidance for Phase 3 of IIA Reform)*. Além disso, vários elementos do Pacote de Reforma foram revisados por pares em várias reuniões intergovernamentais de alto nível, incluindo as Conferências Ministeriais da UNCTAD, o Conselho de Comércio e Desenvolvimento da UNCTAD, sua Comissão de Investimento e Desenvolvimento, os Fóruns de Investimento Mundial 2012, 2014 e 2016, bem como vários das Conferências Anuais de Alto Nível do IIA da UNCTAD.

A partir dessa percepção, o estudo indica que a reforma dos tratados internacionais de investimento pode ser colocada em prática em três fases.

A fase 1 envolveria fazer escolhas estratégicas sobre a extensão e profundidade da agenda de reformas, sendo vislumbrada a possibilidade de elaborar um novo modelo de IIAs; a fase 2 envolveria a abordagem dos problemas e riscos impostos pelo grande estoque de tratados da velha geração existentes; e a fase 3 focaria em melhorar a coerência, consistência e interação entre diferentes níveis e tipos de formulação de políticas, o que inclui, em particular, a coerência das regras previstas nas redes de IIAs dos países e a própria interação do IIA com as leis nacionais de investimento e com outros órgãos do direito internacional que afetam o investimento (UNCTAD, 2018).

Um segundo trabalho é realizado pela OCDE, que, além de ter desenvolvido códigos específicos para regular a liberalização de capital¹⁰⁷ entre os países membros, também incentivou a elaboração de *working papers* específicos, desde 1998 até os dias atuais, para analisar e estudar as nuances dos IIAs, dentre eles, a ISDS, e, a partir dessas ações, estimular o debate entre os países sobre eventuais caminhos de reformas.

Dentre os textos de destaque, pode-se citar o primeiro *working paper*, de 1998, que trouxe parâmetros iniciais sobre o campo do investimento estrangeiro, com o intuito de relacionar o papel do investimento com o desenvolvimento econômico e do comércio entre os países (OCDE, 1998). Ou mesmo os textos mais específicos, como a análise da aplicação das cláusulas MFN em acordos de investimento (OCDE, 2004a), de tratamento justo e equitativo (OCDE, 2004b) e *umbrella clause* em IIAs, de 2006 (YANNACA-SMALL, 2006b), esta última já citada nesta tese. Há, ainda, a pesquisa que mapeou, em 2012, os principais parâmetros de regulação da ISDS em mais de 1660 BITs, pela qual foram identificadas estruturas de convergência nos procedimentos de diversos BITs, que passaram a ser refletidos em IIAs multilaterais (POHL; MASHIGO; NOHEN, 2012).

Com o aprofundamento do debate institucional sobre a reforma do regime de investimento, logo o tema passou a focar no atual modelo de ISDS, com suas vantagens e desvantagens, tal como indicadas no capítulo anterior. Um dos principais textos elaborados pela OCDE foi o de Gaukrodger e Gordon (2012), os quais identificaram oito questões emergentes na ISDS, discutidas no capítulo anterior:

- a) acesso dos investidores à justiça;
- b) os custos dos processos ISDS;

¹⁰⁷ São eles: o *Code of Liberalisation of Capital Movements* e o *Code of Liberalisation of Current Invisible Operations*.

- c) medidas corretivas para investidores estrangeiros sob tratados de investimento e seu possível impacto sobre a igualdade de condições em relação a investidores nacionais e outros investidores estrangeiros;
- d) a aplicação e execução de sentenças ISDS;
- e) financiamento de terceiros na ISDS;
- f) características, seleção e regulamentação dos árbitros na ISDS;
- g) *forum shopping e treaty shopping* por investidores; e
- h) a questão da consistência na tomada de decisão na ISDS (GAUKRODGER; GORDON; 2012).

Não obstante, o *paper* da OCDE que aborda uma metodologia de reforma foi apresentado pelas professoras e advogadas, especializadas na área, Kaufmann-Kohler e Potestà (2016), e baseia-se na Convenção de Maurício como um possível modelo de reforma para a ISDS.

Após analisar uma eventual concepção de reforma da ISDS voltada para o estabelecimento de um tribunal multilateral (seja um tribunal de investimentos ou apenas uma corte de apelação), a qual seria implementada sem a necessidade de se invalidar os atuais IIAs, substituindo-se apenas a parte destinada à arbitragem *ad hoc*, as autoras entendem que seria possível estabelecer uma convenção multilateral de adesão, para que os Estados interessados passassem a integrar o eventual sistema (KAUFMANN-KOHLER; POTEITÀ, 2016).

Além das pesquisas desenvolvidas pela UNCTAD e OCDE, pesquisadores relacionados a outras instituições desenvolveram estudos de referência sobre possíveis reformas ao atual modelo ISDS, como o trabalho desenvolvido pelo Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável (IISD, sigla em inglês) sobre acompanhamento das discussões de reforma e as publicações especializadas do *Jornal Europeu de Direito Internacional* (EJIL, sigla em inglês) e demais revistas acadêmicas, como o *Journal of Politics and Law*, a *New Zealand Business Law* e as publicações especializadas da editora Brill, como o *Journal of World Investment & Trade*.

Particularmente, destacam-se artigos que avaliam a necessidade de reformar, abandonar ou manter o atual sistema ISDS (CAMPBELL; NAPPERT; NOTTAGE, 2013), a desnecessidade de ISDS nos IIAs (KLEINHEISTERKAMP, 2014), o desenvolvimento de uma abordagem europeia (VAN HARTEN, 2015; TITI, 2017), ou formatos e desenhos de reforma (WEBER; TITI, 2015; SOARES, 2017; PUIG; SHAFFER, 2018), entre outros.

A maior parte desses estudos confirma que grande parte dos fatores de preocupação em relação à legitimidade e consistência da ISDS estavam ligados ao próprio formato

descentralizado do regime de investimento, bem como ao formato descentralizado da resolução de conflitos, aliados a preocupações sobre transparência, independência dos tomadores de decisão e conflitos sobre a regulação de temas de interesse público *versus* proteção ao investidor.

Não obstante, conforme já antecipado, nem todas as visões a respeito dos problemas do regime internacional de investimento ou da resolução de conflitos entre investidor e Estado perpassam por uma visão reformista.

Há quem defenda que é possível vislumbrar uma tendência de multilateralização do regime, o que, em tese, diminuiria a demanda por um acordo multilateral, tal como entrevisto na época do MAI, e naturalmente diminuiria a inconsistência na ISDS. Além disso, de acordo com essa perspectiva, defende-se que é possível melhorar o atual sistema ISDS, sem a necessidade de estabelecer reformas profundas.

Por outro lado, os que defendem a necessidade de reforma da ISDS, com vistas a endereçar as críticas, já discutem sob quais formatos é possível avançar com o tema. Tais possibilidades podem ser elencadas sob uma categorização de modelos, dentre os quais é possível vislumbrar o enquadramento da proposta europeia de reforma, tema desta tese. Esses modelos sendo encaminhadas no âmbito da UNCITRAL e podem representar o futuro da ISDS. As seções seguintes tratarão de cada uma dessas perspectivas.

3.2 VERTENTE ALTERNATIVA À REFORMA DO REGIME DE INVESTIMENTO E DA ISDS

O professor Stephan Schill é uma das maiores autoridades na área de Direito do Investimento Estrangeiro e, em seus estudos, elaborou uma tese, editada em livro em 2009, segundo a qual, o regime de investimento estaria perpassando por um processo de multilateralização a partir da utilização da cláusula da Nação mais favorecida pelos tribunais arbitrais *ad hoc*.

Tal tese pode levar à conclusão de que uma reforma dos IIAs, ou sua consolidação em um acordo multilateral, seria dispensável, já que isso estaria ocorrendo naturalmente. Além disso, o fato desta multilateralização estar ocorrendo via decisão dos tribunais ISDS também tornaria menos relevante um movimento de reforma deste modelo de solução de controvérsias. Isso porque a multilateralização do regime padronizaria as regras internacionais de proteção ao investidor, diminuindo o nível de inconsistências das decisões arbitrais e elevando a sua legitimidade.

Além desta, o professor desenvolveu a tese de que, o aumento da legitimidade das decisões arbitrais dos tribunais ISDS perpassaria pela aderência dos árbitros à uma perspectiva de Direito Internacional Público, algo que pode ser realizado sem uma reforma nas normas da ISDS ou em sua estrutura, mas simplesmente por meio de uma reforma orgânica.

Nesse sentido, as subseções seguintes abordarão as referidas teses, dialogando com elas e demonstrando o motivo de essas teses serem insuficientes para atribuir maior legitimidade e consistência ao sistema, o que, conseqüentemente, mantém o debate sobre a reforma da ISDS relevante.

3.2.1 A teoria de multilateralização natural do regime de investimento

Conforme destacado no primeiro capítulo desta tese, a tentativa mais ambiciosa de multilateralização do regime de investimento deu-se por meio do MAI, na OCDE, cujas negociações fracassaram em 1999.

Ainda que não houvesse o fracasso das negociações do MAI, que estabeleceria um acordo multilateral às regras de proteção ao investimento estrangeiro e também às regras de solução de controvérsias, conforme indicado em seção anterior, não seria possível afirmar que esse acordo estabeleceria, de fato, um sistema multilateral de proteção ao investimento, dada a amplidão de interpretações distintas que poderiam ser aplicadas pelos distintos tribunais arbitrais (no âmbito do ICC, ICSID e UNCITRAL).

Não obstante, o MAI significou o ensaio oficial mais próximo da multilateralização das regras de proteção ao investimento estrangeiro.

Ocorre que, para o professor da Universidade de Amsterdã, Schill (2009), o fracasso do MAI pode não ter representado o fim da perspectiva de multilateralização das regras de proteção ao investimento estrangeiro. Isso porque, além da própria homogeneização de várias regras contidas em BITs, existe um mecanismo corrente de padronização de normas, por meio da aplicação das cláusulas de nação mais favorecida (MFN, em inglês) pelos tribunais ISDS.

Nesse sentido, a cláusula MFN é entendida modernamente como um mecanismo de garantia de tratamento justo e equitativo para as partes integrantes de um acordo, de modo a evitar a discriminação de um terceiro ator estrangeiro, assim como a cláusula de tratamento nacional tem o objetivo de evitar tratamento desigual entre um nacional e um ator estrangeiro.

É possível verificar que o formato desenvolvido para as cláusulas MFN constantes, particularmente na primeira geração de BITs e replicado nos mais diversos acordos, está, no geral, situado de forma isolada ou é atribuído à cláusula de tratamento nacional. No primeiro

caso, pode-se citar o BIT entre China e Benin de 2004 (UNCTAD, 2004)¹⁰⁸, enquanto que, no segundo caso, quando a cláusula MFN é combinada com a cláusula de tratamento nacional, pode-se citar o BIT entre a Dinamarca e a Etiópia, de 2001¹⁰⁹.

O funcionamento básico da cláusula MFN pode ser interpretado da seguinte forma: Estados A e B assinam um BIT, com a inserção de cláusula MFN, no qual ambos garantem, entre si, a extensão de direitos e benefícios atribuídos por eles a uma terceira parte. Na prática, se o Estado A atribui, a qualquer momento, um benefício a um Estado C, como a não exigência de uma determinada certificação para a realização de um investimento específico, o Estado B poderá exigir a paridade de tratamento caso o investimento específico esteja no escopo de proteção definido no âmbito do seu BIT (SCHILL, 2009). Nesse sentido, destaca-se que o BIT entre A e B é denominado na doutrina como o “Tratado-básico”, o qual será a referência básica para incorporar tratamentos mais favoráveis garantidos a um terceiro Estado (SCHILL, 2009).

Não obstante, a interpretação da cláusula MFN no caso *Maffezini v. Spain* (MAFFEZINI, 2000) deu nova perspectiva à sua aplicação, tendo em vista que permitiu que o investidor coberto pelo BIT Argentina-Espanha invocasse provisões favoráveis do BIT Chile-Espanha em relação ao acesso à arbitragem ISDS. Particularmente, o primeiro BIT previa um período mínimo de 18 meses de utilização de tribunais internos como pré-condição de acesso à arbitragem, enquanto o segundo BIT permitia o acesso diretamente à arbitragem (SCHILL, 2009; STOPPIONI, 2019). O tribunal arbitral permitiu que o investidor importasse a regra do tratado entre Chile e Espanha, de acesso direto à arbitragem ISDS, por meio da cláusula MFN, por entender que tal possibilidade poderia ser considerada um tratamento mais favorável¹¹⁰ (SCHILL, 2009; STOPPIONI, 2019).

Na prática, o caso *Maffezini v. Spain* (MAFFEZINI, 2000) abriu a possibilidade de um investidor, coberto por um BIT que contenha uma cláusula MFN, invocar os benefícios concedidos a nacionais de terceiros por outro BIT do Estado anfitrião, e importá-los diretamente para seu relacionamento com o Estado anfitrião.

¹⁰⁸ Artigo 3.2 do BIT entre China e Benin de 2004: “Neither Contracting Party shall subject investments and activities associated with such investments by the investors of the other Contracting Party to treatment less favorable than that accorded to the investments and associated activities by the investors of any third State.” (UNCTAD, 2004).

¹⁰⁹ Artigo 3.2 do BIT entre a Dinamarca e a Etiópia: “Each Contracting Party shall in its territory accord investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investment, fair and equitable treatment which in no case shall be less favourable than that accorded to its own investors or to investors of any third State, whichever of these standards is the more favourable from the point of view of the investor.”

¹¹⁰ Pode-se consultar um resumo do caso em: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/maffezini-v-spain/>. Acesso em: 27 jun. 2021.

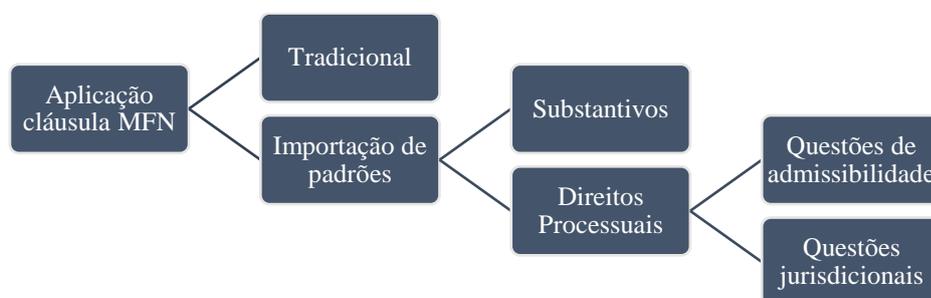
Para o professor Schill (2009), as cláusulas da MFN teriam a capacidade de “multilateralizar” as relações bilaterais de tratados entre Estados e de harmonizar a proteção dos investimentos estrangeiros em relação a um Estado anfitrião específico, o que traria uma série de benefícios, sendo os mais relevantes:

- a) a prevenção de distorções de mercado, ao impedir que a aplicação de diferentes padrões de tratamento resulte em diferentes custos de transações para situações semelhantes;
- b) o estabelecimento de uma estrutura legal mais transparente, ao dispensar a necessidade de aderir a regras mais custosas;
- c) a melhora das relações internacionais, ao evitar que Estados em desvantagem econômica sejam preteridos a um tratamento mais favorável; e
- d) a própria criação de uma estrutura multilateral uniforme de padrões de proteção (SCHILL, 2009).

De acordo com a pesquisa desse autor, além de importarem padrões substantivos de tratamento, os tribunais frequentemente utilizam a cláusula MFN para importar previsões processuais relacionadas à cláusula de resolução de conflitos investidor-Estado de outros acordos, seja para suprimir um requisito procedimental que constitua uma condição para um pedido em uma arbitragem (questões de admissibilidade), seja para estender o limite jurisdicional de um tribunal arbitral por meio da cláusula MFN, garantindo que problemas ou disputas não contemplados pelo acordo base se tornem objetos de um procedimento arbitral (questões jurisdicionais) (SCHILL, 2009; BADIN; LUIZ; OLIVEIRA, 2017, p. 167).

Resumidamente, pode-se compreender a aplicação da cláusula MFN conforme a figura 2.

Figura 2 – Fluxograma de aplicação da cláusula MFN



Fonte: o autor (2021).

Para Schill (2009), a interpretação abrangente das cláusulas MFN habilita a multilateralização da proteção aos investidores, estabelecendo padrões comuns:

As cláusulas da MFN precisam ser entendidas, amplamente, como multilateralizando não apenas os direitos substantivos dos investidores e se aplicando a questões relacionadas à admissibilidade, mas também à jurisdição arbitral multilateralizante, incorporando o consentimento mais amplo do Estado anfitrião de seus tratados de investimento em países terceiros (SCHILL, 2009, p. 174, tradução nossa).

A lógica da sua posição é a de que a cláusula MFN ajudaria a nivelar a competição entre investidores. Tal nivelamento se concretiza sob o atual modelo de ISDS, no qual tribunais distintos, que versam sobre acordos internacionais distintos, podem habilitar um padrão de tratamento mínimo, de entendimento, em tese, multilateral.

Nesse sentido, o fato deste padrão mínimo multilateral estar ocorrendo via decisão dos tribunais ISDS também tornaria menos relevante um movimento de reforma do próprio sistema ISDS, já que a padronização em si das regras internacionais de proteção ao investidor diminuiria o nível de inconsistências das decisões arbitrais e elevaria a sua legitimidade.

Cumprir destacar que, em termos de ISDS, ao investidor não importa se as disparidades enfrentadas são substantivas ou procedimentais, até porque esta classificação é doutrinária e não de aplicação prática (SCHILL, 2009).

Sob o ponto de vista da comunidade jurídica internacional, tal distinção é, no entanto, relevante. Nesse caso, ela não contesta a forma tradicional de aplicação da cláusula MFN, tendo em vista que trata de solicitar o reconhecimento de um prejuízo em virtude de uma ação discriminatória, do que, necessariamente, adotar novas regras ao tratado base.

Por outro lado, em relação às importações de padrões substantivos, tal prática já se encontra difundida, porém, com resultados diversos. Como exemplo positivo, no qual os investidores conseguiram importar padrões substantivos de outros BITs, pode-se citar os casos *CME v. Czech Republic* e *MTD vs. Chile*¹¹¹.

¹¹¹ No primeiro, o tribunal arbitral, constituído sob o acordo entre República Tcheca e Países Baixos, utilizou-se do BIT da República Tcheca com os Estados Unidos para definir o conceito de “compensação justa” como sendo equivalente a “valor justo de mercado”, o que, na visão do investidor, teria uma redação e aplicação mais favorável (BADIN; LUIZ; OLIVEIRA, 2017, p. 166-167). Já no segundo, o tribunal arbitral, constituído no âmbito do BIT entre Chile e Malásia, utilizou-se de previsões contidas nos acordos entre Chile e Dinamarca e entre Chile e Croácia para reconhecer o direito do investidor de receber algumas licenças para desenvolver um investimento no desenvolvimento imobiliário, tendo em vista que o acordo entre Chile e Malásia não continha uma previsão obrigando os Estados a emitir as licenças necessárias para a realização do investimento (BADIN; LUIZ; OLIVEIRA, 2017, p. 167).

Como exemplo de não importação, pode-se citar o caso *ADF Group Inc. v. United States of America*¹¹², no âmbito do NAFTA¹¹³.

De igual forma, a utilização da cláusula MFN para importação de regras procedimentais, seja para encarar questões de admissibilidade, seja para expandir a jurisdição do tribunal arbitral, não encontra pacificidade na doutrina e muito menos nas decisões arbitrais. No caso *Siemens v. Argentina*¹¹⁴, a aplicação da importação de padrões via MFN foi ampliada¹¹⁵. Já em *Plama v. Bulgaria*¹¹⁶, o tribunal discordou dos pressupostos do Maffezini (2000) e explicou que a importação de provisões processuais de terceiros BITs seria resolvida sob uma lógica contrária. Caso não houver expressa referência de aplicação da cláusula MFN a questões de soluções de disputas, esta não será aplicável (GODINHO, 2008)^{117 118}.

Para Batifort e Heath (2017), a interpretação extensiva das cláusulas MFN para importação de padrões substantivos e processuais parece decorrer de uma abordagem *top-down* de *leading cases* que terminaram por influenciar a jurisprudência posterior. Os autores indicam, inclusive, que a aplicação *top-down* da possibilidade de importação de padrão via MFN foi realizada 12 vezes, sem que houvesse a devida atenção ao texto relativo à regra no

¹¹² ICSID Case No. ARB (AF)/00/1

¹¹³ Neste caso, o investidor procurava se beneficiar da redação mais aberta da cláusula do tratamento justo e equitativo de acordos celebrados pelos Estados Unidos com Albânia e Estônia. A rejeição se deu com base no entendimento do tribunal de que não havia indicação clara de violação do parâmetro, decidindo, assim, não estender os benefícios da MFN (BADIN; LUIZ; OLIVEIRA, 2017, p. 166).

¹¹⁴ ICSID Case No. ARB/02/8

¹¹⁵ O caso *Siemens v. Argentina* construiu um precedente, no qual o investidor poderia escolher as provisões mais favoráveis sem ser obrigado a necessariamente estar vinculado às disposições ou condições menos favoráveis atreladas ao terceiro tratado (SCHIL, 2009).

¹¹⁶ ICSID Case No. ARB/03/24

¹¹⁷ Nas palavras do tribunal: “[...] uma disposição MFN em um tratado básico não incorpora por referência disposições de solução de controvérsias no todo ou em parte estabelecidas em outro tratado, a menos que a disposição MFN no tratado básico não deixe dúvidas de que as Partes Contratantes pretendiam incorporá-los” (ICSID, *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, 2005, para 223, tradução nossa)

¹¹⁸ Na leitura de Edoardo Stoppioni (2017), a decisão foi motivada pelos seguintes fatores: i) uma análise textual indica que a MFN se aplica apenas a matérias substantivas e diferentemente de outros BITs; no caso em análise, a cláusula não expressa o escopo jurisdicional; ii) o tribunal resgatou a necessidade de que o consentimento à arbitragem deve ser claro e inequívoco; iii) o laudo arbitral afirmou a peculiaridade das cláusulas de solução de controvérsias, pois seria algo completamente diferente a substituição de um “procedimento especificamente negociado pelas partes por um mecanismo totalmente diferente” (ICSID, *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, 2005, para. 209, tradução nossa).

tratado, citando, pormenorizadamente quatro casos – *MTD v. Chile*¹¹⁹, *Bayindir v. Pakistan*¹²⁰, *White Industries v. India*¹²¹ e *Al-Warraq v. Indonesia*¹²².

Para os autores, o efeito colateral dessa interpretação multilateralizante das cláusulas MFN é o fato de que a sua presença em tratados “limita a capacidade dos estados, por razões de política interna ou externa, de negociar diferentes acordos com diferentes parceiros” (BATIFORT; HEATH, 2017, p. 875). Além disso, os autores sugerem que aplicações amplas da MFN possam prejudicar os esforços – atualmente em andamento em diversos fóruns – para “reequilibrar” os acordos de investimento, mediante uma atenção renovada ao escopo e ao efeito de outras disposições substantivas (BATIFORT; HEATH, 2017).

O professor Schill defende sua posição indicando que a construção normativa na interpretação das cláusulas da MFN não se limita à cláusula e ao tratado em questão, mas ela mesma segue racionalidades multilaterais (SCHILL, 2018). Em outras palavras, mesmo que a interpretação da cláusula MFN deva ser feita tratado a tratado, o exercício em si não é isolado da prática do IIA dos dois Estados contratantes, nem da prática do IIA dos Estados em geral:

[...] a fim de entender o que os Estados pretendem, ao incluir uma cláusula MFN específica em um IIA concreto, será necessário comparar essa cláusula com outras cláusulas MFN e perguntar se ela diverge de uma forma relevante ou se segue a

¹¹⁹ *MTD v. Chile* – o próprio tribunal se encarregou de analisar a possibilidade de utilizar a cláusula MFN para importar padrão e emitiu laudo indicando que “a importação dos padrões solicitados estava ‘em consonância’ com o padrão de tratamento justo e equitativo, conforme interpretado ‘da maneira mais propícia’ para cumprir o objetivo do BIT de proteger os investimentos e criar condições favoráveis ao investimento” (BATIFORT; HEATH, 2017, p. 890-891, tradução nossa). No entanto, a iniciativa do tribunal “saiu pela culatra” quando o Chile a utilizou para pedir a anulação do laudo, por entender que as razões expostas eram incompreensíveis. De acordo com os autores, tal situação fez com que os tribunais sucessores passassem a explorar menos o fundamento do pedido de importação e a utilizá-lo de forma mais automática (BATIFORT; HEATH, 2017).

¹²⁰ *Bayindir v. Pakistan* – nesse período (2009), várias decisões já haviam saído, dando embasamento à possibilidade de importação. Nesse caso específico, o investidor requereu a aplicação da MFN mediante as duas categorias classificadas pelo autor. Em relação a conseguir um tratamento igual a um terceiro investidor, o tribunal fez uma análise mais precisa do caso específico (ou, de acordo com as palavras dos autores, uma análise *bottom-up*) e chegou à conclusão de que o investidor não havia provado que estaria sob as mesmas circunstâncias que o terceiro apontado. Já com relação a importação de padrões, o tribunal fez uma análise mais superficial da letra do acordo para chegar à conclusão de que as partes não haviam se manifestado de forma contrária a tal tipo de aplicação MFN. “*This analysis reflects the application of the “sticky default,” conventional approach to MFN*” (BATIFORT; HEATH, 2017, p. 893).

¹²¹ *White Industries v. India* – nesse caso, os autores indicam que a interpretação “*default*” se consolidou, tendo em vista que o pedido de importação novamente não passou por nenhuma análise profunda, mas, de fato, partiu de um conceito *top-down*: “Na ausência de qualquer análise expressa da cláusula MFN específica em questão, o tribunal parece ter determinado o que as partes “pretendiam pela incorporação [...] de uma cláusula MFN” aplicando a presunção de que todas as partes têm o mesmo significado quando eles escrevem cláusulas MFN em seus tratados, independentemente da redação específica” (BATIFORT; HEATH, 2017, p. 894, tradução nossa).

¹²² *Al-Warraq v. Indonesia* – o *Organization of the Islamic Conference Agreement on Investment* (OIC Agreement) continha uma cláusula de MFN que estava circunscrita ao contexto da atividade econômica em que investidores empregaram seus investimentos. No entanto, o tribunal, mesmo sob contestação do reclamante, entendeu que “a cláusula MFN se aplica à importação de outras cláusulas, desde que a regra *ejusdem generis* se aplique” (BATIFORT; HEATH, 2017, p. 895, tradução nossa).

prática geral do IIA. No primeiro caso, o escopo da cláusula MFN pode diferir daquele em outros IIAs; no último caso, generalizações e presunções interpretativas sobre o que os Estados pretendiam ao usar a linguagem MFN padronizada são necessárias. De qualquer forma, a interpretação das cláusulas MFN nos IIAs nunca está isolada do direito internacional geral e da prática do IIA de maneira mais geral. Em vez disso, a interpretação das cláusulas MFN é baseada em regras multilaterais, inclui pressupostos interpretativos aceitos multilateralmente e não pode ser limitada a uma análise da cláusula singular em questão (SCHILL, 2018, p. 11, tradução nossa).

Portanto, o autor não somente defende que as cláusulas MFN tornam o regime de investimento multilateral, como também que os tribunais já teriam uma racionalidade interpretativa multilateral, muito decorrente da compreensão e da prática do direito internacional e também da jurisprudência existente.

Sob a perspectiva de análise deste trabalho, a aplicação da cláusula MFN sob a tese do professor Schill (2009) não acontece sem alguns efeitos adversos, o que, na verdade, não remonta a um regime multilateral e tampouco a um sistema de solução de controvérsias centralizado, tal como vislumbrado na OMC, por exemplo. Dentre os principais efeitos, pode-se citar:

- a) *treaty shopping* – por basicamente permitir que o investidor faça um trabalho de *pick cherrying* para escolher necessariamente o padrão de tratamento que melhor lhe satisfaça;
- b) o engessamento das negociações de novos acordos com a inclusão de cláusulas MFN – uma vez que o Estado não pode afastar a interpretação multilateralizante da cláusula MFN, ele simplesmente a exclui dos novos acordos;
- c) falta de convergência e consistência das decisões – uma vez que as interpretações dos tribunais ISDS não necessariamente convergem diante de situações parecidas, sob o mesmo IIA ou não;
- d) insegurança jurídica – a mudança na interpretação das regras prescritas nos IIAs em função da aplicação da cláusula MFN leva a uma mudança nas regras do jogo para os Estados, o que faz o regime de investimentos e o próprio modelo de ISDS perderem a legitimidade.

Com relação ao fenômeno do *treaty shopping*, o professor Schill argumenta que “buscar a proteção mais favorável, oferecida pelos BITs de um Estado receptor específico, não é, portanto, buscar vantagens injustificadas, mas o objetivo central das cláusulas MFN” (SCHILL, 2009, p. 188, tradução nossa).

Já em relação ao engessamento das negociações, este talvez seja o principal fator que justifica a tese de multilateralização do direito internacional dos investimentos e a existência

de um denominador mínimo comum de padrões a ser respeitado, tendo em vista que qualquer tratamento abaixo do mínimo comum poderá ser remediado pela cláusula MFN. Por esse motivo, alguns tratados, conforme já destacado, são negociados no sentido de delimitar, ou mesmo afastar, a cláusula MFN, para fazer valer a vontade das partes negociadoras sem futura influência de decisões arbitrais.

De toda forma, o entendimento de multilateralização do regime via cláusula MFN não repercute na própria multilateralização da ISDS de forma a atribuir maior consistência, convergência e legitimidade. Ao contrário, pode-se afirmar que a própria aplicação da cláusula MFN é um dos principais elementos ensejadores de críticas à ISDS.

Portanto, seria equivocado defender a multilateralização dos padrões de proteção ao investimento via MFN como uma forma de endereçar as críticas ao regime em si, bem como em relação à atuação dos tribunais ISDS. A teoria, portanto, não pacifica as críticas e, sob o ponto de vista deste trabalho, não afasta a demanda por reformas dos modelos de IIAs e, principalmente, da ISDS.

Dessa forma, o professor Schill (2009) não chega a afastar a necessidade de reformar a ISDS, mas entende que o sistema em si não demanda uma reforma mais estrutural antes de se tentar uma reforma orgânica, conforme exposto na próxima subseção.

3.2.2 O modelo de reforma orgânica do atual modelo de ISDS

Além da tese de Schill (2009) sobre a multilateralização do regime de investimentos, o professor também defende o atual modelo de ISDS e indica a possibilidade de melhorá-lo sem a necessidade de alterar ou reformar institucionalmente o seu formato. Em outras palavras, é possível melhorar a percepção de legitimidade e consistência das decisões dos tribunais ISDS a partir da sua própria composição, o que deve ser definido pelos Estados envolvidos no litígio.

Ao se enxergar a ISDS como um mecanismo efetivo e eficiente de *accountability* dos Estados, que balanceia as ações do Estado em relação à proteção do investidor, trazendo estabilidade na sua relação, não caberia, de imediato, desprezá-la ou descartá-la (SCHILL, 2009). Isso devido às alternativas hodiernamente disponíveis, que envolvem maneiras menos eficientes, como a resolução entre Estados, reformas nos modelos dos acordos ou na estrutura institucional do atual modelo ISDS.

Além disso, a capacidade dos tribunais arbitrais de investimento de reforçarem ou mesmo criarem padrões regulatórios de tratamento que influenciam tanto nas ações do poder

público como na tomada de decisões de futuros tribunais, pode ser entendida como uma forma de colaboração com a governança global¹²³ (KINGSBURY; SCHILL, 2009; VAN HARTEN; LOUGHLIN, 2006). O reconhecimento dessas virtudes reforça os argumentos de que eventuais problemas identificados não ensejam mudanças profundas e institucionais, mas resoluções dentro do próprio modelo existente (SCHILL, 2015).

Dessa forma, “não é a estrutura da arbitragem investidor-Estado em si que é problemática, mas os resultados que esta arbitragem produz”, tornando-a inconsistente, o que enfraquece a legitimidade do próprio sistema (SCHILL, 2015, p. 634, tradução nossa). Neste sentido, os problemas de consistência das decisões da ISDS decorreriam da dualidade existente entre os juristas e tomadores de decisão, segmentados entre a mentalidade do direito internacional privado, influenciada pelas arbitragens comerciais (que interpretam a disputa estritamente entre privados), e o direito internacional público, que se ampara no entendimento de que a arbitragem entre investidor-Estado é parte de uma ordem pública global (SCHILL, 2015).

A solução para tal dilema seria “reconceitualizar” o direito do investimento como uma disciplina do direito público, promovendo a união entre privatistas e publicistas, além de utilizar elementos de Direito Público Comparado para trazer maior consistência e legitimidade dos processos, seja através de análise comparativa dos sistemas jurídicos internos e seu entendimento do *rule of law*, como a aplicação de padrões administrativos que estejam submetidos ao princípio do tratamento justo e equitativo, seja através da comparação cruzada entre regimes internacionais, como a solução de controvérsias na OMC. Tais fatos poderiam auxiliar o entendimento de questões subjetivas e procedimentais, como padrões de boa governança, revisão de laudos arbitrais e deferência à jurisprudência constante (SCHILL, 2015).

Para tanto, a solução de uma mudança nesse contexto, sem a necessidade de reforma institucional, estaria no próprio regime, a partir da mudança de mentalidade dos árbitros, selecionados por meio da sua renomeação e por iniciativa das próprias partes, para direcionar as decisões arbitrais de acordo com a perspectiva do direito internacional público (SCHILL, 2015). Cumpre destacar que a perspectiva de renomear os árbitros só é possível dentro da

¹²³ “Mais fundamentalmente, os tribunais, como um agregado, exercem o poder influenciando o desenvolvimento de um corpo de direito administrativo global que orienta o comportamento do Estado, influenciando o direito internacional consuetudinário e as abordagens adotadas em outros subcampos, como direito comercial ou direitos humanos, e por meio suas abordagens para equilibrar os diferentes interesses público e de investidores, de maneiras que afetam as políticas públicas e a conduta futura dos Estados e dos investidores”. (KINGSBURY; SCHILL, 2009, p. 2, tradução nossa)

atual estrutura de arbitragem investidor-Estado, de forma que o eventual estabelecimento de um tribunal multilateral ou de um mecanismo de apelação já ultrapassaria a sistemática de tal mudança (SCHILL, 2015).

Não obstante a visão do professor Schill (2015) sobre a possibilidade de se realizar uma reforma orgânica na mentalidade dos árbitros para a elaboração de decisões mais consistentes e sob o contexto de indicar pessoas com um viés mais voltado ao direito internacional público, insta destacar que tal proposta encontra alguns óbices. Em primeiro lugar, por conta do atual modelo de composição dos tribunais arbitrais ISDS, em que os árbitros são indicados com a participação do investidor, o qual pode ter a preferência por uma pessoa mais privatista. Em segundo lugar, em virtude da própria disponibilidade de árbitros internacionalmente reconhecidos, os quais compõem um núcleo bastante restrito e seletivo, em que nem sempre será possível indicar uma composição mais publicista.

De toda forma, a condução dos conflitos por uma composição mais publicista, conforme defende o professor Schill (2015), não necessariamente solucionaria várias das críticas endereçadas à ISDS, tendo em vista que ela seria baseada em um sistema descentralizado de decisões arbitrais, de altos custos, pouca convergência, com problemas eventuais de execução e aplicação das decisões.

Portanto, a despeito de se reconhecer a possibilidade de o atual modelo de ISDS ser aprimorado, entende-se que somente uma reforma na formação dos árbitros não conduziria necessariamente a um sistema mais legítimo, eficiente, seguro e convergente.

3.3 ATUAIS MODELOS DE REFORMA DA ISDS

Tendo em vista que tanto a tese de multilateralização via MFN, como a de reforma orgânica da ISDS não dão amparo a soluções para as deficiências pontuais apontadas à ISDS. Nesse sentido, cumpre explorar os debates específicos de reforma da ISDS endereçados pela doutrina e pelos Estados.

Portanto, o objetivo desta seção é explorar os principais modelos de reformas da ISDS diante das desvantagens já indicadas, uma vez que a manutenção do *status quo* não é uma opção viável, dado o volume de críticas que o atual sistema recebe, principalmente dos Estados, da opinião pública, da academia e, por vezes, do próprio investidor (UNCTAD, 2018).

De acordo com Puig e Shaffer (2018), o debate sobre as reformas da ISDS abrange uma discussão por equidade, na medida que o foco na negociação de novos IIAs ou da

reformulação dos já existentes saiu da exclusividade de proteção ao investimento e passou a compreender também o direito do Estado de atender as demandas de outros *stakeholders* internos, principalmente no que diz respeito à possibilidade de tomar ações administrativas ou elaborar normas e leis voltados ao bem coletivo e interesse público (PUIG; SHAFFER, 2018).

Nesse sentido, argui-se que a demanda por equidade deve dialogar com a busca por eficiência do Estado na regulação da alocação de recursos, particularmente quando este se volta à implementação de políticas de bem-estar social ou, em outras palavras, do ponto de vista jurídico e econômico. Dentre os objetivos da nova geração de tratados de investimento, dever-se-ia vislumbrar a eficiência da alocação em termos de investimento para a promoção do bem-estar social e não somente a proteção do investimento *per se* (PUIG; SHAFFER, 2018, p. 13).

Tendo em vista que atualmente já existe uma série de movimentos e sugestões de reformas possíveis para a ISDS, Roberts (2018) realizou um trabalho em que classificou e consolidou os modelos de acordo com as opiniões, manifestadas por determinados grupos, acerca do tema¹²⁴, que são:

- a) incrementalistas: entendem que as críticas ao sistema são exageradas e que a ISDS ainda é a melhor opção disponível. Portanto, são a favor de reformas modestas, mas mantendo o atual sistema-base;
- b) reformistas sistêmicos: enxergam méritos no atual sistema, pelo fato de o investidor ter a possibilidade de acionar o Estado diretamente; mas o consideram, de forma geral, um sistema falho, ao lidar com tais reclamações. São, desse modo, a favor de reformas mais significativas e sistêmicas, como a adoção de uma corte multilateral e um órgão de apelação;
- c) paradigmáticos: não veem condições de reformar o sistema existente e advogam por uma total substituição da lógica de ISDS. Para esse grupo, a melhor alternativa seria a utilização de tribunais internos, *ombudsmen* e arbitragem Estado-Estado.

Particularmente, o referido modelo de categorização é um dos trabalhos mais reverberados em discussões sobre o tema, inclusive nos debates sobre reforma no *Working*

¹²⁴ Importa ressaltar que a autora não estabelece uma hierarquia entre as três categorias e, tampouco, uma sequência de atuação, mas, em sua opinião, as três estratégias de reforma se resumem da seguinte forma: “Em minha opinião, as estratégias de reforma incremental, sistêmica e paradigmática não devem ser entendidas como três pontos em um espectro. Os atores não precisam tentar reformas incrementais antes de passar para as outras e não são obrigados a fazer a transição por meio de opções sistêmicas para adotar abordagens de mudança de paradigma. As reformas paradigmáticas não são necessariamente o objetivo final, nem são sempre iguais às abordagens tradicionais. Em vez disso, essas estratégias são mais bem conceitualizadas como três pontos em um triângulo nos quais os atores podem se mover diretamente de qualquer um para qualquer outro ponto.” (ROBERTS, 2018, p. 413, tradução nossa)

Group III da UNCITRAL. O estudo de Roberts (2018) também é citado em mais de 110 artigos nesse sentido, até o fechamento desta tese¹²⁵.

É importante destacar que esta não foi a única classificação estabelecida pela doutrina ou pelas discussões de reforma nas organizações internacionais. Assim, é possível identificar outras classificações, como a dualidade entre o modelo de reformas não estruturais (que não demandaria o estabelecimento de novas estruturas ou organizações, mas somente um ajuste nas normas de ISDS previstas nos IIAs) e o modelo de reformas estruturais (que, ao contrário, propõe a criação de novas estruturas para endereçar os problemas identificados na ISDS) (LANGFORD *et al.*, 2020).

Não obstante, com base na referida classificação elaborada por Roberts (2018), é possível consolidar os entendimentos sobre os modelos de reformas, porque as reformas não estruturais estariam amplamente circunscritas às propostas incrementalistas, ao passo que as reformas estruturais estariam situadas nas propostas de reformas sistêmicas ou mesmo paradigmáticas (caso a escolha seja pelo abandono do atual sistema de ISDS).

Diante desse pressuposto, as próximas subseções explorarão as principais propostas de reformas incrementalistas, sistemáticas e paradigmáticas, com base nos trabalhos elaborados no âmbito da UNCTAD e OCDE¹²⁶ e na própria academia, como forma de sistematizar o entendimento acerca do tema.

3.3.1 Modelo de reforma incremental

O modelo incrementalista parte do pressuposto de que nem tudo do atual sistema ISDS deve ser descartado, pois ele responde relativamente bem ao propósito de solucionar os conflitos entre investidores e Estados, além de ter um alto nível de cumprimento das decisões arbitrais. Em outras palavras, o modelo de reformas incrementais advoga que o sistema melhoraria substancialmente caso houvesse a reparação de seus problemas pontuais (ROBERTS, 2018).

Para tanto, a abordagem incrementalista procura identificar os principais problemas do sistema atual, para desenvolver e endereçar propostas de ajustes na redação dos IIAs

¹²⁵ Dados de citação extraídos do Google em 02 jun. 2021.

¹²⁶ “Cinco abordagens principais emergem dos IIAs assinados em 2018: I. Sem ISDS, II. Tribunal da ISDS permanente, III. ISDS limitado, IV. Procedimento ISDS melhorado e V. mecanismo ISDS não reformado (figura 1). Algumas das abordagens de reforma têm implicações de mais longo alcance do que outras. A extensão do envolvimento da reforma dentro de cada abordagem também pode variar (significativamente) de tratado a tratado”. (UNCTAD, 2019, p. 1, tradução nossa)

existentes ou para a consecução dos novos IIAs (ROBERTS, 2018). Dentre os principais problemas identificados, retoma-se vários deles já apontados no segundo capítulo desta tese: a falta de transparência no processo e o déficit de participação de terceiros interessados, a falta de independência, imparcialidade e diversificação dos árbitros, custos excessivos e demora na resolução dos casos, falta de consistência nas decisões arbitrais e uso abusivo da ISDS (por *forum shopping* ou *treaty shopping*).

A partir dessas deficiências, o modelo incrementalista apresenta três principais vertentes de reforma:

- a) aperfeiçoamento das atuais regras da ISDS;
- b) aumento da participação dos Estados na sua interpretação; e
- c) limitação do acesso do investidor à ISDS.

3.3.1.1 Propostas de aperfeiçoamento das atuais regras da ISDS

As propostas de aperfeiçoamento das atuais regras da ISDS partem da criação de regras procedimentais e de conduta, que tornem a ISDS mais transparente e inclusiva, e os árbitros mais independentes, imparciais e diversificados, e melhorem a condução do processo em termos de tempo dispendido e custas. Sobre a demanda por maior transparência nos procedimentos da ISDS, a UNCTAD defende que se garanta amplo acesso do público a documentos de arbitragem (incluindo acordos de resolução entre as partes) e audiências arbitrais, além de permitir a participação de partes interessadas não litigantes, como organizações da sociedade civil (UNCTAD, 2018).

Cumprе rememorar que algumas dessas propostas foram paulatinamente adotadas em determinados momentos de reformas pontuais, já discutidas no primeiro capítulo, como a Reforma das regras de arbitragem de investimento do ICSID, em 2006; a instituição das regras de transparência da UNCITRAL em ISDS, em 2014; e, por fim, a Convenção de Maurício para a adoção das regras de transparência da UNCITRAL, em 2015.

Em relação à preocupação de assegurar uma melhor qualificação de adjudicadores, bem como assegurar que a escolha se dê por pessoas livres de conflitos de interesses de qualquer natureza, uma das principais vertentes incrementalistas é o estabelecimento de códigos de conduta mais rígidos para os árbitros nos IIAs (UNCTAD, 2018).

A possibilidade de estabelecer uma lista de árbitros pré-selecionados é uma proposta destinada tanto a resolver problemas de conflitos de interesses, quanto para agilizar a escolha dos próprios árbitros, tendo em vista que esse processo é visto como um dos mais morosos,

no decorrer de um caso ISDS (UNCTAD, 2018). Uma sugestão para evitar gastos desnecessários e morosidade da ISDS é a implementação de regras que estimulem a dispensa de reclamações frívolas ou mesmo a consolidação de reclamações afins subjugadas ao mesmo IIA (UNCTAD, 2013, 2018).

Outra proposta de reforma incremental indicada pela UNCTAD é estabelecer regras para a distribuição mais equitativa dos custos, de forma a desencorajar reivindicações infundadas, através da alocação adequada de todos os custos judiciais (honorários pagos por cada parte a árbitros, advogados, peritos e outros custos), como a adoção dos princípios de “o perdedor paga” ou “o custo segue o evento” (UNCTAD, 2018).

Por fim, uma possibilidade discutida destinada a melhorar a qualidade na utilização da ISDS pretende ampliar a utilização de mecanismos alternativos de solução de controvérsias e/ou de políticas de prevenção de conflitos, que podem ser implementados tanto em nível interno, como internacional, a fim de reduzir a dependência dos tribunais ISDS (UNCTAD, 2013). Em relação aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, o debate tem o objetivo de fortalecer as fases de conciliação e mediação, focando na solução mutuamente acordada que previna a escalada do conflito para o tribunal arbitral (UNCTAD, 2013).

Já em relação à adoção de políticas de prevenção de conflitos, tem-se por objetivo principal proporcionar “canais eficazes de comunicação e melhorar os arranjos institucionais entre os investidores e as respectivas agências (por exemplo, políticas de manutenção de investimentos) e entre diferentes ministérios que lidam com questões relacionadas a investimentos” (UNCTAD, 2013, p. 5, tradução nossa).

Importa destacar que o empenho dos Estados é determinante para a implementação bem-sucedida tanto da resolução alternativa como das políticas de prevenção de conflitos. Pois tanto, a implementação de estruturas de políticas internas, como a dos centros de contato com o investidor e da própria figura do *ombudsman*, depende do investimento do Estado, assim como a estruturação de recursos humanos capacitados para atuarem em processos de mediação e conciliação também são elementares (UNCTAD, 2013).

Da mesma forma que permeado pela UNCTAD, o ICSID está sendo direcionado, há algum tempo, por reformas incrementais, pois, além da reforma das regras de arbitragem, em 2006, o Secretariado do ICSID publicou, em agosto de 2018, uma proposta de reforma que visou modernizar o seu procedimento, com o intuito de simplificar as regras de arbitragem, descomplicando a sua linguagem, o que tornará o processo cada vez mais eficiente e

econômico¹²⁷. Tais propostas ainda estão em debate, e a expectativa para uma deliberação está em atraso, visto que estava prevista para o final de 2020, o que não ocorreu.

Importa destacar que o movimento incrementalista da ICSID não é infrutífero, já que, ao engajar propostas de reformas pontuais, ele tenta diminuir a influência das propostas sistêmicas e paradigmáticas, as quais, basicamente, retiram a sua prevalência no campo da atual ISDS (ROBERTS, 2018).

De toda forma, é possível identificar, tanto nos estudos da UNCTAD como nas ações do ICSID, que existem pontos de convergência em torno de algumas propostas de incremento à ISDS, identificados na elaboração de: código de conduta, regras para dinamizar a indicação dos árbitros, regras sobre a dispensa rápida de reclamações frívolas e regras para alocação mais eficiente dos custos do processo.

3.3.1.2 Aumento da participação dos Estados na sua interpretação

Para além das propostas incrementais de melhoria geral, que tocam em questões mais tangenciais do processo decisório, sem, no entanto, influir diretamente na interpretação dos árbitros, existe também uma vertente que defende o fortalecimento do papel do Estado como intérprete oficial das suas disposições.

Uma possibilidade cada vez mais discutida, tanto na academia como pelos próprios Estados, é a implementação de comitês interpretativos dos acordos de investimento, por meio dos quais os próprios Estados passariam a emitir interpretações vinculantes para as próprias partes e também para os tribunais arbitrais. No caso, não é necessário lidar com uma situação de conflito propriamente, mas é possível vislumbrar a resolução de conflitos aparentes ou futuros, quando se questiona ao comitê a melhor forma de leitura das regras de proteção ao investimento do IIA específico (ROBERTS, 2014).

¹²⁷ São as principais propostas de reforma das regras de arbitragem do ICSID: a) redução do prazo geral para indicação dos árbitros e composição do tribunal; b) simplificação do processo e redução dos prazos para os processos de desafio dos árbitros, bem como estipulação de um limitador da quantidade de desafios que podem ser realizados; c) elaboração de um código de conduta para os árbitros. Além disso, propõe-se a instituição de requerimentos adicionais à declaração prevista no art. 6(2) das Regras de Arbitragem, como solicitar tanto o histórico de casos ISDS, os quais o árbitro tenha trabalhado como árbitro, como a divulgação das relações profissionais (não apenas com as partes) do árbitro indicado nos últimos cinco anos; d) adoção de um processo acelerado para questões de menor complexidade; d) simplificação do procedimento para rejeição sumária de reclamações; e) regulamentação voluntária de procedimentos múltiplos; f) regulamentação da distribuição dos custos do processo, propondo-se a consideração de parâmetros, como (i) o resultado do processo em função das alegações das partes; (ii) a conduta das partes durante o processo (por exemplo, se agiram de maneira custosa ou econômica); e (iii) a complexidade das questões decididas pelo Tribunal.

O fortalecimento de interpretações oficiais por parte dos Estados contratantes de um IIA, além de ser um mecanismo em si de modernização dos tratados, tendo em vista que permite aos Estados estabelecer formas mais modernas de compreensão das suas regras, é também uma forma de responder às críticas relativas à consistência das decisões, bem como à legitimidade do próprio sistema. Esse mecanismo poderia aumentar a precisão das cláusulas relativas aos termos centrais ao investimento estrangeiro, sem a necessidade de emendar o IIA, tal como a definição de investidor, investimento, expropriação, entre outras, ou, ainda, em relação à forma de aplicação de princípios estabelecidos nos IIAs, como o tratamento justo e equitativo, e o alcance da cláusula MFN.

Ocorre que essa possibilidade ainda não é muito utilizada, seja porque existem poucos dispositivos nos IIAs que habilitem tal ferramenta de resolução de conflitos, seja devido à predileção das partes pela utilização de outros instrumentos, como a própria interpretação pelos tribunais ISDS (GAUKRODGER, 2016).

Além disso, existe uma série de preocupações que se referem à utilização de comitês interpretativos das partes de um tratado de investimento para definir matérias puramente interpretativas. Em primeiro lugar, há o receio de que os Estados possam se utilizar desse instrumento para atropelar a condução de casos ISDS que estejam aguardando seu início ou já em andamento (GAUKRODGER, 2016). Nesse sentido, os Estados iniciariam uma disputa interpretativa sobre uma questão e acelerariam sua condução, de forma a terem um parecer final antes de esta ser decidida por um tribunal ISDS (GAUKRODGER, 2016).

Em segundo lugar, há a possibilidade de expor Estados e tribunais a questões prematuras, desmotivadas e inadequadas, que não necessariamente demandam uma posição atual para o bom funcionamento do IIA (GAUKRODGER, 2016). Em terceiro lugar, quando se atribui a um comitê a interpretação de questões hipotéticas e amplas, as respostas tendem a ser igualmente amplas, podendo ser, eventualmente, inadequadas a um caso específico, ainda que este esteja inserido na questão previamente discutida (GAUKRODGER, 2016).

Por outro lado, é possível identificar as seguintes vantagens para a utilização da interpretação vinculante por parte dos Estados:

- a) a resolução em definitivo de questões controversas, sejam elas atuais, em arbitragens prévias ou em relação a arbitragens futuras;
- b) a neutralidade da interpretação, pelo fato de esta ser emitida por um terceiro ente, o tribunal arbitral;
- c) a possibilidade de se criar uma gama de interpretações passíveis de diminuir futuros contenciosos de fato (ROBERTS, 2014).

Algumas iniciativas já foram adotadas para estabelecer critérios de interpretação dos seus BITs vigentes, sendo a mais famosa a nota interpretativa do NAFTA, intitulada *Free Trade Commission*, de 2001, que esclarece a noção de tratamento mínimo exigível para a aplicação de cláusulas mais favorecidas de tratamento justo e igualitário¹²⁸.

Convém esclarecer que o estabelecimento de interpretações conjuntas vinculantes não é capaz de inovar juridicamente ou de alterar substancialmente a regra estabelecida no tratado de investimento, mas pode emitir interpretações vinculantes em relação às disposições do referido tratado, a fim de reduzir a incerteza e aumentar a previsibilidade para investidores, partes contratantes e tribunais, conforme já discutido no primeiro capítulo (UNCTAD, 2019).

Como exemplo, pode-se citar a declaração conjunta assinada por Colômbia e a Índia em 2017, sobre o seu BIT de 2009¹²⁹, e a declaração conjunta de Bangladesh e Índia, também de 2017, sobre seu BIT de 2009¹³⁰. Conforme ressaltado pela UNCTAD (2019), em seu *World Investment Report 2019: Special Economic Zones*, o estabelecimento de comitês conjuntos para interpretação de normas parece ser a tendência para os novos tratados de investimento¹³¹.

3.3.1.3 Limitação do acesso do investidor à ISDS

Finalmente, outra forma relevante de realizar uma reforma incremental na ISDS é restringir o acesso ilimitado do investidor ao tribunal arbitral, para evitar o seu uso indiscriminado e abusivo (como forma de ganhar poder de barganha), particularmente em relação aos PEDs¹³². Para tanto, é necessária a inclusão, em IIAs, de requerimentos prévios à

¹²⁸ *North American Free Trade Agreement - Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions - NAFTA Free Trade Commission - July 31, 2001*

"B 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.*

3. *A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1)."*

¹²⁹ Ver mais em: <https://pib.gov.in/PressReleaseIframePage.aspx?PRID=1509060>. Acesso em: 23 fev. 2020.

¹³⁰ Ver mais em: www.mea.gov.in/bilateral-documents.htm?dtl/28362/India++Bangladesh+Joint+Statement+during+the+State+Visit+of+Prime+Minister+of+Bangladesh+to+India+April+8+2017. Acesso em: 23 fev. 2020.

¹³¹ "Vários IIAs e modelos recentes estabelecem órgãos conjuntos com um mandato para emitir interpretações vinculativas das disposições do tratado (por exemplo, o FTA Austrália-Peru (2018), BIT Bielo-Índia-Índia (2018), FTA América Central-República da Coreia (2018), o CPTPP (2018), o IPA UE-Singapura (2018), o IPA proposto UE-Vietnã, as emendas de 2018 ao FTA República da Coreia-Estados Unidos (2007), o USMCA (2018), o modelo BIT da Holanda (2018)". (UNCTAD, 2019, p. 110, tradução nossa)

¹³² Para saber mais sobre argumentos relativos à limitação ao acesso à ISDS: Kalderimis (2014).

composição do tribunal arbitral. De acordo com a UNCTAD (2018), é possível adotar algumas alternativas, nesse sentido.

Primeiramente, seria possível adotar uma lógica negativa, ao se excluir certos tipos de reclamações do escopo da ISDS, tal como regulações relacionadas a setores considerados sensíveis (financeiro e imobiliário), provisões específicas do tratado (obrigações pré-estabelecidas) e áreas políticas sensíveis (medidas de segurança nacional). Por outro lado, também seria possível adotar uma lógica positiva, circunscrevendo os únicos temas admissíveis em reclamações a tribunais arbitrais, como as alegadas violações da lei nacional, do direito internacional consuetudinário e de contratos de investimento¹³³ (UNCTAD, 2018, p. 50-51; IISD, 2020).

Em segundo lugar, seria possível indicar um período de vacância, seja entre a assinatura do acordo e a notícia de reclamação, ou entre a assinatura do acordo e os eventos que motivaram a reclamação, com o intuito de introduzir um fator de tempo que promova a certeza e a previsibilidade em relação às obrigações assumidas nos tratados (UNCTAD, 2018, p. 51).

Outra alternativa é a adoção de linguagem restritiva nos termos do acordo, para evitar o uso, por parte do investidor, de *treaty shopping* ou *nationality planning*, a fim de assegurar que o recurso à ISDS esteja sendo feito por uma pessoa (física ou jurídica) que, de fato, enveredou investimentos e operações de negócios no país receptor (UNCTAD, 2018, p. 51). A UNCTAD ainda indica o consentimento para a arbitragem internacional de investimentos, caso a caso (UNCTAD, 2018, p. 51), devido à possibilidade de os tratados o atribuírem ao Estado.

A alternativa que mais vem ecoando, no entanto, é a introdução, nos tratados de investimento, de cláusula incluindo a persecução do sistema judiciário interno do país receptor como pré-condição para a ISDS, isso é, a exaustão das medidas judiciais locais¹³⁴ (UNCTAD,

¹³³ Outra abordagem é limitar o escopo das disposições sujeitas ao ISDS, seja por listagem positiva (qualquer obrigação não listada estaria sujeita ao ISDS) ou por listagem negativa (especificando quais obrigações do tratado são excluídas do ISDS). As partes também podem condicionar o acesso ao ISDS ao comportamento do investidor, por exemplo, negar o acesso ao ISDS se o investimento tiver sido feito ilegalmente, conforme proposto pela IISD em seu conjunto de artigos denominados *A Sustainability Toolkit for Trade Negotiators*, disponibilizado no site <https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/5-investment-provisions/5-5-preventing-and-resolving-investment-related-disputes/5-5-1-carefully-defining-and-limiting-access-to-isds/> Acesso em: 21 fev. 2020.

¹³⁴ “A exigência de resolução de disputas perante os tribunais internos do país receptor coloca os investidores estrangeiros em pé de igualdade com os investidores locais (bem como com os investidores estrangeiros de Estados que não têm um IIA com o país receptor do investimento). Também ajudaria a estabelecer condições de concorrência equitativas entre os investidores estrangeiros, uma vez que os custos financeiros associados à arbitragem de investimento internacional podem impedir que pequenas e médias empresas a utilizem. Além

2018, p. 51). É o que Schill e Vidigal (2019) denominaram de abordagem indiana, tendo em vista que a Índia passou a adequar seus BITs para incluir a obrigatoriedade de os investidores esgotarem os recursos locais antes de recorrerem à ISDS¹³⁵.

A adoção desses limitadores à ISDS pode se dar, basicamente, de duas formas:

- a) negociando, de forma bi ou plurilateral, a atualização das regras do mesmo tratado, ou;
- b) adotando novos tratados que se sobreponham aos antigos, com regras que contenham a modernização da ISDS (UNCTAD, 2018).

Em relação à primeira opção, trata-se do movimento de alguns países que renegociaram os seus acordos de investimento para estabelecer novas regras de acesso a tribunais de arbitragem, sendo o exemplo mais recente a reformulação do NAFTA na forma do USMCA¹³⁶, na qual se estabeleceu padrões mais restritivos de acesso à arbitragem ISDS ao incluir um prazo mandatório. À vista disso, o investidor deverá tentar a resolução do conflito em tribunais locais, por um período mínimo de 30 meses (AHUJA, 2019).

Pode-se citar, também, o acordo entre Coreia do Sul e Estados Unidos, firmado em 2018. Nesse sentido, os países assinaram uma emenda ao seu FTA de 2007, que excluiu os procedimentos da ISDS do escopo da cláusula da nação mais favorecida, ao passo que

disso, as jurisdições nacionais geralmente também incluem o direito de apelar das decisões de primeira instância e são adequadas para interpretar e aplicar as leis internas do Estado receptor do investimento. Além disso, argumentou-se que confiar na ISDS é menos importante em países com sistemas jurídicos sólidos, boa governança e experiência dos tribunais locais. Finalmente, está ganhando terreno o argumento de que, em vez de focar exclusivamente na ISDS, as reformas internas destinadas a promover instituições jurídicas e judiciais sólidas e funcionais nos Estados receptores são importantes. Isso pode, em última análise, ajudar a remediar algumas das deficiências institucionais desses Estados que os IIAs e o mecanismo ISDS foram projetados para resolver.

Ao mesmo tempo, porém, existem preocupações de que alguns Estados receptores de investimentos não possam garantir um sistema judiciário nacional eficiente e funcional. Os tribunais locais podem não ter independência e estar sujeitos ao controle político e abusos por parte do Estado, incluindo táticas de retardamento. Além disso, essa abordagem seria particularmente desafiadora em países com governança fraca, onde as decisões dos tribunais locais podem ser difíceis de aplicar. Em outras jurisdições, devido à alta carga de trabalho dos tribunais locais, o esgotamento dos recursos internos pode se estender por um longo período e, portanto, reduzir o valor da opção de arbitragem de investimento. Além disso, se o investidor mudar para a ISDS após um litígio local como um “recurso” a uma decisão judicial doméstica, isso aumentaria potencialmente as preocupações de legitimidade com a ISDS. Finalmente, os tribunais locais podem não ter competência legal para aplicar o direito internacional - muitas jurisdições não permitem a aplicabilidade direta de IIAs, o que seria um pré-requisito para a aplicação local das obrigações do tratado. Para que a aplicação local funcione, portanto, tais países teriam que transformar o tratado em lei nacional” (UNCTAD, 2018, p. 51, tradução nossa).

¹³⁵ “Os obstáculos incluem a obrigação de os investidores “apresentarem primeiro a sua reclamação perante os tribunais nacionais ou órgãos administrativos relevantes do Estado Anfitrião” dentro de um ano do conhecimento da medida ilegal ou lesão. O investidor deve então esgotar todos os recursos judiciais e administrativos internos ou estabelecer que seria inútil continuar a buscá-los. Os investidores que conseguem esgotar os recursos locais são então obrigados a gastar “não menos de um ano” buscando uma solução amigável da disputa antes de poderem apresentar uma reclamação à arbitragem investidor-estado.” (SCHILL, VIDIGAL, 2019, p. 15, tradução nossa).

¹³⁶ United States–Mexico–Canada Agreement.

encarrega o comitê conjunto dos dois países de considerarem melhorias nas regras da ISDS que atendam aos objetivos de ambos, como as formas de resolver disputas e eliminar reclamações fúteis e de menor relevância (UNCTAD, 2019).

Em relação à segunda opção, um número crescente de tratados de investimentos concluídos recentemente está substituindo os da geração antiga, o que oportuniza realizar uma revisão abrangente do tratado, inclusive em cláusulas ISDS, sendo que, dos 30 BITs assinados em 2018, quatro substituíram BITs antigos (UNCTAD, 2019).

Ainda não é possível ter um panorama sobre os efeitos práticos de tais limitadores de acesso do investidor à ISDS, tendo em vista que a grande maioria dos IIAs ainda conta com as redações da antiga geração. Da mesma forma, não se sabe quais serão as aplicações de cláusulas MFN em relação a esses limitadores. Todavia, esta parece ser a tendência de reforma instituída para os novos IIAs.

3.3.2 Modelo de reforma sistêmica

Uma percepção de reforma sistêmica perpassa pelo pressuposto de que uma simples reforma “incremental” não seja suficiente para corrigir as deficiências apontadas à ISDS, particularmente em relação à falta de consistência das decisões, independência e imparcialidade dos árbitros e, ultimamente, à legitimidade do próprio sistema. Nesse sentido, em discussões acadêmicas e entre os Estados, duas vertentes de reforma sistêmica têm se manifestado: a possibilidade de instituição de um órgão de apelação central, para tratar apenas da revisão dos laudos dos tribunais arbitrais, e a proposta de estabelecimento de uma corte multilateral permanente, com duas instâncias, de forma a concentrar toda a ISDS em uma só estrutura (BENEDETTI, 2019; SCHILL, 2017; KAUFMANN-KOHLER; POTEStÀ, 2016; HINDELANG, 2014).

Em relação à corte de apelação, a principal vantagem apontada seria a melhoria na consistência, previsibilidade e correição dos laudos arbitrais, que seriam revistos sob uma jurisprudência consolidada dentro de uma referência central de revisão de decisões, além de poder também fortalecer a credibilidade do regime¹³⁷ (BENEDETTI, 2019; SCHILL, 2017; KAUFMANN-KOHLER; POTEStÀ, 2016; HINDELANG, 2014).

¹³⁷ “Tanto um mecanismo de apelação quanto um tribunal de investimento permanente também aumentariam a coerência na ISDS e contribuiriam para o surgimento de uma jurisprudência constante (uma jurisprudência consistente e estável), pelo menos no que diz respeito a interpretações mais consistentes de um e o mesmo IIA. Isso reduziria a incerteza na tomada de decisões e aumentaria a previsibilidade e a segurança jurídica

Já em relação à criação de um tribunal ou de uma corte multilateral permanente de investimentos, o projeto seria estruturado em duas instâncias, num formato *quase-judicial*, sendo a primeira instância substituta dos atuais tribunais *ad hocs*, e a segunda instância desempenhando as funções de uma corte de apelação (KAUFMANN-KOHLER; POTESÀ, 2016). Os defensores dessa proposta alegam que, além das vantagens inerentes à implementação de uma corte de apelação, tal como o aumento da consistência e previsibilidade das decisões, um tribunal multilateral permanente teria o condão de garantir maior imparcialidade e independência aos árbitros, tendo em vista que a sua indicação se daria nas duas instâncias, de acordo com as regras de alocação de cortes internacionais, as quais não estariam atreladas a uma situação específica, tampouco a uma das partes do litígio (KAUFMANN-KOHLER; POTESÀ, 2016).

Diante disso, cumpre rememorar que umas das principais críticas à atuação dos árbitros de tribunais *ad hocs* é relacionada à ausência de regras restritas de nomeação, bem como a um código de conduta mais robusto e consolidado, à possibilidade de se identificar o acontecimento de *double-hat*, no qual os árbitros se intercambiam entre o papel de adjudicadores e advogados em casos similares subsequentes, ou mesmo paralelos, para as mesmas partes, o que pode gerar conflitos de interesses (BENEDETTI, 2019). Nesse sentido, uma estrutura decisória com adjudicadores permanentes evitaria que os árbitros atuassem também como advogados.

Por outro lado, alguns argumentos contrários pesariam em desfavor do estabelecimento de uma referida corte multilateral, seja ela de dupla instância, ou relativa apenas a um tribunal de apelação:

- a) a possibilidade de se alongar o tempo dos procedimentos;
- b) o engessamento das decisões em virtude de um sistema de jurisprudência vinculante;
- c) a perda de qualidade nas decisões, em virtude de possível déficit de *expertise* dos juízes escolhidos;
- d) o risco de politização dos árbitros, visto que sua escolha se dará com sua nomeação pelos Estados que fazem parte da corte (BENEDETTI, 2019; KAUFMANN-KOHLER; POTESÀ, 2016).

Não obstante, conforme já foi identificado no primeiro capítulo, os esforços enveredados até o momento para a criação de uma estrutura multilateral para regular e julgar

para investidores e governos anfitriões, promovendo valores inerentes ao conceito de Estado de Direito” (SCHILL, 2017, p. 666, tradução nossa).

questões relacionadas ao investimento estrangeiro não tiveram sucesso até o momento, como a tentativa de criação de uma Corte Internacional na Carta de Havana de 1950, que, em seus arts. 11 e 12, continham cláusulas relativas a investimento, ou na tentativa de estabelecimento de um Tratado Multilateral de Investimentos no âmbito da OCDE. Nesse sentido, qualquer iniciativa teria que perpassar por uma estratégia diferente, de forma a possibilitar, de fato, uma reforma sistêmica.

Com base nessa percepção, as professoras e advogadas especializadas em investimento, Kaufmann-Kohler e Potestà (2016), desenvolveram um método de criação e expansão de uma corte multilateral de investimentos (ou somente uma corte de apelação) com fulcro nas regras da Convenção de Maurício. Conforme mencionado, a Convenção de Maurício atribui mecanismos de adesão, pelos países integrantes em BITs e IIAs, às novas regras de transparência do procedimento arbitral da UNCITRAL. A lógica poderia, portanto, ser repassada à difusão de uma corte multilateral.

O primeiro passo seria a própria organização de uma corte multilateral (ou corte de apelação), com regras e procedimentos bem-definidos, enquanto o segundo passo seria o estabelecimento de uma nova Convenção, que previsse as regras procedimentais de adesão dos países a essa nova corte e como as regras de sua aplicação e utilização coexistiriam com os IIAs já em vigor por esses mesmos países (KAUFMANN-KOHLER; POTEITÀ, 2016).

Logo, a convenção teria o potencial de modificar provisões específicas em relação à solução de controvérsias, seja na forma de emendas, seja como um tratado subsequente, cuja disciplina se sobreponha às provisões específicas do tratado mais antigo, como preceitua o art. 30(3)¹³⁸ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (KAUFMANN-KOHLER; POTEITÀ, 2016). Por isso, para os países que não aderirem à convenção multilateral, as disposições originais de solução de controvérsias dos seus IIAs permaneceriam vigentes, podendo impossibilitar a utilização da corte multilateral (KAUFMANN-KOHLER; POTEITÀ, 2016).

Em termos específicos, com base na Convenção de Maurício, é possível estipular os possíveis cenários de aplicação dessa convenção multilateral, considerando os Estados que a integram, na ocasião de um investidor querer iniciar uma reclamação específica. Os cenários são:

¹³⁸ Art. 30(3) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados “Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior”.

- a) ambos os Estados (o de origem do investidor e o receptor do investimento) são partes da convenção – significa que o consentimento se encontra aperfeiçoado e que o investidor poderá acionar o mecanismo multilateral (KAUFMANN-KOHLER; POTEITÀ, 2016);
- b) apenas o Estado respondente é parte da convenção – nesse caso, algumas situações são possíveis. A regra geral seria que, se o Estado respondente consentir em aceitar a reclamação, esta prosseguirá. Caso contrário, o Estado respondente não seria obrigado a responder à reclamação de um investidor cujo Estado de origem não faça parte da convenção multilateral, a não ser em situações particulares, como no caso de existir um BIT anterior entre os Estados “A” e “B”, sendo o Estado “A” parte da convenção multilateral (reclamado) e o Estado “B” não, mas que, dentre as provisões de ISDS do referido BIT, exista a possibilidade de resolução de conflitos por “qualquer outra regra que seja estipulada entre as partes”. Nesse caso, sendo estipulado entre as partes que o tribunal multilateral é um fórum possível, o investidor poderá utilizá-lo (KAUFMANN-KOHLER; POTEITÀ, 2016).
- c) apenas o Estado de origem é parte da convenção – neste caso, não seria possível obrigar o Estado receptor a aceitar a jurisdição do mecanismo multilateral, sendo possível que este emita consentimento de forma pontual para a solução específica da reclamação em questão (KAUFMANN-KOHLER; POTEITÀ, 2016).
- d) nenhum dos Estados é parte da convenção – apenas se ambos os Estados consentirem *ad hoc* a utilização da convenção para a reclamação específica do investidor, esta poderá ser utilizada (KAUFMANN-KOHLER; POTEITÀ, 2016).

Como forma de aceitar as disposições dessa nova convenção, as autoras defendem a possibilidade de se estabelecer algumas flexibilidades na sua adoção, bem como a possibilidade de reservas ou declarações dos Estados para:

- a) excluir determinados IIAs do alcance da convenção multilateral;
- b) excluir a possibilidade de apelação de determinados laudos arbitrais a um eventual mecanismo de apelação;
- c) exigir a reciprocidade na adoção da Convenção pelo Estado de origem do investidor de modo a aperfeiçoar o consentimento para utilização do mecanismo multilateral; ou
- d) indicar que apenas litígios ocorridos após a convenção multilateral poderão a ela se subjuar (KAUFMANN-KOHLER; POTEITÀ, 2016).

A despeito de esse trabalho ter reverberado tanto na academia¹³⁹ como nos próprios *papers* da OCDE, tal sistemática não ultrapassou o campo das ideias devido ao fato de ainda não ter sido adotado por qualquer Estado. De toda forma, as expectativas em relação às discussões de uma corte multilateral permanente de investimentos tomaram um rumo prático diferente em 2014, com o avanço das negociações para o *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP, ou em português, Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento). Isso porque, após realizar consultas públicas, a UE iniciou um movimento para estabelecer uma corte permanente de arbitragem sobre investimento e um mecanismo de segunda instância nas resoluções de controvérsias entre investidor-Estado.

Inclusive, com base nos resultados das consultas públicas, a UE lançou, por meio de sua comissária de comércio, Cecilia Malmström, um *concept paper*, em 2015, uma espécie de artigo com diretrizes sobre o caminho que se desejaria adotar em relação às negociações do TTIP:

O relatório sobre os resultados da consulta, divulgado em 13 de janeiro de 2015, identificou quatro áreas em que foram suscitadas preocupações específicas e onde deveriam ser exploradas novas melhorias na abordagem da UE: i) a proteção do direito de regulamentar; ii) o estabelecimento e funcionamento de tribunais arbitrais; iii) a revisão das decisões da ISDS por meio de um mecanismo de apelação; iv) a relação entre os sistemas judiciários nacionais e a ISDS. (MALMSTRÖM, 2015, p. 3, tradução nossa)

Tal movimento amadureceu no acordo de amplo comércio e investimentos realizados entre UE e Canadá, no qual se criou uma estrutura ISDS permanente, baseada em um Tribunal de Primeira Instância e em um Tribunal de Apelação, em que os adjudicadores, ao invés de serem nomeados por investidores e estados em disputa, seriam nomeados conjuntamente pela UE e pelo Canadá para mandatos fixos.

Ressalta-se que tal estrutura bilateral foi replicada em tratados estabelecidos pela UE com Singapura e Vietnã. Além disso, todos esses tratados estipulam a criação de uma Corte Multilateral de Investimento no futuro, que concentraria todas as disputas concernentes aos acordos realizados pela UE com os seus parceiros.

Cabe ressaltar que a ideia de uma corte permanente de apelação, ou seja, uma corte apenas para revisar os laudos em segunda instância, não é encampada exclusivamente pela UE, sendo avaliada por outros Estados, justamente porque seria uma possibilidade de endereçar o problema da falta de consistências nas decisões da ISDS. Nesse sentido, destaca-se a indicação dos EUA de que alguns dos seus objetivos seriam o estabelecimento de uma

¹³⁹ De acordo com pesquisa no Google, em 02 jun. 2021, o referido trabalho foi citado por outros 60 artigos.

corte de apelação para o investimento em 2002; a proposta do Secretariado da ICSID, em 2004, de estabelecer um mecanismo de apelação dentro das *Additional Facility Rules* (STEGGER, 2012); o Modelo de BIT da Índia, de 2015, que abre a possibilidade de implementação de um futuro mecanismo de apelação (ROBERTS, 2018); e as várias manifestações dos países participantes do debate sobre a reforma da ISDS na UNCITRAL, como China, Equador, Chile e Japão.

De toda forma, reitera-se que os debates mais profundos a respeito de reformas incrementais e sistemáticas à ISDS estão sendo desenvolvidos no âmbito da UNCITRAL, por meio de um grupo de trabalho específico para propor reformas procedimentais à ISDS. Tendo em vista que as discussões do grupo fazem parte da análise central desta tese, o posicionamento de cada um dos países será melhor explanado no capítulo 5.

3.3.3 Modelo de reforma paradigmática

Por fim, o terceiro modelo de reforma é tido como paradigmático porque se propõe, especificamente, a romper com o atual modelo ISDS. Trata-se basicamente de uma estratégia de desengajamento, que nada mais é do que retirar-se de acordos com cláusulas ISDS vigentes e/ou promover a assinatura de acordos com os quais se estabelecem outras formas de resolução de conflitos que não a ISDS. São exemplos dessa estratégia: retornar aos tribunais locais e às soluções de conflitos entre Estados, e a criação de *ombudsman* (LANGFORD *et al.*, 2020; ROBERTS, 2018). Tais sugestões estão, inclusive, listadas no *roadmap* de possíveis reformas elaboradas pela UNCTAD, citadas no início deste capítulo, e serão abordadas individualmente.

Uma primeira vertente seria abandonar totalmente a ISDS, delegando a resolução de conflitos apenas aos tribunais internos dos Estados. Diferentemente das propostas de reforma incrementais que estipulam o recurso aos tribunais locais como uma etapa prévia da utilização da arbitragem ISDS, esta opção preconiza que as “instituições judiciais internas seriam o único e último mecanismo para resolver as disputas entre o investidor e o Estado” (UNCTAD, 2018, p. 58, tradução nossa).

Os argumentos favoráveis a tal proposta denotam que ela equipara as chances entre dois investidores estrangeiros, bem como entre os investidores estrangeiros e os investidores locais. Além de reforçar as estruturas judiciais dos Estados receptores do investimento, ela também é vislumbrada como uma das maneiras mais céleres de reforma (UNCTAD, 2018).

Já os argumentos contrários à proposta reforçam que o abandono a ISDS causará a perda de independência, neutralidade, eficiência e executabilidade, o que, a longo prazo, poderia tornar os IIAs ineficientes novamente (UNCTAD, 2018).

Uma segunda vertente de abandono da ISDS sugere a opção pela resolução de conflitos apenas entre Estados, tal como na solução de controvérsias adotada pela OMC na área de comércio internacional.

Os argumentos favoráveis são os mais diversos, a começar pelo fato de que as controvérsias voltarão a ser resolvidas exclusivamente pelo direito internacional público e por seus atores mais relevantes, bem como reforçarão a legitimidade e consistência do próprio regime de proteção ao investimento estrangeiro, uma vez que os Estados, de fato, levariam a um tribunal internacional apenas questões relevantes, e não qualquer reclamação frívola (UNCTAD, 2018). Além disso, assim como ocorre no retorno aos tribunais internos, os investidores estrangeiros não teriam vantagens em relação aos investidores locais.

Os argumentos contrários ecoam nas vantagens percebidas da ISDS, como os riscos de repolitização do conflito, de tornar o processo de resolução de controvérsias mais demorado e oneroso e, por vezes, inacessível ao investidor de menor poder aquisitivo e, ainda, o risco de dificultar a execução da indenização por parte do Estado (UNCTAD, 2018).

Por fim, uma terceira vertente de abandono da ISDS é a criação de estruturas de facilitação de contato entre o Estado receptor e o investidor estrangeiro, tal como a criação de pontos de contato, *ombudsman* ou mesmo canais de mediação, conciliação e resolução amigável de questões demandadas pelo investidor.

É necessário pontuar que todas essas opções podem ser vislumbradas tanto por aqueles que querem abandonar a ISDS, como por aqueles que sequer desejam ingressar nesse modelo de arbitragem internacional.

Como exemplo de abandono do modelo ISDS, pode-se citar Bolívia, Venezuela e Equador, que emendaram suas constituições federais no sentido de proibir arbitragem ISDS¹⁴⁰. Em decorrência dessa proibição, tiveram que se desligar do quadro de membros do

¹⁴⁰ Constituição de 2009 da Bolívia, Art. 366: “*Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas.*”

Constituição de 1999 da Venezuela, Art. 151: “*En los contratos de interés público, si no fuere impropio de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales*

ICSID. Não obstante, alguns autores indicam que tal movimento representou mais uma questão ideológica do que uma resposta às alegadas falhas do sistema ISDS (TAN; BOUCHENAKI, 2014).

Além disso, houve movimentos de desengajamento claramente contrários à sistemática do ISDS. Um bom exemplo é a África do Sul que, antes mesmo de denunciar e se retirar de BITs de alguns parceiros europeus¹⁴¹, emanou a sua opinião contrária à ISDS de forma mais clara, por meio de um projeto de lei para proteção ao investimento, a *Promotion and Protection of Investment Bill 2013*. Nesse ato, foi arguido, em relação à ISDS, que: a) o investimento direto estrangeiro não depende dos BITs; e b) o ISDS é imprevisível, com os árbitros tendendo a favorecer mais os investidores, e sendo “antipáticos para os argumentos de interesse público frequentemente propostos pelos Estados” (TAN; BOUCHENAKI, 2014, p. 10).

Importa destacar que, em 2011, a Austrália também chegou a iniciar um movimento de desengajamento em relação à ISDS, com fortes críticas por parte do Comitê Australiano de Produtividade, conforme demonstrado na subseção 2.2.8, que abordou o resfriamento regulatório. Na prática, o *Australia-Malaysia FTA 2012* foi o primeiro acordo a dispor, entre outros temas, sobre investimento, sem conter, no entanto, cláusula com previsão de ISDS. Entretanto, tal posição foi derogada já no FTA firmado com a Coreia do Sul e que está vigente desde dezembro de 2014 (TAN; BOUCHENAKI, 2014).

Como supramencionado, além das posições dos países que intentaram ou que, de fato, abandonaram a arbitragem ISDS, tem-se também os exemplos de países que nunca ingressaram no modelo e, de forma mais ousada, estipularam modelos próprios de mediação e resolução de conflitos em matéria de investimento. Curiosamente, um dos exemplos mais plausíveis é o caso do Brasil, que, na década de 1990, chegou a assinar 14 BITs, porém, não chegou a ratificar nenhum deles.

competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

Constituição de 2009 do Ecuador, Art. 422: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”

¹⁴¹ Incluindo Bélgica, Luxemburgo, Espanha, Holanda, Alemanha e Suíça.

A partir de 2015, o Brasil passou a defender um modelo próprio de acordo sobre investimentos estrangeiros, denominado Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). No modelo brasileiro, não existe previsão de ISDS, mas, como forma de mediação e resolução de conflitos concernentes a investimentos estrangeiros, foi sugerida a criação de um *ombudsman* de investimentos, que lidaria com os conflitos a nível interestatal, ou seja, sem a participação direta do investidor, mas com a participação de representantes dos governos envolvidos no eventual conflito (MARSOLA, 2019). No entanto, o modelo inicialmente proposto em 2015 parece ter evoluído mais para um canal de diálogo do que, efetivamente, para um mecanismo de mediação de conflitos, tendo em vista a sua atual definição e composição de acordo com a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX)¹⁴².

Ainda assim, a atual posição brasileira é de total afastamento da ISDS e de engajamento a alternativas desse modelo em seus IIAs, impondo, na ocasião de não mediação, que a resolução do conflito seja mediada por seu sistema judicial interno ou por meio da arbitragem entre Estados (SCHILL; VIDIGAL, 2019). De forma geral, o procedimento de arbitragem entre Estados perseguido pelos ACFIs é próximo das regras de arbitragem da UNCITRAL, com a diferença de que as partes juridicamente capazes de litigar são apenas os Estados, excluindo-se, portanto, a capacidade jurídica do investidor (SCHILL; VIDIGAL, 2019).

Desde a sua criação, em 2015, o governo brasileiro já assinou nove ACFIs e dez memorandos de ACFIs, mas apenas três deles estão em vigor¹⁴³, que são os ACFIs assinados

¹⁴² O *Ombudsman* de Investimentos Diretos (OID) é uma “janela única de investimentos” cuja função é exercida pela Secretaria-Executiva da CAMEX. É responsável por receber consultas e questionamentos sobre matérias relacionadas a investimentos, a serem respondidos em conjunto com outros órgãos e entidades governamentais (Federais, Estaduais e Municipais) envolvidos em cada caso (Rede de Pontos Focais). Essa nova estrutura permite o apoio necessário ao investidor, centralizado em um único órgão, que deverá responder tempestivamente às demandas solicitadas.

Entre as competências do OID, destacam-se: apoiar e orientar os investidores, esclarecendo dúvidas e recomendando soluções para os questionamentos apresentados (*Policy Advocacy*), e propor aos órgãos e/ou agências de governo possíveis melhorias na legislação ou nos procedimentos administrativos adotados.

Portanto, o OID é um esforço pioneiro para o aperfeiçoamento da governança institucional e do ambiente de investimentos no Brasil.

Parte integral da estrutura da Secretaria-Executiva, sob a supervisão do Conselho da CAMEX, o OID é composto:

- I – Pela Secretária-Executiva da CAMEX, que o representará institucionalmente e coordenará suas atividades;
- II – por uma Secretaria, que se valerá da estrutura da Secretaria-Executiva da CAMEX e contará com funcionários/servidores especializados em temas afins a investimentos para apoio à Secretária-Executiva da CAMEX no desempenho de suas funções no âmbito do OID;
- III – por um Grupo Assessor, composto por representantes dos Ministérios que constituem a CAMEX; e
- IV – pela Rede de Pontos Focais, integrada por pontos focais dos órgãos e entidades da Administração Pública a serem definidos pelo Regimento Interno do OID, bem como aqueles indicados por Unidades da Federação. (CAMEX, 2021).

¹⁴³ Conforme pesquisa própria realizada no *site* <https://concordia.itamaraty.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2021.

com Angola, México e o protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul. O restante dos acordos ainda precisa passar pela revisão jurídica e pelo processo de ratificação, para entrar em vigor.

Portanto, nota-se que tal movimento de abandono da ISDS ou não adesão ao sistema é majoritariamente realizado por PEDs, seja por darem preferência à sua estrutura local ou à arbitragem entre Estados, como é o caso do Brasil; seja por já terem sido alvo de várias arbitragens de investidores, como foi o caso da Venezuela, Equador e África do Sul. Não obstante, alguns países desenvolvidos, como a Austrália, também integram esse grupo com a predileção por uma reforma pragmática da solução de controvérsias no investimento estrangeiro.

3.3.4 Identificando o processo de reforma na prática

Tendo perpassado pelos modelos de reforma da ISDS nos IIAS, é importante destacar que, nos últimos anos, alguns deles já vêm sendo implementados por meio de um processo de modernização dos IIAs, classificados de quatro formas:

- a) renegociação e reformulação de um IIA antigo;
- b) negociação de um novo IIA, com cláusulas mais modernas e abandono do BIT anterior;
- c) interpretações oficiais das partes do tratado; e
- d) interpretação por tribunais arbitrais.

Nesse sentido, tanto em relação à renegociação de IIAs antigos, como na negociação de novos IIAs, cumpre destacar a importância dos denominados *BIT models*, que são desenvolvidos pelos países que negociam acordos de investimento. Vários são os exemplos desses modelos de BITs: Colômbia (2017), Índia 2015, EUA (2012), México (2008), Reino Unido (2008), França (2006), dentre outros¹⁴⁴.

É interessante notar que um dos movimentos mais importantes na modernização dos modelos de BIT ocorreu em 2004, quando o governo americano promoveu uma reforma ao seu modelo básico de BIT de 1981 em resposta ao aumento do número de reclamações em arbitragens ISDS contra os EUA (TAN; BOUCHENAKI, 2014; JOHNSON, 2012). Dentre as alterações realizadas, destacam-se:

¹⁴⁴ É possível consultar a lista completa de todos os modelos de BIT no navegador de acordos de investimento da UNCTAD. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

- a) a definição mais clara e estreita dos tipos de investimentos cobertos pelos Tratados;
- b) maior detalhamento na linguagem relativa ao padrão de tratamento mínimo e obrigações de expropriação; e
- c) a exclusão do alcance do tratado a questões de segurança nacional e regulação de serviços financeiros (TAN; BOUCHENAKI, 2014).

Outro movimento foi realizado pelo Canadá em 2004, quando o país atualizou seu “modelo” de BIT e renegociou vários tratados existentes para resguardar mais espaço regulatório e cumprir objetivos de política social e econômica (HAFTTEL; THOMPSON, 2018). Pode-se citar também o FTA Singapura-Sri Lanka assinado em 2018, cujas regras de investimento substituíram o antigo BIT de 1980, entre eles (UNCTAD, 2019). Na oportunidade, inclusive, foi adotada a regra de exaustão das medidas internas no Estado receptor (por meio de seus tribunais) antes de se autorizar o estabelecimento de um tribunal arbitral, conforme art. 10.14.3¹⁴⁵. Outro movimento que se aproxima dessa hipótese é a decisão dos membros da UE de rescindirem seus tratados bilaterais de investimento intra-UE de maneira coordenada, substituindo-os por um tratado plurilateral que englobe todos os membros do bloco (EUROPEAN COMMISSION, 2019).

É importante destacar que a transição efetiva de um tratado antigo para um novo pode ser assegurada por meio de cláusulas de transição. Essas cláusulas especificam até quanto tempo após o término de um IIA antigo um investidor pode invocar o tratado de investimento antigo para requerer um tribunal arbitral nos moldes ISDS (UNCTAD, 2019).

Outrossim, uma das tendências identificadas nos novos acordos de investimento é a inclusão de uma cláusula de renegociação automática do acordo, de forma parcial ou total, após um certo período de sua vigência, tal como o Tratado de Livre Comércio firmado entre China e Chile, que entrou em vigor em 2006. Esse tratado continha uma cláusula que exigia a negociação subsequente de cláusulas de investimento, uma inovação para os FTAs chineses, cujo acordo atualizado foi assinado em novembro de 2017 (MEYER; PARK, 2018, p. 7, tradução nossa).

¹⁴⁵ Art. 10.14.3 do FTA Singapura-Sri Lanka: “Where the dispute cannot be resolved as provided for under paragraphs 1 and 2 of this Article within six (6) months from the date of receipt of such written request for consultations, the claimant shall exhaust any domestic remedy provided in the respondent State. In the event: (a) the claimant has invoked domestic remedies and such remedies have not been concluded within a period of twenty-four (24) months from the date that notice invoking such domestic remedies was served on the respondent State; or (b) the claimant has invoked and exhausted all domestic remedies, the claimant may have recourse to the dispute settlement procedures in this Section.”

De toda forma, a negociação de novos tratados ou renegociação dos tratados já existentes é acompanhada de perto pela UNCTAD, que, a partir de 2010, passou a elaborar relatórios específicos sobre as reformas que estão sendo implementadas nos IIAs negociados ou renegociados pelos Estados e, a partir de 2012, passou a mapear também as decisões de arbitragens ISDS, com ênfase nos temas que são controversos. Em 2015, foi lançado um relatório ilustrando as tendências de reforma dos IIAs e das decisões da ISDS, que indicou que uma série de acordos assinados em 2014 estariam adotando cláusulas limitadoras de acesso à ISDS (UNCTAD, 2015).

No entanto, apenas no relatório com o balanço das reformas dos IIAs, de 2019, é feita uma avaliação mais complexa das reformas negociadas nos acordos de investimentos assinados em 2018 em relação à ISDS, com base em pontos específicos de reforma, os quais foram classificados de acordo com os modelos estudados (UNCTAD, 2019):

- 1) Reforma Paradigmática – opção por não usar a ISDS;
- 2) Reforma Sistêmica – opção por uma corte bilateral permanente dentro do tratado;
- 3) Reforma Incremental – limitar acesso à ISDS, fazendo o investidor utilizar inicialmente os tribunais internos;
- 4) Reforma Incremental – limitar acesso à ISDS, excluindo algumas áreas da jurisdição do tribunal arbitral;
- 5) Reforma Incremental – limitar acesso à ISDS ao estabelecer prazo de prescrição para iniciar a reclamação;
- 6) Reforma Incremental – melhorar o procedimento ISDS, fortalecendo o papel do Estado por meio de interpretações conjuntas, revisão de laudos arbitrais, possibilidade de reconvenção, entre outras ferramentas;
- 7) Reforma Incremental – melhorar o procedimento ISDS a partir de regras e códigos de conduta que atribuam maior independência e imparcialidade, bem como *expertise* aos árbitros escolhidos;
- 8) Reforma Incremental – melhorar o procedimento ISDS, tornando-o mais eficiente a partir de mecanismos de recusa preliminar de reclamações frívolas, consolidação de reclamações múltiplas e procedimentos alternativos de resolução de conflitos;
- 9) Reforma Incremental – aumentar a transparência do procedimento, possibilitando acesso e participação de terceiras partes interessadas e *amicus curiae*;
- 10) Reforma Incremental – limitar poder do tribunal em relação aos tipos e atribuição de montantes relativos aos danos.

Quadro 2 – Classificação das reformas realizadas nos BITs assinados em 2018

IIA	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
BIT Argentina-Japão				■	■	■	■	■	■	■
BIT Argentina-Emirados Árabes					■	■	■	■	■	■
BIT Armênia-Japão					■	■		■	■	■
FTA Austrália-Peru				■	■	■	■	■	■	■
BIT Belarus-Índia			■	■	■	■	■	■	■	■
BIT Belarus Turquia					■					
ACFI Brasil-Chile	■									
ACFI Brasil-Etiópia	■									
ACFI Brasil-Guiana	■									
ACFI Brasil-Suriname	■									
BIT Camboja-Turquia				■						
BIT Canadá-Moldova				■	■	■		■	■	■
FTA América Central-Coreia do Sul				■	■	■	■	■	■	■
BIT Congo-Marrocos										
CTPP				■	■	■	■	■	■	■
IPA UE-Singapura		■			■	■	■	■	■	■
BIT Japão-Jordânia					■	■			■	■
BIT Japão-Emirados Árabes					■	■			■	■
BIT Singapura-Cazaquistão				■	■					
BIT Cazaquistão-Emirados Árabes								■		
BIT Quirguistão-Turquia										
BIT Lituânia-Turquia					■	■	■		■	
BIT Mali-Turquia										
BIT Mali-Emirados Árabes										
BIT Mauritânia-Turquia										
FTA Singapura-Sri Lanka			■	■	■			■		■
BIT Palestina-Turquia				■						
BIT Emirados Árabes-Uruguai					■			■		■
USMCA			■	■	■	■	■	■	■	■

Fonte: o autor, com base em UNCTAD (2019).

Com base no quadro 2, é possível vislumbrar que, de fato, a maior parte dos novos acordos em investimento procuram estabelecer reformas incrementais na tentativa de sanar problemas pontuais da ISDS. Ainda é notório que, mesmo as partes que optaram por uma reforma sistêmica com a instalação de uma Corte Permanente, como o BIT UE-Singapura, não abriram mão de inserir reformas pontuais para melhorar a ISDS. Em termos de reforma paradigmática, o movimento de assinar acordos de investimento sem a presença da ISDS foi, conforme já ressaltado, capitaneado pelo Brasil com seus parceiros comerciais: Chile, Etiópia, Guiana e Suriname.

Por outro lado, é importante, ainda, destacar que outros acordos não perseguiram qualquer reforma na ISDS, atendo-se aos modelos de BITs clássicos da primeira ou segunda geração, como o BIT Quirguistão-Turquia, o BIT Mali-Turquia, o BIT Mali-Emirados Árabes e o BIT Mauritânia-Turquia. Em relação ao movimento de modernização dos tratados via interpretação das partes, não cabe estender-se conceitualmente, tendo em vista que tal tema já foi explorado em demasia nesta tese. No entanto, cabe trazer alguns exemplos da sua ocorrência.

O primeiro exemplo clássico trata da atuação da Comissão de Livre Comércio do NAFTA, que costumava emitir notas interpretativas do acordo e que, por vezes, foram acatadas pelos tribunais arbitrais, como no caso *ADF Group Inc. v United States of America*, em que a Comissão elaborou uma nota interpretativa da cláusula de tratamento nacional do NAFTA no decorrer do julgamento do caso e o tribunal terminou por acatar tal interpretação no seu laudo (GORDON; POHL, 2015; ONWUAMAEGBU, 2003).

O próximo exemplo refere-se à interpretação autêntica do art. 4 (tratamento MFN), sobre o BIT entre a Índia e Bangladesh contido nas Notas Interpretativas Conjuntas de 2017, em que as partes do tratado excluíram a aplicação da cláusula MFN na solução de controvérsias. Assim, esclareceram o significado que pretendiam atribuir ao art. 4, vinculando a interpretação dos tribunais arbitrais (GAZZINI, 2020).

Por fim, no tocante à modernização dos tratados por meio das próprias decisões arbitrais, cumpre ressaltar, novamente, o alcance limitado de tal movimento, tendo em vista que a amplitude interpretativa dos tribunais arbitrais deve sempre respeitar o limite da disposição escrita no próprio tratado de investimento. Neste sentido, alguns laudos demonstram a possibilidade de que os próprios tribunais avancem sobre a uniformização de questões menores, sem que haja a necessidade de estabelecer uma grande reforma nas regras processuais de arbitragem em investimento.

Por exemplo, em 2013, houve uma decisão no caso *Giovanni Alemanni v. Argentina*, que enfrentou a questão da multiplicidade de reclamantes contra um Estado receptor do investimento com base no art. 25(1) da Convenção ICSID¹⁴⁶. Na decisão, o tribunal entendeu que a redação da Convenção não exclui a possibilidade de múltiplos reclamantes no mesmo caso. Todavia, atentou para a necessidade de que o interesse representado em um lado da disputa deve ser, em todos os aspectos essenciais, idêntico para todos os envolvidos no mesmo lado da disputa (UNCTAD, 2015).

Já em 2015, o relatório da UNCTAD indicou a consolidação da jurisprudência sobre objeção jurisdicional com base no suposto abuso de poder por parte do investidor. O caso em tela foi o *Levy and Gremcitel v. Peru*, que tratou, basicamente, da reclamação de um investidor que adquiriu seu investimento pouco tempo antes de solicitar a instalação de um tribunal arbitral. Pelo simples critério da jurisdição *ratione temporis*, o Tribunal estaria apto a julgar o caso. No entanto, com base no próprio teste formulado no *Pac Rim v. El Salvador*, foi possível entender que houve um abuso do investidor, uma vez que o conflito já seria previsível na época da aquisição do investimento e que a única razão da compra da empresa pelo investidor foi a utilização da sua nacionalidade para atrair a jurisdição do tribunal arbitral em função do BIT entre a França e o Peru¹⁴⁷ (UNCTAD, 2016).

O critério teste foi também aplicado ao notório caso da *Philip Morris v. Australia*, uma vez que, para conseguir iniciar uma reclamação em sede de arbitragem internacional contra a legislação australiana, que planificava e simplificava todas as embalagens de cigarros (para a Philip Morris, esse fato diminuía o valor de mercado do seu produto), a Philip Morris de Hong Kong passou a ser a dona da unidade da Austrália por meio de uma reestruturação da companhia, o que, de fato, permitiu que a empresa passasse a ter a prerrogativa de acionar o tribunal arbitral por meio do BIT entre Hong Kong e a Austrália (UNCTAD, 2016).

¹⁴⁶ Art. 25 (1) da Convenção da ICSID: “*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.*”

¹⁴⁷ “A este respeito, o tribunal concordou com o teste formulado em *Pac Rim v. El Salvador*: para encontrar um abuso, 'uma disputa futura específica' deve ser previsível no momento da aquisição 'como uma probabilidade muito alta e não apenas como uma possível controvérsia'. Tendo observado que 'o limite para uma conclusão de abuso de processo é alto', o tribunal analisou a proximidade no tempo entre a transferência das ações da Gremcitel para a Sra. Levy e as medidas contestadas. Concluiu que a «transferência efetiva das ações ocorreu [...] apenas um dia antes de [a medida contestada] ser emitida e 9 dias antes de ser publicada». Na opinião do tribunal, '[uma] revisão dos autos mostrou que tal proximidade marcante dos eventos [não foi] uma coincidência' e que os requerentes poderiam ter previsto que a medida contestada estava próxima. De acordo com o tribunal, "a única razão para a transferência repentina da maioria das ações da Gremcitel para a Sra. Levy foi sua nacionalidade" e "o único objetivo da transferência foi obter acesso à arbitragem ICSID / BIT, o que teria, por outro lado, precluído". (UNCTAD, 2016, p. 14, tradução nossa)

Diante do exposto, é possível compreender que reformas mais simples podem ser moldadas pela própria jurisprudência dos tribunais arbitrais através da construção da *jurisprudence constante*, ainda que tais interpretações não sejam vinculantes. Para as demais pretensões de reforma, sejam elas incrementais, sistêmicas ou paradigmáticas, o caminho mais seguro é pela renegociação dos IIAs antigos ou pela negociação de novos IIAs, com as redações adequadas de acordo com os objetivos dos Estados.

3.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

O presente capítulo insere o leitor no contexto dos modelos de reformas da ISDS, não sem antes enfatizar que a própria discussão de reforma da ISDS faz parte de um movimento mais amplo de se repensar os próprios acordos de investimento de forma geral.

Além disso, na segunda seção deste capítulo é possível realizar um debate entre algumas vertentes que defendem o atual regime e advogam para a possibilidade de não se reformar estruturalmente ou institucionalmente a ISDS.

Destaca-se que a intenção deste trabalho não é deixar o leitor confuso, apesar de as opções indicadas de não reforma partirem de pressupostos mais avançados.

Não obstante, o importante é que o leitor vislumbre que os não reformistas podem enxergar o sistema como estanque, ou seja, que ele desempenha de forma adequada e, por isso, não necessita de mudança; ou como um organismo em evolução orgânica, cujas regras não precisam ser alteradas por reformas incrementais ou sistêmicas, mas podem ser influenciadas pela própria tomada de decisão dos tribunais arbitrais; ou ainda, com um leve “empurrãozinho” dos Estados na seleção dos operadores do direito envolvidos nas resoluções dos conflitos, de forma a aproximar a ISDS do Direito Internacional Público.

De toda forma, a opção pela não reforma, sob qualquer tipo de proposta, pode ser entendida como a mais simples de se perseguir.

No entanto, no que concerne as deficiências do regime internacional de investimento e do seu sistema de solução de controvérsias – sobre convergência, transparência, executabilidade das decisões e segurança jurídica em relação à compreensão dos IIAs – não seriam solucionadas em ambas as teorias de não reforma abordadas.

Sendo assim, esta tese entende que a reforma da ISDS é um caminho necessário, e a melhor forma de elucidar as suas possibilidades é perpassar pelas propostas que já estão sendo discutidas pela academia e levadas adiante pelos Estados.

Nesse sentido, parte-se de uma escolha metodológica a partir da classificação sugerida pela professora Anthea Roberts (2018), tendo em vista que ela consegue englobar a maior parte das propostas existentes sobre o tema. De forma resumida, existem propostas de reformas incrementais, que tomariam como base o atual modelo e lhe atribuiriam melhorias específicas; propostas de reformas sistêmicas, que alterariam elementos sistêmicos do atual modelo, seja por uma corte de apelação ou mesmo por uma corte multilateral de dupla jurisdição; e propostas de reformas paradigmáticas, que basicamente visualizam o atual modelo como fracassado e partem do pressuposto de que a melhor reforma é simplesmente deixar de utilizá-lo.

Com base nestas premissas, é possível, ainda que de forma simples, depreender o nível de facilidade na consecução dos modelos listados, de forma que, quanto menos depender de adesão e menos estrutural for a mudança, mais simples será sua implementação.

Neste sentido, é possível afirmar que uma resposta paradigmática é menos complicada de se perseguir do que as reformas sistemáticas, pois sua adesão, ou mesmo o desligamento do atual modelo de ISDS, depende apenas da vontade unilateral do país, ao contrário de se perseguir alterações mais ambiciosas, que demandam da vontade multilateral para a criação de novas estruturas no sistema. Da mesma forma, as reformas incrementais também seriam menos difíceis de se alcançar em relação às reformas sistemáticas, uma vez se tratar de ajustes na atual regulação da ISDS em contraste às mudanças estruturais propostas na reforma sistemática.

Obviamente, essa facilidade não é absoluta nem livre de críticas ou de desafios metodológicos. Não obstante, quaisquer ajustes que sejam realizados não poderão negar a premissa de que não alterar as regras é mais fácil do que implementar um mecanismo de apelação ou um tribunal multilateral, e que a viabilidade de abandonar a ISDS é também mais factível do que se discutir reformas sistêmicas.

Por isso, entende-se que a maior dificuldade está em trocar o atual modelo de arbitragem *ad hoc* da ISDS por um modelo de corte multilateral, ou mesmo implementar um órgão de apelação de forma isolada, sendo esta última opção ainda menos difícil do que a anterior, tendo em vista que se mantém a estrutura de arbitragem *ad hoc* na primeira instância e se implementa apenas a instância superior.

Tal compreensão pôde ser confirmada nas reformas já em curso nos IIAs assinados em 2018, nos quais em apenas um deles houve uma reforma sistemática, enquanto que, na grande maioria houveram ajustes incrementais em relação às regras da ISDS. Nesse sentido, é ainda possível já antecipar uma resposta ao questionamento central desta tese: se seria

possível reformar a ISDS. De fato, não somente é possível, como algumas reformas já se vislumbram em andamento.

De toda forma, esta é uma discussão doutrinária, da qual se toma emprestada uma classificação metodológica como forma de entender as propostas de reforma da ISDS. Tal compreensão é útil para avaliar de que forma o debate proposto no âmbito da UNCITRAL está evoluindo e qual a perspectiva de se adotar a proposta europeia de multilateralização da ISDS.

Neste sentido, o próximo capítulo analisa o modelo idealizado pela UE, sendo, inclusive, incluído nos seus mais novos acordos de investimentos.

O capítulo subsequente explora o debate sobre a reforma da ISDS na visão da UNCITRAL, em que será possível avaliar quais modelos de reforma têm sido mais defendidos pelos Estados-membros, dentre os modelos explorados neste capítulo.

4 A PROPOSTA EUROPEIA DE CRIAÇÃO DO SISTEMA DE CORTES DE INVESTIMENTO E MULTILATERALIZAÇÃO DA ISDS

A União Europeia (UE) pode ser descrita como o bloco de integração econômica mais maduro no mundo, tendo em vista não somente a quantidade de membros que o integra, mas também a adoção de políticas regionais bem-sucedidas, cujas decisões tomadas denotam uma prática bem sistematizada e amparada por um arcabouço legal aprimorado.

Não obstante, tal amadurecimento foi precedido por uma longa história de ampliação e consolidação da sua estrutura jurídica e das suas práticas políticas, que remonta à sua própria criação, em 1957, por intermédio do Tratado de Roma. Neste ponto, cumpre destacar que, desde a sua concepção, uma das suas principais características tem sido a condução comum da política comercial dos seus membros.

No passar dos anos, é possível fazer referência a diversas ações da UE em função de uma política comercial uníssona, a exemplo da negociação da Rodada Uruguai, que possibilitou a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC)¹⁴⁸, da mesma maneira que as demais rodadas de negociações da própria OMC, ou mesmo a negociação de acordos comerciais pelo bloco, como os vários acordos comerciais com países que integravam o Leste Europeu, bem como em relação a outros blocos comerciais, tais quais os países do Caribe (CARIFORUM¹⁴⁹) e mesmo o Mercosul.

No entanto, a despeito do sucesso travado no âmbito da política comercial internacional, no desenvolvimento da UE não havia sido estipulada a competência expressa ao bloco para discutir ou negociar sobre investimentos, salvo com autorização expressa por parte dos membros e a questões relacionadas apenas ao acesso a mercados, tratamento nacional e promoção de investimentos, com ênfase no comércio internacional e não na proteção ao investimento (CARDWELL; FRENCH, 2012, p. 203).

¹⁴⁸ Tal como disposto no Memo94/24 das negociações “A Ata Final da Rodada Uruguai, a ser assinada pelos participantes em Marrakesh, Marrocos, em 15 de abril de 1994, marcará o fim formal da operação de liberalização de maior alcance na história do comércio mundial. Durou 2.643 dias, cortando tarifas, abrindo mercados e trazendo, pela primeira vez, novas áreas de atividade econômica transfronteiriça para as regras internacionais. Como nas rodadas comerciais anteriores organizadas pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (Gatt), a União Europeia foi um ator chave” (Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_94_24, acesso em 23 mai. 2020, tradução nossa).

¹⁴⁹ “Em outubro de 2008, Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Guiana, Jamaica, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, São Cristóvão e Nevis, Suriname, Trinidad e Tobago e a República Dominicana assinaram o CARIFORUM-UE de parceria econômica da UE” (disponível em: <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/caribbean/>, acesso em 23 mai. 2020, tradução nossa).

Tal situação manteve a UE fora das negociações de acordos de investimento e, conseqüentemente, alheia ao próprio debate sobre a criação de regras de proteção ao investimento e seu aperfeiçoamento, inclusive as formas de solução de controvérsias em questões de investimento.

No entanto, tal situação mudou em 2017, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que ampliou o mandato da UE, atribuindo-lhe a competência de representar todos os países-membros nas negociações de acordos internacionais no campo da proteção ao investimento. Tal situação alçou a UE não somente ao posto de representante de 28 países, mas fez o bloco ganhar preponderância no debate das reformas no regime internacional da proteção ao investimento e, particularmente, nas discussões relativas à reformulação do atual modelo de ISDS.

O objetivo deste capítulo, portanto, é situar o leitor em relação à evolução da UE como um ator relevante no debate do direito internacional do investimento, bem como expor de que maneira o debate sobre a reforma da ISDS ganhou corpo dentro do bloco e guiou a negociação dos seus acordos de investimento a partir de um modelo próprio de resolução de conflitos entre investidor e Estado, fundado em uma estrutura de cortes permanentes de dupla jurisdição, o denominado Sistema de Cortes de Investimento.

O capítulo analisa, ainda, em profundidade, o próprio corpo de regras processuais estabelecidas nesse sistema, a partir da sua comparação de quatro tratados de investimento negociados pela UE com os Estados Unidos, Canadá, Singapura e Vietnã, estando os três últimos já em vigor.

Em seguida, expõe a estratégia da UE para possibilitar, em algum momento, a criação de uma corte multilateral de investimentos, o objetivo mais audacioso em sua agenda de reformas no regime internacional de investimentos. Além disso, analisa as possíveis dificuldades encontradas pela UE na implementação do seu Sistema de Cortes de Investimentos e na eventual criação de um tribunal multilateral.

O objetivo do capítulo é, portanto, levar o leitor à compreensão sobre o modelo europeu de ISDS, suas características principais e suas dificuldades de implementação, tendo em vista que esse modelo está sendo discutido na UNCITRAL como uma das alternativas de reforma para a ISDS, que será o foco do último capítulo.

4.1 A EVOLUÇÃO DA UE COMO *PLAYER* INTERNACIONAL NA NEGOCIAÇÃO DE TRATADOS DE INVESTIMENTO

A UE pode ser considerada como o bloco de integração regional mais bem-sucedido na história das relações internacionais, com instituições sólidas e capazes de dirigir os interesses da região de forma eficaz. Neste sentido, cumpre explicar o papel de cada um dos órgãos institucionais da UE e como estes se posicionam na tomada de decisão do bloco.

O Conselho da UE representa os interesses individuais dos Estados-membros da UE. Ele é composto pelos ministros dos países membros, a depender do tema tratado. Por exemplo, se o tema a ser discutido for sustentabilidade, os ministros de meio ambiente dos Estados serão instados a participar do debate e eventual votação, cuja decisão final é vinculante para os seus países (BRADFORD, 2020).

O Parlamento Europeu representa os interesses dos cidadãos da UE. Ele atua em conjunto com o Conselho da UE como autoridade legislativa, sendo composto por 751 membros eleitos diretamente pelos europeus (cujas vagas são estabelecidas de forma proporcional à população de cada país membro) (BRADFORD, 2020).

A Corte Europeia de Justiça (Court of Justice of the European Union, ou CJEU, sigla em inglês), cuja composição é de 27 juízes de cada Estado membro, tem a tarefa de aplicar o direito de forma uniforme aos membros, sendo os seus entendimentos parâmetros para os próprios julgamentos dos tribunais internos destes (BRADFORD, 2020).

A Comissão da UE representa os interesses da própria UE como instituição e funciona como o braço executivo da UE, detendo uma autoridade decisória relevante (BRADFORD, 2020). Ela é também a guardiã dos tratados e supervisiona o cumprimento do direito europeu e se algum membro falhar no referido cumprimento, ela pode recorrer à Corte Europeia de Justiça (BRADFORD, 2020). Cada membro da UE tem um comissário representando-o nessa comissão. Sob o mandato do Conselho, a Comissão também pode negociar tratados.

No entanto, conforme destacado na introdução deste capítulo, até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa de 2017, a Comissão da UE não detinha competência para negociar, como bloco, acordos internacionais de investimentos, tendo em vista que sua competência estava restrita à política comercial.

Por conta desse cenário, restou a cada um dos países membros da UE estabelecer diversos BITs com outros países, com o foco voltado à proteção ao investimento (particularmente na fase pós-estabelecimento), o que criou uma bipartição de abordagens,

sendo a política comercial prerrogativa da UE e a proteção aos investimentos prerrogativa de seus membros (CARDWELL; FRENCH, 2012).

Ou seja, na história da UE houve uma bipartição entre temas de comércio e temas de investimento, a qual segue na prática, na abordagem desses temas, tal como já tratado nesta tese, pois foi evoluindo sem que se construíssem pontes de interligação e de diálogo jurídico.

No entanto, com o Tratado de Lisboa, em 2009, a perspectiva passa a mudar, uma vez que o art. 207¹⁵⁰, hoje conhecido como *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU, sigla em inglês, ou Tratado de Fundação da União Europeia), faz explícita referência à possibilidade de o bloco tomar decisões sobre “investimento estrangeiro direto” (ou FDI, sigla para *Foreign Direct Investment*) na sua política comercial comum¹⁵¹¹⁵² (BENEDETTI, 2019).

De forma sistemática, a entrada em vigor do Tratado de Lisboa resultou na transformação da UE em pelo menos três vertentes:

- a) implicou no fim da prática tradicional dos Estados-Membros da UE de celebrar acordos de investimento com Estados terceiros individualmente;
- b) estabeleceu as bases para a adoção de uma abordagem única e abrangente do regime de investimento estrangeiro; e,
- c) garantiu o escrutínio público sobre qualquer futuro acordo comercial na Europa, adotando o direito de veto do Parlamento Europeu (BENEDETTI, 2019, p. 98).

Para Cardwell e French (2012), a partir do Tratado de Lisboa de 2009 a UE passou a reclamar o direito de atuação exclusiva sobre o tema de investimentos. Isto porque existia um risco de conclusão de acordos conflitantes assinados pela UE (de um lado, com terceiros países ou blocos) *versus* quaisquer acordos de investimentos assinados pelos membros da UE com terceiros países que, eventualmente, poderiam estar negociando concomitantemente com o

¹⁵⁰ Art. 207 do TFEU: “*The common commercial policy shall be based on uniform principles, particularly with regard to changes in tariff rates, the conclusion of tariff and trade agreements relating to trade in goods and services, and the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investment, the achievement of uniformity in measures of liberalisation, export policy and measures to protect trade such as those to be taken in the event of dumping or subsidies. The common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action*”.

¹⁵¹ “De acordo com os artigos 3.º, n.º 1, alínea e) e 207.º, n.º 1, do TFUE e os artigos 63.º a 66.º do TFUE sobre a livre circulação de capitais na UE e com países terceiros, a UE tem competência para celebrar Acordos de Proteção ao Investimento, incluindo cláusulas ISDS com todas as implicações possíveis sobre escolhas políticas e, portanto, o exercício da soberania democrática em nível nacional” (EUROPEAN PARLIAMENT, 2014, p. 20, tradução nossa).

¹⁵² Insta ainda ressaltar que, de acordo com o art. 207(4), o investimento estrangeiro direto (FDI) é uma das áreas na qual a tomada de decisão deverá se dar por unanimidade dos membros da UE.

bloco da UE. Em suma, existia o risco de uma verdadeira confusão de competências e aplicação jurídica de tratados internacionais de investimento.

Inclusive, até meados de 2017, a Comissão Europeia advogava pelo poder total de negociar acordos sobre investimentos, não restritos apenas ao FDI, como também a investimentos de portfólio. Aqui, toma-se a liberdade de abrir um parêntese para explicar que, enquanto o FDI diz respeito a investimentos sob a forma de participação em uma empresa através da detenção de ações que confirmam ao detentor a possibilidade de participar efetivamente de sua administração e controle, o investimento de portfólio envolve um investimento em ações de determinada empresa, com a finalidade de lucro pela sua valorização, sem a intenção de assumir o seu controle ou de gerenciá-la (HERAS, 2018, p. 79).

No entanto, em 16 de maio de 2017, tal questão foi resolvida pela CJEU que, ao enfrentar questionamentos a respeito do escopo do acordo firmado entre a UE e Singapura, viu-se na contingência de definir o direito do bloco de regular o investimento de forma ampla ou restrita ao FDI. Em sua opinião 2/15, de 16 de maio de 2017, a CJEU definiu que a proteção ao FDI compete à política comercial comum da UE, inclusive a exclusividade em termos de competência legislativa, que inclui, dentre outras questões, o direito de concluir acordos internacionais a respeito do tema (HÄGER; DACKÖ, 2017, p.7). Por outro lado, a referida corte ainda deixou claro que os investimentos que não se classifiquem como FDI, tal como o investimento de portfólio, constituem movimentos de capitais no mercado interno para efeitos do artigo 63.o do TFUE e, por isso, são de competência partilhada entre a UE e os Estados-Membros (CJEU, 2017, para.227; HÄGER; DACKÖ, 2017, p. 8).

Com relação ao caso concreto, o acordo entre UE e Singapura teve que ser remodelado, para que a cobertura jurídica não extrapolasse a decisão da CJEU, sendo excluída a parte do acordo que estabelecia regras sobre temas de investimento que não estivessem sob a competência exclusiva da UE.

Em termos práticos, a decisão delimitou o terreno no qual a UE poderia se mover com competência exclusiva, em ampla liberdade para propor agendas, negociar regras e assinar acordos internacionais. Em resumo, contanto que tratasse da proteção ao investimento estrangeiro direto, a UE poderia propor movimentos ousados em nome dos membros, inclusive em relação ao sistema de solução de controvérsias.

Segundo Christian Tams (2014), a “europeianização” da competência de regular o investimento não estaria situada apenas em uma questão de poder regulatório, mas também em uma arena de debate totalmente nova, no qual os novos tomadores de decisão (Comissão

Europeia, Parlamento Europeu, Conselho Europeu) adentrariam um terreno antes explorado apenas por ministérios nacionais e grupos de *lobbies*.

Esses novos atores passaram a enfrentar novos riscos, ao debaterem seus interesses com observadores críticos à ISDS, particularmente as ONGs, que já em 2010 chegaram a realizar um movimento denominado *Seattle to Brussels*¹⁵³ e que situava a ISDS como seu inimigo número um.

Logo, nada mais coerente do que analisar quais foram as bandeiras erguidas pelo bloco após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, particularmente em relação à ISDS.

4.2 A EVOLUÇÃO DO DEBATE SOBRE A REFORMA DO ISDS PELA UE

Em um documento central, já em 2010, após a mudança efetuada pelo Tratado de Lisboa, a Comissão da UE expôs seu endossamento ao tema da ISDS, destacando a necessidade de endereçá-la aos acordos negociados pelo bloco:

A resolução de litígios entre o Estado e o investidor, que constitui uma parte fundamental da herança que a União recebe dos BITs dos Estados-Membros, é importante porque um investimento envolve o estabelecimento de uma relação de longo prazo com o Estado anfitrião, que não pode ser facilmente desviada para outro mercado, no caso de um problema com o investimento. A ISDS é uma característica tão estabelecida dos acordos de investimento que sua ausência desestimularia os investidores e tornaria a economia anfitriã menos atraente do que outras. Por estas razões, futuros acordos da UE, incluindo proteção de investimento, devem incluir a resolução de controvérsias investidor-estado. (EUROPEAN COMMISSION, 2010, p.9, tradução nossa)

Ainda assim, a Comissão reforçou que a ISDS precisaria ser mais efetiva, uma vez que seria um dos principais pilares dos acordos de investimentos futuros da UE. Além da Comissão, o Parlamento Europeu teceu algumas observações no documento *Future European International Investment Policy*, indicando basicamente que seria responsabilidade da UE atribuir maior transparência ao regime, incluir um mecanismo de apelação, garantir o devido processo legal e a participação ampla de terceiras partes interessadas, bem como endereçar o problema do alto custo do processo (EUROPEAN PARLIAMENT, 2010).

¹⁵³ Até hoje, é possível acessar o *site* desse movimento (<http://s2bnetwork.org/>). Tal movimento faz referência e se coloca como uma extensão do movimento da sociedade civil contra as negociações em matérias de comércio que deu início ao episódio da Batalha de Seattle, em 1999. A Batalha de Seattle envolveu o choque direto entre manifestantes de ONGs e da sociedade civil e a polícia de Seattle, após uma série de protestos contra a Conferência Ministerial da OMC, que ocorria no final de novembro de 1999, na cidade de Seattle, nos Estados Unidos.

A Comissão Europeia respondeu aos apontamentos do Parlamento por meio de uma nota conciliatória, em que afirmava que concordava com os objetivos do Parlamento e suas intenções, particularmente em relação à demanda por mais transparência e o estabelecimento de um mecanismo de apelação¹⁵⁴.

Com base nesse entendimento, o primeiro movimento relevante da UE em direção à reforma da ISDS deu-se em julho de 2013, por meio das negociações do TTIP, e a evolução desse debate acompanhou as referidas negociações, sendo continuada em outros acordos da UE.

Uma resolução inicial do Parlamento Europeu, em outubro de 2012, apoiou o avanço das negociações da TTIP; e, em seguida¹⁵⁵, outra resolução parlamentar da UE, em maio de 2013, confirmou tal avanço¹⁵⁶. As negociações da TTIP foram anunciadas oficialmente em uma declaração conjunta do presidente Obama, dos EUA, e do presidente Barroso, da União Europeia, em 13 de fevereiro de 2013 (INVESTMENT..., 2016, p. 8).

Após o início das negociações, algumas representações da sociedade civil passaram a criticar o movimento entre UE e EUA. Em tal quesito, deve-se ter em mente a experiência malsucedida do MAI (discorrida no capítulo anterior), pois passou-se a observar com mais atenção os movimentos e opiniões da sociedade civil organizada, que já haviam negado o modelo clássico do ISDS. Tem-se, como exemplo, a manifestação, em 2013, de uma associação de ONGs de consumidores estadunidenses e europeus, a Transatlantic Consumer Dialogue (TACD), a qual publicou um *position paper*, em que se opunha à inclusão da ISDS nas negociações do TTIP, defendendo a ideia de que os investidores não deveriam ter o poder de processar governos em tribunais arbitrais secretos, para evadir-se dos tribunais locais (TACD, 2013).

¹⁵⁴ “Nomeadamente, a Comissão já incorporou na sua comunicação a sua intenção de tratar todas as questões que parecem preocupar o Parlamento: inclusão de mecanismos de resolução de litígios entre o investidor e o Estado em futuros acordos da UE, conduta do investidor em relação ao estabelecer a solução de controvérsias de maneira transparente (incluindo solicitações de arbitragem, submissões, audiências públicas, *amicus curiae briefs* e publicação de sentenças) e possível estabelecimento de mecanismos de apelação. [...] [A Comissão] também tem estado em contato com o Secretariado ICSID a fim de explorar as possibilidades de adesão da UE à Convenção de Washington de 1965. Além disso, no âmbito da UNCITRAL, a Comissão está participando de discussões para a revisão das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, sobre a questão da transparência. No que diz respeito às dificuldades específicas que as pequenas e médias empresas (PME) podem enfrentar e dado o seu papel fulcral e imenso contributo para o desenvolvimento econômico, nomeadamente a sua crescente presença no investimento estrangeiro, a Comissão tenciona encontrar soluções concretas para melhorar o seu acesso aos mecanismos de resolução de litígios do acordo de investimento ” (EUROPEAN COMMISSION, 2011, nota 22, tradução nossa).

¹⁵⁵ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0388_EN.html, acesso em 13 mai. 2021.

¹⁵⁶ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0227_EN.html?redirect, acesso em 13 maio 2021.

Em junho de 2013, o Conselho da UE indicou as diretrizes de negociação do TTIP para a Comissão Europeia, evidenciando a possibilidade de inclusão da ISDS na negociação do acordo¹⁵⁷, mas, ao mesmo tempo, ressaltando que o corrente formato da ISDS não seria suficiente para tanto. Logo, a ISDS deveria ser substituída por uma corte permanente, idealmente com um mecanismo de apelação. Assim, ao mesmo tempo em que a negociação do tema se iniciava, a UE realizava uma consulta pública entre março e julho de 2014, a fim de coletar opiniões da sociedade civil sobre a proteção ao investimento e o mecanismo de ISDS no TTIP (TITI, 2017).

É importante mencionar que, ao longo de 2014, o debate ganhou novos contornos, não só porque a UE iniciou as negociações do TTIP e estabeleceu consulta pública a respeito, mas também pelo fato de o acordo ter seus capítulos sobre ISDS vazados, o que municiou uma série de ONGs a criticar esse avanço como uma “potencial ameaça à democracia”¹⁵⁸ (TAMS, 2014).

Não obstante, o relatório com os resultados consolidados¹⁵⁹ da consulta pública sobre o TTIP (denominado *Concept paper*) foi publicado em 13 de janeiro de 2015, e refletiam os seguintes pontos de preocupação: “i) a proteção do direito de regular; ii) o estabelecimento e funcionamento de tribunais arbitrais; iii) a revisão das decisões da ISDS por meio de um mecanismo de apelação; iv) a relação entre os sistemas judiciais domésticos e a ISDS”

¹⁵⁷ O Acordo deve ter como objetivo fornecer um mecanismo de solução de controvérsias efetivo e de última geração entre investidor e estado, proporcionando transparência, independência dos árbitros e previsibilidade do Acordo, inclusive por meio da possibilidade de interpretação vinculante pelas partes. [...] Deve proporcionar aos investidores uma gama de fóruns de arbitragem tão ampla quanto a que está atualmente disponível ao abrigo dos acordos bilaterais de investimento dos Estados-Membros. O mecanismo de solução de controvérsias entre investidor e Estado deve conter salvaguardas contra reivindicações manifestamente injustificadas ou frívolas. Deve-se considerar a possibilidade de criar um mecanismo de apelação aplicável à solução de controvérsias entre investidor e estado nos termos do Acordo, e à relação apropriada entre a ISDS e os recursos internos (EU COUNCIL, 2014, p. 23, tradução nossa).

¹⁵⁸ “[...] a notável capacidade que concederia às grandes empresas de processar os governos que tentam defender seus cidadãos. Isso permitiria que um painel secreto de advogados corporativos anulasse a vontade do parlamento e destruísse nossas proteções legais. [...] O mecanismo pelo qual isso é feito é conhecido como solução de controvérsias investidor-estado. Já está sendo usado em muitas partes do mundo para eliminar os regulamentos que protegem as pessoas e o planeta” (TAMS, 2014, p. 8-9, tradução nossa).

¹⁵⁹ “De acordo com o relatório da Comissão sobre a consulta, 33 receberam um total de 149.399 respostas: 139.464 das quais foram apresentadas como apresentações coletivas, 6.346 foram reenviadas e 3.589 foram individuais. Participaram respondentes de toda a UE, embora 97% das respostas tenham vindo dos seguintes sete Estados-Membros: Reino Unido (34,8%), Áustria (22,6%), Alemanha (21,8%), França (6,5%), Bélgica (6,3%), Holanda (3,3%) e Espanha (1,7%). Os respondentes incluíram: 8 apresentações acadêmicas (incluindo uma apresentação conjunta de 120 especialistas acadêmicos); 60 empresas (das quais 19 eram grandes empresas, incluindo alguns dos maiores usuários da ISDS, como Chevron, Japan Tobacco, Philip Morris); associações empresariais; associações de consumidores; consultorias e escritórios de advocacia; instituições governamentais (em particular, governos regionais e parlamentos ou partidos políticos, bem como algumas cidades); sindicatos; *think tanks*; e organizações não governamentais (tanto a nível da UE como a nível nacional). Algumas associações jurídicas também contribuíram para a consulta, bem como alguns dos principais tribunais de arbitragem, como o Tribunal Permanente de Arbitragem, a Câmara de Comércio de Estocolmo e o ICSID” (PUCCIO; HARTE, 2017, p. 12, tradução nossa).

(MALMSTRÖM, 2015, p.3). Nesse contexto, é relevante destacar que o *Concept Paper* faz uma análise ampla sobre os três pontos citados, basicamente respondendo a três questões: a) qual a importância da questão; b) quais são os avanços obtidos pela UE até o momento; e c) o que pode ser melhorado ainda. Não convém, aqui, perpassar cada um dos pontos, no entanto, crê-se útil discorrer sobre dois pontos básicos.

O primeiro é relacionado ao estabelecimento de tribunais arbitrais funcionais, cuja composição, segundo o *paper*, levanta dúvidas em relação à sua imparcialidade. Na proposta europeia, esta questão seria resolvida pela criação de listas pré-estabelecidas de árbitros pelas partes de cada acordo de investimento, em que estes devem cumprir com requerimentos de qualificações que perfaçam requisitos de imparcialidade e independência (MALMSTRÖM, 2015).

O segundo ponto é relativo à possibilidade do estabelecimento de um mecanismo bilateral de apelação para a ISDS, de forma prática e operacional, objetivando revisar os erros de direitos e manifestos erros na avaliação dos fatos, o que atribuirá maior consistência à interpretação dos tratados, além de aumentar a sua legitimidade (MALMSTRÖM, 2015).

Em resumo, as propostas indicadas no *paper* são consideradas, pela Comissão, passos fundamentais para o possível estabelecimento de uma ISDS multilateral e, para tanto, deve-se buscar o aprimoramento de duas áreas: a) o mecanismo de apelação deve ser uma característica padrão dos novos acordos da UE; b) a criação de uma lista fixa de árbitros irá também encaminhar a atual ISDS o mais aproximadamente possível de uma corte permanente.

O passo final para o processo de multilateralização seria o estabelecimento de uma corte permanente que teria jurisdição sobre múltiplos tratados (cuja adesão seria livre para todos os interessados), sendo tal corte atrelada à estrutura de alguma organização internacional ou mesmo criada de forma independente, tal como a CIJ¹⁶⁰ (MALMSTRÖM, 2015).

Resta claro, portanto, que a UE estabeleceu uma agenda de criação de uma única corte permanente, com um passo a passo bem definido: primeiro, multiplicar ao máximo o número de acordos que preveem a solução de disputas por uma corte bilateral permanente, e, em seguida, unificar todos os acordos na consolidação de uma única corte internacional.

¹⁶⁰ “Portanto, a UE deve buscar a criação de um tribunal permanente. Este tribunal se aplicaria a vários acordos e entre diferentes parceiros comerciais, também com base em um sistema de *opt-in*. O objetivo seria multilateralizar o tribunal como um organismo internacional autônomo ou incorporando-o a uma organização multilateral existente. Já começaram os trabalhos de como iniciar este processo, em particular em aspectos como arquitetura, organização, custos e participação de outros parceiros” (MALMSTRÖM, 2015, p. 12, tradução nossa)

A citada agenda da UE não restaria impune à opinião das diversas partes interessadas no processo, a ponto de, em um estudo empírico, Dietz e Dotzauer (2015) constatarem que houve uma intensa politização do tema, tanto do lado do setor privado, favorável à adoção de um sistema de solução de controvérsias entre investidor e Estado; como pelos Estados, que tinham receio de perder seu poder soberano de regular; bem como da própria opinião do Parlamento Europeu, favorável às negociações¹⁶¹; e, por fim, de um espectro entre ONGs e acadêmicos, que discutia, inclusive, o impacto global que tal sistema poderia causar (DIETZ; DOTZAUER, 2015).

O Parlamento Europeu publicou, em 8 de julho de 2015, suas recomendações em relação às negociações do TTIP, ressaltando, dentre outras questões, que o TTIP deveria estabelecer uma corte permanente em investimentos e um mecanismo de apelação e não prosseguir com o modelo ISDS à época¹⁶² (BROMUND; ROBERTS; DASGUPTA; 2015).

O desenrolar da negociação do TTIP, como é de amplo conhecimento, não foi bem-sucedido, tendo sido encerrado por meio de uma decisão do Conselho da UE, em 15 de abril de 2019, com a justificativa de que as suas diretrizes estavam obsoletas (EU COUNCIL, 2019).

No entanto, a agenda de reforma já havia sido lançada e influenciou a negociação da resolução de controvérsias em pelo menos três acordos firmados pela União Europeia¹⁶³.

O primeiro, e mais amplo, é o *EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), o qual, a despeito de ter sido originalmente concluído em 2014¹⁶⁴,

¹⁶¹ Neste sentido, quem apostou na obstrução do tema por parte do Parlamento Europeu se frustrou quando, em 1 de junho de 2015, Bernd Lange, o Relator Especial da Comissão de Comércio Internacional do Parlamento Europeu (INTA) emitiu o relatório TTIP (o Relatório Lange) respondendo ao *concept paper*, afirmando que mediante a necessidade de garantir um sistema sujeito a princípios democráticos, que abordasse as reclamações de maneira transparente e independente, “a médio prazo, um Tribunal Internacional de Investimento público pode ser o meio mais apropriado para resolver disputas sobre investimentos” (Lange Report at para 1(d)(xv))

¹⁶² Nas palavras do Parlamento Europeu: “[...] garantir que os investidores estrangeiros sejam tratados de forma não discriminatória, sem se beneficiar de maiores direitos do que os investidores nacionais, e substituir o sistema ISDS por um novo sistema de resolução de litígios entre investidores e estados que está sujeito a princípios democráticos e de escrutínio, em que os casos potenciais sejam tratados de forma transparente por juízes profissionais independentes nomeados publicamente em audiências públicas e que inclui um mecanismo de recurso, em que é garantida a coerência das decisões judiciais, a jurisdição dos tribunais da UE e dos membros Estados são respeitados, e onde os interesses privados não possam prejudicar os objetivos de política pública” (EUROPEAN PARLIAMENT, 2015, p. 15-16, tradução nossa).

¹⁶³ “O novo modelo - o sistema de tribunais de investimento ou sistema de tribunal bilateral de investimentos - foi posteriormente integrado ao Acordo Econômico e Comercial Global (CETA) entre a UE e o Canadá, assinado em outubro de 2016, bem como aos acordos de livre comércio pendentes entre os UE e Vietnã, e o acordo de investimento entre a UE e Singapura” (HOFFMANN, 2018, p. 6, tradução nossa).

¹⁶⁴ Juan Pablo Charris Benedetti (2019, p.100) ressalta que, mesmo essa primeira versão, já havia normas sobre proteção ao investimento bastante avançadas, de forma que “incluiu definições claras de conceitos-chave como 'expropriação indireta' e 'FET', além de um preâmbulo de longo alcance que equilibra a proteção dos

perpassou por uma renegociação com relação ao seu sistema de solução de controvérsias entre investidor e Estado, a fim de abrir margem para a implementação de um tribunal permanente e um mecanismo de apelação tal como vislumbrado no TTIP e adotado no acordo da UE com o Vietnã (VENZKE, 2016; PERMANA, 2019). A revisão do texto que alterou a forma de solução de controvérsias foi oficializada em fevereiro de 2016, estabelecendo um tribunal permanente de 15 membros e a possibilidade de instituição de um órgão de apelação¹⁶⁵.

Inclusive, é interessante observar que a proteção ao investimento foi abordada em um capítulo, dentro do mesmo arranjo, destinado à regulação do comércio internacional e outros temas, de forma a integrar os 30 capítulos do corpo normativo que compõe o tratado. A observação em questão é interessante, pois passa a mensagem de que as negociações sobre investimento ocorreram de forma a sintonizar-se com os demais temas do tratado. Tal sistemática, inclusive, não se repetiu na redação de acordos subsequentes.

Em relação à proteção ao investimento, vale destacar que, além das regras de solução de controvérsias, o CETA foi responsável por atualizar definições e critérios relativos ao termo investimento¹⁶⁶, bem como reforçou o limite entre a proteção ao investimento e o direito

direitos dos investidores com a promoção do desenvolvimento sustentável, do trabalho, da proteção ambiental e dos direitos humanos, e exceção endossando o poder regulador dos Estados em questões de saúde pública, meio ambiente, ordem pública e moralidade”, mas faltava uma questão central, que eram as regras do ISDS.

¹⁶⁵ Para mais detalhes, ver notícia “CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement”, disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_399, acesso em 21 Jan. 2021.

¹⁶⁶ Definição de investimento perante o art. 8.1 “[...] *investment means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:*

- (a) *an enterprise;*
 - (b) *shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise;*
 - (c) *bonds, debentures and other debt instruments of an enterprise;*
 - (d) *a loan to an enterprise;*
 - (e) *any other kind of interest in an enterprise;*
 - (f) *an interest arising from:*
 - (i) *a concession conferred pursuant to the law of a Party or under a contract, including to search for, cultivate, extract or exploit natural resources,*
 - (ii) *a turnkey, construction, production or revenue-sharing contract; or*
 - (iii) *other similar contracts;*
 - (g) *intellectual property rights;*
 - (h) *other moveable property, tangible or intangible, or immovable property and related rights;*
 - (i) *claims to money or claims to performance under a contract.*
- For greater certainty, claims to money does not include:*
- (a) *claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by a natural person or enterprise in the territory of a Party to a natural person or enterprise in the territory of the other Party.*
 - (b) *the domestic financing of such contracts; or*
 - (c) *any order, judgment, or arbitral award related to sub-subparagraph (a) or (b).*
- Returns that are invested shall be treated as investments. Any alteration of the form in which assets are invested or reinvested does not affect their qualification as investment;*

do Estado soberano de regular, quando, em seu art. 8.9.1, reafirma que as partes têm o direito de regular dentro de seus territórios “para alcançar objetivos legítimos de política, como a proteção da saúde pública, segurança, meio ambiente ou moral pública, proteção social ou do consumidor ou a promoção e proteção da diversidade cultural” (YANG, 2017, p. 47, tradução nossa).

Além do mais, o CETA propõe padrões de proteção ao investimento mais claros, tendo em vista os problemas decorrentes de interpretações extensivas da cláusula MFN, tal como narrado no capítulo anterior, sendo prescritor literalmente no art. 8.10, o qual esclarece que uma quebra do tratamento justo e equitativo só poderá ser alegada quando constituir:

- a) negação de justiça em processos criminais, civis ou administrativos;
- b) violação fundamental do devido processo, incluindo violação fundamental da transparência, em processos judiciais e administrativos;
- c) manifestar arbitrariedade;
- d) discriminação direcionada por motivos manifestamente ilícitos, como gênero, raça ou crença religiosa;
- e) tratamento abusivo de investidores, como coerção, coação e assédio; ou
- f) violação de quaisquer outros elementos da obrigação de tratamento justo e equitativo adotada pelas Partes de acordo com o próprio CETA.

Quanto à questão da desapropriação, o art. 8.1.12 prevê que medidas estatais para fins públicos, no devido processo legal, de maneira não discriminatória, e mediante pagamento imediato, compensação adequada e efetiva, não são equivalentes à nacionalização ou expropriação. Nesse sentido, considerando o padrão de expropriação indireta, o CETA também faz uma explicação detalhada sobre a categoria de expropriação indireta, com o objetivo de evitar reclamações contra medidas legítimas de políticas públicas (YANG, 2017).

O segundo deles foi o *Free Trade and Investment Protection Agreement* (FTAIPA, ou em português, Acordo de Livre Comércio e Proteção ao Investimento) entre UE e Singapura, assinado em outubro de 2018 e contendo provisões sobre um sistema de corte de investimento. Insta rememorar que foi justamente esse acordo que entrou em debate na CJEU, sobre a competência da UE em relação a temas de investimento, e terminou por gerar a já comentada opinião 2/15, de 16 de maio de 2017.

Não obstante a definição de investimento¹⁶⁷ nesse acordo ser um pouco menos descritiva do que a explicação apresentada pelo CETA, de forma geral, o acordo em questão segue muitos dos parâmetros estabelecidos pelo CETA, como, por exemplo, a aplicação da cláusula de tratamento justo e equitativo, no qual se prevê sua violação apenas quando uma medida constituir negação da justiça, uma violação fundamental do devido processo, conduta manifestamente arbitrária, assédio, coerção, abuso de poder ou conduta semelhante a má-fé (Art. 2.4, p. 2). A professora Catherine Titi (2018, p. 9) chama atenção, ainda, sobre o fato de o acordo admitir que a apuração de determinada violação leve em consideração qualquer expectativa legítima criada ao investidor estrangeiro.

Cumpra ainda observar que, diferentemente do CETA, a parte relativa à proteção ao investimento não foi disposta no mesmo corpo textual das disposições relativas à regulação do comércio internacional. De fato, existiu a negociação e redação de um acordo de livre comércio *pari passu* às discussões e negociações do acordo de proteção ao investimento. Porém, estas foram organizadas de forma separada, ainda que as disposições de proteção ao investimento não excluam as regulações previstas ao comércio internacional.

Observa-se, inclusive, que tal arranjo foi replicado no terceiro acordo da UE, firmado com o Vietnã em 30 de junho de 2019, e que avança sobre a agenda de reforma da ISDS. Particularmente, o tema de solução de controvérsias entre investidor e Estado já havia sido pacificado desde dezembro de 2015¹⁶⁸ (VICENTI, 2015).

¹⁶⁷ Art. 1.2 do FTAIPA UE-Singapura “[...] *“investment” means every kind of asset which has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, the assumption of risk or a certain duration. Forms that an investment may take include:*

- (a) tangible or intangible, movable or immovable property as well as any other property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges;*
- (b) an enterprise including a branch, shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise, including rights derived therefrom;*
- (c) bonds, debentures, and loans and other debt instruments, including rights derived therefrom;*
- (d) other financial assets, including derivatives, futures and options;*
- (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;*
- (f) claims to money or to other assets, or to any contractual performance having an economic value;*
- (g) intellectual property rights and goodwill; and*
- (h) licenses, authorisations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law, including any concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources.*

Returns that are invested shall be treated as investments and any alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their qualification as investments.”

¹⁶⁸ De acordo com a reportagem da Euractiv, a Comissária Cecilia Malmström teria firmado ao final de 2015 que “O Vietnã concordou com a nova abordagem da UE para proteção de investimentos com um tribunal permanente, em vez de painéis de arbitragem ad-hoc” (VICENTI, 2015, tradução nossa)

O texto do tratado claramente divide as seções destinadas ao comércio internacional e ao investimento internacional, tendo em vista que as negociações em relação às regras de proteção ao investimento estrangeiro foram desenvolvidas após o início das negociações do tratado de livre comércio.

Neste sentido, é importante ressaltar que, na parte destinada à regulação do comércio, o tratado entre UE e Vietnã é bem completo, perpassando por temas específicos, como compras governamentais¹⁶⁹, transparência e comércio sustentável¹⁷⁰.

Já em relação à parte destinada à proteção ao investimento estrangeiro, o investimento também é definido por meio de uma descrição genérica, porém, com uma lista de exemplos menos detalhada do que a dos dois acordos anteriores¹⁷¹, o que, na prática, pode significar um trabalho adicional aos futuros casos levados para a apreciação pela corte de investimentos estabelecida nesse tratado.

Com relação ao formato dos sistemas de cortes de investimentos compreendidas nos três supracitados acordos, é possível visualizar uma aproximação bastante clara entre elas, o que será explorado de maneira mais aprofundada na próxima seção.

Por fim, além da agenda tocada de forma independente pela UE em seus acordos, cumpre destacar que houve uma evolução da discussão sobre a reforma da ISDS no âmbito da UNCITRAL, também motivada pelos anseios europeus. Isto porque, a Comissão Europeia para o Comércio lançou, em 13 de setembro de 2017, uma *factsheet* com a recomendação de que o Conselho da UE a autorizasse a iniciar negociações para estabelecer um tribunal multilateral com o intuito de resolver disputas sobre investimentos (EUROPEAN COMMISSION, 2017; HOFFMANN, 2018).

¹⁶⁹ Capítulo 9 do FTA UE-Vietnã.

¹⁷⁰ Capítulo 13 do FTA UE-Vietnã.

¹⁷¹ Artigo 1.2 (h) “*“investment” means every kind of asset which is owned or controlled, directly or indirectly, by an investor of a Party in the territory¹ of the other Party, which has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, the assumption of risk and a certain duration; forms that an investment may take include:*

- (i) tangible or intangible, movable or immovable property, as well as any other property rights, such as leases, mortgages, liens and pledges;*
- (ii) an enterprise as well as shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise, including rights derived therefrom;*
- (iii) bonds, debentures, and loans and other debt instruments, including rights derived therefrom;*
- (iv) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing and other similar contracts;*
- (v) claims to money or to other assets or any contractual performance having an economic value;¹ and*
- (vi) intellectual property rights² and goodwill;*

returns that are invested shall be treated as investments provided that they have the characteristics of an investment and any alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their qualification as investments as long as they maintain the characteristics of an investment;

A decorrência desse *factsheet* foi a decisão, por parte do Conselho Europeu, em 20 de março de 2018, de autorizar a Comissão a negociar, em nome da UE, uma convenção que estabeleça um tribunal multilateral para a solução de controvérsias sobre investimentos. O Conselho ainda reiterou a agenda já estabelecida pelo *concept paper* de 2016:

O objetivo geral da criação de um tribunal multilateral de investimentos (MIC) é estabelecer um órgão permanente para resolver disputas sobre investimentos. Esse tribunal multilateral de investimentos julgaria disputas sob os tratados de investimentos existentes e futuros. Para a UE, o MIC acabaria por substituir os sistemas de tribunais de investimento bilaterais incluídos nos acordos de comércio e investimento da UE. (EU COUNCIL, 2018a, p.2, tradução nossa)

O Conselho decidiu, também, tornar públicas as diretrizes de negociação, dentre as quais se destacam:

- a) a representação da UE por parte da Comissão Europeia;
- b) a garantia de que o processo de negociação irá compreender o consenso de todas as partes interessadas;
- c) a condução das negociações de maneira transparente;
- d) as negociações, com base em análises e discussões preliminares, devem ser conduzidas sob os auspícios da Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional do Comércio (UNCITRAL) (EU COUNCIL, 2018b, p. 2-3).

Como resultado de toda essa evolução do debate na UE, este bloco apresentou (em conjunto com outros países) proposta na 50ª reunião da UNCITRAL, em julho de 2017 (UNCITRAL, 2017a), para que este braço da ONU estabelecesse um grupo de trabalho com mandato para estudar, discutir e negociar um acordo de uma corte multilateral de investimentos, o que foi aprovado, tendo-se a criação do Working Group III (WG-III) da UNCITRAL (2017a). O mandato do referido grupo foi definido em três estágios: primeiro, identificar e considerar as preocupações relativas à ISDS; segundo, considerar se a reforma em si é desejável; e terceiro, desenvolver soluções relevantes para recomendar a UNCITRAL (HOFFMANN, 2018).

Em abril de 2019, o grupo de trabalho finalizou a lista de preocupações em relação ao atual modelo ISDS e concordou em que era desejável desenvolver propostas de reformas. Os Estados passaram a apresentar suas propostas de reforma, estabelecendo a estrutura base para as discussões iniciadas em outubro de 2019.

No entanto, as discussões mais aprofundadas da UNCITRAL serão retomadas em análise específica, no capítulo 5.

O restante deste capítulo debruçar-se-á em analisar o modelo europeu de corte permanente de investimentos desenvolvido nos acordos supramencionados, bem como a formulação de uma possível corte multilateral de investimento.

4.3 A ESTRUTURA DAS CORTES PERMANENTES DE INVESTIMENTO PREVISTA AOS ACORDOS EUROPEUS

Uma vez que a UE adotou uma verdadeira agenda de reforma à ISDS, a sua implementação passou a se dar inicialmente de forma mais direcionada, primeiramente nas negociações do TTIP, que estabeleceram o modelo pretendido de mecanismo de solução de conflitos e, logo em seguida, nas negociações de tratados bilaterais com Canadá (CETA), Vietnã (FTA UE-Vietnã) e Singapura (FTAIPA UE-Singapura), as quais ocorreram num período relativamente próximo.

Para Kaufmann-Kohler e Potestà (2016), entre 2015 e 2016 houve muito avanço em propostas de inovações à ISDS, basicamente lançadas pela Comissão Europeia e nas propostas de FTAs, que foram sendo negociadas. Uma das preocupações emanadas foi justamente a substituição da arbitragem ISDS por um modelo centrado em uma corte permanente.

Com uma agenda estabelecida e avanços em concomitantes negociações, o resultado prático foi o desenho de um sistema de solução de controvérsia por meio de tribunais arbitrais permanentes e com um formato bastante similar entre eles. É possível, inclusive, analisar de forma concomitante, o desenho institucional estabelecido para as referidas cortes nos tratados firmados.

Portanto, esta seção se prestará a expor, de maneira sistemática, as características de cada um dos tribunais desenhados no TTIP e CETA, e nos FTA UE-Vietnã e FTAIPA UE-Singapura, perpassando pela sua forma de funcionamento. Aqui, ressalva-se que, ainda que as negociações tenham sido frustradas, o TTIP será utilizado como parâmetro diante da sua importância em definir o modelo de solução de controvérsias europeu que abrangesse uma pauta de reforma à ISDS (tal como os demais acordos citados). Isso porque, de fato, foi o TTIP que desenhou inicialmente um modelo de tribunais permanentes, sendo o mesmo posteriormente negociado pelos demais acordos.

Uma vez que todas as cortes estabelecidas no tratado têm basicamente a mesma função e estrutura e se enquadram em um projeto da UE de substituição do antigo modelo de arbitragem na ISDS, esta tese irá se referir a essa estrutura, até o momento quádrupla, como o Sistema de Cortes de Investimento (da UE).

4.3.1 O escopo das Cortes Bilaterais de Investimento nos tratados da UE

De acordo com a análise realizada pelos professores Vera Thorstensen, Alebe Mesquita e Vivian Gabriel (2018), a partir dos textos de negociações da União Europeia, é possível afirmar que a proposta do sistema de Corte de Investimentos do TTIP foca na vontade de garantir que os governos respeitem as proteções básicas dos investidores, de modo a permitir que os potenciais litígios sejam resolvidos de forma justa, imparcial e coberta pela segurança jurídica nas seguintes circunstâncias:

(i) discriminação de investidores em razão da nacionalidade; (ii) expropriação de ativos dos investidores estrangeiros, através de nacionalização, sem o pagamento de compensação adequada; (iii) impedimento da transferência de fundos relacionados com os investimentos para o seu país de origem; (iv) tratamento injusto por meio de: (a) denegação de justiça; e (b) discriminação baseada em questões de sexo, raça ou crença religiosa”. (THORSTENSEN; MESQUITA; GABRIEL, 2018, p. 47-48)

Neste sentido, cumpre revisitar a observação de que, enquanto no TTIP e CETA a proteção ao investimento é parte integrante do acordo que compreende tanto comércio como investimento (por isso denominado “Acordo Compreensivo”), nos acordos com Singapura e Vietnã a parte de investimento foi disposta de forma destacada, ainda que as regras de comércio devam ser observadas em conjunto com as de investimento, e vice-versa. Nesses dois últimos acordos, com Singapura e Vietnã, é possível antecipar inclusive a grande similaridade na organização dos dispositivos legais que, por vezes, perfazem artigos com a mesma numeração, ainda que o conteúdo seja levemente distinto.

Particularmente em relação à previsão da resolução de conflitos entre investidor e Estado por meio de uma corte permanente, é importante destacar que, sem prejuízo da possibilidade de solução de controvérsias Estado-Estado, o art. 8.18 do CETA atribui ao investidor de uma Parte a possibilidade de submeter um pedido ao Tribunal constituído no CETA, considerando que a outra Parte tenha violado uma obrigação relativa à expansão, condução, operação, gerenciamento, manutenção, uso, gozo e venda ou alienação de seu investimento coberto, ou na extensão do prejuízo que o investidor alega ter sofrido como resultado da alegada violação (THORSTENSEN; MESQUITA; GABRIEL, 2018, p. 50).

O TTIP, por outro lado, não abre uma série de exemplos em seu texto para definir qual seria o conjunto de ações que ensejariam a possibilidade de um investidor iniciar uma disputa com um Estado. Porém, o seu art. 1 da Seção 3, relativo à solução de controvérsias e estabelecimento de um sistema de corte de investimento, preconiza que a cobertura da referida

corte de investimento é relativa ao tratamento que quebre as regras de proteção ao investimento (estabelecidas na Seção 2 do acordo) ou das cláusulas de tratamento nacional e nação mais favorecida (estabelecidas na Seção 1 do acordo).

Já nos acordos com Singapura e Vietnã, a possibilidade de usar o tribunal de investimentos é prevista de forma diluída no corpo do texto desses acordos, sem especificar as violações materiais que podem dar ensejo ao início de um contencioso¹⁷². Não obstante, qualquer alegação de violação do acordo deve estar relacionada à falta de proteção ao investimento.

4.3.2 A composição das Cortes de Investimento

Em todos os acordos analisados, a proposta da Corte de Investimento estabelece um sistema próprio de dupla instância, ou seja, com tribunal de primeiro grau e tribunal em grau de apelação. Os números dos membros e a composição em si dos tribunais variam de acordo com o acordo, ainda que em todos os acordos exista a previsão de um desenho tripartite, em que um terço dos membros será apontado pela UE, um terço será apontado pelo parceiro no acordo e um terço terá nacionalidade de terceiros países, apontado conjuntamente pela UE e sua contraparte no acordo.

Importa destacar que, enquanto CETA e TTIP estipulam que os membros apontados pela UE devem ter nacionalidade europeia, e esta regra se aplica à sua contraparte canadense ou estadunidense, no caso dos acordos com Singapura e Vietnã se prevê apenas que cada parte no acordo terá o direito ao apontamento, sem necessariamente vincular o apontado a alguma nacionalidade específica. A duração do mandato, no entanto, varia conforme o acordo, inclusive com a possibilidade de sua recondução. O quadro 3 resume as informações a respeito¹⁷³.

Quadro 3 – Composição dos tribunais de investimentos dos acordos europeus

Acordo	Quantidade de árbitros	Duração do mandato	Possibilidade de recondução ao mandato
TTIP	15 (5 nacionais da UE, 5 nacionais dos EUA e 5 de terceiros países)	6 anos	Sim, uma vez.

¹⁷² Art. 2.1 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.27 do FTA UE-Vietnã.

¹⁷³ Art. 8.27 do CETA, art. 3.9.5 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.38.5 do FTA UE-Vietnã.

UE-Canadá	15 (5 nacionais da UE, 5 nacionais do Canadá e 5 de terceiros países)	5 anos	Sim, uma vez.
UE-Singapura	6 (2 apontados pela UE, 2 apontados por Singapura e 2 de nacionalidade de terceiros países apontados conjuntamente por UE e Singapura)	8 anos	Sim, sem restrição ao número de reconduções.
UE-Vietnã	9 (3 apontados pela UE, 3 apontados pelo Vietnã e 3 de nacionalidade de terceiros países apontados conjuntamente por UE e Vietnã)	4 anos	Sim, uma vez.

Fonte: o autor (2021).

Sob as regras estipuladas pelo Sistema de Cortes de Investimento para o julgamento dos casos em si, o Presidente do Tribunal estabelece um painel com três juízes (composição tripartite), no qual a presidência será realizada por um juiz de terceiro país¹⁷⁴. Desta forma, nem o investidor, tampouco o Estado reclamado terão influência sobre a composição do painel (LENK, 2016, p. 669).

A composição do tribunal de apelação segue lógica diferente à dos tratados (quadro 4), pois, enquanto o CETA não propõe uma estrutura, mas delega ao Comitê Conjunto do CETA a tal definição, nos acordos com os países asiáticos a estrutura é proferida no próprio tratado¹⁷⁵.

Quadro 4 – Composição dos tribunais de apelação dos acordos europeus

Acordo	Quantidade de árbitros	Duração do mandato	Possibilidade de recondução no mandato
TTIP	6 (2 da UE, 2 dos EUA e 2 de terceiros países)	6 anos	Sim, uma vez
UE-Canadá	Comitê Conjunto do CETA	Comitê Conjunto do CETA	Comitê Conjunto do CETA
UE-Singapura	6 (2 da UE, 2 de Singapura e 2 de terceiros países)	8 anos	Sim, sem restrição ao número de reconduções.
UE-Vietnã	9 (3 da UE, 3 do Vietnã e 3 de terceiros países)	4 anos	Sim, uma vez.

Fonte: o autor (2021).

¹⁷⁴ Art. 9.6 da Subseção 4 da Seção 3 do TTIP, art. 8.27.6 do CETA, art. 3.9.7 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.38.6 do FTA UE-Vietnã.

¹⁷⁵ Art. 8.27 do CETA, art. 3.9.5 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.38.5 do FTA UE-Vietnã.

Benedetti (2019, p.103) chama a atenção para a estrutura “quase-judicial” do Sistema de Cortes Internacionais da UE, indicando que esta é a sua característica mais marcante.

Em relação à qualificação dos membros do tribunal, é relevante pontuar que os requisitos são os mesmos em todos os acordos, sendo destacados não somente conhecimento jurídico notório em Direito Internacional Público, mas preferivelmente em solução de controvérsias¹⁷⁶: O TTIP indica preferência por *expertise* em direito internacional do investimento, direito do comércio internacional e resolução de disputas decorrentes de investimento internacional ou acordos de comércio internacional (art. 9.4 da Subseção 4 da Seção 3 do TTIP):

Os membros do Tribunal devem possuir as qualificações exigidas nos respectivos países para nomeação para cargos judiciais ou serem juristas de reconhecida envergadura, com notório conhecimento nas áreas do Direito Internacional Público, Direito Internacional dos Investimentos, Direito do Comércio Internacional e em matéria de resolução de disputas decorrentes de acordos de promoção e proteção de investimento ou acordos preferenciais de comércio. Ressalta-se que a escolha de um Comitê Conjunto para nomear os membros do Tribunal tem como propósito evitar uma das maiores críticas à arbitragem de investimentos, que é a parcialidade na indicação de árbitros. (THORSTENSEN; MESQUITA; GABRIEL, 2018, p. 51)

A indicação dos árbitros para a lista dos Tribunais (primeira instância e apelação) ocorre por um “Comitê” composto pelos representantes dos membros dos tratados e que se reúne de forma restrita.

Ademais, é válido ressaltar que a indicação dos juízes a partir de uma lista de pessoas selecionadas talvez seja a maior diferença entre o Sistema de Corte de Investimento e os tribunais arbitrais *ad hoc*, uma vez que, nesta formatação, as partes em disputa não têm qualquer influência na composição dos três juízes que julgariam o caso.

Na prática, ser nomeado como juiz para o tribunal não significa assumir um trabalho em período integral de imediato, mas poderá se tornar assim, caso o Comitê dos membros do acordo concordar em transformar o sistema de taxas de remuneração em uma posição assalariada (PUCCI; HARTE, 2017). Em outras palavras, os acordos contam com a possibilidade de o juiz atuar *full-time*, com um salário mensal fixo, mais verbas indenizatórias;

¹⁷⁶ Art. 8.27 do CETA, art. 3.9.4 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.39.7 do FTA UE-Vietnã.

ou *partial time*, recebendo seus honorários de acordo com o trabalhado nos julgamentos dos casos¹⁷⁷.

Inclusive, é pertinente mencionar que, nos quatro acordos, está previsto que o tribunal deve ouvir as reclamações por meio de divisões consistentes de três julgadores sorteados da lista de juízes permanentes: um julgador deve ser nacional de um país da UE, o outro deve ser da contraparte no acordo firmado com a UE, e o terceiro julgador deve ser nacional de um terceiro país¹⁷⁸.

Essas regras foram desenhadas com o intuito de isolar os juízes de uma percepção de tendenciosidade. Não obstante, essa forma de nomeação dos juízes pode incorrer em uma percepção oposta, em que os juízes, ao invés de serem tendenciosos ao investidor, o seriam ao Estado reclamado, conforme observa o ex-presidente da CIJ, Stephen Schwebel (ROSS, 2016).

Colin Brown, chefe negociador das Cortes de Investimento da UE, afasta tal entendimento ao asseverar que a escolha por juízes pró-Estado poderia ser contraproducente, dado que não se intenciona a imunidade de ação ou adoção de políticas públicas por parte do Estado, mas justamente a manutenção dos padrões acordados nos acordos internacionais, no sentido de se promover uma decisão que isentamente indique quando a soberania de um Estado esteja afrontando os padrões de tratamento estabelecidos nos acordos, tal como ocorre, por exemplo, na OMC, nas cortes internacionais de direitos humanos e em outros tribunais em que os juízes são apontados pelos Estados (BROWN, 2016 *apud* INVESTMENT..., 2016, p. 25).

Por fim, uma das principais questões discutidas sobre a nomeação de árbitros na ISDS é justamente a falta de diversidade, em particular que atenda a critérios de igualdade de gênero¹⁷⁹. Não por menos, as professoras e advogadas da área de investimento, Kaufmann-Kohler e Potestà (2016, p. 37), arguem que a representação de gênero em órgãos

¹⁷⁷ Arts. 9.12, 9.13, 9.14 e 9.15 da Subseção 4 da Seção 3 do TTIP, arts. 8.27.12, 8.27.13, 8.27.14 e 8.27.15 do CETA, arts. 3.9.12, 3.9.13 e 3.9.15 do FTAIPA UE-Singapura e arts. 3.38.14, 3.38.15 e 3.38.17 do FTA UE-Vietnã.

¹⁷⁸ Art. 9.6 da Subseção 4 da Seção 3 do TTIP, art. 8.27.6, do CETA, art. 3.9.7 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.38.6 do FTA UE-Vietnã.

¹⁷⁹ De acordo com as doutoras Renata Vargas Amaral e Lillyana Daza-Jalller (2020), a evolução da ordem econômica internacional perpassa por distribuir igualmente os benefícios do crescimento econômico a todos, o que não tem sido o caso até o momento, quando se vislumbra que, historicamente, mulheres e homens enfrentam diferentes desafios e recebem diferentes oportunidades no ambiente de negócios. Neste sentido, não somente a estrutura e composição dos organismos econômicos internacionais e multilaterais e organizações privadas multinacionais estão sob o comento de homens caucasianos, em sua maioria, como o próprio caminho para alcançar postos em tais estruturas é complexo e não propício para as mulheres. Portanto, o papel que os tomadores de decisão no setor público e privado podem desempenhar, na superação de práticas de longa data que afastam mulheres e meninas, é primordial (AMARAL, DAZA-JALLER, 2020).

adjudicatórios tem sido objeto de múltiplos estudos, mais recentemente no contexto internacional, pois, enquanto as mulheres representam quase metade da população do mundo, elas continuam subrepresentadas em cortes e tribunais internacionais, incluindo tribunais arbitrais.

Por conta disso, uma questão que chama atenção, em termos de equilíbrio, e que não foi apropriadamente incluída no desenho do Sistema de Cortes de Investimento, é o respeito à diversidade na composição dos tribunais. Isto porque não existe qualquer regra que especifique a garantia da diversidade entre os membros¹⁸⁰.

Além disso, não há previsões de políticas direcionadas ao preenchimento das vagas de juízes das cortes de investimento por minorias étnicas. De fato, as únicas regras aplicáveis ao preenchimento das vagas dizem respeito à distribuição de dois terços das vagas entre as partes do acordo em si, e de um terço das vagas para terceiros países, sem indicar qualquer tipo de política afirmativa, ainda que se relacione a essas vagas destinadas a terceiros países.

4.3.3 Considerações éticas no Sistema de Corte de Investimento

Inicialmente, é relevante esclarecer que todos os acordos aqui analisados dispõem de um código de ética específico para os membros do tribunal de investimentos e do tribunal de apelação. Todos eles partem do pressuposto de que os princípios mais importantes são os de independência e imparcialidade dos adjudicadores¹⁸¹. É válido destacar esta inovação trazida pelo Sistema de Cortes de Investimento, pois, enquanto a maioria dos tratados e regras dos fóruns de arbitragem exigem imparcialidade e experiência do árbitro em direito público internacional, o modelo europeu também inclui um código de conduta ao qual os árbitros devem se ater (PUCCIO; HARTE, 2017).

Os códigos de ética do Sistema de Cortes de Investimento seguem o mesmo padrão de estabelecer as condutas e os comportamentos a serem perseguidos e quais devem ser evitados. Desse modo, uma das regras constantes em todos os códigos de ética proíbe que os

¹⁸⁰ “Uma das críticas feitas ao sistema atual de Solução de Controvérsias Investidor-Estado foi a falta de diversidade entre os árbitros, que são desproporcionalmente compostos de homens caucasianos. A falha da Proposta do Tribunal de Investimento em incluir disposições destinadas a encorajar a diversidade no Tribunal de Investimento é uma oportunidade perdida de melhorar a resolução de litígios contemporâneos” (INVESTMENT..., 2016, p. 28, tradução nossa).

¹⁸¹ Inclusive, o CETA, em seu art. 8.30, deve utilizar as definições da IBA de forma subsidiária. Neste sentido, as definições de independência e imparcialidade de acordo com a IBA são: “*Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so until the final award has been rendered or the proceedings have otherwise finally terminated*” (IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration; Part I: General Standards Regarding Impartiality, Independence and Disclosure, 23 Oct, 2014 at General Principle 1).

juízes estejam afiliados a qualquer governo de forma geral, ou a qualquer organização que tenha relação a assuntos relacionados à disputa, assim como não devem participar de disputas que criem um conflito direto ou indireto de interesse¹⁸².

Vale destacar os Artigos 2 e 5 do código de conduta do TTIP, que apontam diretrizes ao requisito imparcialidade. Nelas, fica claro que os membros devem evitar conflitos diretos ou indiretos, e não devem ser influenciados por interesse próprio, pressão pública ou de qualquer uma das partes¹⁸³. Chama-se, inclusive, atenção à nota de rodapé 6 do Art. 11 do TTIP¹⁸⁴, particularmente em relação ao fato de que juízes não devem ser afiliados a qualquer governo, sob o risco de isso afetar a sua independência no julgamento de um determinado contencioso. A regra estipula que, se um juiz receber uma renda de um Estado, além daquela prevista no tratado, isso criaria "um relacionamento" ou "interesse financeiro" que provavelmente afetaria sua imparcialidade ou que poderia razoavelmente criar uma aparência de impropriedade ou tendência. Os Acordos UE-Vietnã e UE-Singapura contêm linguagem semelhante ao TTIP em seus respectivos códigos.

Por outro lado, diferentemente dos demais acordos, o CETA parte da base estabelecida nas Diretrizes da IBA, sobre conflitos de interesse na arbitragem internacional ou quaisquer regras suplementares, os quais foram inicialmente abordados (THORSTENSEN; MESQUITA; GABRIEL, 2019, p. 51).

Por fim, todos os acordos indicam que os adjudicadores deverão abster-se de atuar como advogados ou especialistas ou testemunhas nomeadas pela parte, em qualquer disputa pendente ou nova sobre investimentos, sobre o acordo em questão, ou outro acordo internacional¹⁸⁵.

¹⁸² Art. 11 da Subseção 4 da Seção 3 do TTIP, Art. 8.30.1 do CETA, Art. 3.11 do FTAIPA UE-Singapura e Art. 3.40 do FTA UE-Vietnã.

¹⁸³ Arts. 2 e 5 do TTIP: “*Article 2 Responsibilities to the process Candidates and members shall avoid impropriety and the appearance of impropriety, shall be independent and impartial, shall avoid direct and indirect conflicts of interest and shall observe high standards of conduct so that the integrity and impartiality of the dispute settlement mechanism is preserved. Former members must comply with the obligations established in Articles 6 and 7 of this Code of Conduct.*”

Article 5

Independence and Impartiality of Members

1. Members must be independent and impartial and avoid creating an appearance of bias or impropriety and shall not be influenced by self-interest, outside pressure, political considerations, public clamour, loyalty to a Party or disputing party or fear of criticism.

2. Members shall not, directly or indirectly, incur any obligation or accept any benefit that would in any way interfere or appear to interfere, with the proper performance of their duties.”

¹⁸⁴ Nota de rodapé 6 do art. 11 do TTIP: “*For greater certainty, this does not imply that persons who are government officials or receive an income from the government, but who are otherwise independent of the government, are ineligible*”.

¹⁸⁵ O acordo de da UE com Singapura ainda proíbe que o árbitro atue como advogado em questões de direito interno e o Acordo UE com Vietnã cita além do direito interno as regulações locais.

Caso qualquer atitude coloque em xeque a imparcialidade e independência do julgador, este poderá ser alvo de processo de suspeição, uma vez que os acordos da UE em análise contêm tal previsão. No TTIP, e em acordos da UE com Vietnã e Singapura, a autoridade a julgar os processos de suspeição dos membros será definida de acordo com o membro a ser julgado. No caso de ser um dos membros do tribunal de primeira instância ou do tribunal de apelação, a decisão será do presidente do respectivo tribunal¹⁸⁶. Caso o suspeito seja o presidente do tribunal de primeira instância, o presidente do tribunal de apelação decide, e, se for este o suspeito, aquele decide¹⁸⁷.

Já no caso do CETA, houve a opção por designar o Presidente da Corte Internacional de Justiça para decidir sobre os pedidos de suspeição¹⁸⁸. Tal movimento é, no mínimo, curioso, tendo em vista que retira do tribunal do próprio CETA a capacidade de realizar tal análise.

4.3.4 Início do procedimento

Todo início de contencioso, nos acordos aqui analisados, acontece com um pedido de consultas do reclamante ao reclamado, como uma forma de aproximação entre as partes para eventual resolução consensual da questão. O prazo prescricional para solicitar as consultas é, via de regra, de três anos entre o conhecimento da possível quebra do acordo e a apresentação do requerimento de consulta para o TTIP, CETA e acordo com o Vietnã. Apenas em relação ao acordo com Singapura este prazo é de 30 meses¹⁸⁹.

Caso o investidor já tenha iniciado um processo judicial contra o reclamado em um tribunal interno, ele poderá desistir deste procedimento local e requerer consultas à Corte de Investimentos, desde que tal pedido seja realizado em até dois anos após a referida desistência (TTIP, CETA e FTA UE-Vietnã) ou, no caso do Acordo com Singapura, em até um ano após a desistência.

Após iniciado o processo de consultas, as partes têm até 18 meses para resolver a questão amigavelmente, sendo que, se o investidor quiser solicitar o início de uma disputa litigiosa na Corte de Investimentos, ele deverá esperar no mínimo 90 dias para tanto, que seria o prazo mínimo de espera estipulado pelos acordos para que as partes cheguem a um consenso. Após esses 90 dias, o investidor poderá enviar à parte contrária uma notícia de intenção de

¹⁸⁶ Art. 11.2 do TTIP, 3.40.2 do FTA UE-Vietnã e 3.11.2 do FTAIPA UE-Singapura.

¹⁸⁷ Art. 11.4 do TTIP, 3.40.4 do FTA UE-Vietnã e 3.11.4 do FTAIPA UE-Singapura.

¹⁸⁸ CETA, art. 8.30.2

¹⁸⁹ Art. 4.5 da Subseção 2 da Seção 3 do TTIP, art. 8.22.1 (f) e (g) do CETA, art. 3.7 (f) do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.34 do FTA UE-Vietnã.

iniciar uma disputa. Passados os 90 dias do recebimento da notícia de intenção, a reclamação poderá ser protocolada, desde que respeitados alguns critérios:

- a) o prazo mínimo de seis meses entre o pedido de consultas e a apresentação da reclamação;
- b) indicação da base factual e jurídica da disputa, inclusive sobre o tratamento que se alega ser contrário à proteção estabelecida no acordo;
- c) o montante da indenização a qual se pleiteia;
- d) a evidência de que é parte legítima do processo e que perfaz os requisitos de nacionalidade ou estabelecimento de empresa regulados nos acordos;
- e) a confirmação de descontinuação de todos os procedimentos existentes cortes ou tribunais de direito nacional ou internacional relacionado à mesma violação referida em sua reivindicação;
- f) a declaração formal de dispensa dos direitos de iniciar qualquer reclamação ou processo perante tribunais nacionais ou internacionais com relação à potencial violação¹⁹⁰.

Destaca-se que os últimos dois requisitos têm como objetivo garantir que não haja procedimentos paralelos, para evitar o chamado *forum shopping*, tendo em vista que os investidores são obrigados a fazer uma escolha entre o processo de solução de controvérsias, o Sistema de Cortes de Investimento e outras rotas de reparação disponíveis, de acordo com o direito nacional e internacional (PUCCIO; HARTE, 2017).

A partir do recebimento da reclamação por parte do Secretariado da Corte de Investimentos será dado início ao procedimento e, após o período máximo de 90 dias, deverá ser constituído o Tribunal de primeira instância¹⁹¹.

4.3.5 Regras procedimentais na condução do processo

As regras procedimentais aqui tratadas dizem respeito não somente ao estabelecimento do processo, seja pela eleição da própria regra de procedimento adotada, mas também ao lugar onde o processo ocorrerá e às questões relativas à duração do processo, aos

¹⁹⁰ Art. 4.2 da Subseção 2 da Seção 3 do TTIP e 6.1 Subseção 3 da Seção 3 do TTIP, art. 8.22 do CETA, art. 3.7 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.32 do FTA UE-Vietnã.

¹⁹¹ Art. 9.7 da Subseção 4 da Seção 3 do TTIP, art. 8.27.7 do CETA, art. 3.9.8 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.38.7 do FTA UE-Vietnã.

princípios para a sua condução e o procedimento a ser utilizado, no caso de processos paralelos.

4.3.5.1 Eleição da regra de procedimento

Ao desenhar uma corte internacional, é importante assegurar um procedimento justo e equitativo para as duas partes da disputa. De acordo com o desenho do Sistema de Corte de Investimento, uma reclamação pode ser apresentada sob uma das quatro regras de arbitragem: a) a Convenção ICSID; b) o Mecanismo Adicional do ICSID, c) as regras de Arbitragem da UNCITRAL; ou d) um regramento acordado entre as partes.

No entanto, todos os tratados aqui analisados estabelecem que, ainda que as regras sejam eleitas pelas partes integrantes de um contencioso, elas podem ser suplementadas por regras adicionais, estipuladas pelo Tribunal ou pelo tribunal de apelação¹⁹².

Inclusive, o sistema de Corte de Investimentos foi desenhado com grande margem para que os tribunais elaborem suas próprias regras de organização e procedimento interno. O art. 9.10 do TTIP¹⁹³ indica que os tribunais devem estabelecer seus próprios procedimentos. O CETA vai no mesmo caminho, em seu art. 8.27.10, assim como o acordo com Singapura, no art. 3.9.10. No caso do acordo com o Vietnã, além de a mesma disposição ser localizada no art. 3.38.10, os negociadores tiveram o cuidado de estabelecer critérios para sua aplicação, particularmente com a intenção de evitar conflitos de regras e o estabelecimento delas sem que haja aprovação por parte dos membros do acordo, representados pelo Comitê estabelecido no art. 4.1.1¹⁹⁴:

4.3.5.2 Local da arbitragem

O sistema de Cortes de Investimento da UE propositadamente omite o estabelecimento de um local para a disputa, tendo em vista que preferiu liberar o estabelecimento por uma das partes do acordo, ou até mesmo a opção por um terceiro local, de acordo com um possível acerto entre as partes.

¹⁹² Art. 6.3 do TTIP, art. 8.19.6 do CETA, 3.3.3 do FTA IPA UE-Singapura (em sua nota de rodapé) e 3.30.2 do FTA UE-Vietnã.

¹⁹³ Art. 9.10 do TTIP: “*The Tribunal shall draw up its own working procedures*”.

¹⁹⁴ Art. 4.1.1 do FTA UE-Vietnã: “*The Parties hereby establish a Committee comprising representatives of the EU Party and Viet Nam*”.

Isto é particularmente problemático quando se vislumbra o questionamento sobre se as Cortes são, de fato, cortes/tribunais de estrutura judicial (e, portanto, emitem julgamentos), ou se são tribunais arbitrais (e, neste caso, emitem laudos arbitrais), tal como abordado no subcapítulo 4.3.9., relativo à Execução dos laudos/decisões da corte.

Além disso, a falta de uma sede de arbitragem com a definição das respectivas regras procedimentais pode ser um sério obstáculo à prática da Corte de Investimentos:

Um passo imediato importante, que poderia ser dado pelas partes do Tratado, é estabelecer um “Acordo de Sede” com o governo do território onde o Tribunal de Investimentos ficará sediado. Esses acordos de sede também podem definir os privilégios e imunidades da instituição e fornecer um contexto adicional para a natureza do Tribunal de Investimento, incluindo que o Tribunal é regido pelo direito internacional. (INVESTMENT..., 2016, p. 60, tradução nossa)

Não obstante, deve-se levar em consideração que talvez o planejamento da UE seja idealizar um *headquarter* apenas quando se concretizar o projeto de estabelecimento de uma corte multilateral. Até lá, o estabelecimento dos vários *headquarters* permanentes nos tratados atuais poderia representar um gasto desnecessário, dada a ausência atual de demanda pelas cortes existentes.

4.3.5.3 Tempo do procedimento

O TTIP (art. 28.6) e os acordos com Singapura (art. 3.18) e Vietnã (art. 3.56.3) estipulam a duração máxima de 18 meses entre o peticionamento e o julgamento no primeiro grau, sendo elaborado um *provisional award* que, se não apelado dentro de 90 dias, será considerado como *final award*. Caso seja apelado, o tribunal de apelação deverá emitir o *final award* regularmente dentro de 180 dias, podendo esse período ser estendido até, no máximo, 270 dias. Vale destacar, no entanto, que o atraso na finalização dos procedimentos não acarreta nenhuma consequência ou sanção aos julgadores ou à Corte de forma geral.

Por outro lado, o CETA, apesar de não estabelecer um prazo fixo para a emissão de um *provisional award*, estabelece o mesmo prazo de 90 dias para consolidação do *provisional award* para *final award*, caso aquele não seja apelado por uma das partes. Em caso de apelação, aplicam-se os mesmos prazos de apelação dos tratados supracitados

4.3.5.4 Escopo do contencioso

Outra questão considerável é o fato de os relatórios (decisões) e as regras estabelecidas pelos tribunais de primeira e segunda instância não poderem aumentar ou diminuir o escopo de atuação da Corte Internacional, que deve considerar, em suas decisões, apenas as medidas identificadas no pedido original por parte do reclamante¹⁹⁵, desde que este pedido esteja compreendido sob as possibilidades de submeter uma reclamação à Corte de Investimentos, que particularmente se resume à quebra das regras previstas nos acordos em relação à proteção ao investimento e que supostamente cause perda ou dano ao reclamante¹⁹⁶.

Nesse sentido, cabe reforçar que as reclamações devem se ater ao descumprimento do reclamado em relação às regras de proteção de investimento previstas nos acordos, podendo ser consolidadas nas seguintes situações:

- a) princípio da não discriminação: quando o investidor foi submetido a regras menos favoráveis que as utilizadas para investidores locais ou estrangeiros, e tal tratamento lhe tenha causado danos ou prejuízo financeiro a respeito de expansão, conduta, operação, gerenciamento, manutenção, uso, gozo e venda ou alienação de seu investimento (que esteja coberto pelo acordo);
- b) tratamento justo e equitativo:
 - quando um investidor for submetido a um tratamento que lhe negue acesso à justiça (civil ou criminal) ou a procedimentos administrativos, ou mesmo seja submetido a um procedimento que viole princípios fundamentais de transparência ou devido processo;
 - quando um investidor ou seu investimento sofrer por uma ação ou regulação abusiva e arbitrária do Estado;
 - quando sofrer tratamento discriminatório ou de base manifestamente incorreta, seja por crença, raça ou gênero;
 - qualquer outra ação estatal que remeta a um tratamento injusto e desfavorável e que cause frustração a uma expectativa legítima do investidor, bem como possa lhe causar danos ou prejuízo;¹⁹⁷

¹⁹⁵ Art. 8.18.5 do CETA, art. 3.27.3 do FTA UE-Vietnã, e art. 3.42 do FTA IPA UE-Singapura.

¹⁹⁶ Conforme, principalmente, art. 3.27 do Acordo entre UE e Vietnã, mas também vislumbrados nos art. 1 da Subseção 1 da Seção 3 do TTIP, art. 8.18 do CETA e art. 2.1 do Acordo entre UE e Singapura.

¹⁹⁷ De acordo com o art. 2.4 do Acordo da UE com Singapura: “2. *A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 if its measure or series of measures constitute: (a) denial of justice in criminal, civil and administrative proceedings; (b) a fundamental breach of due process; (c) manifestly arbitrary conduct; (d) harassment, coercion, abuse of power or similar bad faith conduct.*”

c) expropriação (direta ou indireta): quando o Estado reclamado tenha realizado medidas diretas ou indiretas de expropriação da propriedade do investidor, que não cumpram com os requisitos excepcionais previstos nos acordos¹⁹⁸.

A despeito de inexistir uma regra específica no TTIP apontando para a vinculação dos tribunais de primeira e segunda instância ao escopo, o conjunto das regras estabelecidas no corpo do acordo leva a crer que o tribunal não poderá decidir sobre temas que fujam do escopo definido no art. 1 da Subseção 1 da Seção 3, que trata do escopo e das definições da resolução de conflitos.

4.3.5.5 Disputas paralelas

Na esfera procedimental, ressalta-se ainda que os quatro acordos apresentam regras que pretendem evitar disputas paralelas. Ou seja, quando um ou mais processos forem separadamente apresentados em outros tribunais internacionais, ou mesmo nacional, e apresentarem como base uma questão de lei ou de fato em comum, oriunda do mesmo evento ou circunstância, a parte ou as partes em disputa que pleitearem junto aos tribunais permanentes de investimentos deverão retirar ou descontinuar os procedimentos já iniciados em outras arenas¹⁹⁹.

4.3.6 Funcionamento da Corte de Investimentos e aplicação do direito material

Nenhum dos quatro acordos traz uma diretriz exata especificando a qual direito material as disputas deveriam se submeter, mas indicam que a ação deve se ater às próprias regras do tratado, bem como a qualquer direito com o qual as partes compactuarem. Por outro lado, os acordos trazem algumas disposições sobre a aplicação de determinados direitos, a exemplo do direito interno.

4.3.6.1 Direito Material aplicável

¹⁹⁸ Conforme art. 8.12 do CETA, as exceções à proibição de expropriação são: “(a) for a public purpose; (b) under due process of law; (c) in a non-discriminatory manner; and (d) on payment of prompt, adequate and effective compensation”.

¹⁹⁹ Art. 14 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP, art. 8.22.1 (f) e (g) do CETA, art. 3.7 (f) do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.34 do FTA UE-Vietnã.

Todos os acordos analisados fazem referência a que o direito aplicável são as regras de direito internacional “aplicáveis entre as partes”, que devem ser interpretadas de acordo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e os princípios do direito internacional²⁰⁰.

A referência “entre as partes” poderá causar confusão no estabelecimento, de fato, da Corte de Investimentos, tendo em vista que os requerentes enfrentarão incerteza em relação a qual Corte o reclamado enfrentará, ao apresentar uma reclamação (uma vez que pode ser tanto um membro da UE como a própria UE em bloco).

Neste sentido, a identidade da parte demandada determinará o direito internacional aplicável às partes em disputa (INVESTMENT..., 2016).

4.3.6.2 Aplicação do Direito Interno

O direito material a ser aplicado, conforme ressaltado, são as disposições do próprio acordo e quaisquer outras regras do direito internacional relevantes. Dessa forma, o direito interno do Estado reclamado não pode ser levado a julgamento e questionado em sua legalidade, uma vez que ele deve ser considerado como uma questão de fato. Em outras palavras, os tribunais do Sistema de Cortes de Investimento não são competentes para decidir quanto a legalidade de uma medida que constitua uma alegada violação aos acordos de investimento.

Nesse sentido, quando um conflito versar sobre a aplicação de um direito interno, a Corte de Investimentos deverá, não somente tomar o direito interno como uma questão de fato (ou seja, sem emitir juízo de valor) para sua consideração, como também utilizar as interpretações dos tribunais internos relativas à aplicação daquele direito, não podendo inovar juridicamente.

Na prática, os Arts. 13.3 e 13.4 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP prevê que, em uma questão de fato relativa a um direito interno, como por exemplo, se determinada lei seria inconstitucional, a Corte de Investimentos deverá “*follow the prevailing interpretation of that provision made by the courts or authorities of that Party*”. Os acordos do CETA e da UE com o Vietnã e Singapura têm o mesmo tipo de previsão²⁰¹.

²⁰⁰ Art. 13 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP, do art. 8.31.1 do CETA, art. 3.42.2 do FTA UE-Vietnã, e art. 3.21 do FTA IPA UE-Singapura.

²⁰¹ Art. 8.31.1 do CETA, art. 3.42 do FTA IPA UE-Singapura, e art. 3.42.2 do FTA UE Vietnã.

Por outro lado, considerando que uma determinada questão de direito interno não tenha sido avaliada previamente pelos tribunais internos das partes signatárias (e no caso da UE não tenha sido tratada nem pela CJEU nem pelos tribunais nacionais), a Corte de Investimento não poderá deixar de resolver o conflito, sendo que também não poderá realizar juízo de valor em relação a legalidade ou não da norma, mas apenas definir se a mesma violou ou não o acordo.

Por fim, qualquer entendimento das Cortes de Investimento que esteja tratando o direito interno como questão de fato, não será considerado vinculante nos ordenamentos jurídicos internos dos estados partes do acordo, mas somente entre as partes. Por outro lado, a execução da decisão das Cortes de Investimento poderá ser realizada por meio dos tribunais de justiça dos Estados partes do acordo.

4.3.6.3 Medidas cautelares e reclamações infundadas

O Sistema de Cortes Permanentes da UE atribui à corte o poder de aplicar medidas cautelares para garantir a proteção dos direitos de uma das partes ou para garantir que a jurisdição do tribunal seja efetiva, incluindo a ordem de preservar evidências que estejam em posse de uma das partes²⁰².

Por outro lado, à parte reclamada é dado o direito de, em sede preliminar, questionar tanto a legitimidade do reclamante para mover a reclamação, como protestar a matéria de direito discutida, em virtude de a mesma não perfazer o escopo de atuação do próprio tribunal e ser manifestamente sem mérito legal (ou, em outras palavras, não dizer respeito a uma quebra da proteção ao investimento, ainda que os fatos narrados na inicial sejam verdadeiros)²⁰³. Neste sentido, os acordos exigem que todo o processo do tribunal seja interrompido enquanto essa questão preliminar for abordada.

Existe uma crítica em relação à regra de objeções preliminares, segundo a qual, ela abre espaço para utilização exclusiva por parte dos reclamados e que isto causaria um favorecimento a um dos lados, ainda mais quando este tem a percepção de que o art. 17.3 do TTIP, o art. 3.15 do acordo com Singapura e o art. 3.45.3 do acordo com o Vietnã apontam

²⁰² Art. 19 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP, Art. 8.34 do CETA, 3.7.4 do FTA IPA UE-Singapura, e art. 3.47 do FTA UE-Vietnã.

²⁰³ Arts. 16 e 17 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP, Art. 8.32 e 8.33 do CETA, 3.7.4 do FTA IPA UE-Singapura, e art. 3.47 do FTA UE-Vietnã.

que a interrupção do processo somente não ocorrerá quando a objeção em si for manifestamente infundada²⁰⁴ (INVESTMENT..., 2016).

Não obstante, o objetivo da regra, aparentemente, é impedir que o processo avance com um “defeito de origem”, denotando, por exemplo, que o reclamante obtenha restituição dos danos no âmbito da *provisional award* de forma infundada, gerando custos em virtude de ineficiência processual.

4.3.6.4 Transparência no processo e atuação de terceiras partes interessadas (*amicus curiae*)

É importante ressaltar que os quatro acordos analisados detêm cláusulas de transparência e sobre participação de terceiras partes interessadas. Todos eles indicam a publicidade aos documentos do processo, particularmente aos que se referem à tomada de decisão dos tribunais, estando resguardados documentos e informações de cunho sigiloso.

O TTIP havia previsto a adoção das regras de transparência da UNCITRAL, bem como dispôs sobre obrigações adicionais, tais como a possibilidade de uma parte disputante compartilhar documentos sigilosos com outras partes interessadas no processo, testemunhas e *experts*, desde que esta assegure que as partes que receberem os documentos mantenham a sua confidencialidade²⁰⁵.

No caso da CETA, a regra estabelece que as audiências sejam abertas ao público, restando ao tribunal estabelecer, em conjunto com as partes litigantes, a logística necessária para garantir tal acesso, bem como as restrições necessárias para a condução das partes sigilosas da audiência²⁰⁶.

Já no acordo da UE com o Vietnã, é interessante notar que este já faz referência direta às regras de transparência da UNCITRAL para determinar a publicação dos documentos iniciais da arbitragem, como os relativos à consulta, ao aviso da intenção de enviar uma reclamação, aos pedidos de suspeição dos árbitros e aos pedidos de consolidação dos processos²⁰⁷. Além disso, o tribunal pode permitir o acesso do público aos demais documentos após consulta às partes²⁰⁸. Em relação às audiências, a regra permite que elas também sejam abertas ao público²⁰⁹, seguindo o padrão dos acordos anteriores.

²⁰⁴ Arts. 16 e 17 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP, Art. 8.32 e 8.33 do CETA, 3.7.4 do FTA IPA UE-Singapura, e art. 3.47 do FTA UE-Vietnã.

²⁰⁵ Art. 18.1 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP.

²⁰⁶ Art. 8.36 do CETA.

²⁰⁷ 3.46.2 do FTA UE-Vietnã.

²⁰⁸ 3.46.3 do FTA UE-Vietnã.

²⁰⁹ 3.8.4 do FTA UE-Vietnã.

A Corte de Investimentos ainda tem o poder específico de permitir que pessoas naturais ou jurídicas, com interesse direto no contencioso, intervenham nos procedimentos, conforme art. 23.1 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP:

The Tribunal shall permit any natural or legal person which can establish a direct and present interest in the result of the dispute (the intervener) to intervene as a third party. The intervention shall be limited to supporting, in whole or in part, the award sought by one of the disputing parties.

De acordo com o referido artigo, para obter o *status* de interveniente, a pessoa deverá comprovar seu interesse direto e presente no resultado da disputa. Neste caso, ela poderá ter o direito de apresentar uma manifestação de intervenção, comparecer a audiências e ter o direito a sustentações orais, conforme o art. 23.3 da mesma seção e subseção do TTIP.

Percebe-se, neste caso, a intenção dos negociadores do TTIP de possibilitarem a participação ativa de uma terceira parte interessada, denominada como terceiro interveniente, que vai além das colaborações documentais permeadas pelos *amicus curiae*.

No caso do CETA, a redação do artigo foi adaptada, de forma a tornar o terceiro interveniente menos ativo do que no TTIP, buscando equipará-lo à atuação do *amicus curiae*, conforme art. 8.38.2: “*The Tribunal shall accept or, after consultation with the disputing parties, may invite, oral or written submissions from the non-disputing Party regarding the interpretation of this Agreement. The non-disputing Party may attend a hearing held under this Section*”.

Percebe-se que o referido artigo do CETA se aproxima do estabelecido nas regras de transparência da UNCITRAL ao não utilizar a denominação de “terceiro interveniente”, mas de “partes não disputantes”, e que, na prática, deixa a critério do tribunal aceitar ou não esse pleito, podendo ainda chamar as partes disputantes a opinar sobre a participação de uma terceira parte não disputante. Vale frisar que a possibilidade de comparecer à audiência permanece, mas não se faz explícita referência à possibilidade de arguições orais à parte não disputante.

Em relação ao acordo com Singapura, as provisões praticamente repetem as do CETA²¹⁰. No entanto, o referido acordo, além de replicar as provisões estabelecidas no CETA, também adotou um anexo que estipula todas as regras de transparência e requisitos de apresentação de documentos a terceiras pessoas interessadas²¹¹.

²¹⁰ Art. 3.17 do FTA IPA UE-Singapura.

²¹¹ Arts. 2 e 3 do Anexo 8 do FTAIPA UE-Singapura.

Por fim, além de estabelecer a aplicação das regras de transparência da UNCITRAL, que permitem a apresentação de documentos a terceiros após aceitação das partes, o acordo com o Vietnã prevê o direito da parte não disputante de participar de audiências realizadas pela Corte de Investimentos (em primeira e segunda instância) e de fazer representações orais relacionadas à interpretação do Acordo.

Por isso, pode-se afirmar que as regras estabelecidas no modelo Europeu do Sistema de Cortes de Investimento conseguiram avançar em relação às previstas nas regras de transparência da UNCITRAL.

4.3.6.5 Poderes das Cortes em emitir laudos

Todos os quatro acordos analisados são bastante claros ao definirem que o laudo do Tribunal de Investimentos deve se ater a: a) danos monetários e juros aplicáveis e, b) restituição da propriedade²¹². No entanto, não é clara a extensão desses poderes. Sendo assim, não se sabe, por exemplo, se o Tribunal pode se manifestar sobre as inconsistências da ação estatal²¹³.

Com relação à restituição da propriedade, cabe destacar que a regra não estipula necessariamente a restituição física do bem. Ela pode também significar que o reclamado tem a possibilidade de pagar por danos monetários equivalentes ao valor justo de mercado da propriedade no momento imediatamente antes de a expropriação ou expropriação iminente se tornar conhecida (o que ocorrer primeiro) (PUCCIO; HARTE, 2017, p. 19).

4.3.7 Mecanismo de Apelação das Cortes de Investimento

Conforme já explanado, no âmbito do projeto de criação de um sistema de cortes de investimento, a União Europeia desenhou um processo de dupla instância. Com base nisso, é possível vislumbrar que, dentro dos quatro acordos aqui estudados (TTIP, CETA, UE-Vietnã e UE-Singapura), está previsto o estabelecimento de um tribunal de apelação na segunda instância da corte permanente de investimentos.

²¹² Art. 28 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP, art. 8.39 do CETA, art. 3.18 do FTA IPA UE Singapura e art. 3.53 do FTA UE-Vietnã.

²¹³ “Um uso adicional potencial poderia conceder ao Tribunal de Investimentos o poder de fornecer opiniões consultivas para as partes do tratado sobre o significado do tratado subjacente, em relação a ações estaduais específicas, tal poder poderia ser conferido ao Tribunal de Apelação, que poderia reunir-se como um tribunal para determinar tais questões” (INVESTMENT..., 2016, p. 75, tradução nossa).

4.3.7.1 Base jurídica para a apelação

Os tribunais de apelação estão autorizados a modificar ou reverter uma sentença com respaldo em certos requisitos:

- a) que o Tribunal de primeira instância tenha cometido erros na aplicação ou interpretação da lei aplicável;
- b) que o Tribunal de primeira instância tenha cometido erros manifestos na apreciação dos fatos, incluindo a apreciação do direito interno relevante;
- c) os motivos previstos no art. 52 da Convenção de Washington, na medida em que não estejam abrangidos pelos requisitos a) e b)²¹⁴.

Nesse sentido, a forma de atuação desses tribunais de apelação foi desenhada para superar o tão criticado mecanismo de anulação de laudos arbitrais previsto na Convenção da ICSID, ainda que este também contenha esta previsão. Isto porque o processo de anulação de laudos da ICSID se restringe às hipóteses de anulação do laudo arbitral como um todo, e não à reforma de pontos que apresentem erros de fato ou de direito. No caso das cortes de investimento, existe a possibilidade de uma das partes apenas apelar para uma parte da decisão final, ou desafiar apenas uma regra, ou direito, que tenha sido aplicada pelo tribunal de primeira instância.

Não obstante, é importante mencionar que não existe uma definição bem elaborada do que seria um erro manifesto na apreciação dos fatos, e tal ausência pode causar uma revisão completamente nova dos fatos já avaliados em primeiro grau²¹⁵.

4.3.7.2 Procedimento de Apelação

²¹⁴ Art. 29.1 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP, Art. 8.28 do CETA, 3.19 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.54 do FTA UE-Vietnã.

²¹⁵ “Tal possibilidade de apelação pode causar pressão adicional sobre os membros da Primeira Instância para que gastem um tempo adicional considerável no desenvolvimento e na redação dos fatos para evitar uma apelação sobre este assunto.” (INVESTMENT..., 2016, p. 79, tradução nossa).

Para acionar o tribunal de apelação, as partes devem protocolar o recurso em até 90 dias da publicação da decisão do tribunal de primeira instância²¹⁶. Em suma, com base nos fundamentos estabelecidos no pedido de apelação, o Tribunal de Apelação pode:

- a) rejeitar a apelação; neste caso, a sentença do Tribunal se torna definitiva;
- b) ou dar provimento ao recurso; neste caso, ele pode modificar – total ou parcialmente – o laudo, ou reverter as conclusões legais da primeira instância para emitir um laudo revisado (BENEDETTI, 2019, p. 105).

Além do tempo para protocolar o pedido de apelação, existem poucas regras sobre o seu procedimento. No TTIP, o art. 10.10 prevê que o Tribunal de Apelação irá estabelecer as suas próprias regras de procedimento. Já no CETA se estabelece também um tribunal de apelação. No entanto, não está previsto que o próprio tribunal irá estabelecer as regras de procedimento²¹⁷. Já em relação aos acordos com Singapura e Vietnã, estes estabelecem uma regra geral de que o tribunal de apelação deverá emitir um laudo final em até 180 dias do protocolo do recurso de apelação e, caso o tribunal não consiga cumprir este prazo, poderá emitir a decisão em até 270 dias, desde que os fatos que motivaram tal prorrogação sejam informados, por escrito, às partes²¹⁸.

O TTIP e os acordos com Singapura e Vietnã preveem que, após modificação ou reversão do laudo por parte da Corte de Apelação, o tribunal de primeira instância deve rever o seu laudo²¹⁹ dentro de 90 dias. Após tal revisão, a emissão do laudo final deverá ocorrer em até 90 dias. Ou seja, a entrada em vigor de um laudo final pode demorar até 180 dias para ser publicado, após os procedimentos no tribunal de apelação.

Para melhor visualização de todo o procedimento, toma-se emprestado o fluxograma elaborado pelo European Parliamentary Research Service (EPRS), incluído no estudo de Puccio e Harte (2017), que sintetiza os prazos e etapas do processo no âmbito do CETA e está disponibilizado no Anexo A.

Por fim, ressalta-se que a parte apelante está obrigada a prover segurança aos custos e em relação a qualquer montante arbitrado pelo laudo/julgamento de primeira instância²²⁰, e

²¹⁶ “A parte controvertida pode interpor recurso, no prazo de 90 dias, com fundamento em erro manifesto de interpretação ou aplicação da lei e de aplicação dos factos. Além disso, a condição de anulação do art. 52 da Convenção ICSID é aplicável como fundamento de recurso. O tribunal de apelação tem o poder de modificar até mesmo reverter a decisão anterior. Para desencorajar reivindicações frívolas, o Sistema de Cortes de Investimento aplica o princípio de que a parte perdedora paga. Além da parte litigante, o terceiro pode estar envolvido no processo como uma parte não litigante por meio do mecanismo de *amicus curiae*” (PERMANA, 2019, p. 8, tradução nossa).

²¹⁷ Art. 8.28 do CETA.

²¹⁸ Art. 3.19.4 do FTA IPA UE-Singapura e 3.54.5 do FTA UE-Vietnã.

²¹⁹ Art. 28.7 do TTIP, Art. 3.19.3 do FTA IPA UE-Singapura e 3.55.4 do FTA UE-Vietnã.

²²⁰ Art. 29.4 do TTIP, Art. 3.19.5 do FTA IPA UE-Singapura e 3.54.6 do FTA UE-Vietnã.

isso pode gerar um ônus injusto à parte que deseja apelar, bem como restringir o seu acesso ao processo de apelação.

4.3.8 Custos processuais

Conforme visto no segundo capítulo, uma das maiores críticas ao atual formato da ISDS é justamente o alto custo de um processo para as partes²²¹. Os procedimentos mais comuns, estabelecidos sob as regras do ICSID, ICC ou UNCITRAL, dão ampla margem discricionária aos tribunais arbitrais para determinar a forma de distribuição das custas processuais entre as partes. Não obstante, a regra do “perdedor paga” é a que vem sendo mais referenciada nas discussões de reforma da ISDS, e basicamente indica que a parte que foi malsucedida na sua participação deverá arcar com as custas processuais na medida do seu insucesso.

No caso da proposta europeia, observa-se que a adoção da regra “perdedor paga” se sujeita à proporcionalidade do sucesso de cada uma das partes nos seus argumentos. Tal escolha é vislumbrada nos arts. 28.4 do TTIP, art. 8.39.5 do CETA, art. 3.21 do acordo UE-Singapura e 3.53 do acordo UE-Vietnã, no qual as redações praticamente se replicam. Tal sistemática se aplica tanto às custas processuais quanto aos gastos com advogados e consultores jurídicos.

Já no que tange aos custos institucionais, uma vez que o Secretariado do ICSID apoiará o Tribunal no processo, as despesas deverão ser custeadas igualmente pelas partes dos tratados²²².

Em relação às custas de apelação, prevê-se a possibilidade de haver uma compensação fixa, adicionada aos valores relativos aos dias trabalhados, ou ser transformada em um salário fixo mensal (tal como se vislumbra no tribunal de primeira instância), sendo tal remuneração decidida pelo Comitê que gerencia a aplicação de cada tratado²²³.

²²¹ “Além da compensação ou danos que podem ser concedidos a um investidor, os custos legais médios em procedimentos arbitrais recentes chegam a mais de oito milhões de dólares americanos por parte em disputa; em alguns casos, eles excedem 30 milhões de dólares americanos. A maior parte desses custos consiste em honorários e despesas com consultores jurídicos e peritos, que correspondem a cerca de 82% dos custos totais do processo. Os honorários médios dos árbitros chegam a 16%, enquanto os custos institucionais para a administração do litígio e os serviços de secretariado, como o ICSID ou o Tribunal Permanente de Arbitragem (PCA), representam apenas 2% dos custos”. (TITI, 2017, p. 20, tradução nossa)

²²² Conforme art. 9.16 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP, art. 8.28 do CETA, art. 3.19 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.54 do FTA UE-Vietnã.

²²³ Conforme art. 10.12 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP, art. 8.2.13 do CETA, art. 3.9.13 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.38.15 do FTA UE-Vietnã.

E, no que concerne aos custos institucionais na apelação, a alocação dos custos institucionais do Tribunal de Apelação segue a mesma lógica do Tribunal de Primeira Instância. O Secretariado do ICSID também prestará apoio ao Tribunal de Apelação, cujo custo será suportado igualmente pelos membros do tratado: a UE, de um lado, e o seu parceiro comercial do outro. Aqui, é mister frisar que, no CETA, o ICSID não é especificado como o Secretariado designado para o Tribunal de Apelação, mas por conta de ser designado para o Tribunal de Primeira Instância, seria a escolha mais provável. Conquanto, o art. 8.28.7 indica que o Comitê do CETA deve decidir em relação ao “apoio administrativo” e “disposições relacionadas aos custos da apelação” (INVESTMENT..., 2016).

Além do mais, em relação à segurança aos custos, conforme já destacado, alguns tribunais de investimento previstos nos acordos da UE podem requerer que o reclamante deposite uma quantia para assegurá-los, quando se vislumbrar o risco do não pagamento²²⁴.

Logo, percebe-se que houve um avanço bastante considerável em relação à lógica de distribuição dos custos no Sistema de Cortes de Investimento, sendo o primeiro passo o estabelecimento do princípio do “perdedor paga”. Por outro lado, o fato de as custas administrativas não serem administradas diretamente pelo Comitê dos tratados indica certa dependência ao ICSID, que pode ser atribuída à já consolidada *expertise* dessa organização na administração de contenciosos em investimento. Por fim, cumpre destacar que os custos com os árbitros não são estabelecidos indiscriminadamente, mas regulados de acordo com os critérios e objetivos a serem estabelecidos pelos Comitês dos tratados.

4.3.9 Execução dos laudos

De acordo com as regras de direito internacional público, as decisões emitidas no âmbito dos acordos de investimento aqui analisados seriam executáveis nos Estados abrangidos pelos respectivos acordos. Não é diferente nos acordos de investimento da UE e seus parceiros, tendo em vista que todos eles preveem que as decisões das Cortes de Investimento devem ser aplicadas sem atraso, inclusive, no caso do TTIP e de acordos com Singapura e Vietnã, as decisões serão consideradas como uma decisão transitada em julgado nos tribunais internos dos países partes do acordo²²⁵.

²²⁴ Conforme art. 21 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP e art. 3.48 do FTA UE-Vietnã.

²²⁵ Conforme art. 30 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP, art. 8.41 do CETA, art. 3.22 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.57 do FTA UE-Vietnã.

Contudo, a execução de decisões de cortes de investimento em Estados fora do território coberto pelos acordos envolve questões controversas e incertas. Neste sentido, conforme já indicado no primeiro capítulo, o formato predominante de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais sobre investimentos por tribunais locais de países terceiros são as disposições da Convenção ICSID ou da Convenção de Nova York (BUNGENBERG; REINISCH, 2020, p. 155).

Na prática, quando um Estado não cumpre com um laudo arbitral, é possível, sob a Convenção de Nova Iorque ou do ICSID, executar o laudo em outro Estado membro das referidas convenções, pois estas obrigam todas as partes signatárias a reconhecerem o laudo que seja emitido sob as suas regras.

Tanto é que todos os acordos aqui analisados indicam que a decisão final obtida nas suas respectivas Cortes de Investimentos é considerada um laudo arbitral para os propósitos do artigo I da Convenção de Nova Iorque, bem como sob o capítulo IV da Seção 6 da Convenção ICSID²²⁶. Em suma, os acordos aqui analisados têm a intenção de que as decisões do Sistema de Cortes de Investimentos sejam executáveis sob a Convenção de Nova Iorque e ICSID.

4.4 A ESTRATÉGIA EUROPEIA DE REFORMA SISTEMÁTICA DA ISDS

Em outubro de 2015, a Comissão da UE lançou uma nova política comercial intitulada "Comércio para Todos". Além de tecer diretrizes sobre comércio internacional, essa política também aborda a necessidade de reformar o regime de investimento global, uma vez que o modelo atual não seria mais uma opção²²⁷ (EUROPEAN COMMISSION, 2015).

Ao apontar os passos necessários para essa mudança, o documento indicou que, em um primeiro momento, modernizaria a redação dos BITs negociados com provisões sobre o direito do Estado de regular, bem como proliferaria a lógica do Sistema de Cortes de Investimento, já explicada na seção anterior. Em paralelo, a UE se engajaria com parceiros,

²²⁶ Conforme art. 30 da Subseção 5 da Seção 3 do TTIP, art. 8.41 do CETA, art. 3.22 do FTAIPA UE-Singapura e art. 3.57 do FTA UE-Vietnã.

²²⁷ “A necessidade de reforma é agora amplamente reconhecida globalmente e "embora praticamente todos os países façam parte do regime de investimento global e tenham uma participação real nele, ninguém parece realmente satisfeito com isso", conforme sublinhado em um relatório recente da UNCTAD. A questão não é se o sistema deve ser mudado, mas como isso deve ser feito. Embora o status quo não seja uma opção, o objetivo básico da proteção do investimento permanece válido, uma vez que o preconceito contra os investidores estrangeiros e as violações dos direitos de propriedade ainda são um problema”[...] “A UE está em melhor posição - e tem uma responsabilidade especial - para liderar a reforma do regime de investimento global, como seu fundador e ator principal.” (EUROPEAN COMMISSION. 2015, tradução nossa)

para estabelecer uma única e *full operational* Corte Internacional de Investimentos, denominada como Corte Multilateral de Investimentos (EUROPEAN COMMISSION, 2015).

A análise de impacto preparada pela diretoria geral de comércio da Comissão Europeia, intitulada *Establishment of a Multilateral Investment Court for investment dispute resolution*, de agosto de 2016, corrobora a intenção da UE de substituir o modelo *ad hoc de* arbitragens pelo modelo permanente do Sistema de Cortes de Investimento, sendo vislumbrado seu formato já nas negociações em curso de acordos de investimento, bem como a possibilidade de transição desse sistema para uma estrutura única de Corte Multilateral ²²⁸.

A avaliação de impacto também observou alguns riscos em relação ao funcionamento do Sistema de Cortes de Investimento, particularmente quando o número de cortes bilaterais permanentes estiver se difundindo, pois tal formato poderia gerar decisões inconsistentes entre as próprias cortes, o que diminuiria a sua eficiência (EUROPEAN COMMISSION, 2020).

Além disso, poderia haver empecilhos em sua composição, dada a limitação numérica de eventuais consultores jurídicos para ocupar as vagas de juízes das cortes e, por fim, uma dificuldade financeira em suportar uma variedade de estruturas de cortes permanentes bilaterais, com despesas de juízes, corpo administrativo, entre outras (EUROPEAN COMMISSION, 2020). De toda forma, a avaliação assevera que a existência de múltiplas cortes não resolve, a curto e médio prazo, a intenção de substituir a infinidade de BITs por um procedimento mais conciso e coeso (EUROPEAN COMMISSION, 2020).

Cumprindo novamente ressaltar que tal proposta de multilateralização já havia sido corroborado pelo Parlamento Europeu no decorrer das negociações do TTIP, pela resolução de 8 de julho de 2015.

Em resumo, após a evolução interna do debate sobre a ISDS, a UE decidiu por prosseguir com a estratégia de estabelecer um novo padrão de solução de controvérsias para investimentos, que passou a ser negociado em seus acordos de investimento e também inserido em renegociações dos seus acordos já firmados. O estabelecimento de uma Corte Multilateral de Investimentos ainda está sendo avaliado, tendo em vista os eventuais problemas que diversas cortes permanentes funcionando em paralelo poderiam trazer.

Por isso, é possível alegar que o padrão europeu de corte bilateral permanente de investimentos nada mais é do que uma etapa do processo de multilateralização das regras de investimento e, principalmente, da solução de controvérsias. Como já indicado no *Concept Paper*, a agenda da UE é criar uma corte multilateral de investimentos, de forma paulatina.

²²⁸ Conforme análise de impacto realizada pela Comissão Europeia, disponível em: https://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_trade_024_court_on_investment_en.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

Tal percepção é também corroborada por Titi (2017), que entende que a proposta de criação de cortes bilaterais permanentes em um formato padrão, denominado de Sistema de Cortes de Investimento pela própria EU, nada mais é do que um passo inicial para se viabilizar uma fusão de todas essas estruturas físicas e jurídicas em uma somente, que seria a Corte Multilateral de Investimentos.

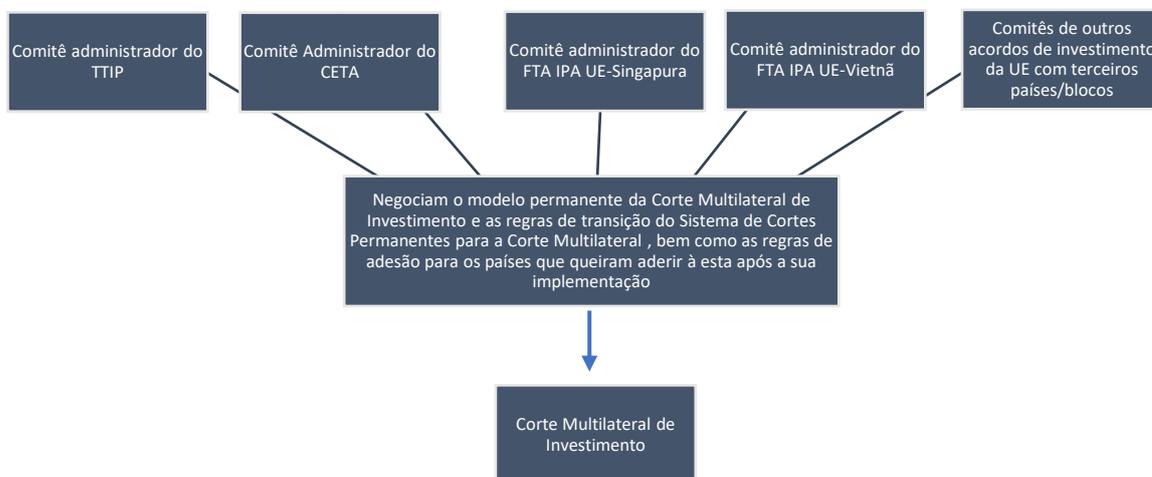
Cumprida ainda destacar que a estratégia da UE para a multilateralização perpassa pela congregação do maior número possível de Estados interessados, na forma de um contrato de adesão. Idealmente, a UE conversará com os países interessados e redigirá, de maneira conjunta, uma minuta de estatuto ou convenção que entrará em vigor após sua ratificação por um certo número de países, estando aberta a sua adesão pelos demais países (INVESTMENT..., 2016).

No entanto, na realidade, a UE já vem inserindo disposições sobre a adesão a uma corte multilateral na própria redação dos tratados que estão sendo firmados ou estão em negociação. Como exemplo, é possível listar as disposições sobre multilateralização da ISDS nos acordos da UE que estão sendo analisados nesta tese, como seguem:

- a) TTIP (Artigo 12 – *Multilateral dispute settlement mechanisms*): *Upon the entry into force between the Parties of an international agreement providing for a multilateral investment tribunal and/or a multilateral appellate mechanism applicable to disputes under this Agreement, the relevant parts of this section shall cease to apply. The [] Committee may adopt a decision specifying any necessary transitional arrangements;*
- b) UE-Canada CETA (Artigo 8.29): *The Parties shall pursue with other trading partners the establishment of a multilateral investment tribunal and appellate mechanism for the resolution of investment disputes. Upon establishment of such a multilateral mechanism, the CETA Joint Committee shall adopt a decision providing that investment disputes under this Section will be decided pursuant to the multilateral mechanism and make appropriate transitional arrangements;*
- c) FTAIPA UE-Singapura (Artigo 3.12): *The Parties shall pursue with each other and other interested trading partners, the establishment of a multilateral investment tribunal and appellate mechanism for the resolution of international investment disputes. Upon establishment of such a multilateral mechanism, the Committee shall consider adopting a decision to provide that investment disputes under this Section will be resolved pursuant to that multilateral mechanism, and to make appropriate transitional arrangements;*
- d) FTA UE-Vietnã (Artigo 3.41): *The Parties shall enter into negotiations for an international agreement providing for a multilateral investment tribunal in combination with, or separate from, a multilateral appellate mechanism applicable to disputes under this Agreement. The Parties may consequently agree on the non-application of relevant parts of this Section. The Committee may adopt a decision specifying any necessary transitional arrangements.*

Em suma, cada comitê estabelecido nos respectivos acordos poderá lançar esforços para a unificação da solução de controvérsias dentro de uma corte multilateral, sendo, inclusive, possível que esses comitês negociem entre si as regras permanentes e as regras transicionais que serão necessárias, conforme organograma exemplificativo na figura 3.

Figura 3 – Organograma de consolidação do modelo da Corte Multilateral de Investimento



Fonte: o autor (2021).

A estratégia adotada pela UE em muito se assemelha ao movimento denominado por Bradford (2020) como “Efeito Bruxelas”, que ocorre no campo dos padrões regulatórios. Basicamente, ele se refere ao poder unilateral da UE em regular mercados globais. Isso porque a UE toma a dianteira no estabelecimento de regulamentações e padrões mais restritos para a comercialização de bens e serviços no seu território, sendo o acesso ao seu seletivo mercado consumidor bastante exigente para as empresas de países de fora do bloco (BRADFORD, 2020).

Em outras palavras, a UE tem a capacidade de estabelecer padrões ou normas atinentes ao seu mercado interno, que, por serem globalmente relevantes, tornam-se padrões e normas globais. Isto porque, para uma empresa estrangeira ter acesso ao rico mercado consumidor europeu, ela deve se adequar aos seus rígidos padrões e, ao se adequar, termina também cumprindo os padrões menos rígidos de outros países.

Neste sentido, a autora cita a particular capacidade da UE de estabelecer padrões em políticas de concorrência, proteção ambiental, segurança alimentar, segurança da privacidade e regulação do discurso de ódio nas redes sociais (BRADFORD, 2020).

Uma das principais características da proeminência da UE em sua capacidade de regulação global e no seu “Efeito Bruxelas”, é justamente o fato de ela estar quase sempre na liderança nas discussões sobre novos temas, em que as suas regulamentações ditam as

tendências para empresas multinacionais e mesmo para o direito interno de países de fora do bloco (BRADFORD, 2020).

A autora ainda indica que outras grandes economias poderiam fazer frente a esse poder regulatório da UE, mas, inclusive os EUA, por exemplo, cedem seu poder, ao promulgarem regulações e padrões menos restritos:

O Efeito Bruxelas mostra que o compromisso da UE com o multilateralismo e o universalismo deve ser qualificado. Como qualquer grande potência, a UE está disposta a moldar a ordem internacional para garantir que as normas internacionais reflitam suas preferências regulatórias – muitas vezes multilateralmente, mas às vezes ainda mais eficazmente unilateralmente. (BRADFORD, 2020, p. xv, tradução nossa)

Além disso, a obra da autora mostra como o “Efeito Bruxelas” se coloca como alternativa à própria dificuldade em executar o poderio militar, estabelecer sanções econômicas, ou mesmo trabalhar em função de incentivos financeiros, sendo ainda arguido que o efeito Bruxelas pode gerar regras internacionais a despeito da ausência da cooperação multilateral (BRADFORD, 2020).

O fato de as regulações europeias terem uma grande aderência ao redor do mundo deriva dos próprios ganhos das grandes corporações em acessar o mercado europeu:

[...] apesar de ter de arcar com custos de conformidade onerosos, as empresas podem obter ganhos significativos com o Efeito Bruxelas: as empresas podem negociar em toda a UE com base em uma estrutura legal harmonizada, em vez de enfrentar regulamentações nacionais conflitantes. As regras comuns da UE reduzem a incerteza e facilitam o planejamento e o investimento a longo prazo. Por essas razões, os benefícios gerados pelo Efeito Bruxelas sobre os negócios poderiam, na verdade, superar os custos, reduzindo os preços ao consumidor. (BRADFORD, 2020, p.239, tradução nossa)

No caso do modelo europeu de reforma da ISDS, a despeito de não se tratar de uma norma ou padrão promulgado internamente, pode-se afirmar que as regras estabelecidas em todos os tratados seguem um padrão que foi desenvolvido pela própria UE e, após um período de negociação, foi chancelado pelos seus pares.

Além disso, o fator de “liderança” é primordial para que se defenda, inclusive, o termo de “modelo europeu” de reforma da ISDS, tendo em vista que a iniciativa de inserir tal tema nas negociações dos novos acordos de investimentos partiu necessariamente da UE.

Não menos importante, é possível vislumbrar uma agenda de implementação do sistema de cortes de investimentos em primeiro plano e, posteriormente, a tentativa de implementação de um tribunal multilateral, que deverá seguir os mesmos padrões estruturais

e normativos das próprias cortes permanentes. Em outras palavras, o padrão de corte permanente já definido no sistema de cortes de investimentos deverá ser a base para o próprio tribunal multilateral.

A atratividade de se aderir ao modelo europeu de ISDS está, justamente, no fato de um país se colocar como um destino atrativo para os investimentos originários de um bloco de 27 países, em sua maioria desenvolvidos. Em outras palavras, ao fechar um acordo de investimento com a UE, um país estaria se colocando como um destino seguro aos investimentos originários da Alemanha, França, Itália, Espanha, Dinamarca, dentre outros países.

De toda forma, trata-se de uma agenda ousada, mas que segue as predileções da UE em estabelecer as regras de solução de controvérsias dos investimentos estrangeiros, de forma a se manter preponderante na regulação do tema.

No entanto, não se está afirmando que tal agenda seria de fácil implementação. Nesse sentido, não se trata apenas do estabelecimento de novos acordos de investimentos prevendo a implementação do Sistema de Cortes de Investimento, mas existe uma agenda própria de estabelecimento de uma Corte ou Tribunal Multilateral. Nesse caso, existiriam desafios naturais, como o próprio processo de unificação das regras de procedimentos do Sistema de Cortes de Investimento, bem como a consolidação da sua multiplicidade institucional (várias cortes permanentes) em apenas uma Corte Multilateral (TITI, 2017).

É por isso que, nos acordos da UE com o Canadá²²⁹ e o Vietnã²³⁰, as Cortes de Investimentos estão resguardadas por cláusulas MFN bem estritas, de forma a impedir que regras processuais sejam importadas de outros acordos, que não contemplem o modelo europeu. Já no acordo com Singapura, a cláusula MFN em si não está prevista no acordo, tendo sido uma opção dos negociadores para evitar qualquer tipo de atração indevida de regulações.

²²⁹ O art. 8.7.4 do CETA estabelece que o tratamento não menos favorável estabelecido no acordo não inclui *“procedures for the resolution of investment disputes between investors and states provided for in other international investment treaties and other trade agreements. Substantive obligations in other international investment treaties and other trade agreements do not in themselves constitute “treatment”, and thus cannot give rise to a breach of this Article, absent measures adopted or maintained by a Party pursuant to those obligations”*.

²³⁰ Art. 2.4.5 do FTA UE-Vietnã *“For greater certainty, the term “treatment” referred to in paragraph 1 does not include dispute resolution procedures or mechanisms, such as those included in Section B (Resolution of Disputes between Investors and Parties) of Chapter 3 (Dispute Resolution), provided for in any other bilateral, regional or international agreements. Substantive obligations in such agreements do not in themselves constitute “treatment” and thus cannot be taken into account when assessing a breach of this Article. Measures by a Party pursuant to those substantive obligations shall be considered “treatment”*”.

Por outro lado, deve-se destacar que não existe ainda uma solução mágica para aplicar retroativamente as eventuais novas disposições multilaterais para os antigos BITs, que não dispõem de previsão de solução de controvérsias pela via da Corte Multilateral (TITI, 2017).

Não obstante, conforme já ressaltado no capítulo 3, Kaufmann-Kohler e Potestà (2016) sugerem que a própria Convenção de Maurício sobre transparência poderia fornecer um modelo amplo de reforma à arbitragem ISDS, focado na substituição dos IIAs vigentes por um modelo que contenha a estrutura do Sistema de Cortes de Investimento, no qual seja possível ingressar por simples adesão, sem a necessidade de desenvolver negociações específicas para tanto.

Nesse sentido, pode-se citar a estratégia de Permana (2019), de que, para alcançar o tribunal multilateral de investimentos, a consolidação de acordos entre blocos também deve ser levada em consideração, particularmente quando alguns países integrantes do mesmo bloco econômico já firmaram acordo para o estabelecimento de corte bilateral permanente de investimentos com a UE, como é o caso de Singapura e Vietnã, que são integrantes da ASEAN. A Indonésia também está negociando um acordo de investimentos com a UE e, caso aderisse aos Sistemas de Cortes de Investimento, seria o terceiro país do bloco, que é formado por dez (PERMANA, 2019). Assim, uma vez que a UE consiga estabelecer um acordo de investimento com os sete restantes, seria possível consolidar em apenas uma corte de investimento a solução de conflitos entre os países de ambos os blocos, UE e ASEAN, e tal lógica poderia ser reproduzida em outros blocos regionais, o que ultimamente incorreria no estabelecimento de uma corte multilateral (PERMANA, 2019).

De toda forma, o sucesso da estratégia de estabelecimento tanto do Sistema de Cortes Permanentes como da futura corte multilateral depende ou da difusão e multiplicação dos acordos de investimento da UE, ou de um sistema bem-sucedido de adesão ao modelo, tendo em vista o modelo poderá ser eficiente que somente com um número considerável de integrantes.

Todavia, até o momento foram aperfeiçoados apenas três acordos com cláusulas de Sistemas de Cortes de Investimentos e a adoção de uma futura corte multilateral. Como uma forma de amplificar a discussão, e mesmo potencializar uma eventual adesão dos demais Estados à linha de reforma apresentada pela UE, a UNCITRAL sugeriu que as propostas de reformas da ISDS fossem trazidas para o seu âmbito, sendo, dessa forma, agregadas à estratégia europeia.

Ocorre que tal proposta da UNCITRAL encontrou resistência por parte da UE, que queria liderar sozinha suas iniciativas de reforma do Sistema, até para ter maior controle do eventual “Efeito Bruxelas”. No entanto, conforme revela Roberts (2018), após uma série de reuniões formais e discussões informais, a UE finalmente aceitou “o mérito de trabalhar dentro da UNCITRAL, dado o significativo poder de convocação da organização e a percepção de sua capacidade de resposta à preocupação levantada por vários estados sobre o domínio dos praticantes” (ROBERTS, 2018, p. 426, tradução nossa).

Tal debate foi, a partir de 2017, concentrado em um grupo de trabalho específico, para discutir as reformas de aspectos procedimentais da ISDS na UNCITRAL, o que será alvo de análise mais detalhada a partir do próximo capítulo.

4.5 POSSÍVEIS PROBLEMAS PARA A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE CORTES DE INVESTIMENTO E FUTURO ESTABELECIMENTO DA CORTE MULTILATERAL DE INVESTIMENTOS

Uma das questões que o Sistema de Cortes de Investimento e, posteriormente, uma Corte Multilateral terá que abordar é a aplicação do princípio da autonomia da ordem legal da UE, o qual preconiza que nem a UE, tampouco os seus membros podem concluir um acordo internacional que empodere cortes internacionais para interpretar de forma vinculante o direito europeu, tendo em vista que este papel é reservado à CJEU²³¹. Neste caso, todos os acordos que adotaram o Sistema de Cortes de Investimento deixam claro que a corte não pode dispor sobre o direito interno (o que inclui o direito europeu), e que este deve ser tomado como uma matéria de fato, assim como as interpretações do CJEU (PUCCIO; HARTE, 2017; TITI, 2017).

Nesse sentido, tal entendimento foi reforçado no Parecer 1/17 da CJEU, no qual este tribunal regional respondeu a vários questionamentos da Bélgica sobre a possibilidade de o tribunal de investimento sobre o abrigo do CETA em termos de compatibilidade com o direito europeu, particularmente em relação a decisões relativas ao direito interno do bloco e dos membros. Particularmente no que condiz a aplicação do direito interno, a CJEU foi questionada sobre i) a compatibilidade do tribunal de investimento em relação a autonomia da ordem jurídica da UE, ii) a competência do tribunal de investimento para interpretar e

²³¹ “Artigo 19 do Tratado da UE, identifica a Corte da UE como a única instituição com autoridade para determinar o significado do direito primário e secundário da UE, [...]” (LENK, 2016, p. 673, tradução nossa).

aplicar as regras do direito da UE e iii) a conformidade dos entendimentos do tribunal de investimento em relação ao quadro constitucional da própria UE (CJEU, 2019).

Em relação ao primeiro e segundo questionamento o CJEU compreendeu não somente a compatibilidade do CETA em relação a autonomia da ordem jurídica da UE, tendo em vista a própria competência da UE para realizar acordos internacionais, bem como no estabelecimento dos próprios acordos internacionais são estabelecidos um sistema jurisdicional destinado a assegurar a unidade na interpretação do direito da UE (CJEU, 2019). Com base nisso, o parecer não somente reforça a autonomia da UE e dos Estados membros de elaborar as normas de direito interno, bem como da competência exclusiva da CJEU para deliberar sobre o direito da UE e dos respectivos tribunais internos de deliberar sobre o direito dos Estados, restando aos tribunais de investimento tomar tais deliberações como uma questão de fato, não podendo, portanto, fazer juízo de valor a respeito delas (CJEU, 2019).

Não obstante, é possível que tribunais permanentes encarem situações dúbias, em que a distinção sobre o que se aprecia é uma matéria de fato, em que o entendimento do tribunal local ou europeu deve ser absorvido pela corte de investimentos; ou se é o caso de uma matéria jurídica, em que a corte de investimento teria competência para julgar²³².

Por exemplo, questionamentos sobre a determinação de nacionalidade de um investidor na Corte de Investimentos devem ser feitos de acordo com as regras e interpretações já estabelecidas pela CJEU e, na ausência desta, a Corte de Investimentos deverá decidir, sendo que essa decisão não será vinculante em relação ao direito interno ou europeu. Tal situação, em si, atende às regras gerais de Direito Internacional Público, em respeito à própria soberania dos Estados²³³.

²³² “Certas atividades do Tribunal de Investimento, no entanto, embaçam a linha entre a interpretação jurídica e a apreciação factual da legislação da UE, e.g. quando determinam qual o respondente em uma disputa ou a atribuição de sua responsabilidade de acordo com o direito internacional. Pode-se argumentar que, na medida em que inclui uma avaliação da repartição de competências entre a UE e os seus Estados-Membros, ou obrigações jurídicas para os Estados-Membros decorrentes do direito primário ou secundário da UE, é provável que constitua uma violação do princípio da autonomia. Mais importante, entretanto, pode-se argumentar que a linha entre a interpretação da lei e a apreciação dos fatos é tênue – se não ilusória. [...] Questões como a determinação da nacionalidade de um investidor, os requisitos para um investimento coberto e, em particular, os casos de denegação de justiça, em que a própria interpretação da legislação nacional pode significar, *inter alia*, arbitrariedade manifesta, acabam por exigir do tribunal de investimentos uma interpretação da lei nacional” (LENK, 2016, p. 674, tradução nossa)

²³³ Puccio e Harte trazem outras situações em que o estabelecimento do Sistema de Corte de Investimento violaria o princípio da autonomia da ordem jurídica europeia:

“• Um tribunal ICS pode ter de interpretar e aplicar a legislação da UE, quer indireta ou diretamente, uma vez que o seu objetivo é permitir que os investidores contestem atos nacionais (que podem envolver a legislação da UE) ou atos e decisões da UE. O seu âmbito não se limita a interpretar as disposições do Capítulo de Investimento do CETA.

Ademais, é importante destacar que não se tem ainda um mecanismo de harmonização das interpretações do CJEU em face do funcionamento da Corte de Investimentos, o que pode, no final das contas, estabelecer conflitos que influenciem a própria atração e aplicação de investimentos na UE (LENK, 2016).

Em relação ao terceiro questionamento, o parecer reforça a possibilidade dos tribunais de investimento de examinar um “vasto leque de litígios” contra a UE ou seus Estados membros relativos a medidas que digam respeito a um investimento nas suas mais diversas formas, quais sejam, a exploração de empresas e a utilização de bens móveis e imóveis, de títulos financeiros, de direitos de propriedade intelectual, de créditos ou de qualquer outro tipo de investimento. Nas suas palavras:

“Uma vez que o artigo 1.1 define o termo «medida» no sentido de que abrange «qualquer lei, regulamento, regra, procedimento, decisão, medida administrativa, requisito, prática ou qualquer outra forma de intervenção adotada por uma Parte», os litígios contra a União poderão incidir sobre qualquer tipo de ato ou de prática desta última, desde que, em conformidade com o artigo 8.2 do CETA, conjugado com o capítulo oito, secções C, D e F, deste acordo, o ato ou a prática em causa «esteja relacionado com» um «investimento abrangido», na aceção do artigo 8.1 do mesmo acordo, ou com o «investidor da outra Parte», no que diz respeito a esse investimento abrangido.” (CJEU, 2019, para. 142)

Ocorre que, ao mesmo tempo em que determinou a possibilidade do investidor de questionar as medidas da UE ou dos Estados membros no tribunal de investimento do CETA, o Parecer da CJEU indicou os limites de tal atuação, quando as medidas estivessem relacionadas a questões de interesse público:

No entanto, sem prejuízo da hipótese de as Partes terem acordado, no âmbito do CETA, aproximar as suas legislações, a competência desses tribunais prejudicaria a autonomia da ordem jurídica da União se fosse concebida de modo a que pudessem pôr em causa, no âmbito das suas apreciações de restrições da liberdade de empresa objeto de uma queixa, o nível de proteção de um interesse público que tivesse presidido à introdução dessas restrições pela União relativamente a todos os operadores que investem no setor comercial ou industrial em causa do mercado interno, em vez de se limitarem a verificar se o tratamento de um investidor ou de um investimento abrangido enferma de um vício mencionado no capítulo oito, secção C ou D, do CETA.

• Um tribunal ICS pode ser confrontado com uma situação em que não existe uma interpretação prevalecente dada ao direito da UE e, portanto, terá de apresentar ele próprio uma interpretação. Mesmo que a interpretação de um tribunal do ICS da legislação da UE, em última análise, não vincule os tribunais da UE, ela tem um certo valor (inclusive financeiramente) e pode abrir um precedente para futuras decisões.

• Um tribunal ICS confrontado com uma questão sobre a interpretação da legislação da UE não teria de consultar o TJUE. Além disso, uma vez que os investidores não são obrigados a recorrer aos tribunais nacionais antes de iniciarem um processo perante um tribunal ICS, não existe qualquer possibilidade de envolvimento prévio da Corte de Justiça da UE através de um procedimento de reenvio prejudicial (artigo 267.º do TFUE). Isso corre o risco de efetivamente deixar de lado a Corte de Justiça da UE” (PUCCIO; HARTE, 2017, p. 27, tradução nossa)

Com efeito, se o tribunal e a instância de recurso do CETA fossem competentes para proferir sentenças que declarassem que o tratamento de um investidor canadiano é incompatível com o CETA devido ao nível de proteção de um interesse público fixado pelas instituições da União, esta última poderia ser levada a renunciar a alcançar esse nível de proteção, sob pena de ser repetidamente condenada pelo tribunal do CETA a pagar uma indemnização ao investidor demandante. (CJEU, 2019, paras. 148 e 149)

A CJEU, ao fim do parecer, ressaltou que o CETA, portanto, deteria cláusulas que privam os tribunais de investimentos do acordo de julgar causas derivadas de escolhas democraticamente realizadas por um Estado parte em matéria de proteção da ordem pública, da segurança pública, da moralidade pública, da saúde e da vida das pessoas e dos animais, da segurança alimentar, das plantas, do ambiente, do bem-estar no trabalho, da segurança dos produtos, dos consumidores ou ainda dos direitos fundamentais. (CJEU, 2019, para. 160)

Foi a partir de tal entendimento que a CJEU considerou que o CETA não prejudicaria a autonomia da ordem jurídica da União.

Ora, tal entendimento na prática veda os tribunais do Sistema de Cortes de Investimento de lidar com a grande maioria das questões que originam conflitos no campo do investimento estrangeiro. Isto porque são as questões de escolhas democráticas dos países, ainda que relativas à interesses públicos, como por exemplo proteção ao meio ambiente, que geram os litígios relativos a eventuais descumprimentos dos acordos de investimento.

Nesse aspecto, ao tolher a possibilidade de os tribunais de investimento dos acordos da UE de lidar com matéria de proteção da ordem pública, da segurança pública, da moralidade pública, da saúde e da vida das pessoas e dos animais, da segurança alimentar, das plantas, do ambiente, do bem-estar no trabalho, da segurança dos produtos, dos consumidores ou ainda dos direitos fundamentais, certamente existe um problema para o funcionamento efetivo do Sistema de Cortes de Investimento e, posteriormente, o estabelecimento de uma Corte Multilateral.

Importante identificar outras questões além daquelas debatidas no Parecer da CJEU 1/17. Nesse sentido, outro possível problema a ser enfrentado pelas cortes permanentes está relacionada à executabilidade do laudo arbitral, seja sob a Convenção de Washington (Convenção do ICSID), seja sob a Convenção de Nova Iorque.

Em relação à Convenção de Washington, ao se analisar as provisões do art. 53, denota-se que estas se referem ao reconhecimento e execução de “laudos arbitrais sob esta Convenção”, o que, para Bungenberg e Reinisch (2020), vincula não somente o formato da decisão “laudo arbitral”, mas também seu atrelamento à regras da Convenção em si, o que impossibilitaria, em tese, que decisões emitidas por uma corte permanente de investimento,

sob estrutura judicial, sejam consideradas laudos arbitrais. Em tese, portanto, uma decisão de uma das cortes do Sistema de Cortes de Investimento da UE, ou de uma Corte Multilateral, não seria executável sob a Convenção de Washington.

Com relação à Convenção de Nova Iorque, o entendimento é mais amplo, uma vez que a redação do artigo I, parágrafo 2 indica que serão entendidos como "laudos arbitrais" não somente os laudos proferidos por árbitros nomeados para cada caso, mas também aqueles emitidos por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam. Sob esse prisma, as cortes do sistema de cortes de investimento da União Europeia poderiam ter suas sentenças reconhecidas e executadas sob a Convenção de Nova Iorque, tendo em vista que qualquer disputa que resulte em uma sentença nessas cortes pressupõe que ambas as partes, reclamante e reclamado, se submeteram ao processo de decisão em si.

De toda forma, a grande questão a ser enfrentada no Sistema de Cortes de Investimentos da UE é entender se a decisão é considerada uma decisão judicial de um tribunal de justiça ou um laudo arbitral (GOLDHABER, 2016).

De fato, existem duas vertentes de análise, mas nenhuma delas chega a uma solução conclusiva. A primeira considera que o modelo de corte permanente de investimentos previsto nos acordos da UE seria um tribunal arbitral, de acordo com os seguintes pressupostos:

- a) tanto no CETA como no acordo com o Vietnã não há menção à palavra "corte";
- b) as regras de arbitragem da UNCITRAL e do ICSID são referenciadas como aplicáveis aos procedimentos das cortes;
- c) o consentimento do reclamado pode ser satisfeito pelas regras do art. II da Convenção de Nova Iorque;
- d) as regras de transparência da UNCITRAL que se aplicam às arbitragens são aplicáveis também às cortes da UE;
- e) inexistente uma estrutura fixa de corte ou tribunal e, da mesma forma, inexistente um secretariado permanente (KAUFFMAN-KOHLER; POTESÀ, 2016, p. 34-35).

A segunda vertente identifica vários aspectos que suportam a conclusão de que o modelo de cortes de investimentos da UE é, de fato, uma corte judicial, particularmente porque os mecanismos de resolução de conflitos sob tais tratados (TTIP, CETA, UE-Vietnã e UE-Singapura) possuem características típicas de uma corte, como:

- a) as partes disputantes não têm participação na escolha dos indivíduos que compõem os painéis;

b) o tribunal, em si, é composto por membros titulares apontados pelos Estados partes do tratado para atuarem por um período específico, sendo os casos designados de forma aleatória (INVESTMENT..., 2016, p.100).

Em resumo, não é possível chegar a uma conclusão definitiva sobre o *status* da Corte de Investimentos – se ela é, de fato uma corte judicial ou um tribunal arbitral – e, conseqüentemente, qual seria a natureza das suas decisões, se judicial ou arbitral. Não obstante, para boa parte da doutrina, isto não se revelará um empecilho para a execução das decisões da corte de investimentos do modelo europeu sob a Convenção de Nova Iorque, tendo em vista a própria disposição do seu artigo I, parágrafo 2, que a consideraria, de forma análoga à corte de investimento, como um tipo de arbitragem, até porque, conforme arguem Kauffman-Kohler e Potestà (2016), as decisões de tribunais como o do Irã-EUA foram reconhecidas e executadas sob essa mesma convenção.

Por outro lado, essa falta de clareza sobre o *status* da corte – se ela é considerada uma corte judicial ou um tribunal arbitral –, pode ser um empecilho para a execução das sentenças sob a Convenção da ICSID. Isso porque a ausência de uma disposição de regra mais flexível, seja em relação à forma de composição arbitral, ou em relação à ausência de possibilidade de apelação do laudo emitido, impossibilita que as decisões da Corte de Investimentos sejam consideradas laudos arbitrais e, portanto, executáveis sob a Convenção do ICSID – a não ser que haja uma emenda no próprio texto da Convenção ICSID ou se realize um acordo de execução à parte, que vinculará apenas as partes signatárias (BENEDETTI, 2019).

Cumprindo ainda refletir que a convenção do ICSID só é aplicável aos seus próprios membros. Desta forma, ainda que a maioria dos membros da UE seja signatária, caso um contencioso seja protocolado diretamente contra o bloco, a execução pelo ICSID seria, em tese, inviável.

Além disso, conforme Titi (2017), as cláusulas das convenções não garantiriam o reconhecimento, nem a execução das decisões aos membros que não fossem parte dos acordos bilaterais, por um simples motivo: terceiras partes ou demais partes da Convenção de Nova York ou da Convenção ICSID não serão partes do acordo da UE e, portanto, não poderão ser vinculadas por suas disposições de execução da sentença, o que pode se tornar um empecilho à eficácia do Sistema de Cortes de Investimento.

Por fim, um dos problemas apontados para a estratégia do Sistema de Cortes Permanentes e da agenda de implementação de uma Corte Multilateral é justamente em relação ao convencimento dos demais Estados a sair da atual estrutura e adentrar em uma

estrutura que pode representar pouca inovação para a solução de conflitos em investimentos (VAN HARTEN, 2015).

Inclusive, é interessante notar a existência de diversas críticas ao modelo europeu, o que pode influir negativamente no referido processo de convencimento, podendo-se citar:

- a) a repolitização da ISDS, por alçar a um tribunal internacional questões que na arbitragem ficavam mais restritas às partes;
- b) a mentalidade pró-investidor estrangeiro da corte, uma vez que apenas o investidor estrangeiro poderá acionar o Estado e não o contrário; e
- c) uma perda em relação à eficiência e aos custos do procedimento, tendo em vista que estes se tornarão mais longos com uma segunda instância (BENEDETTI, 2019; VAN HARTEN, 2015; TITI, 2017).

É importante, por fim, indicar que a própria estratégia perseguida inicialmente pela UE para a implementação da futura corte multilateral é um problema em si, uma vez que depende da multiplicação de acordos de investimentos com cláusulas ISDS que contemplem o formato proposto pelo referido bloco, o que muitas vezes incorre em negociações extensas, as quais nem sempre resultam na adoção do sistema de cortes proposto.

Neste sentido, um eventual problema de consistência pode ocorrer “intercortes”, tendo em vista que o funcionamento de várias cortes multilaterais poderia conduzir a uma nova fragmentação, através da multiplicidade institucionalizada dos procedimentos de solução de controvérsias (TITI, 2017). O ideal, portanto, seria construir uma corte multilateral desde sua concepção, com regras de interação com as demais cortes bilaterais e atribuindo poderes ao comitê de membros para que, à medida que o acordo multilateral fosse integrando mais membros, ele passasse a aumentar o número de juízes (TITI, 2017).

Uma vez que este não foi o caminho escolhido pela UE, cumpre rememorar que, até o momento, apenas três acordos que contêm as previsões para o funcionamento das cortes permanentes de investimento estão ratificados: os firmados com Canadá, Singapura e Vietnã.

Por isso, existe uma certa necessidade de adoção do modelo europeu do Sistema de Cortes de Investimentos, com cláusulas de multilateralização por um número mais robusto de países, como forma de conseguir colocá-lo como uma alternativa real ao atual modelo ISDS.

4.6 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Neste capítulo foi possível perceber que a UE não participava de negociações de tratados de investimento até o Tratado de Lisboa de 2009, o qual modificou a competência do

bloco e conferiu-lhe poderes para negociar acordos que regulassem a proteção do investimento, sendo este considerado na forma de investimento estrangeiro direto e afins.

Tanto é que, até 2009, os acordos que versavam sobre investimentos eram negociados no formato de BITs, diretamente pelos países que integram a UE, em conjunto com seus parceiros comerciais. Não por acaso, a representatividade dos países europeus nos mais de três mil BITs vigentes é bem relevante.

De toda forma, ao assumir a liderança nas negociações de novos acordos e tratados sobre a proteção ao investimento, a UE herdou também todo um debate corrente em relação às próprias reformas necessárias para endereçar os defeitos não somente da redação dos IIAs, de forma geral, mas particularmente para uma solução das controvérsias no investimento. Neste último caso, pelas consultas públicas realizadas à época da negociação do TTIP, tornou-se explícito o anseio geral por mudanças no sistema vigente.

É justamente por isso que as iniciativas seguintes da UE dedicaram-se a desenvolver um modelo de solução de controvérsias que solucionasse os defeitos da arbitragem *ad hoc* até então em vigor na ISDS, cujas características foram exploradas no primeiro e segundo capítulos desta tese. Exatamente de acordo com esta percepção, foi desenvolvida uma estratégia em duas etapas, sendo a primeira a constituição de Cortes Bilaterais Permanentes nos acordos firmados pela UE, que integram o que é denominado pela própria Comissão do bloco de um Sistema de Cortes de Investimentos; e, em uma segunda etapa, a consolidação desse sistema em uma Corte Multilateral.

Dentre as principais características do Sistema de Cortes de Investimento da UE pode-se destacar:

- a) em relação à sua composição – cortes permanentes de dupla instância, de estrutura quase-judicial, com adjudicadores detentores de mandatos por tempo definido (ao invés de indicação pontual ou *ad hoc*), que são indicados em função de sua qualificação, particularmente em direito internacional do investimento e em matéria de resolução de disputas. Não obstante, não houve maiores avanços em relação a regras para garantir maior diversidade (geográfica, de gênero, raça etc.) na composição do tribunal;
- b) em relação aos padrões éticos dos adjudicadores – todos os acordos dispõem de um código de conduta que preceitua pela independência e imparcialidade dos julgadores e estabelece a possibilidade de processos de sua suspeição;
- c) em relação às regras procedimentais – nota-se o estabelecimento de mecanismos destinados a evitar que a causa seja perseguida em múltiplos foros, bem como a

implementação de um cronograma padrão para a conclusão do processo na primeira e segunda instâncias (o que tenta melhorar a previsibilidade e segurança jurídica dos processos) e, ainda, a possibilidade de consolidação de disputas paralelas;

- d) em relação à atuação de terceiras partes interessadas – a possibilidade de atuação ativa de terceiras partes interessadas, inclusive na figura de *amicus curiae*, com acesso a documentos do processo, participação em audiências e protocolo de manifestações e documentos, avançando além das regras de transparência da UNCITRAL;
- e) em relação ao duplo grau de jurisdição – o estabelecimento em si de uma Corte de Apelação já é um avanço para além do atual formato de ISDS permeado na maioria dos IIAs. Sendo possível, nesta instância recursal, não somente rever o laudo arbitral de primeira instância com base nos pressupostos de um processo de anulação tal qual previsto na Convenção da ICSID, como também corrigir erros de direito ou de apreciação dos fatos tomados como base para a decisão;
- f) em relação aos custos do processo – estabelecimento de regras mais claras sobre a divisão dos custos do processo, incluindo-se no cálculo os custos com os representantes legais de ambas as partes, e primazia pela regra do perdedor paga, sendo tal alocação realizada de forma proporcional aos argumentos vencidos no processo;
- g) em relação à execução dos laudos – estes serão cumpridos de forma espontânea pela parte perdedora, ou executados mediante processo de reconhecimento e execução de laudos da Convenção de Washington e Convenção de Nova Iorque.

Cumprir destacar que não se pode avaliar eventuais diferenças entre o Sistema de Cortes de Investimentos da UE e a proposta de Corte Multilateral, tendo em vista que esta ainda orbita no campo das intenções. Entretanto, é possível afirmar que uma eventual Corte Multilateral poderia se basear na estrutura e características do referido sistema, tendo como primeiro diferencial o seu aspecto multilateral.

De toda forma, cabe algumas ressalvas em relação à proposta do Sistema de Cortes de Investimento da UE, particularmente em relação ao fato de o modelo de reforma continuar se baseando no ordenamento jurídico existente de ISDS (fundamentado na arbitragem

comercial) para desenvolver as suas proposições e mecanismos delas decorrentes (TITI, 2017)²³⁴.

Além disso, conforme exposto neste capítulo, é possível identificar alguns problemas para a implementação do Sistema de Cortes de Investimento, como, por exemplo, a sua relação com o Direito Europeu, possíveis dificuldades na execução dos seus laudos pela Convenção de Nova Iorque ou de Washington, ou mesmo a dificuldade em se multilateralizar.

Particularmente, no que diz respeito a relação do Sistema de Cortes de Investimento com o Direito Europeu ou Direito interno dos Estados partes da UE, a posição emanada pela CJEU no parecer 1/17 ameaça a própria efetividade dos tribunais de investimento. Isto porque a CJEU entendeu que os tribunais de investimento até estariam em conformidade o ordenamento jurídico europeu, sob a premissa de não ter competência para decidir questões relacionadas a proteção da ordem pública, da segurança pública, da moralidade pública, da saúde e da vida das pessoas e dos animais, da segurança alimentar, das plantas, do ambiente, do bem-estar no trabalho, da segurança dos produtos, dos consumidores ou ainda dos direitos fundamentais.

Tal entendimento da CJEU, no entanto, praticamente exclui da apreciação do Sistema de Cortes de Investimento as principais causas de reclamação dos investidores em relação as tomadas de decisões dos Estados que teoricamente desrespeitam a proteção prevista nos acordos de investimento.

O debate sobre a extensão da competência dos tribunais de investimentos do Sistema de Cortes de Investimento ainda está em aberto, tendo em vista que o parecer da CJEU analisou os tribunais previstos no CETA, enquanto que outros acordos como os assinados com o Vietnã e Singapura ainda podem reviver esta discussão.

De toda forma, pode-se afirmar que o Sistema de Cortes de Investimento representa uma proposta de mudança institucional importante, e, na acepção explorada no capítulo 2, denota-se não somente reformas incrementais relevantes, em termos de aspectos processuais e de transparência, mas também uma reforma sistemática significativa, como rompimento da lógica de tribunais arbitrais *ad hoc* na ISDS corrente, para um modelo de cortes permanentes, sem a influência direta das partes do conflito na indicação dos adjudicadores, conforme pode ser vislumbrado no Anexo B.

²³⁴ A autora cita, por exemplo, que tomar emprestadas algumas das regras ISDS existentes, tal como a referência que é feita à possibilidade de utilização das regras do ICSID, é um dos fatores mais preocupantes (TITI, 2017).

Um passo posterior, que conduzisse para o estabelecimento de uma Corte Multilateral, seria não apenas a consolidação da estratégia europeia, mas principalmente uma evolução sistemática ainda maior em relação ao sistema vigente, o que, idealmente, poderia trazer maior consistência e legitimidade às soluções de controvérsias no investimento.

Nesse aspecto, a iniciativa em si da UE em propor um novo modelo e dedicar-se a negociá-lo em seus novos acordos de investimento é uma estratégia baseada na sua influência regulatória em temas relativos ao acesso ao seu capital e, particularmente, ao seu mercado consumidor, semelhante ao “Efeito Bruxelas”.

Então percebe-se que não somente a UE adotou a agenda de reformas de forma unilateral e antecipada, como vem convencendo alguns de seus parceiros comerciais a aderirem à tal perspectiva.

Ocorre que, conforme já ressaltado, tanto a consolidação do Sistema de Cortes de Investimento como da Corte Multilateral dependem estritamente de uma maior aderência dos parceiros comerciais europeus, tendo em vista que apenas três acordos com essas disposições estão vigentes.

Não por menos, a UE, depois de certa resistência, concordou em transferir o debate envolvido nas reformas ao atual sistema e eventual adoção de uma corte multilateral para uma arena mais plural, que é a UNCITRAL, por meio de um grupo de trabalho criado especificamente para discutir os problemas identificados e desenhar propostas de reformas à ISDS.

No próximo capítulo, vislumbra-se, no âmbito do WG III da UNCITRAL, os avanços obtidos com o desenvolvimento do debate para indicar, de forma mais precisa, a influência do modelo europeu nessa agenda de reforma. Nesse sentido, todas as características resumidas acima podem servir de parâmetro para comparações com as propostas de reformas discutidas no âmbito do WG III, como forma de avaliar de que modo a proposta europeia vem sendo aceita ou não para uma possível reforma multilateral da ISDS.

5 A EVOLUÇÃO DO DEBATE NO WGIII

Conforme detalhado no capítulo anterior, o Conselho da UE autorizou que a sua Comissão negociasse, no âmbito da UNCITRAL, uma convenção para o estabelecimento de um tribunal multilateral para a solução de controvérsias sobre investimentos, como um meio de reformar o atual modelo ISDS.

Com base nessa autorização, a Comissão, em conjunto com os representantes da Áustria, Finlândia, Holanda e Reino Unido, apresentou manifestações, que foram consideradas na 50ª reunião da UNCITRAL, em julho de 2017 (UNCITRAL, 2017a). O intuito era que fosse estabelecido um grupo de trabalho com mandato para estudar, discutir e negociar um acordo de uma corte multilateral de investimentos. O pleito foi aprovado, criando-se o Grupo de Trabalho III (em inglês, Working Group III, ou simplesmente WG III) da UNCITRAL. Ressalte-se, novamente, que a sigla em inglês referente ao grupo de trabalho será adotada nesta tese.

Nesse sentido, a partir da criação do WG III, a UNCITRAL se transformou na principal área de atuação da UE em seu objetivo de estabelecer uma reforma sistêmica ao ISDS.

Cumprido destacar que a criação do WG III foi fruto de um movimento da UNCITRAL junto à UE para que esta não tentasse liderar sozinha um movimento de reforma do modelo ISDS (ROBERTS, 2018). Não obstante, tal iniciativa teve uma resistência inicial dos demais membros da UNCITRAL, sob o argumento de que se tratava de uma tentativa de desmantelamento da ISDS e não de uma reforma propriamente dita (ROBERTS, 2018).

Além disso, a eleição da UNCITRAL como fórum de processo de eventuais reformas causou a impressão, aos seus membros, de que a comissão já estaria se inclinando à criação de um sistema multilateral de solução de controvérsias (seja por uma corte multilateral, ou mesmo em relação à adoção de um órgão de apelação), sendo que todas essas questões devem ser submetidas à forma de votação consensual, conforme será melhor detalhado. Dessa forma, além das proposições da UE, outros posicionamentos sobre eventual reforma do atual sistema de ISDS também foram apresentados pelos demais membros da UNCITRAL.

Este capítulo, portanto, inicia-se com uma análise estrutural da criação dos grupos de trabalho na UNCITRAL, do seu processo de tomada de decisão. Em seguida, será avaliada de que modo a discussão sobre a reforma da ISDS ocorreu, para, por fim, responder à questão inicial deste trabalho – se existe uma possibilidade de reforma da ISDS – e comprovar, ou não, a tese de que tal reforma está atrelada à proposta ou modelo europeu.

5.1 FORMA DE FUNCIONAMENTO E ESTABELECIMENTO DO WG III

Para entender o estabelecimento do mandato e a forma de funcionamento de um grupo de trabalho na UNCITRAL, é necessário antes compreender a estrutura de desenvolvimento desta última. A partir dessa compreensão, será possível identificar a base legal para a criação dos WGs e entender as regras de procedimento em relação à sua organização interna, tanto no que diz respeito à realização de reuniões como também em relação à proposição, ao debate, deliberação, encaminhamento e criação de novos “direitos” (vinculantes ou não).

5.1.1 Estabelecimento da UNCITRAL e criação dos Grupos de Trabalho

De acordo com o *site* da UNCITRAL (2021b), a entidade foi estabelecida pela Resolução 2205(XXI) da Assembleia Geral em 17 de dezembro de 1966, como um órgão subsidiário com o mandato de ampliar a harmonização progressiva e a unificação do Direito do Comércio Internacional, conforme permitido pelo art. 22 da Carta das Nações Unidas²³⁵ (ONU, 2021).

Desde então, a UNCITRAL preparou uma ampla gama de “convenções, leis modelo (*model law*) e outros instrumentos que tratam do direito substantivo que rege as transações comerciais ou outros aspectos do direito comercial que têm impacto no comércio internacional”²³⁶.

Em sua origem, a composição da UNCITRAL (doravante também referida como Comissão) seguiu os parâmetros de outros órgãos subsidiários da Assembleia Geral, sendo constituída por um número limitado de Estados, em que foram incluídos 29, como forma de facilitar a deliberação.

No entanto, como forma de ampliar a sua representatividade, tanto em termos geográficos como em termos de sistemas jurídicos e econômicos, e ainda aumentar a presença de PEDs, o número de membros foi ampliado para 36 Estados em 1973, e 60 Estados, em

²³⁵ Art. 22 da Carta das Nações Unidas: “[t]he General Assembly may establish such subsidiary organs as it deems necessary for the performance of its functions.” (ONU, 2021).

²³⁶ Disponível em: https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate_composition/history. Acesso em: 21 fev. 2021.

2004. Tal composição se mantém até os dias atuais, sendo os membros da Comissão eleitos a cada três anos, para mandatos de seis anos²³⁷.

Importa destacar que a Assembleia Geral não criou regras de procedimento para a UNCITRAL na oportunidade do seu estabelecimento, de forma que, diante dessa carência, convencionou-se, já na primeira sessão da Comissão, que as normas de execução dos comitês da Assembleia, bem como a regras 60²³⁸ das Regras de Procedimento da Assembleia Geral poderia ser aplicadas *mutatis mutandis* para a Comissão (UNCITRAL, 2007, para. 9).

Em relação à possibilidade de a Comissão criar grupos de trabalho (também referidos como *working groups* ou simplesmente WG), houve o entendimento de que ela poderia se utilizar subsidiariamente da Regra 96 das Regras de Procedimento da Assembleia Geral, na qual se prevê que “*The General Assembly may establish such committees as it deems necessary for the performance of its functions*” (UNCITRAL, 2007). Em outras palavras, esta interpretação permitiu que a Comissão criasse grupos de trabalho de tamanho limitado, com o propósito de facilitar suas atividades.

Inclusive, as próprias regras de procedimento da Assembleia Geral, em suas notas de rodapé, fazem menção à formalização de tais grupos, indicando que estes poderiam ser constituídos por representantes das delegações com mais interesse aos itens que se queira discutir, bem como representantes com maior *expertise* nesses temas (UNCITRAL, 2007, para. 11).

As reuniões dos grupos de trabalho poderiam tomar um formato público ou privado, com a função principal de que as partes interessadas facilitassem eventuais acordos ou soluções de compromisso, além de preparar projetos de resolução ou formular soluções alternativas, sempre se colocando à disposição da comissão para prestar esclarecimentos de suas proposições (UNCITRAL, 2007).

Destaca-se que a Comissão estabeleceu seu primeiro grupo de trabalho já na sua primeira sessão, cuja participação estava restrita apenas a Estados membros ou Estados observadores (UNCITRAL, 2007). Estava a cargo desses representantes examinar as propostas dos Governos, relatórios e estudos recebidos, considerar os progressos realizados

²³⁷ Disponível em: https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate_composition/history. Acesso em: 21 fev. 2021.

²³⁸ *General principles*

Rule 60

The meetings of the General Assembly and its Main Committees shall be held in public unless the organ concerned decides that exceptional circumstances require that the meeting be held in private. Meetings of other committees and subcommittees shall also be held in public unless the organ concerned decides otherwise.

no programa de trabalho e, a partir dessa análise, fazer propostas e recomendações à Comissão já para a sua segunda sessão (UNCITRAL, 2007, para. 22).

Já na segunda sessão, a Comissão estabeleceu três WGs para trabalharem nos intervalos das Sessões da Comissão, cuja participação também estava restrita aos membros da UNCITRAL. Contudo, os mandatos foram direcionados a tópicos específicos, quais sejam, venda internacional de mercadorias, prescrição e legislação de embarque internacional (UNCITRAL, 2007).

O padrão adotado pela Comissão aos WGs, nas duas primeiras sessões (ou seja, associação limitada, aberta a outros Estados membros da Comissão e organizações internacionais interessadas, com um mandato específico), foi mantido até à décima segunda sessão, já que, na décima quarta sessão, a Comissão congregou o princípio de que os WGs teriam representatividade igualitária entre os membros, particularmente em relação às diferentes regiões, aos sistemas econômicos e jurídicos, e em relação ao nível de desenvolvimento (UNCITRAL, 2007).

Gradualmente, os WGs foram se ampliando e, desde a décima terceira sessão, a Comissão adotou a política de estabelecê-los com adesão plena (sem restrição de membros). Desde então, uma vez que não houve reconsideração dessa decisão, os atuais seis WGs estão abertos a todos os membros da Comissão. Nos últimos anos, passou-se a considerar que os WGs seriam instituídos para cumprir um mandato específico e, após tal cumprimento, seriam dissolvidos:

Nos primeiros anos, a Comissão definiu o mandato dos seus grupos de trabalho em termos específicos. Nos últimos anos, o mandato foi definido de forma ampla, e uma discricção substantiva foi dada aos grupos de trabalho, no que diz respeito à implementação e interpretação do mandato. Desde os primeiros anos, tem sido prática da Comissão estabelecer um prazo para a conclusão do projeto pelo seu grupo de trabalho, com flexibilidade, com base na opinião prevalecente de que a qualidade não deve ser comprometida pelo estabelecimento de um prazo irrealista. (UNCITRAL, 2007, para. 29, tradução nossa)

Foi nesse contexto que, em julho de 2017, em sua 50ª sessão, a Comissão confiou ao Grupo de Trabalho III (WG III) um amplo mandato para trabalhar na possível reforma do ISDS. Esse grupo teria a tarefa de identificar questões relacionadas ao ISDS, considerar se a reforma é desejável e, em caso afirmativo, desenvolver recomendações e sugestões de textos jurídicos.

Importa ressaltar que, além do WG III, a UNCITRAL é composta de outros cinco grupos de trabalho:

- a) Grupo de Trabalho I – Micro, Pequenas e Médias Empresas
- b) Grupo de Trabalho II – Arbitragem e Conciliação / Solução de Controvérsias
- c) Grupo de Trabalho IV – Comércio eletrônico
- d) Grupo de Trabalho V – Direito da Insolvência
- e) Grupo de Trabalho VI – Venda Judicial de Navios

5.1.2 Regras de procedimento interno dos grupos de trabalho

Desde a criação da UNCITRAL, em 1966, a maior parte da construção legislativa é realizada por meio de processos intergovernamentais, de formas variadas. A primeira é a Sessão Anual da Comissão, na qual se finaliza os textos jurídicos; a segunda são os grupos de trabalho, nos quais esses textos são preparados; e o terceiro são os encontros intergovernamentais, como congressos e colóquios (UNCITRAL, 2019a, para. 4).

Nesse sentido, os textos jurídicos são criados através do processo interno dos WGs, denominados *working process*, com vistas a evitar a captura de temas por interesses específicos ou grupos especializados (UNCITRAL, 2019a).

Tais métodos não são rígidos e se adequam às necessidades das discussões específicas, provendo efetividade e eficiência à UNCITRAL, tendo em vista que o objetivo principal é fornecer um fórum multilateral “para discutir questões relevantes de uma maneira inclusiva e transparente, onde os interesses não apenas dos Estados, mas também de outras partes interessadas poderiam ser considerados” (UNCITRAL, 2019a, para. 5, tradução nossa).

As reuniões da Comissão e dos WGs são realizados usando o tempo de conferência alocado para a UNCITRAL, que é o máximo de 15 semanas por ano, das quais normalmente três são atribuídas à Comissão e 12, aos seis grupos de trabalho²³⁹.

Em relação à alocação de tempo e tópicos, os WGs podem realizar sessões conjuntas se considerarem que os temas a serem discutidos têm ligação, seja para garantir eficiência como também consistência²⁴⁰.

A Comissão ainda acordou pelo maior uso de consultas e encontros informais entre os membros dos WGs, inclusive para redigir minutas de sugestões de textos, como forma de

²³⁹ Em 2003, a Comissão concordou que seus seis grupos de trabalho deveriam normalmente reunir-se para uma sessão de uma semana, duas vezes por ano, e que, se um grupo de trabalho se reunisse por menos do que as duas semanas previstas, o tempo não utilizado poderia ser usado por outro grupo de trabalho. (UNCITRAL, 2019a, para. 7, tradução nossa)

²⁴⁰ “Por exemplo, o Grupo de Trabalho II poderia abordar questões relacionadas à prática de arbitragem para as quais o Grupo de Trabalho III identificou que a reforma é desejável, e não está limitada a ISDS” (A/CN.9/WG.III/WP.158, para. 9, tradução nossa)

otimizar o trabalho, particularmente nas sessões de encontros desses grupos (UNCITRAL, 2019a).

A partir da 56ª Sessão da Assembleia Geral, a Comissão passou a incentivar as “delegações a recorrerem a consultas informais antes das reuniões reais, reservando assim o tempo da conferência apenas para as questões que requerem uma ampla deliberação, tanto formal como informal, no contexto das reuniões da Comissão e do grupo de trabalho” (UNCITRAL, 2019a, para. 11, tradução nossa).

Outra forma de os integrantes dos WGs se encontrarem fora do período estabelecido anualmente seriam as reuniões “interssessionais”, a convite de um governo, sendo a primeira reunião desse tipo realizada pelo WG III na Coreia do Sul, de 29 de outubro a 2 de novembro de 2018. É importante, ainda, ressaltar que a participação em reuniões da UNCITRAL e dos seus WGs não é apoiada financeiramente pela organização, de modo que, em princípio, espera-se que os participantes se autofinanciem (UNCITRAL, 2019a, para. 15).

5.1.3 Regras de procedimento para criação de direito

De acordo com o documento A/CN.9/638/Add.1, que consolida as regras de procedimento da UNCITRAL, a maioria dos textos dessa Comissão é preparada pelo trabalho dos WGs, sendo também possível a participação do Secretário-Geral na preparação de estudos e outros documentos que forem necessários à realização do trabalho da Comissão e de seus WGs (UNCITRAL, 2007).

Até à apresentação de um rascunho final de textos jurídicos à Comissão, o WG trabalha (em seu mandato) sem a interferência desta, a não ser que o próprio WG requeira sua orientação (UNCITRAL, 2007, para. 34): “É comum que a Comissão e seus grupos de trabalho autorizem o Secretariado a recorrer à assistência de especialistas externos em seus trabalhos preparatórios”²⁴¹ (UNCITRAL, 2007, para. 38, tradução nossa).

Desse modo, depois de concluir os trabalhos preparatórios, um grupo de trabalho pode apresentar um projeto de texto sobre um instrumento jurídico (em conjunto com o trabalho preparatório e as suas recomendações) para a consideração da Comissão, em sua sessão anual (UNCITRAL, 2007).

²⁴¹ “A Assembleia Geral, nas suas resoluções 60/20 e 61/32, recordou que a responsabilidade pelo trabalho da Comissão cabe às reuniões da Comissão e dos seus grupos de trabalho intergovernamentais, e sublinhou a este respeito que devem ser prestadas informações sobre as reuniões de peritos, que dão um contributo essencial para o trabalho da Comissão” (UNCITRAL, 2007, para. 38, tradução nossa).

Em relação às questões sobre as quais não tenha havido consenso no âmbito do grupo de trabalho, a discussão poderá ser apreciada pela Comissão, que, por sua vez, poderá tentar o consenso (UNCITRAL, 2007). Por outro lado, proposições legais colocadas à decisão da Comissão e que não tenham sido consideradas como finalizadas, poderão ser novamente direcionadas ao WG, para sua complementação (UNCITRAL, 2007).

Os passos seguintes para a finalização de um documento na Comissão dependem basicamente de sua natureza, pois, se este for não vinculante, ou seja, de mera recomendação (ou *model law*, em inglês), poderá ser finalizado e adotado pela UNCITRAL na sessão anual da Comissão (UNCITRAL, 2007). Em se tratando de textos de natureza não vinculante: “A finalização e adoção ou aprovação de um projeto de texto ocorrem na Comissão, geralmente após a discussão do texto preparado por seu grupo de trabalho ou pela Secretaria, artigo por artigo” (UNCITRAL, 2007, para. 41, tradução nossa).

Caso contrário, quando tiver natureza vinculante, no formato de convenção, o documento deve ter a minuta aprovada pela Comissão na sua sessão anual e deverá ser recomendada a sua apreciação pela Assembleia Geral (UNCITRAL, 2007).

Nestes casos, a Comissão finaliza a sua minuta e a transmite à Assembleia Geral com a recomendação de uma determinada ação:

- a) caso haja alguma questão substantiva, cujo consenso não tenha sido alcançado na fase preparatória do texto no âmbito da Comissão, mas esta esteja confiante de que o consenso poderá ser alcançado no âmbito da Assembleia Geral, a Comissão recomendará que haja uma conferência diplomática de plenipotenciários;
- b) no caso em que não seja necessária uma análise substantiva adicional, a Comissão pode recomendar a adoção de um projeto de convenção pela própria Assembleia Geral (UNCITRAL, 2007, para. 43). Neste último caso, é importante destacar que:

A Assembleia Geral geralmente segue as recomendações da Comissão que lhe são dirigidas. Nas vezes em que nenhuma recomendação específica foi formulada, a Assembleia Geral, na maioria dos casos, em suas resoluções, refletiu as decisões da Comissão. (UNCITRAL, 2007, para. 45, tradução nossa)

Uma vez aprovada uma convenção no âmbito da Assembleia Geral, ela se torna disponível para ser assinada e ratificada pelos Estados membros da ONU (UNCITRAL, 2007). Destaca-se que, quando assinada por um Estado membro, uma convenção não se torna automaticamente vinculante, mas sua assinatura indica seu apoio aos princípios da convenção

e a intenção do país de ratificá-la. Nesse sentido, a convenção torna-se juridicamente vinculante para um determinado Estado apenas quando este a ratifica²⁴².

Para melhor entendimento, pode-se exemplificar o processo de construção jurídica a partir do mandato do próprio WG III, que está no centro de análise deste trabalho:

- a) qualquer reforma do ISDS negociada entre os países, na UNCITRAL, que esteja consensuada, poderá ser levada para adoção pela Assembleia Geral da ONU no formato de convenção;
- b) no caso de dissenso em algum ponto específico, a proposta poderá ser discutida por uma conferência diplomática convocada pela Assembleia Geral e, posteriormente, o tema será colocado em votação na própria assembleia, para adoção da redação final na forma de Convenção;
- c) de toda forma, qualquer reforma adotada pela ONU a respeito do ISDS somente será vinculante para um determinado Estado, ainda que este tenha sido favorável ao texto na reunião da Assembleia Geral, quando este ratificar a referida convenção.

Todavia, é importante ressaltar que o processo de deliberações do WG III não vem sendo regido por meio de um padrão de gerenciamento exclusivo dos Estados, uma vez que a academia vem participando ativamente das discussões, e o mandato atribuído ao WG III determina que seu trabalho não seja realizado com base em meras percepções, mas em fatos (LANGFORD *et al.*, 2020).

Tal formato de mandato abriu espaço para que “as partes interessadas, sejam da academia, da sociedade civil, profissionais e organizações de investidores, desempenhem um papel importante no fornecimento de evidências” (LANGFORD *et al.*, 2020, p. 178, tradução nossa).

Tanto que, nesse contexto, o Centro de Resolução de Controvérsias Internacionais de Genebra (CIDS) facilitou a criação de um “Fórum Acadêmico sobre ISDS” em 2018. O seu intuito foi facilitar o envolvimento de acadêmicos no processo, a fim de trocarem pontos de vista, explorarem questões e opções, testarem ideias e soluções, e assim contribuírem de forma construtiva e fundamentada para o WG III, o que vem sendo realizado desde então (LANGFORD *et al.*, 2020).

Uma vez entendida a sistemática de funcionamento da UNCITRAL e dos seus WGs, cabe particularmente analisar a evolução dos trabalhos do WG III.

²⁴²Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/convinfaq.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

5.2 DELIBERAÇÕES DAS SESSÕES (REUNIÕES)

Conforme explicado na seção anterior, as reuniões do WG III ocorrem de forma periódica e têm funcionado de maneira a consolidar as visões dos membros, das terceiras partes interessadas, e de aprofundar o debate, bem como indicar quais diretrizes e próximos passos devem ser estabelecidos.

Nesse sentido, a análise das atas de reuniões revela de que forma os temas de interesse para a reforma da ISDS foram debatidos, além de mostrarem de que forma estes foram “filtrados” ou “afunilados” de acordo com a preferência dos debatedores. As reuniões serviram para selecionar os temas e destilar neles as questões de maior interesse ou de maior questionamento para seus participantes, de forma que os eventuais modelos de propostas de reforma da ISDS estejam voltados a questões entendidas como cruciais pelos membros.

Uma vez que o foco é acompanhar justamente a evolução do debate sobre a reforma do atual modelo de ISDS, a análise das sessões se atentará mais a estas questões, deixando de se aprofundar em eventuais questões formais.

Não obstante, é interessante notar que o formato das reuniões cumpriu, na maioria dos casos, o seguinte roteiro: 1. Abertura da sessão. 2. Eleição ou manutenção dos dirigentes. 3. Adoção da agenda. 4. Debate sobre temas de reforma da ISDS. 5. Adoção do relatório da reunião.

Por fim, cumpre ressaltar que esta análise foi realizada em função dos relatórios oficiais das reuniões do WG III, e que nestes não constam, de forma específica, quais representantes de países se manifestaram sobre os temas no decorrer da reunião, apenas se resume o que foi arguido, discutido ou consensuado, o que será replicado na presente análise. Neste sentido, cabe destacar que o posicionamento de cada um dos membros da UNCITRAL em relação à reforma da ISDS é refletido em manifestações individuais, que serão analisadas na próxima seção. Os relatórios analisados são resumidos e identificados pela UNCITRAL da seguinte forma:

34ª Sessão – A/CN.9/930

35ª Sessão – A/CN.9/935

36ª Sessão – A/CN.9/964

37ª Sessão – A/CN.9/970

38ª Sessão – A/CN.9/1004

39ª Sessão – A/CN.9/1044

40ª Sessão – A/CN.9/1050

Eles foram utilizados como referência direta para a elaboração dos resumos das reuniões, tal como disponibilizados nas subseções a seguir.

5.2.1 34ª Sessão (Viena) – 27 novembro a 1 de dezembro de 2017

Os relatos da 34ª sessão do WG III foram descritos no documento A/CN.9/930, o qual foi utilizado como referência para resumir os temas debatidos nesta subseção.

A 34ª reunião iniciou o debate das propostas de reforma recapitulando que o mandato do WG deveria focar em aspectos procedimentais e não em cláusulas de direitos substanciais, e que os estágios de debates e propostas de reforma ocorreriam em sequência e de forma gradual (UNCITRAL, 2017b). Reforça-se que o objetivo do WG III seria endereçar as principais preocupações sobre a ISDS, e não todas as preocupações, e que o processo deveria ser liderado pelos governos com a contribuição de organizações observadoras (UNCITRAL, 2017b).

Ademais, ainda nas considerações iniciais do debate, houve consenso dos membros no sentido de que o WG III focasse inicialmente nas ISDS sob tratados internacionais de investimento, mas que eventualmente fosse vislumbrado também o ISDS originário de contratos de investimentos e outros tipos (UNCITRAL, 2017b). Inclusive, foi ressaltado que o trabalho do WG III teria foco na arbitragem em investimento ao invés de em outras formas de resolução de conflitos, como, por exemplo, a mediação ou a conciliação (UNCITRAL, 2017b).

A partir daí, passou-se a discutir questões próprias do processo arbitral e os seus resultados. A primeira preocupação abordada relacionou-se à duração e ao custo do procedimento arbitral. No que diz respeito à sua duração, os membros do WG III ressaltaram que, em comparação a outros meios de resolução de controvérsias, a arbitragem em investimento não atendia a uma das suas principais bandeiras, que seria a resolução rápida dos conflitos²⁴³ (UNCITRAL, 2017b).

²⁴³ Alguns itens foram vislumbrados como contribuintes para a duração e custo do sistema: complexidade dos casos; os tratados que baseiam o ISDS; alto volume de evidências; qualidade dos registros dos fatos; condução dos procedimentos; gerenciamento ineficiente do caso; a necessidade de tempo para os Estados apresentarem a sua melhor defesa; a necessidade de tradução dos documentos em inúmeras línguas. Atenção especial se deu ao estágio pós-audiência oral e à emissão do laudo, por ser bastante demorado.

Já em relação aos custos, discutiu-se tanto as questões da sua alocação²⁴⁴, da sua segurança²⁴⁵, bem como do financiamento das reclamações dos investidores por terceiras partes (UNCITRAL, 2017b).

Os Estados ainda indicaram que nem sempre as custas são consideradas nos laudos arbitrais; que falta o estabelecimento de regras mais claras sobre a própria alocação de custos, uma vez que os Estados têm dificuldade de recuperá-los quando bem-sucedidos em suas defesas; e que o financiamento por terceiras partes causa um desbalanço sistêmico (UNCITRAL, 2017b).

Em particular, foi chamada a atenção para a necessidade de considerar as questões de duração e custos no contexto mais amplo de:

- a) inovações nas regras de arbitragem e tratados de investimento (como a dispensa antecipada de reivindicações frívolas e sem mérito, objeções preliminares, garantia de custos);
- b) a necessidade de assegurar a correção das decisões; e
- c) aumentar a previsibilidade das decisões, reduzindo envios desnecessários (UNCITRAL, 2017b, para. 59).

A segunda preocupação discutida foi em relação à transparência no procedimento, sendo esta caracterizada como “um elemento fundamental do Estado de Direito e do acesso à justiça, tal qual da legitimidade do sistema ISDS” (UNCITRAL, 2017b, para.80, tradução nossa). Comentou-se que o aumento da transparência também cabia a cada Estado, e que este deveria considerar o tema, ao negociar tratados de investimento ou como Estado demandado em um caso específico (UNCITRAL, 2017b, para. 85).

Nesse sentido, foram identificadas duas áreas potenciais de aumento de transparência nos procedimentos arbitrais:

- a) implementação e promoção dos padrões de transparência, incluindo a preparação de instrumentos de *soft law* que poderiam encorajar as partes e tribunais a aplicarem tais padrões quando não expressamente proibidos por tratado ou outra lei aplicável ou regras de arbitragem;

²⁴⁴ Em relação ao problema da alocação dos custos do processo, registrou-se a tendência da regra de que este deve refletir o sucesso das partes no processo (UNCITRAL, 2017b).

²⁴⁵ Aqui se repassou ao WG III a preocupação com a possibilidade de manobras das empresas, dentro de sua estrutura organizacional, para impedir que os Estados recuperem as custas despendidas (UNCITRAL, 2017b).

b) aprimoramento do entendimento público da ISDS por meio do mecanismo de transparência já em vigor²⁴⁶ (UNCITRAL, 2017b).

O terceiro problema identificado foi a falta de consistência e coerência no ISDS. No debate, “observou-se que um sistema coerente garantiria que seus componentes estivessem logicamente relacionados, sem contradições, e que um sistema consistente garantiria que situações idênticas ou semelhantes fossem tratadas da mesma maneira” (UNCITRAL, 2017c, para. 10, tradução nossa).

Importa destacar que se reconheceu, no debate, que dois dos principais motivos para a falta de consistência e previsibilidade no resultado das arbitragens do ISDS seriam a natureza fragmentada dos tratados de investimento subjacentes, bem como a própria natureza *ad hoc* da arbitragem (UNCITRAL, 2017c). Por outro lado, sopesou-se que a falta de coerência decorre da fragmentação do sistema e pela multiplicidade de BITs, o que, na realidade, perfaz a própria vontade soberana do Estado; e que esses BITs refletem as escolhas estratégicas dos Estados na regulação da proteção ao investimento (UNCITRAL, 2017c).

De toda forma, os membros manifestaram ciência de que o simples fato de um tribunal estar defronte a situação similar a um caso já julgado não significa que este deva necessariamente julgá-lo de forma idêntica ao anterior (UNCITRAL, 2017c). Ressaltou-se, ainda, que o Estado tem papel fundamental na busca pela consistência e coerência desde o momento das negociações dos tratados, procurando estabelecer uma linguagem clara na proteção substantiva ao investimento, perpassando pela instrução que o Estado dá ao seu representante legal em uma disputa e, por fim, no estabelecimento (no âmbito do tratado) de interpretações oficiais das disposições legais do tratado (UNCITRAL, 2017c).

Diante dos debates, os Estados sugeriram ao WG trabalhar com possíveis desenhos de sistema hierárquico, seja um órgão de apelação, um tribunal de investimentos ou um mecanismo interpretativo, por meio do qual os tribunais pudessem encaminhar questões aos parceiros do tratado antes da emissão de laudos arbitrais, como forma de aprimorar a coerência e consistência do sistema (UNCITRAL, 2017c).

5.2.2 35ª Sessão (Nova Iorque) de 23 de abril de 2018 a 27 de abril de 2018

Os relatos da 35ª sessão do WG III foram descritos no documento A/CN.9/935, o qual foi utilizado como referência para resumir os temas debatidos nesta subseção.

²⁴⁶ Foi destacado que aumentar a compreensão do público sobre o ISDS era fundamental para abordar a percepção da falta de legitimidade do sistema (UNCITRAL, 2017b).

A 35ª sessão deu continuidade às deliberações na identificação de preocupações no campo do ISDS. Os representantes dos Estados reiteraram sua preocupação com a falta de *accountability*, transparência, consistência e coerência, bem como de um mecanismo de revisão ou de dispensa reclamações frívolas (UNCITRAL, 2018). Questões discutidas na sessão anterior, como custo e duração, também foram reiteradas (UNCITRAL, 2018).

Foram lembrados os movimentos de reforma das regras da UNCITRAL para aumentar a transparência; bem como a sua adoção pela convenção de Maurício, indicando-se a viabilidade de uma reforma fragmentada no ISDS (UNCITRAL, 2018). Outro ponto de destaque foram os movimentos de reforma promovidos pelos próprios Estados (UNCITRAL, 2018).

Não obstante, a sessão se imbuíu em discutir três temas em particular:

- a) os resultados das arbitragens;
- b) árbitros e tomadores de decisão;
- c) percepção dos Estados, investidores e amplo público (UNCITRAL, 2018).

Em relação aos resultados das arbitragens, as considerações se iniciaram a partir da ressalva de que o simples fato de um tratado ser interpretado diferentemente em decisões distintas, não indica necessariamente haver uma inconsistência (UNCITRAL, 2018). Esta é considerada quando um mesmo padrão de tratado é interpretado diferentemente na ausência de uma base justificável para tal diferenciação. Neste sentido, o WG III acordou em considerar apenas a prevalência e impacto das decisões injustificadamente inconsistentes (UNCITRAL, 2018).

Por outro lado, algumas opiniões dissonantes questionaram a prevalência de inconsistências injustificadas, uma vez que alguns estudos haviam demonstrado a sua baixa incidência (A/CN.9/935). Os exemplos fornecidos dizem respeito à interpretação da cláusula MFN e ao escopo e aplicação da *umbrella clause* (UNCITRAL, 2018).

Em relação às inconsistências injustificáveis, listou-se três possíveis impactos: o primeiro é o fato de que as decisões injustificáveis causam descrédito ao próprio sistema; segundo, a falta de clareza nas decisões torna mais difícil a tarefa dos Estados de entenderem como agir para se manterem em cumprimento aos acordos leva a desafios na implementação de novas regulações, bem como contribui para o esfriamento regulatório; em terceiro lugar, a previsibilidade é importante também para o investidor, e a sua ausência termina inibindo o próprio investimento (UNCITRAL, 2018).

Já em relação aos mecanismos de revisão, o WG destacou que a possibilidade atual de revisão se dá apenas em procedimentos de execução em tribunais locais ou em

procedimentos de anulação no âmbito do ICSID (UNCITRAL, 2018). Além de o escopo desses mecanismos ser considerado estrito, a sua sistemática prejudica a criação de jurisprudência. Nesse sentido, “na ausência de um mecanismo de apelação, decisões incorretas não poderiam ser revogadas, de forma que os mecanismos de revisão existentes não poderiam garantir a justiça jurídica” (UNCITRAL, 2018, para. 40, tradução nossa).

Na análise sobre os árbitros e tomadores de decisões, os membros do WG consideraram que a garantia da independência e imparcialidade dos árbitros são cruciais para a legitimidade do ISDS (UNCITRAL, 2018).

Neste sentido, reforçou-se que a garantia da independência e imparcialidade dos árbitros se inicia no próprio processo de sua escolha, sendo indicado que sua nomeação pelas partes é uma das falhas apontadas à próprio ISDS (UNCITRAL, 2018). Como exemplo, diz-se que as escolhas dos árbitros pelos Estados levariam em consideração as suas decisões “pró-Estado” em casos anteriores, e que a mesma lógica se aplicaria ao investidor, restando uma polarização repetitiva, em que se deixava ao presidente do tribunal a prerrogativa de decidir, de fato, a contenda (UNCITRAL, 2018).

Vozes dissonantes e defensoras do atual modelo ponderaram que essas críticas eram realizadas pelas partes derrotadas, o que contribuiria para uma imagem de árbitros tendenciosos, e que as mesmas críticas não eram direcionadas quando a disputa ocorria entre dois Estados (UNCITRAL, 2018).

Em relação às possíveis soluções, além de se fazer referência à própria evolução dos tratados internacionais, foi indicada a necessidade de se criar um código de conduta para os árbitros (UNCITRAL, 2018).

Outras sugestões incluem o desenvolvimento de requerimentos de qualificação dos árbitros e a consideração de diferentes formas de sua indicação (inclusive por meio de uma maior participação das instituições arbitrais nesse quesito) (UNCITRAL, 2018). Por fim, outros participantes indicaram que a criação de um tribunal permanente poderia resolver as preocupações em relação à indicação dos árbitros (UNCITRAL, 2018).

De toda forma, chamou-se a atenção de que qualquer método de indicação deveria assegurar diversidade, qualidade, independência e neutralidade dos árbitros (UNCITRAL, 2018).

Importa frisar, nesse contexto, que se debateu também a limitação de nomes disponíveis para ocuparem a posição de árbitros, assim como a preocupação em relação à pouca diversidade de árbitros indicados (UNCITRAL, 2018). Além disso, foi ressaltada a preocupação com a questão do *double-hatting* como uma prática que envolve possíveis

conflitos de interesse – além de causar uma má impressão em relação ao sistema (UNCITRAL, 2018).

Existiria ainda uma percepção de que os árbitros são menos sensíveis a questões de interesse público do que juízes em uma posição pública oficial. Nesse sentido, foi indicado que, antes de o WG identificar qualquer percepção a respeito desses profissionais, seria importante identificar claramente o significado de interesse público²⁴⁷ (UNCITRAL, 2018).

O último tema tratado na sessão foi a percepção dos Estados, investidores e amplo público. Mas a discussão não foi tão significativa, sendo apenas referenciadas as consolidações sobre o tema, resumidas no documento WP142 (UNCITRAL, 2018).

Nas considerações finais, ficou estabelecido que o Secretariado prepararia a lista de preocupações identificadas nesta sessão e na anterior, enquanto que os Estados poderiam fornecer informações em relação às preocupações identificadas, além de identificar outras preocupações, para posteriormente se estabelecer um plano de trabalho (UNCITRAL, 2018).

5.2.3 36ª Sessão (Viena) – 29 de outubro de 2018 a 2 de novembro de 2018

Os relatos da 36ª sessão do WG III foram descritos no documento A/CN.9/964, o qual foi utilizado como referência para realizar o resumo dos temas debatidos nesta subseção.

As discussões na 36ª sessão foram iniciadas com o acertamento sobre a importância de melhoria do ambiente de negócios e do investimento; a importância das discussões da reforma do ISDS; e que qualquer proposta de regime de solução de controvérsias deveria abordar apropriadamente os direitos e obrigações dos investidores estrangeiros (UNCITRAL, 2019b). Ademais, o direito de regulamentar e a flexibilidade dos Estados para proteger objetivos legítimos de bem-estar público deveriam ser respeitados (UNCITRAL, 2019b).

Além disso, dentre as recomendações feitas ao WG, foi indicado que este deve ouvir as reclamações individuais dos membros e identificar quais reformas seriam desejáveis e, a partir daí, endereçar tais preocupações (UNCITRAL, 2019b). Não obstante ainda ser prematuro discutir quais reformas seriam preferíveis, ressaltou-se que seria preferível permitir

²⁴⁷ Foi inclusive realizada uma comparação entre o ISDS e os árbitros do OSC da OMC, em que: “Foi dito que, enquanto os juízes do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC teriam um conhecimento profundo das posições dos Estados e suas posições de negociação, os árbitros em casos de ISDS geralmente tinham pouco conhecimento das posições e políticas dos Estados, quando negociaram o tratado de investimento subjacente. [...]

Sugeriu-se que estudos empíricos e análises adicionais sobre esta questão ajudariam o Grupo de Trabalho em suas deliberações. A esse respeito, foram expressos diferentes pontos de vista sobre o impacto dessa preocupação. Embora tenha sido sugerido que uma solução sistêmica possa ser necessária, outra visão era que não havia uma solução única que atendesse às preocupações” (A/CN.9/935, para.86 e 88, tradução nossa).

que cada Estado expresse sua opinião, de acordo com seus próprios critérios (UNCITRAL, 2019b).

Em relação aos temas específicos debatidos, a 36ª Sessão foi voltada a discutir sobre:

- a) preocupações relativas à falta de consistência, coerência, previsibilidade e correição das decisões arbitrais por tribunais ISDS;
- b) preocupações relacionadas aos árbitros e aos tomadores de decisão; e
- c) preocupações relativas a custo e duração dos casos de ISDS (UNCITRAL, 2019b).

No que concerne às preocupações relativas à falta de consistência, coerência, previsibilidade e correição das decisões arbitrais por parte dos tribunais ISDS, três grandes tópicos foram discutidos (UNCITRAL, 2019b). O primeiro diz respeito às reclamações sobre interpretações divergentes por parte dos tribunais ISDS, particularmente sobre os fatores que podem levar a diferentes decisões arbitrais, que seriam: interpretações errôneas injustificadas, falta de procedimento para lidar com múltiplas reclamações, e limitações de mecanismos para enfrentar inconsistências e incorreção das decisões arbitrais (UNCITRAL, 2019b).

Alguns participantes indicaram que o problema da inconsistência não se referia a interpretações diferentes, mas a compreensões errôneas dos tratados por alguns tribunais, e que isso deveria ser considerado em qualquer proposta de reforma (UNCITRAL, 2019b).

O WG entendeu que era desejável abordar as preocupações relacionadas a interpretações injustificadamente inconsistentes das disposições dos tratados de investimento pelos tribunais da ISDS, bem como em relação a outros princípios relevantes do direito internacional (UNCITRAL, 2019b).

No que concerne à falta de um procedimento padrão para lidar com vários processos, o WG ressaltou que nem todos os múltiplos processos seriam problemáticos, e sugeriu que a discussão focasse apenas em situações problemáticas em que a multiplicidade de reclamações obrigasse o Estado a se defender em vários tribunais em relação à mesma medida²⁴⁸ (UNCITRAL, 2019b).

Não obstante, algumas ferramentas desenvolvidas pelos Estados foram destacadas, como a redação de tratados que previnem reclamações abusivas²⁴⁹ ou que permitem reivindicações por um investidor apenas se ele retirar qualquer reclamação pendente e

²⁴⁸ Foi ainda referido que existiram exemplos de múltiplos processos envolvendo entidades de uma mesma estrutura societária que deram origem a múltiplas recuperações do mesmo dano e geraram insatisfação entre os utilizadores do ISDS. (UNCITRAL, 2019b, para. 46).

²⁴⁹ Tal como as que proíbem reivindicações de acionistas no qual o próprio investidor estava buscando uma solução em um fórum diferente.

renunciar aos seus direitos de buscar soluções antes de outros fóruns, limitando, assim, o *treaty shopping* (UNCITRAL, 2019b, para. 50).

Diante das discussões, o WG decidiu por inserir, no centro das propostas de reforma, as preocupações relacionadas à falta de uma estrutura para lidar com múltiplos processos ISDS (UNCITRAL, 2019b).

Por fim, no que concerne à limitação de mecanismos para enfrentar inconsistências e incorreção nas decisões arbitrais, foi destacado que os mecanismos existentes não foram desenhados para lidar com tais questões, mas apenas para eventualmente anular decisões sob parâmetros de nulidades processuais ou de abuso de autoridade (UNCITRAL, 2019b).

Foram feitas, ainda, sugestões em relação a mecanismos no próprio processo para assegurar correção e consistência dos laudos, como os comitês de interpretação dos tratados e mesmo as declarações interpretativas dos membros do acordo, embora tenham efeito limitado (UNCITRAL, 2019b).

Em relação ao segundo tema específico da sessão – as preocupações relacionadas aos árbitros e aos tomadores de decisão –, o debate se iniciou destacando que não somente a garantia da independência e imparcialidade de fato são importantes, mas também a própria aparência de independência e imparcialidade é importante (UNCITRAL, 2019b). Com relação aos problemas identificados, fez-se referência ao *double-hatting*, bem como às categorizações de árbitros pró-estado ou pró-investidor (UNCITRAL, 2019b).

Além disso, passou-se a discutir a necessidade de um código de ética. Nesse sentido, três visões se expressaram: de acordo com a primeira, seria desejável permitir que cada Estado elaborasse seus próprios códigos em seus acordos; na segunda visão, a existência de uma infinidade de acordos sem referência ao tema demanda uma abordagem multilateral; e a terceira faz um alerta em relação ao fato de que uma variedade de regras de conduta poderia fragmentar ainda mais o sistema, e que não seria desejável um padrão de ética robusto para dar legitimidade ao ISDS (UNCITRAL, 2019b).

Durante as discussões, fez-se referências ao *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* e o *Guidelines on Party Representation in International Arbitration* (UNCITRAL, 2019b).

O grupo passou então a discutir as limitações dos mecanismos de suspeição existentes, para desafiar a neutralidade dos árbitros. “Em geral, considerou-se que era necessário aumentar a transparência do procedimento de contestação” (UNCITRAL, 2019b, para. 86, tradução nossa).

Já em relação à nomeação dos árbitros, passou-se a debater a falta de diversidade na composição dos tribunais (UNCITRAL, 2019b). O Secretariado forneceu estatísticas que ilustravam a falta de diversidade em termos de gênero e representação geográfica (UNCITRAL, 2019b). No entanto, além destes, outros exemplos de falta de diversidade foram abordados, como idade, etnicidade, país de origem, dentre outros (UNCITRAL, 2019b).

Já em relação à questão da qualificação dos árbitros, partiu-se do pressuposto de que seu apontamento por parte dos Estados e a flexibilidade de tal indicação eram motivos que tornavam a arbitragem atraente, e que isso permitia aos Estados escolher os que considerassem mais qualificados (UNCITRAL, 2019b).

Por fim, o terceiro grande tema tratado nesta sessão diz respeito às preocupações relativas ao custo e à duração do processo no ISDS. Particularmente para os PEDs, que têm poucos recursos humanos e financeiros destinados ao ISDS, foi destacado o risco do fenômeno do “esfriamento regulatório” (já tratado no capítulo 2 desta tese) (UNCITRAL, 2019b). Por outro lado, ressaltou-se a dificuldade dos investidores de menor recurso financeiro em acessar o sistema (UNCITRAL, 2019b).

Não obstante, os membros do grupo entendem que a qualidade e efetividade do procedimento não deveria ser sacrificada em função de menor custo e tempo de sua execução (UNCITRAL, 2019b). Foi destacada, também, a possibilidade de criação de um centro consultivo para auxiliar os Estados, o que poderia amenizar os problemas relacionados aos custos da disputa arbitral (UNCITRAL, 2019b).

Novamente se apontou a necessidade de se adequar as regras relevantes à alocação de custos para que os tribunais levassem em consideração o comportamento das partes no decorrer do processo (UNCITRAL, 2019b).

Além disso, foram emanadas algumas preocupações relacionadas à disponibilidade da segurança das custas no ISDS, particularmente quando os Estados são obrigados a se defender de reclamações infrutíferas, frívolas ou de má-fé apresentadas pelos investidores. (UNCITRAL, 2019b, para. 130).

Diante do exposto, o Grupo de Trabalho concluiu que era desejável que reformas para tratar das preocupações com relação às inconsistências das decisões arbitrais, preocupações relacionadas aos árbitros e aos tomadores de decisão e em relação aos custos do processo fossem desenvolvidas pela UNCITRAL (UNCITRAL, 2019b).

5.2.4 37ª Sessão (Nova Iorque) – 01 de abril de 2019 a 05 de abril de 2019

Os relatos da 37ª sessão do WG III foram descritos no documento A/CN.9/970, o qual foi utilizado como referência para resumir os temas debatidos nesta subseção.

Inicialmente, alinhou-se que a sessão atual seria dedicada a:

- a) considerar se a reforma seria desejável em relação a questões relacionadas ao financiamento de terceiros;
- b) quaisquer outras preocupações; e
- c) considerar as opções disponíveis para facilitar o plano de trabalho a ser desenvolvido, bem como propostas para o plano de trabalho, como parte do cumprimento da terceira fase do seu mandato (UNCITRAL, 2019c).

A primeira preocupação destacada na sessão foi relacionada ao financiamento de terceiros nos processos da ISDS. Nesse sentido, enfatizou-se que o fenômeno é preocupante e sublinhou-se a necessidade de desenvolver reformas nessa área, nomeadamente relativas à atual falta de transparência e de regulamentação (UNCITRAL, 2019c).

Devido aos vários estilos de financiamento por terceiras partes disponíveis, uma das questões debatidas foi a necessidade de se estabelecer uma definição para enquadramento legal do recurso. Ressalvou-se, no entanto, que tal iniciativa não poderia incorrer no afastamento das pequenas e médias empresas em participar da arbitragem no investimento (UNCITRAL, 2019c).

Em relação às outras preocupações mapeadas na sessão, é possível esquematizar as principais discussões nos pontos abaixo:

- a) participação de terceiras partes – refere-se à preocupação em assegurar a participação de terceiras partes interessadas no processo, particularmente ao amplo público e às comunidades afetadas pelas medidas desafiadas pela disputa, até como forma de garantir legitimidade ao sistema. Relembrou-se que tanto as regras de transparência da UNCITRAL como a convenção de Maurício endereçavam regras de participação de terceiras partes, mas remanesceu a questão sobre se tais regras foram insuficientes;
- b) reconvenção – chama a atenção sobre se as obrigações dos investidores (em relação ao cumprimento de regras ambientais, sanitárias, trabalhistas, entre outras) não deveriam ser consideradas no âmbito de uma reclamação. “Nesse contexto, o entendimento geral era de que qualquer trabalho do Grupo de Trabalho não

excluiria considerar a possibilidade de ações judiciais contra um investidor caso existisse uma base legal para tal” (UNCITRAL, 2019c, para. 35, tradução nossa).

- c) resfriamento regulatório – o temor ao ISDS causaria desencorajamento dos Estados em adotar regulações para proteger o meio ambiente, a economia, os direitos sociais, entre outras. “Ficou acordado que esse aspecto não seria tratado nesta fase como uma preocupação separada pelo Grupo de Trabalho, enquanto o impacto potencial do ISDS na política regulatória dos Estados deveria guiar o trabalho de reforma do ISDS” (UNCITRAL, 2019c, para. 37, tradução nossa).
- d) cálculo dos danos – refere-se a preocupações sobre cálculos incorretos. Poderia ser considerado um subtópico de outros temas.

Por fim, foram discutidas opções e propostas para desenvolver um plano de trabalho.

Dentre as opções, foram sugeridas:

- a) a inclusão de uma semana adicional para as reuniões do WG;
- b) a alocação de mais tempo de conferência;
- c) a realização de trabalhos em conjunto com a academia e outros grupos de trabalho;
- d) a realização de encontros ou reuniões informais e o aprofundamento de utilização de ferramentas de difusão de informações²⁵⁰ (UNCITRAL, 2019c).

Já entre as propostas, a despeito de terem sido discutidas quatro delas²⁵¹, foi aprovado, pelo grupo, avançar com os seguintes passos:

²⁵⁰ “Diante do exposto, solicitou-se à Secretaria que administrasse o uso dos meios e ferramentas, desde que os recursos o permitissem:

- Estabelecimento de um *link* separado na página do Grupo de Trabalho III na Web, onde as informações sobre o uso proposto ou contínuo dessas ferramentas possam ser tornadas públicas;
- Manter uma lista de detalhes de contato para garantir uma comunicação eficaz;
- Publicar agendas propostas com antecedência, para comentários e consideração;
- Auxiliar na organização de reuniões, com o objetivo de garantir a inclusividade e transparência;
- Preparar relatórios para o Grupo de Trabalho refletindo qualquer resultado; e
- Desenvolver quaisquer outros meios e ferramentas em consulta com as partes interessadas, garantindo a transparência, inclusão e eficácia” (A/CN.9/970, para. 61, tradução nossa).

²⁵¹ Em resumo, pode-se sintetizar as propostas de reforma da forma abaixo:

Uma primeira proposta (tal como apresentado no WP159) sugeriu que o plano de trabalho fosse dividido em quatro passos: i) os governos fazem propostas de reforma com base nas preocupações identificadas; ii) identificar quais das opções de reforma estariam sujeitas a um trabalho adicional do WG; iii) discutir como trabalhar nas opções de reforma identificados na segunda etapa, como a sequência da deliberações, múltiplas trilhas, coordenação com outras OIs; iv) desenvolver soluções concretas e propostas de textos, que poderiam ser finalizadas ou adotadas pela Comissão.

Uma segunda proposta (tal como apresentado na WP162) sugeriu que o plano de trabalho fosse dividido em três passos: i) fazer um balanço das preocupações e das propostas de reforma e permitir aos Estado discutirem todas elas; ii) o grupo identificar as propostas de reforma mais adequadas; iii) discutir no detalhe qual a opção de reforma mais desejada.

Uma terceira proposta, (tal como apresentada na WP164) indica que as reformas deveriam avançar primeiramente onde já fosse alcançado o consenso.

- a) apresentação ao secretariado de propostas de soluções além daquelas já descritas na WP149;
- b) discussão das propostas e criação de um cronograma de projeto indicando quais e quantas das soluções adicionais o WG desejaria discutir, bem como indicando quando isso seria feito;
- c) depois da criação do cronograma de projeto, se avançaria nas recomendações de potenciais soluções (UNCITRAL, 2019c).

Além de atualizar a WP 149, o secretariado também foi instado a realizar trabalhos preparatórios a respeito de:

- a) código de conduta;
- b) “Reivindicações indiretas, reivindicações de acionistas e perda reflexiva”;
- c) seleção e indicação de árbitros;
- d) estabelecimento de um centro consultivo sobre direito do investimento (UNCITRAL, 2019c).

5.2.5 38ª Sessão (Viena) – 14 de outubro de 2019 a 18 de outubro de 2019

Os relatos da 38ª sessão do WG III foram descritos no documento A/CN.9/1004, o qual foi utilizado como referência para realizar o resumo dos temas debatidos nesta subseção.

Inicialmente se discutiu um eventual cronograma do projeto, em que foi indicada a desnecessidade de estabelecer um tempo fixo para analisar cada opção de reforma, pois o grupo teria tempo suficiente para endereçar cada uma delas (UNCITRAL, 2020a). De toda forma, foi recomendado que os países preparassem as suas visões antecipadamente (UNCITRAL, 2020a).

Em relação às discussões sobre opções de reformas, o primeiro tema tratado pela sessão foi relativo ao estabelecimento de um centro consultivo, ao qual se poderia endereçar preocupações relativas ao custo do procedimento, à correição e consistência dos laudos e acesso à justiça, além de fortalecer a transparência do sistema (UNCITRAL, 2020a).

Em relação aos possíveis beneficiários, foi sugerido que os PEDs tivessem prioridade no acesso ao centro, em detrimento dos Estados desenvolvidos. Em contraponto, os

Uma proposta adicional (apresentada no WP163) sugeriu que o grupo de trabalho deveria focar num menu de soluções relevantes, a partir de dois estágios: i) consistiria em priorizar preocupações já identificadas, discutir e ampliar lista de possíveis soluções e avaliar o grau de consenso de cada possível solução; ii) desenvolver as soluções identificadas na fase 1 antes de estas serem adotadas pelos Estados.

investidores reclamantes não poderiam ter acesso ao centro, a não ser a alguns serviços restritos que não criassem custo extra (UNCITRAL, 2020a).

Os possíveis serviços a serem fornecidos foram delineados no documento WP168, os quais incluíam, a depender da disponibilidade de recursos endereçados ao centro, a assistência na organização da defesa dos Estados, apoio institucional durante os procedimentos, tal como a seleção e nomeação de árbitros e serviços de consultoria geral, e a capacitação e compartilhamento de melhores práticas (UNCITRAL, 2020a, para. 31, tradução nossa).

A possibilidade de o centro representar diretamente os Estados não foi considerada, tendo em vista suas possíveis implicações, como possíveis conflitos de interesses.

Em relação à possível estrutura, foi discutido:

- a) utilizar o ACWL como modelo para indicar como se daria a interação com o regime ISDS;
- b) em termos de estabelecimento, poderia ser uma instituição internacional ou um órgão de uma instituição já existente;
- c) deve ter sua independência assegurada;
- d) a seleção do *staff* deve ser cuidadosa (UNCITRAL, 2020a).

Em relação ao financiamento foi sugerido que:

- a) o centro fosse financiado pelos Estados membros de acordo com seu nível de desenvolvimento econômico;
- b) honorários de acordo com os serviços prestados, podendo estes serem considerados de acordo com o desenvolvimento econômico dos Estados;
- c) honorários cobrados dentro de uma estrutura de corte multilateral de investimento (UNCITRAL, 2020a).

Enfatizou-se, também, que o centro deveria focar na capacitação dos Estados, com vistas a não se estabelecer sua dependência ao serviço do centro (UNCITRAL, 2020a). Ainda se destacou a importância da assistência do centro aos países de menor desenvolvimento, nas primeiras etapas da sua defesa pelo ISDS (seleção de árbitros, melhores práticas em questões processuais, estratégia, avaliação de risco, coleta de evidências e organização interna de governos) (UNCITRAL, 2020a).

O segundo tema tratado foi o estabelecimento de um código de conduta para os árbitros, com vistas a endereçar preocupações, como a aparente falta de independência e imparcialidade dos membros do ISDS (UNCITRAL, 2020a). Nesse sentido, entendeu-se que, em relação ao escopo, o código deve fornecer uma abordagem uniforme ao ISDS e vislumbrar

sua aplicação universal, por meio de regras harmonizadas, em função da possibilidade de os árbitros serem também vinculados a outras regras e padrões (a depender da sua nacionalidade) (UNCITRAL, 2020a).

Quanto ao conteúdo do código, indicou-se que, com base no documento WP167, os principais elementos a serem explorados seriam a independência, imparcialidade e integridade dos árbitros, a sua diligência e eficiência na condução dos processos, competência ou qualificações profissionais e os requisitos de confidencialidade²⁵² e divulgação de informações que podem revelar conflitos de interesses²⁵³ (UNCITRAL, 2020a, para. 56).

Importa destacar que, em relação a critérios de independência e imparcialidade, o trabalho preparatório deveria incluir a possível definição e escopo do *double-hatting*, além de desenvolver opções para banir ou regulamentar a prática (UNCITRAL, 2020a, para. 71).

Em seguida, os membros do WG III passaram a debater sobre a questão do financiamento por terceiras partes. Nesse sentido, além das preocupações com a falta de transparência e regulação em relação ao financiamento por aquelas partes, foram emanadas preocupações relacionadas ao impacto do financiamento de terceiros no processo²⁵⁴, assim como o impacto do financiamento destes no sistema ISDS como um todo²⁵⁵ (UNCITRAL, 2020a).

Nesse sentido, as opiniões foram divididas, uma vez que, enquanto alguns membros se manifestaram pela proibição completa, outros ponderaram em relação a se permitir o acesso à justiça por pequenas e médias empresas, via financiamento por terceiras partes (UNCITRAL, 2020a). Não obstante, foi sugerido que o financiamento fosse proibido para certos tipos de reclamações, como as frívolas, de má-fé ou sem mérito, ou mesmo quando fossem realizadas com fins especulativos (UNCITRAL, 2020a).

²⁵² Com relação a confidencialidade indicou-se que os trabalhos preparatórios deveriam: “(i) introduzir regras claras, incluindo sobre a confidencialidade das deliberações e (ii) abordar como essas obrigações devem continuar após o encerramento do processo” (UNCITRAL, 2020a, para. 73, tradução nossa).

²⁵³ Em relação as obrigações de revelação por parte dos árbitros o trabalho preparatório deveria: “(i) incluir disposições claras que orientariam os árbitros e as partes; (ii) encontrar um equilíbrio entre a amplitude necessária de divulgação e o ônus que tal divulgação impõe; e (iii) fornecerá como as obrigações de divulgação continuariam durante o processo” (UNCITRAL, 2020a, para. 75, tradução nossa).

²⁵⁴ Incluindo conflitos de interesses decorrentes do financiamento de terceiros; impacto do financiamento de terceiros nos custos e na garantia dos custos, divulgação de informações para financiadores terceirizados não sujeitos a obrigações de confidencialidade, controle ou influência de financiadores terceirizados sobre o processo de arbitragem, impacto negativo na resolução amigável de disputas e disponibilidade de financiamento de terceiros principalmente para investidores (UNCITRAL, 2020a, para. 80).

²⁵⁵ Incluindo o aumento no número de casos ISDS, em reivindicações frívolas, bem como no valor dos danos reclamados, a razão subjacente para fornecer proteção aos investidores estrangeiros e o direito dos Estados de regular (UNCITRAL, 2020a, para. 80).

Em relação à divulgação das informações relativas ao financiamento por terceiras partes, o sentimento geral era de que estas deveriam ser feitas nos estágios iniciais do processo e que, não apenas a identidade do financiador, mas também a de eventuais beneficiários finais deveriam ser reveladas (UNCITRAL, 2020a). Por fim, entendeu-se que o não cumprimento das obrigações de revelação deveria levar a sanções (UNCITRAL, 2020a).

Ao final da sessão, o tema da criação de um mecanismo de apelação foi abordado, em função do sentimento amplo de que os mecanismos atuais de revisão de laudos arbitrais são limitados (UNCITRAL, 2020a).

De forma geral, o objetivo principal de um mecanismo de apelação seria a correção das decisões e não necessariamente a sua uniformidade. Nesse sentido, defendeu-se que, em longo prazo, um mecanismo de apelação (ao trazer consistência e previsibilidade ao sistema) diminuiria os custos e a duração do ISDS, e que tal efeito ainda seria maior com um mecanismo permanente de apelação, e mais ampliado, ainda, se tal mecanismo de apelação integrasse um órgão permanente com um mecanismo de primeira instância (UNCITRAL, 2020a).

A revisão teria o escopo de corrigir erros de interpretação e promover a aplicação correta do direito e, nesse sentido, identificou-se a dificuldade em estabelecer a diferença entre erro de direito e erro de fato (UNCITRAL, 2020a).

Na visão dos membros do WG, no âmbito do mecanismo de apelação, as decisões sujeitas à apelação poderiam ser: a) decisões de mérito e questões procedimentais, ou b) todas as decisões tomadas por tribunais de primeira instância (UNCITRAL, 2020a). Os efeitos da apelação seriam: confirmar, reverter ou modificar a decisão de primeira instância (UNCITRAL, 2020a). Em relação à possibilidade de reenvio do caso para a primeira instância, foi manifestada preocupação sobre como esta ação impactaria no custo e na duração do procedimento (UNCITRAL, 2020a).

Por outro lado, houve preocupação em relação a como gerenciar os impactos das interpretações do órgão de apelação em função daquelas já existentes e em relação às futuras disputas (UNCITRAL, 2020a).

Em relação à execução dos laudos da apelação, foram discutidos dois cenários: a execução nos Estados participantes e a execução em estados não participantes (UNCITRAL, 2020a). Quanto ao primeiro cenário, foi sugerido que, na ocasião do estabelecimento de um órgão permanente, fosse instituído um mecanismo de execução próprio, sendo usados como modelos o art. 54 do ICSID e as provisões dos tratados mais recentes (UNCITRAL, 2020a).

Como alternativa, foi sugerido que se preservasse o papel dos tribunais internos dos países, tal como previsto na Convenção de Nova Iorque (UNCITRAL, 2020a).

Quanto ao segundo cenário, primeiramente foi considerado o uso da Convenção de Nova Iorque, uma vez que o art.1(2) da convenção se refere a laudos elaborados por órgãos de arbitragem permanente; e o entendimento de que o órgão de apelação se enquadraria em tal concepção estaria coberto pelo precedente do Tribunal EUA-Irã e por entendimentos da UNCITRAL (UNCITRAL, 2020a).

A compatibilidade do mecanismo de apelação com o ICSID também foi discutida, ressaltando-se que o art. 53 da Convenção da ICSID prevê que os laudos do ICSID não são sujeitos à apelação (UNCITRAL, 2020a). Nesse panorama, discutiu-se tanto a possibilidade de emendar a convenção da ICSID, o que seria difícil, ou adotar um entendimento interno para os países integrantes do mecanismo de apelação (UNCITRAL, 2020a).

Por fim, foram discutidas as opções de seleção e indicação dos árbitros. Em termos de características principais para abordar na reforma, foi ressaltada a necessidade de focar na sua qualificação e em seus requerimentos, bem como em assegurar a diversidade na sua seleção (UNCITRAL, 2020a).

Em termos de opções de reformas, foram exaltadas as seguintes possibilidades: a) o estabelecimento de uma lista ou um rol de árbitros selecionáveis ou b) a criação de um órgão permanente composto de adjudicadores em tempo integral (UNCITRAL, 2020a).

5.2.6 39ª Sessão (Viena) – 5 de outubro de 2020 a 9 de outubro de 2020

Os relatos da 39ª sessão do WG III foram descritos no documento A/CN.9/1044, o qual foi utilizado como referência para realizar o resumo dos temas debatidos nesta subseção.

Na 39ª sessão, oito grandes temas foram abordados:

- a) prevenção e mitigação de disputas;
- b) meios alternativos de resolução de disputas;
- c) múltiplos procedimentos;
- d) reconvenção;
- e) segurança para custas;
- f) reclamações frívolas;
- g) interpretação dos tratados pelas partes do tratado; e
- h) multilateralismo sobre a reforma do ISDS (UNCITRAL, 2020b).

As abordagens realizadas foram mais no sentido de introduzir o tema, identificar o trabalho preparatório realizado sobre ele e indicar qual seria o caminho a seguir na forma de trabalhos preparatórios (UNCITRAL, 2020b).

Em relação à prevenção das disputas, foram recapituladas duas vertentes possíveis, tanto na via nacional (local), por meio de canais de diálogo entre investidores e governos, quanto pela via internacional, onde os tratados poderiam estabelecer procedimentos obrigatórios de pré-arbitragem, como forma de burocratizar o acesso à arbitragem (UNCITRAL, 2020b). Já em relação à mitigação das disputas, destacou-se que atividades relacionadas a aumentar o fluxo de informação entre as partes envolvidas nas arbitragens são peças-chave para a prevenção das disputas (UNCITRAL, 2020b).

Sobre esse tema, o WG indicou que o próximo passo seria a consolidação, pelo Secretariado, das informações relevantes sobre prevenção e mitigação de disputas de acordo com as discussões.

No que tange aos métodos alternativos de solução de controvérsias, foi recapitulada a mediação como um método a ser usado. Nesse sentido, os membros do WG consideraram que podem existir dificuldades na coordenação das agências governamentais para negociar uma solução amigável com investidores (UNCITRAL, 2020b). O caminho adiante apontado para os métodos alternativos de solução de controvérsias foi a preparação, pela Secretaria, de cláusulas modelo²⁵⁶, que reflitam as melhores práticas sobre o período de resolução amigável ou de reflexão (UNCITRAL, 2020b).

Em relação ao tema dos múltiplos procedimentos, a preocupação em relação ao *treaty shopping* foi recapitulada, e foi sugerido que o significado do termo múltiplos procedimentos fosse esclarecido (UNCITRAL, 2020b). Houve apoio geral para elaboração de uma noção sobre abuso de reclamação, ainda que se mantivesse uma certa liberdade para os tribunais lidarem, no caso concreto, com múltiplos procedimentos²⁵⁷ (alguns deram suporte ao desenvolvimento de cláusulas modelo “*fork in the road*”) (UNCITRAL, 2020b).

²⁵⁶ De acordo com o que foi debatido na 39ª Sessão, as cláusulas modelos iriam “(i) indicar as medidas processuais que as partes em litígio poderiam tomar de forma útil; (ii) orientar as partes sobre como conduzir uma mediação; (iii) incluir um cronograma realista; e (iv) possivelmente abordar a mediação obrigatória como um pré-requisito para a arbitragem” (UNCITRAL, 2020b, para.32, tradução nossa).

²⁵⁷ Após discussão, o Grupo de Trabalho solicitou ao Secretariado que (i) identificasse mais especificamente os tipos de processos múltiplos e reclamações de acionistas que podem surgir e as preocupações ou falta de preocupações associadas a cada um, de modo a definir melhor o âmbito da questão; (ii) compilasse uma lista das ferramentas e mecanismos que já existem na prática do tratado, para tratar dessas preocupações e identificar para qual tipo de procedimentos múltiplos a ferramenta foi usada; (iii) recomendasse cláusulas modelo (inclusive para uso potencial em um instrumento multilateral sobre a reforma do ISDS) que refletiriam em uma melhoria das ferramentas existentes, especialmente à luz dos problemas que continuaram

No que concerne às reconvenções, dois aspectos foram destacados: o procedimental e o substantivo. No primeiro aspecto, foi reiterado que nenhuma proposta de reforma deve impedir a possibilidade de um Estado pedir reconvenção, mas que cabe a cada um deles negociar cláusulas em tratados de investimento que concordem com o referido uso (UNCITRAL, 2020b). Já em relação ao segundo, foi lembrado que o mandato do WG estaria restrito a discutir questões procedimentais e não substantivas, mas que, de forma geral, as reconvenções poderiam ser levantadas no que diz respeito à violação das obrigações do investidor nos tratados de investimento (UNCITRAL, 2020b). O caminho adiante indicado foi que a Secretaria continuasse trabalhando no tema das reconvenções, com ênfase nos aspectos processuais (UNCITRAL, 2020b).

Em relação à segurança dos custos, ressaltou-se a necessidade de desenvolver uma estrutura para segurança das custas para o ISDS, particularmente contra o reclamante que tenha dificuldade ou não tenha vontade de pagar (UNCITRAL, 2020b). Foi ressaltado que a segurança das custas deve ser pedida pela parte e não atribuída pelo Tribunal *ex officio* (UNCITRAL, 2020b). Foi notado, ainda, que um número de acordos concluídos recentemente estipulou de forma expressa o direito do Estado respondente de requerer segurança para as custas processuais (UNCITRAL, 2020b). Em relação aos trabalhos preparatórios para discutir a segurança dos custos, foi destacada a possibilidade de preparação de uma cláusula modelo nesse sentido²⁵⁸.

Já em relação às reclamações frívolas, demandou-se por uma denominação mais previsível, que englobasse as “reivindicações que estavam manifestamente sem mérito legal, reivindicações infundadas ou não meritórias, reivindicações infundadas como uma questão de direito e reivindicações resultantes de *treaty shopping*”²⁵⁹ (UNCITRAL, 2020b, para. 80, tradução nossa).

Com relação aos próximos passos, solicitou-se ao Secretariado trabalhar com organizações relevantes para compilar informações de tratados de investimentos existentes e

a ser enfrentados; e (iv) recomendasse opções para a implementação dessas ferramentas nas formas pretendidas, como por exemplo, por meio de resoluções da Assembleia Geral, orientações aos tribunais ou outros trabalhos explicativos (UNCITRAL, 2020b, para.55, tradução nossa).

²⁵⁸ “Uma cláusula modelo deve ser preparada, que pode ser incluída em um potencial instrumento multilateral sobre a reforma do ISDS, e que (i) se concentraria principalmente em disponibilizar a segurança dos custos para os réus contra os requerentes, (ii) esclarecer que a segurança dos custos seria apenas disponível a pedido de uma parte e (iii) não se aplica a terceiros.” (UNCITRAL, 2020b, para. 74, tradução nossa)

²⁵⁹ “Observou-se que a questão das reivindicações frívolas poderia ser considerada em conjunto com outras opções de reforma, principalmente a garantia de custos e financiamento de terceiros. Também foi mencionado que a opção de reforma de estabelecer um órgão multilateral permanente poderia incluir um mecanismo para impedir reivindicações frívolas.” (UNCITRAL, 2020b, para. 83, tradução nossa)

regras de arbitragem (bem como jurisprudência) sobre a regulamentação e interpretação de reclamações frívolas (UNCITRAL, 2020b).

No que concerne ao debate sobre a interpretação dos IIAs pelas suas partes signatárias, indicou-se a existência de algumas possíveis ferramentas, tais como as interpretações conjuntas de um tratado, a possibilidade de correção das interpretações e mesmo as interpretações unilaterais de cada Estado parte (UNCITRAL, 2020b). No entanto, foi ressaltado que seria necessário estudar a natureza e o impacto de tais possibilidades à luz da convenção de Viena (UNCITRAL, 2020b).

Em relação ao caminho a seguir, o WG solicitou ao Secretariado que compilasse as várias ferramentas interpretativas contidas nos tratados de investimento, com base nos recursos disponíveis, e fornecesse informações sobre como tais tratados abordaram essa questão, e como essas ferramentas foram interpretadas por tribunais (UNCITRAL, 2020b).

5.2.7 40ª Sessão (Viena) – 8 de fevereiro de 2021 a 12 de fevereiro de 2021

Os relatos da 40ª sessão do WG III foram descritos no documento A/CN.9/1050, o qual foi utilizado como referência para realizar o resumo dos temas debatidos nesta subseção.

Preliminarmente, o WG III afirmou que está trabalhando de forma simultânea em diferentes opções de reforma, em virtude de haver visões diferentes sobre a reforma e suas questões, sendo que cada opção não pode ser um objetivo-fim em si mesmo, mas uma das possibilidades dentro do objetivo maior de reformar o atual modelo de ISDS (UNCITRAL, 2021c).

Ato contínuo, o primeiro grande tema tratado na sessão foi relativo à seleção e indicação de árbitros em um mecanismo permanente.

O ponto inicial foi a perda de influência das partes na composição do tribunal que irá analisar as suas reclamações (similar ao modelo vigente em cortes internacionais), uma vez que, no atual modelo, as partes têm autonomia e flexibilidade na indicação dos árbitros (UNCITRAL, 2021c). Nesse sentido, foi afirmado que os esforços de reforma deveriam melhorar o regime já existente ao invés de tentar substituí-lo (UNCITRAL, 2021c).

Também foram expressas preocupações sobre se já seria viável discutir a forma de indicação dos árbitros em um mecanismo permanente, se nem mesmo a opção pelo mecanismo permanente fora discutida suficientemente, além de ela não ser consensual (UNCITRAL, 2021c).

Em relação à composição de um órgão permanente, a preferência foi dada a uma composição de representatividade seletiva, tendo em vista que seria bastante difícil estabelecer uma representatividade completa de todos os países membros que eventualmente aderissem a um órgão permanente (UNCITRAL, 2021c).

Em relação à determinação do número de juízes, este “deve ser baseado em um número de casos projetado, com ajustes subsequentes, conforme o número de Estados contratantes aumente” (UNCITRAL, 2021c, para.28, tradução nossa).

A nomeação dos candidatos a juízes poderia ser realizada “(i) pelos Estados participantes; (ii) por uma entidade independente estabelecida dentro do órgão permanente; (iii) pelos próprios indivíduos; ou (iv) uma combinação dos mesmos” (UNCITRAL, 2021c, para.30, tradução nossa).

Em relação ao processo de seleção e indicação dos juízes, as opções incluiriam: “(i) nomeação direta por cada Estado; (ii) nomeação pelo voto dos Estados contratantes; ou (iii) nomeação por comissão independente” (UNCITRAL, 2021c, para.32, tradução nossa). No que concerne à preocupação sobre a possibilidade de o Estado poder indicar árbitros que futuramente estariam envolvidos em conflitos que o envolvessem, esta foi sopesada pelos membros sob o aspecto de que o Estado também terá que pensar no interesse de seus próprios investidores:

[...] que os Estados precisariam equilibrar não apenas seus interesses como Estados demandados, mas também o interesse de seus investidores ao nomearem adjudicadores para um órgão permanente e, como tal, não deveriam estar envolvidos na nomeação do adjudicador para uma disputa específica (UNCITRAL, 2021c, para.37, tradução nossa).

Foram discutidos, também, procedimentos de remoção dos árbitros, que aconteceria de acordo com as regras do código de conduta, não sendo permitido aos Estados interferir nesse processo (UNCITRAL, 2021c).

O debate evoluiu para o processo de designação de casos para os membros do órgão permanente. Nesse sentido, foi sugerido um modelo de designação por sorteio, ou para uma instituição que administrasse uma lista de adjudicadores (UNCITRAL, 2021c). Foi ainda discutido se o processo para um mecanismo de apelação deveria seguir as regras da primeira instância da ISDS ou se deveria se submeter a requerimentos e procedimentos específicos (UNCITRAL, 2021c).

Na discussão sobre a composição de um tribunal permanente, foi expresso o interesse em se estabelecer regras sobre representação balanceada e diversidade, para promover

legitimidade, *accountability*, independência e igualdade procedimental, bem como se reforçou que, em todo caso, os adjudicadores deveriam ter *expertise* em direito internacional público e direito do investimento (UNCITRAL, 2021c):

Foi ainda dito que as recentes reformas dos tribunais permanentes, como o Tribunal Penal Internacional (TPI) ou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (CEDH), mostraram como os critérios de diversidade podem ser considerados de forma eficaz no processo de seleção (UNCITRAL, 2021c, para. 52, tradução nossa).

Ao final do debate, foram repassadas algumas instruções ao Secretariado, para que este elabore um texto (genérico) sobre eventuais benefícios de uma corte permanente, que funcione em nível multilateral, bem como para endereçar uma proposta de composição do tribunal e das possíveis regras de indicação dos seus membros, suas qualificações, a duração do seu mandato e a forma de designação dos contenciosos (UNCITRAL, 2021c).

A 40ª sessão, no entanto, foi retomada entre os dias 4 e 5 de maio de 2021, conforme relatado no documento A/CN.9/1054, para debater um plano de reforma, em conjunto com um cronograma, com o objetivo de congregar todos os avanços obtidos até então. Além disso, buscou-se abarcar as expectativas dos membros em relação às sugestões já proferidas nos temas em andamento, bem como delimitar o tempo necessário para lidar com as demais propostas de reforma (UNCITRAL, 2021e).

Nesse sentido, ficou também estabelecido que o plano de trabalho, assim como o cronograma delimitado seriam indicativos e poderiam ser ajustados em função de novos temas e avanços (UNCITRAL, 2021e). Para melhor compreensão, o Plano de trabalho do WG III, revisado pelo órgão, está disponibilizado no Anexo C deste trabalho.

5.3 PROBLEMAS IDENTIFICADOS

A partir de um arcabouço de conhecimentos elaborado pelo Secretariado da UNCITRAL por meio de vários *working papers*, e após os debates da trigésima sexta e da trigésima sétima sessão em reuniões realizadas no âmbito do WG III, foi possível consolidar os principais pontos de preocupação dos membros, conforme de fato foram relatados no *working paper* A/CN.9/WG.III/WP.166 e reproduzidos a seguir:

- a) falta de consistência, coerência, previsibilidade e correição das decisões arbitrais pelos tribunais da ISDS – interpretações inconsistentes e/ou injustificáveis de provisões de tratados internacionais; falta de um *framework* para procedimentos

- múltiplos trazidos sob o amparo de tratados, instrumentos ou acordos internacionais que forneçam acesso ao ISDS; e ausência ou mecanismos limitados para endereçar decisões incoerentes ou inconsistentes;
- b) árbitros e tomadores de decisão – aparente falta de independência e imparcialidade dos árbitros e de tomadores de decisão no ISDS; efetividade e transparência para os mecanismos de suspeição disponíveis, inclusive com a abertura dos dados dos árbitros; falta de diversidade dos árbitros e tomadores de decisão no ISDS; e preocupação em relação aos mecanismos de constituição de tribunais ISDS nos tratados existentes;
 - c) custo e duração dos procedimentos ISDS – custo alto e longa duração dos contenciosos; alocação de custas processuais; e segurança dos custos;
 - d) financiamento por terceiras partes – seja em relação à sua definição, ou em relação à possibilidade de regulação (ou mesmo proibição) da atividade.

Outras questões ainda foram amplamente debatidos nas sessões do WG III, tais como: “(i) Meios diferentes da arbitragem para resolver disputas de investimento, bem como métodos de prevenção de disputas; (ii) Esgotamento dos recursos internos; (iii) Participação de terceiros; (iv) Reconvenções; (v) Resfriamento regulatório; e (vi) Cálculo de danos” (UNCITRAL, 2019d, para.6). No entanto, o grupo entendeu que essas questões seriam levadas em consideração a partir da evolução de suas análises²⁶⁰.

Importa destacar que, conforme negociado na 40ª sessão do WG III, restou delimitado, no plano de trabalho, que seguiria sendo aperfeiçoada até o ano de 2026, a redação de propostas relativas a:

- a) mecanismos alternativos de solução de conflitos;
- b) seleção e indicação dos árbitros;
- c) código de conduta para os árbitros;
- d) reforma procedimental das regras da ISDS;
- e) centro consultivo multilateral;
- f) mecanismo de apelação;

²⁶⁰ “[...] o Grupo de Trabalho concordou que nenhuma preocupação adicional poderia ser identificada com relação ao ISDS no estágio atual de suas deliberações porque os tópicos adicionais discutidos estavam relacionados a preocupações que já haviam sido identificadas, a ferramentas a serem consideradas pelo Grupo de Trabalho na fase três de sua mandato, ou aos princípios orientadores para o desenvolvimento de reformas. Foi reiterado que esta conclusão não impedia que outras preocupações fossem identificadas e tratadas em uma fase posterior das deliberações” (UNCITRAL, 2019d, para. 8, tradução nossa).

- g) Corte multilateral de investimentos;
- h) instrumentos multilaterais para implementação das reformas.

Uma vez identificados os principais pontos de preocupação, bem como as linhas de trabalho definidas no WG III, considera-se importante repassar os posicionamentos dos governos dos Estados membros do WG III, não somente para identificar seus pontos de preocupação e suas propostas de reforma, mas, principalmente, para avaliar o nível de aderência dos países à proposta europeia, tema da próxima seção.

5.4 POSICIONAMENTO DOS ESTADOS MEMBROS

Nesta seção, importa destacar que, além da participação dos Estados integrantes nas sessões do WG III em que foram discutidos os temas relativos às possíveis reformas, o que foi consolidado de forma generalizada anteriormente, houve também manifestações formais dos integrantes do debate, com o posicionamento da maioria dos governos sobre a reforma da ISDS.

Nas subseções a seguir estão resumidos os principais pontos arguidos pelos governos que se manifestaram até dezembro de 2020, com a respectiva posição de cada um em relação às propostas de reforma.

5.4.1 Posicionamento da Indonésia

A manifestação do governo da Indonésia, expressa no documento A/CN.9/WG.III/WP.156, foi realizada com base nos acordos de investimentos dos quais o país faz parte e que entraram em vigor entre 2014 e 2016.

De forma geral, para a Indonésia, a reforma deve ser equilibrada entre a proteção aos investidores e seus investimentos e a preservação do espaço político do Estado através do seu direito de regular os investimentos estrangeiros em seus territórios (UNCITRAL, 2019e, para. 6).

Para o governo indonésio, dentre as preocupações que necessitam ser endereçadas estão as reclamações frívolas, o esfriamento regulatório, a criação de um sistema de litigioso uníssono e a melhoria da credibilidade do sistema de arbitragem internacional.

Já entre as possíveis opções de reforma para o ISDS, a Indonésia propõe prover mais segurança jurídica às redações dos tratados, de forma a definir melhor questões como investimento e quais deles estão cobertos pelo acordo e quais estariam excluídos. O referido

governo também menciona o fortalecimento dos sistemas jurídicos locais para esgotamento de seus recursos antes de ingresso na arbitragem internacional e, por fim, a implementação de uma fase mandatória de mediação²⁶¹.

5.4.2 Posicionamento da União Europeia

A União Europeia formalizou suas opiniões por meio de dois documentos. O primeiro, denominado A/CN.9/WG.III/WP.159, indica quais passos poderiam ser seguidos para aumentar a efetividade das discussões e deliberações do WG III. Basicamente:

Passo 1 – a identificação das preferências de reformas dos países ou da forma sob a qual eles gostariam de ver o WG III desenvolver o tema;

Passo 2 – identificação, pelo WG III, de quais opções de reforma dispostas no passo 1 devem ser sujeitas a um trabalho adicional. “Isso implicaria uma discussão em nível conceitual das opções que foram apresentadas e, em seguida, uma decisão sobre qual opção ou combinação de opções o Grupo de Trabalho deve se envolver em trabalhos futuros” (UNCITRAL, 2019f, para. 5);

Passo 3 – envolveria uma discussão em relação a prioridades, sequência das deliberações, possibilidade de múltiplos caminhos, coordenação com OIs e trabalho interseccional das opções identificadas no passo 2;

Passo 4 – “desenvolver soluções concretas e propostas de texto, que poderiam ser adotadas ou endossadas pela Comissão da UNCITRAL e, em última instância, pela Assembleia Geral das Nações Unidas” (UNCITRAL, 2019f, para. 7).

Já a segunda manifestação é um adendo à primeira, na forma do documento A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, e traz uma visão geral das preocupações da UE sobre o funcionamento do sistema que levaram à demanda por uma reforma; a proposta de reforma sistêmica da UE (por meio de um mecanismo permanente de solução de controvérsias) e os efeitos da criação de um mecanismo permanente.

No que concerne às preocupações que levaram à demanda por uma reforma, a UE ressalta:

²⁶¹ “A Indonésia vê a mediação obrigatória, após o esgotamento do processo de consulta, como uma forma de evitar que uma disputa se transforme em uma disputa legal, que pode ser cara e prejudicial para o relacionamento das partes em disputa. Os investidores, conforme o caso, devem buscar a assistência de um mediador para resolver disputas, uma vez que a notificação de uma disputa potencial tenha sido feita contra o estado e o processo de consulta tenha sido esgotado” (UNCITRAL, 2019e, para. 19, tradução nossa).

- a) a falta de consistência, coerência, previsibilidade e correção das decisões arbitrais do ISDS;
- b) preocupações em relação aos árbitros e tomadores de decisão; e
- c) preocupações em relação ao custo e duração dos casos no ISDS. (UNCITRAL, 2019g)

Ainda foram indicadas preocupações adicionais, como financiamento por terceiras partes e reforço na resolução amigável das disputas.

Diante das preocupações identificadas no WG III, é possível vislumbrar que a UE acredita que todas elas estão sistemicamente ligadas e, portanto, as respostas devem ser endereçadas de forma sistêmica. Ao se enveredar por esse raciocínio lógico, a UE defende que a solução para os problemas identificados também seja sistêmica, isto é, por meio do estabelecimento de um mecanismo permanente de solução de controvérsias, com um tribunal de primeira instância e um de apelação, juízes trabalhando em tempo integral e sendo escolhidos por critérios de qualificação e diversidade, por meio de um processo de indicação objetivo e transparente, de forma a garantir a sua neutralidade (UNCITRAL, 2019g).

Além disso, ao defender um mecanismo permanente, a manifestação da UE atribui algumas características que podem ser consideradas vantajosas ao sistema proposto, como por exemplo, o fato de o mecanismo de apelação emitir laudo arbitral final sem a necessidade de futura revisão, inclusive nos tribunais internos dos países condenados pelos tribunais arbitrais (UNCITRAL, 2019g).

Em relação ao financiamento do sistema, este seria realizado pelos próprios países membros, sendo atribuído aos países desenvolvidos uma maior parcela de contribuição (UNCITRAL, 2019g).

Como proposta de implementação, a UE entende que o mecanismo deva alcançar os acordos atuais e os futuros, tanto por uma notificação dos países aderindo ao sistema (o que serviria, inclusive, para países que não aderiram ao sistema ISDS, como o Brasil), como com uma notificação dos países membros de um determinado acordo, indicando que o mesmo estaria sujeito à jurisdição do mecanismo permanente (UNCITRAL, 2019g, para. 35).

A UE acredita que o mecanismo permanente é a chave para se criar um sistema previsível e consistente: “Uma maior previsibilidade da interpretação jurídica, por sua vez, tornará a tomada de decisão mais eficiente e, portanto, mais econômica, e provavelmente reduzirá a quantidade de casos em geral” (UNCITRAL, 2019g, para. 42, tradução nossa). Além de que, o fato de os juízes serem permanentes ajuda a lidar com algumas das críticas

pontuais em relação aos árbitros do atual ISDS, como por exemplo, a remoção de incentivos para que haja o *double-hatting*.

Ainda, a UE defende que “um mecanismo permanente levará a uma redução dos custos e da duração dos processos de várias formas, o que contribuiria para garantir o acesso efetivo das pequenas e médias empresas ao mecanismo permanente” (UNCITRAL, 2019g, para. 51, tradução nossa). Primeiro, por não ser mais necessário gastar tempo escolhendo árbitros *ad-hoc* – apenas para pontuar, a escolha dos árbitros costuma durar de seis a oito meses. Segundo, porque menos tempo e dinheiro serão gastos em processos de desafio à imparcialidade do árbitro. Tal análise é realizada anteriormente à sua admissão ao *pool* de juízes. Terceiro, não mais existirão incentivos para aumento de custas, isto porque não haverá mais ligação entre a remuneração dos árbitros e o prolongamento no tempo de um determinado processo. Quarto, a previsibilidade irá reduzir custas e duração, uma vez que, a partir do momento em que uma interpretação de norma for estabelecida, esta não será “relitigada” e nem será necessário que as partes explorem todos os possíveis argumentos jurídicos, como ocorria na ausência de um sistema claro de precedentes.

Por fim, para a UE um mecanismo permanente também traria vantagem significativa na gestão de várias reivindicações, uma vez que “quanto mais tratados estiverem sujeitos à jurisdição do mecanismo permanente, mais eficaz o mecanismo permanente será no tratamento de casos relacionados trazidos sob diferentes tratados²⁶²” (UNCITRAL, 2019g, para. 56, tradução nossa).

5.4.3 Posicionamento do Marrocos

O Marrocos também emitiu uma manifestação no dia 1 de março de 2019, sob o documento A/CN.9/WG.III/WP.161, particularmente para reforçar questões que deveriam ser debatidas no âmbito das discussões de reformas no WG III. Inicialmente, o país fez questão de reconhecer os méritos da iniciativa no âmbito do WG III e destacou a necessidade de se atingir o consenso sob o modelo de reforma a ser adotado.

O país fez referência a BITs recentes, assinados pelo seu governo, apontando o que considera ser avanços estabelecidos nas suas redações, como:

- a) o estabelecimento de uma estrutura institucional com comitês conjuntos e pontos focais;

²⁶² Por exemplo, para evitar ou lidar melhor com uma situação CME / Lauder.

- b) a limitação dos tipos de disputas que podem ser submetidas ao ISDS;
- c) a necessidade de exaustão do judiciário local, antes de se recorrer ao ISDS;
- d) a possibilidade de interpretações oficiais pelas partes;
- e) a permitir para que as partes possam submeter uma disputa a um tribunal multilateral de investimentos após tal tribunal ter sido constituído, dentre outras questões (UNCITRAL, 2019h).

Em seguida, o Marrocos lista quais questões devem ser mais discutidas no âmbito da reforma do ISDS, pelo WG III, com algumas sugestões de abordagem. Em primeiro lugar, abordar a questão da redução dos custos da arbitragem, para a qual sugere a adoção de ferramentas de prevenção de disputas (como a conciliação); a obrigação de exaustão dos remédios locais; mecanismos para evitar reclamações frívolas; e a determinação mais transparente das regras de atribuição das custas do processo, como formas de abordar a questão (UNCITRAL, 2019h, para. 14).

Em seguida, o país aborda a possibilidade prevista em BITs, de os investidores acessarem diretamente o ISDS, ainda que haja cláusula contratual indicando pela prevalência de outros meios, como por exemplo, tribunais locais. Neste caso, o Marrocos entende que os contratos terminam sendo preteridos, em função da letra do tratado e da interpretação dos tribunais arbitrais desse mesmo tratado. Por isso, o referido país defende que exista uma melhor definição das regras de jurisdição em relação à arbitragem em investimento (UNCITRAL, 2019h, para. 15-17).

O Marrocos entende, ainda, a importância de dar suporte a PEDs na profissionalização de sua atuação no ISDS, como uma forma de balancear ainda mais o sistema, citando a cooperação internacional como uma das formas de concretizar tal carência (UNCITRAL, 2019h, para. 18-20).

Outra questão defendida pelos marroquinos é a implementação de escrutínio prévio aos laudos arbitrais, similar àquele usado pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio, por meio do qual se avaliaria se a decisão a ser adotada estaria cumprindo ou não com todas as formalidades necessárias para a adoção do laudo (UNCITRAL, 2019h, para. 21-25).

Com relação ao financiamento por terceiras partes, a posição marroquina é a de que se trata de um instrumento importante para investidores sem recursos suficientes para reclamarem contra Estados hospedeiros, mas que não poderá ter um papel construtivo, caso não seja regulado (UNCITRAL, 2019h, para. 26-30).

O documento também perpassa pela questão da segurança das custas, na qual os marroquinos defendem que a reforma do ISDS contemple um mecanismo que permita aos tribunais ordenar a segurança das custas aos reclamantes, especialmente se existir a suspeita de que a estruturação legal do investidor foi realizada no sentido de evitar eventuais consequências de uma arbitragem “malsucedida” para ele (UNCITRAL, 2019h, para. 31-33).

O Marrocos se posiciona ainda em relação à criação de um mecanismo de apelação para laudos arbitrais, com a finalidade de:

- a) assegurar a consistência dos laudos arbitrais em relação às provisões dos BITs;
- b) tornar as provisões dos BITs mais previsíveis; e
- c) retificar erros nos laudos que poderiam impactar temas de interesses públicos (UNCITRAL, 2019h, para. 34).

O documento do Marrocos também se posiciona em relação a um número de questões substantivas e jurídicas relevantes, como o desequilíbrio nas relações jurídicas, em que mormente somente o investidor pode acionar o Estado por meio de arbitragem; e o desequilíbrio substantivo, tendo em vista que o investidor é amplamente protegido nos tratados de investimentos. Diante disso, termos como “investimento”, “investidor” e “expropriação” são dispostos de forma bem abrangente (UNCITRAL, 2019h).

Por fim, o Marrocos manifestou que não é a favor do total abandono do ISDS e que o sistema deve, na verdade, ser gradualmente reformado, com o intuito de desenvolver o mecanismo de arbitragem, focando nos seguintes pontos:

- a) possibilidade de o Estado trazer uma reclamação contra um investidor;
- b) a ação legal dos Estados em proteger o bem-estar público, de forma que esta não possa ser considerada uma quebra das obrigações internacionais do Estado;
- c) o estímulo à arbitragem expedita e à utilização de tribunais locais antes da arbitragem internacional; e, por fim,
- d) um aumento na transparência em relação ao conflito de interesses na atuação dos árbitros, particularmente em relação a questões de *double-hatting* (UNCITRAL, 2019h).

Uma segunda manifestação do Marrocos foi submetida ao Secretariado em 11 de fevereiro de 2020 e catalogada como A/CN.9/WG.III/WP.195. O documento traz, como proposta, um modelo de tribunal de apelação permanente, a ser estabelecido em nível multilateral, com vistas a garantir a credibilidade do regime ISDS, harmonizar padrões de proteção ao investimento, garantir a revisão dos laudos arbitrais por um tribunal neutro e especializado e promover um entendimento comum entre os Estados sobre as provisões de

proteção ao investimento (UNCITRAL, 2020c, p. 2). O modelo marroquino de tribunal de apelação é baseado em oito características principais, resumidas como:

- a) Atrelamento da corte de apelação a um órgão da ONU, seja o ICSID ou Corte Internacional de Justiça: “O órgão das Nações Unidas fornecerá ao tribunal de apelação a assistência necessária ao exercício de suas funções” (UNCITRAL, 2020c, p. 3, tradução nossa);
- b) composição igualitária dos juízes do tribunal, sendo a indicação realizada pelo Secretário-Geral da ONU, o qual deverá respeitar critérios não somente de gênero, mas também de representação equilibrada entre as diferentes regiões e sistemas jurídicos do mundo (UNCITRAL, 2020c, p. 3). O Marrocos reforça que os indicados deverão cumprir com requisitos éticos, bem como se abster de praticar o *double hatting* (UNCITRAL, 2020c, p. 3);
- c) a Corte seria financiada por todos os usuários, seja Estado ou investidor, uma vez que tal modelo desincentiva sua utilização frequente por parte dos usuários (UNCITRAL, 2020c, p. 3);
- d) a Corte de Apelação, segundo a proposta marroquina, teria sua atuação direcionada a: “(a) Erros na aplicação ou interpretação do direito aplicável; (b) Erros graves na avaliação dos fatos; (c) Erros na avaliação dos danos”, sendo ainda possível acionar o tribunal de apelação com base nos artigos 51 e 52 do ICSID (UNCITRAL, 2020c, p. 4, tradução nossa). O tribunal, portanto, não seria competente para rever decisões de cortes nacionais do Estado hospedeiro;
- e) o atrelamento do tribunal às regras de transparência da UNCITRAL, bem como uma atuação voltada à eficácia e eficiência, sendo possível ao tribunal dispensar recursos que sejam frívolos ou manifestamente infundados (UNCITRAL, 2020c, p. 4);
- f) em relação ao direito aplicável, o Marrocos defende que seja o direito internacional e o interno do Estado receptor, ressalvando que qualquer interpretação do tribunal de apelação não será vinculante aos tribunais locais do Estado receptor (UNCITRAL, 2020c, p. 5). É importante, ainda, destacar a sugestão do Marrocos de dar aos Estados partes de um tratado a possibilidade de emanar interpretações vinculantes, as quais devem ser seguidas pelo tribunal de apelação (UNCITRAL, 2020c, p. 5);
- g) os laudos do tribunal de apelação devem ser finais, de forma que não caberá remissão do caso ao tribunal de primeira instância para ajustar ou corrigir alguma

passagem ou decisão (UNCITRAL, 2020c, p. 5). As decisões serão estabelecidas sob consenso ou, na sua impossibilidade, por maioria da corte;

- h) a última característica do modelo marroquino é a sua “executabilidade” mediante o artigo V da Convenção de Nova Iorque, e também os artigos 18, 19 e 21²⁶³ da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de Suas Propriedades (UNCITRAL, 2020c, p. 6).

5.4.4 Posicionamento da Tailândia

A Tailândia teve a sua manifestação registrada por meio do documento A/CN.9/WG.III/WP.162 em que, além de sugerir um plano de trabalho no próprio WG III, endereçou a sua opinião sobre o tema indicando, primeiramente, os princípios que devem ser considerados a espinha dorsal de qualquer reforma bem-sucedida e, em seguida, propondo soluções em um nível conceitual sobre como a reforma pode ocorrer.

Nesse sentido, em relação aos princípios para estruturar uma eventual reforma do ISDS, a Tailândia reforçou que a reforma deve ser universal e versátil, focando problemas que são mais ressonantes, de forma a congregar a visão da maioria dos países e privilegiando a prevenção ao invés do litígio (UNCITRAL, 2019i, para. 9). Além disso, partindo do pressuposto de que a reforma será demorada e complicada, a Tailândia entende que cada avanço deva ser estabelecido como “tijolo” que se agrega, para estabelecer uma construção mais completa no futuro. (UNCITRAL, 2019i, para. 10-11).

Em relação às propostas de reforma, a Tailândia apresentou quatro. A primeira diz respeito às novas regras de arbitragem da UNCITRAL para atender às necessidades especiais dos casos da ISDS, particularmente para deixá-las mais concisas e fáceis de se compreender. Nesse sentido, cita a necessidade de novas regras, relacionadas ao custo e duração dos procedimentos, tanto em relação à determinação de prazos precisos, consulta entre o tribunal e as partes para estabelecimento das custas processuais, regras mais claras sobre o ônus das custas processuais, bem como a própria regulação do financiamento por terceiras partes (UNCITRAL, 2019i, para. 16-19).

Ainda, preceitua a necessidade de novas regras em relação à indicação dos árbitros, com vistas a evitar a ocorrência de *double-hatting*, assim como pela adoção de uma lista de

²⁶³ “O artigo 21 da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de Seus Bens enumera as categorias de bens do Estado que não podem estar sujeitos a medidas restritivas anteriores ou posteriores ao julgamento, como penhora, prisão ou execução” (UNCITRAL, 2020c, p. 6, tradução nossa).

candidatos com regras de indicação que privilegiem critérios de diversidade. Referência ainda foi feita à adoção de um código de conduta para os árbitros (UNCITRAL, 2019i, para. 20-21). Aponta, também, para a possibilidade de se estabelecer regras de interpretação dos tratados, com vistas a incrementar a consistência, coerência e previsibilidade dos laudos arbitrais (UNCITRAL, 2019i, para. 22 e 23). E, por fim, preceitua pela necessidade de se fortalecer os mecanismos de solução alternativa de disputas (UNCITRAL, 2019i, para. 24).

A segunda proposta trata da elaboração de regras gerais de prevenção e gerenciamento de disputas para auxiliar os Estados, com o foco na fase de negociação, encorajando o diálogo entre as partes, indicando a utilização de mecanismos jurídicos locais e estabelecendo uma fase de pré-arbitragem (UNCITRAL, 2019i, para. 25).

A terceira proposta diz respeito ao estabelecimento de um centro consultivo sobre direito do investimento internacional, com vistas a fornecer o aconselhamento legal necessário para que um PED possa ter uma participação mais ativa e efetiva em disputas sobre investimento (UNCITRAL, 2019i, para. 26-27).

A quarta e última proposta diz respeito ao estabelecimento de cláusulas modelo sobre provisões substantivas. Nesse ponto, a Tailândia ressalva que, embora tenha sido definido no WG III que o âmbito das propostas seria apenas sobre questões procedimentais, ela entende que o grupo poderia manter-se receptivo a discutir questões substantivas de forma paralela, que auxiliariam, por exemplo, os Estados a rascunharem as suas primeiras versões de novos tratados internacionais (UNCITRAL, 2019i, para. 28-29).

Conforme se denota, nenhuma referência fez o governo da Tailândia a uma proposta de estabelecer um mecanismo multilateral, fosse ele mais amplo, com primeira e segunda instância, ou exclusivo de apelação.

5.4.5 Posicionamento de Chile, Israel e Japão

A manifestação conjunta dos governos do Chile, Israel e Japão foi formalizada no documento A/CN.9/WG.III/WP.163, cujas considerações iniciais resgatam as principais bases de preocupações dos membros do WG III em relação ao ISDS. Nesse sentido, foram mencionadas a falta de consistência, coerência, previsibilidade e correição das decisões dos tribunais ISDS, a aparente falta de independência e imparcialidade dos árbitros, e os custos e duração dos casos.

Após tais considerações; o documento passa a discutir a forma pela qual as propostas devem ser desenvolvidas, sendo sugerido que se produza uma série de opções, na forma de

um *menu*, no qual os países possam escolher quais das propostas são mais adequadas às suas necessidades (UNCITRAL, 2019j). Nesse sentido, o documento sugere que sejam priorizadas as questões identificadas na segunda fase do mandato do WG III, e que se priorizem as soluções propostas que tenham um alto grau de consenso. Além disso, os países entendem que deva haver cooperação com outras organizações que trabalham com ISDS.

Os três países ainda defendem que a condução dos trabalhos de reforma do ISDS deva ser mantida no WG III, sem a criação de subgrupos ou outras divisões, mas que determinadas questões possam requerer o auxílio de especialistas, determinados *stakeholders* ou outras partes interessadas (UNCITRAL, 2019j, p. 5).

O documento ainda elabora um plano de ação composto de duas etapas, para desenvolver o projeto de reforma do ISDS no âmbito do WG III, sendo a primeira fase destinada à elaboração de um esquema de possíveis soluções aos problemas identificados, e a segunda etapa destinada ao desenvolvimento de metodologias ou modelos de adoção das soluções identificadas (UNCITRAL, 2019j, p. 5-6).

O documento ainda traz, em anexo, uma lista indicativa das possíveis soluções aos problemas identificados. No entanto, destina o debate sobre a possibilidade de implementação de um tribunal permanente, para uma consideração posterior (UNCITRAL, 2019j, p. 6-9).

5.4.6 Posicionamento da Costa Rica

A manifestação do governo da Costa Rica foi realizada em 22 de março de 2019 e reproduzida no documento A/CN.9/WG.III/WP.164. No documento, a Costa Rica faz questão de ressaltar a sua contribuição e participação no desenvolvimento do ISDS, não somente nas discussões sobre a reforma do sistema, mas como participante ativa, com 21 acordos internacionais de investimento em vigor contendo mecanismos ISDS (8 FTAs e 15 BITs), bem como tendo sido reclamado em nove ISDS (UNCITRAL, 2019k, para. 1).

Em relação à questão sobre como as preocupações identificadas no WG III deveriam ser endereçadas para reforma, a Costa Rica defende uma abordagem pragmática, com soluções flexíveis, estipuladas a curto, médio e longo prazo. Nesse sentido, entende que o grupo deva promover as reformas à medida que estas tiverem consenso (UNCITRAL, 2019k, para. 3-4).

O país ainda defende que as propostas de reforma devam ser encaradas sob o critério da prioridade com base nas preocupações mais fortes e reforça a necessidade de coordenação dos debates com outras organizações internacionais (como a OMC e OCDE), tal como a

conciliação com as discussões sobre reforma que ocorrem na ICSID (i.e., em relação à *ICSID Rule Amendment*) (UNCITRAL, 2019k, para. 3-4).

A Costa Rica abordou as seguintes preocupações: falta de consistência, de coerência, previsibilidade e correição das decisões arbitrais. As principais soluções seriam: introduzir interpretações conjuntas entre as partes dos tratados; reforçar a participação do Estado nas arbitragens; limitar a possibilidade de reclamação de diferentes entidades dentro da mesma estrutura corporativa; e adotar mecanismos para tratar de processos concorrentes (UNCITRAL, 2019k).

Em relação a árbitros e tomadores de decisões, as principais soluções seriam: o desenvolvimento de um código de conduta; melhorias na sistemática de indicação; e a aplicação de sanções quando do descumprimento do código de conduta (UNCITRAL, 2019k).

Para custo e duração do ISDS, as soluções perpassariam pela prática de prevenção de disputas, regulação do financiamento por terceiras partes, mecanismos para reduzir custos e definir prazos procedimentais, bem como a implementação de um centro consultivo (UNCITRAL, 2019k).

O governo da Costa Rica chegou a apresentar uma nova manifestação, documentada pela UNCITRAL sob o título A/CN.9/WG.III/WP.178, que apresenta suas prioridades, resumidas como três categorias de problemas, seguidas das sugestões de solução, conforme explicitadas no quadro 5.

Quadro 5 – Prioridades da Costa Rica, problemas identificados e soluções sugeridas

Prioridades da Costa Rica
a) Falta de consistência, coerência, previsibilidade e correição das decisões arbitrais
1. Submissões de partes do Tratado não disputantes.
2. Fortalecimento do envolvimento das autoridades dos Estados para responder a consultas, como meios de prevenção de disputa, e outras resoluções de disputas que não a arbitragem.
3. Interpretações conjuntas, tais como os mecanismos para implementá-las em relação aos tratados.
4. Consultas das autoridades do Estado pelo tribunal arbitral (em relação a, por exemplo, medidas de não conformidade, serviços financeiros e medidas tributárias).
5. Medidas para endereçar procedimentos concorrentes, quando a mesma medida tem impacto em diversos investidores.
6. Padrões jurídicos para limitar reclamações por diferentes entidades, dentro da mesma estrutura corporativa.
b) Árbitros e tomadores de decisões
1. Desenvolvimento de um código de conduta para árbitros e tomadores de decisão.

2. Requerimentos para árbitros.
3. Melhorias ao corrente sistema de indicação ou desafio dos árbitros, incluindo questões de diversidade.
4. Sistema de controle para desafio dos árbitros.
5. Consequência por não cumprir com um código de conduta.
c) Custo e duração da ISDS
1. Boas práticas para prevenção de disputas.
2. Ferramentas para reduzir custos.
3. Diretrizes para alocação de custas e estabelecimento da segurança das custas.
4. Mecanismos para dispensa antecipada de reclamações frívolas.
5. Regras para financiamento por terceiras partes.
6. Reconvenção por Estados respondentes.
7. Centros Consultivos.

Fonte: o autor, com base em UNCITRAL (2019l).

5.4.7 Posicionamento do Brasil

Na manifestação do governo brasileiro, documentada sob o código A/CN.9/WG.III/WP.171, fez-se na verdade uma exposição sobre o modelo de solução de controvérsias desenvolvido nos chamados Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI).

Em sua manifestação, o Brasil expressou descrença nos resultados práticos dos BITs, uma vez que entendia que, ao invés de estimular o investimento, estes serviram mais para constranger os Estados a adotarem políticas de interesse público, e que, nesse contexto, o Brasil compreendia como melhor opção aos ISDS investir em um modelo de prevenção de disputas, algo que levou o país a desenhar os ACFI:

[...] os compromissos da CFIA encorajam as Partes a agir antes que os danos tenham sido feitos e as disputas que são difíceis de resolver tenham surgido. Dessa forma, o país anfitrião anteciparia as possíveis causas da arbitragem de investimentos, tomando as medidas necessárias muito mais cedo. Ao fazer isso, as dificuldades e custos, incluindo custos políticos, poderiam ser evitados totalmente. (UNCITRAL, 2019m, para. 4, tradução nossa)

O Brasil citou, ainda, que se inspirou no modelo coreano de *Ombudsman* de investimento estrangeiro para instituir um mediador semelhante ao seu modelo de acordo, sendo este um facilitador do diálogo entre os investidores e o país receptor de investimentos, para atrair e manter investimentos (UNCITRAL, 2019m, para. 7).

Além disso, é papel do *Ombudsperson* brasileiro, em conjunto com as autoridades relevantes do governo, avaliar reclamações recebidas da outra parte do tratado ou de seus investidores e levar recomendações ao Comitê Conjunto criado pelo ACFI relativo. Inclusive, o Comitê Conjunto é outra característica do modelo brasileiro e diz respeito a uma composição de autoridades de ambas as partes dos tratados, responsáveis por monitorar a implementação do acordo e prevenir disputas por meio de propostas de soluções amigáveis de quaisquer questões envolvendo investimentos bilaterais (UNCITRAL, 2019m, para. 7-8).

Por fim, caso eventuais conflitos não sejam resolvidos amigavelmente pelo Comitê Conjunto, os ACFIs preveem a possibilidade de se recorrer a um tribunal *ad-hoc* para uma disputa entre os Estados envolvidos (ou seja, não se trata de ISDS), sob as regras de arbitragem da UNCITRAL (UNCITRAL, 2019m, para. 10-14).

Em outras palavras, o posicionamento brasileiro de reforma do atual modelo de ISDS não se enquadra em uma perspectiva de reformar o modelo em si, tal como as manifestações dos demais governos, mas de se mudar o modelo de resolução de conflitos.

5.4.8 Posicionamento da Colômbia

O governo da Colômbia apresentou a sua manifestação em 13 de junho de 2019, a qual foi documentada pelo Secretariado do WG III como A/CN.9/WG.III/WP.173.

Nele, a Colômbia enfatizou a importância de uma abordagem procedimental plausível, com vistas a implementar, com flexibilidade e progressividade, as medidas de solução às preocupações já identificadas pelo grupo.

Nesse sentido, a Colômbia citou, como *benchmark*, as negociações sobre o *Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting* (doravante MLI), no âmbito da OCDE. Inicialmente, o documento apresenta o pano de fundo do MLI, sendo ressaltada a sua característica de acordo de implementação do *Base erosion and profit shifting* (BEPS), particularmente porque a adoção do BEPS denotaria a alteração de alguns tratados bilaterais de tributação.

A Colômbia explicou a forma de funcionamento do MLI ressaltando que não se tratava de um protocolo de emenda dos tratados, mas de alteração dos próprios tratados e da sua aplicação²⁶⁴. A particularidade desse tratado de implementação é que uma parte tem a

²⁶⁴ “A Convenção MLI é elaborada seguindo a estrutura comum de instrumentos internacionais, consistindo de um conjunto de artigos que estabelecem o escopo do acordo, suas definições, as disposições substantivas (as medidas BEPS) e, finalmente, as disposições institucionais.” (UNCITRAL, 2019n, para. 15, tradução nossa).

possibilidade de excluir disposições, ou partes de disposições, relativas a tratados fiscais abrangidos pelo MLI que contenham disposições com características específicas, assim como a Convenção incorpora uma série de alternativas ou disposições opcionais que cada Parte pode escolher aplicar (UNCITRAL, 2019n, para. 14-16).

Partindo desses pressupostos, a Colômbia defende que o MLI possa ser utilizado como um modelo para o WG III, uma vez que fornece a flexibilidade extra de exclusão de disposições com relação a todos os tratados fiscais cobertos pelo MLI que não reflitam um padrão mínimo obrigatório. Em outras palavras, estabelece-se um padrão mínimo, o qual todos devem seguir, mas, acima disto, os Estados podem escolher o que desejam, ou não, aplicar, o que a Colômbia entende ser um modelo similar ao proposto por Chile, Israel e Japão, que preconiza uma reforma no ISDS na forma de *menu* (UNCITRAL, 2019n, para. 19-21).

Em termos de vantagens do modelo, a Colômbia faz um paralelo da rede de tratados internacionais de investimento com a rede de tratados internacionais tributários, em que as críticas são reproduzidas, seja pela falta de transparência ou pela falta de consistência (sendo os tratados tributários criticados por permitirem o *treaty shopping* com a finalidade de evasão fiscal) e no qual a Colômbia indica que a adoção do MLI trouxe uma solução multilateral, para evitar justamente abuso no uso dos tratados:

A replicação do modelo MLI pode levar a uma solução multilateral rápida, representando ganhos em termos de tempo e eficiência, pois os países não precisariam embarcar em renegociações bilaterais de seus IIAs para implementar as soluções previstas pelo Grupo de Trabalho III. (UNCITRAL, 2019n, para. 25)

Com vistas a replicar o modelo MLI, a Colômbia indica que o WG precisaria definir algumas questões como: quais partes das preocupações integrariam as reformas, quais seriam os padrões mínimos aceitos pelos Estados e como se daria o processo de adesão (UNCITRAL, 2019n, para. 27).

Por fim, a Colômbia disponibilizou um esboço de como seria uma convenção multilateral para reformar o ISDS, mas que não chegou a ser adotado pelo WG III.

5.4.9 Posicionamento da Turquia

A manifestação com o posicionamento da Turquia ocorreu em 8 de julho de 2019 e foi documentada sob o título A/CN.9/WG.III/WP.174.

A Turquia indica, inicialmente, que é tanto um importador como exportador de capital e que a sua experiência como ISDS indica que o sistema funciona bem até um certo ponto, no entanto, poderia ser melhorado, para ser mais consistente, confiável, barato e eficiente (UNCITRAL, 2019o, p. 2).

O país defende o desenvolvimento de um código de conduta e um código de ética, além do desenvolvimento de métodos mais transparentes de escolha dos árbitros (por meio de uma lista ilustrativa de candidatos), como forma de melhorar a confiabilidade do sistema. Por fim, em relação ao custo e duração dos procedimentos, a Turquia defende o estabelecimento de um método de dispensa preliminar de reclamações frívolas; uma regulação clara que assegure a recuperação dos custos despendidos pelos Estados (quando estes são vencedores); um centro consultivo sem fins lucrativos; a regulação do financiamento por terceiras partes; e a regulação de processos de suspeição dos árbitros (UNCITRAL, 2019o, p. 2-3).

O Governo da Turquia ainda submeteu outra manifestação no dia 22 de abril de 2020, a qual foi catalogada como A/CN.9/WG.III/WP.197. Nela, a Turquia discute a proposta de estabelecimento de um centro consultivo para o regime ISDS.

De forma geral, a Turquia sugere que a experiência do Centro Consultivo da OMC seja mais bem-discutida no âmbito do WG III, com um convite para que o diretor do referido centro apresente, no WG III, os desafios por eles enfrentados e os benefícios que podem influenciar um modelo no campo do investimento (UNCITRAL, 2020d, p. 2).

Para a Turquia, a cobertura de beneficiários de um centro consultivo no ISDS não deve abranger todas as partes da disputa, mas priorizar PEDs e pequenas e médias empresas. Em relação aos serviços fornecidos, a Turquia defende que deve ser disponibilizado o aconselhamento jurídico de baixo custo e suporte na defesa jurídica dos beneficiários, ou ainda, a possibilidade de se estabelecer um local para resolução alternativa de conflitos, que ofereça o suporte necessário para que as partes conflitantes possam resolver a sua disputa de forma prévia ao estabelecimento de um tribunal arbitral (UNCITRAL, 2020d, p. 2).

Em termos estruturais, a Turquia entende que o centro consultivo não deva estar atrelado à ONU, mas ser independente, com autonomia financeira, sendo o seu financiamento provido por um sistema híbrido, com contribuições fixas dos membros (sob uma divisão *pro rata*) e pagamentos específicos de honorários, quando o centro for utilizado para assessoramento em casos específicos, como representação legal em uma disputa (UNCITRAL, 2020d, p. 3).

5.4.10 Posicionamento do Equador

A manifestação do governo do Equador foi recebida pelo Secretariado da UNCITRAL no dia 16 de julho de 2019 e foi documentada sob o título A/CN.9/WG.III/WP.175, a qual priorizou, dentre as preocupações discutidas no WG III, a busca pela solução das seguintes questões:

- a) estabelecimento de um mecanismo que forneça maior coerência, previsibilidade e correição dos laudos arbitrais;
- b) que assegure a independência e imparcialidade dos árbitros; e
- c) permita que as partes afetadas pelos laudos arbitrais consigam participar do processo arbitral (UNCITRAL, 2019p, para. 4).

Em relação à preocupação sobre coerência, estabilidade e correição dos laudos arbitrais, o Equador ressalta que a inconsistência desses laudos tem sido alvo de muitas críticas, citando o exemplo das arbitragens *CMS v. Argentina*, *Sempra v. Argentina* e *Enron v. Argentina*, nas quais os tribunais rejeitaram o argumento de defesa do Estado, enquanto nos tribunais de *LG&E v. Argentina* e *Continental Casualty v. Argentina*, o mesmo argumento foi aceito (UNCITRAL, 2019p, para.7). O problema se torna ainda maior porque os laudos não estão sujeitos à apelação, mas à revisão de validade, o que não asseguraria, por exemplo, a correição de laudos inconsistentes (UNCITRAL, 2019p, para. 8).

Em relação à necessidade de assegurar maior independência e imparcialidade dos árbitros, além dos *working papers* do WG III (particularmente WP142 e WP146) que tratam do tema, o Equador se baseia em suas próprias experiências para concluir que a falta de orientações gerais não apenas leva à falta de imparcialidade e independência dos árbitros, como também causa impacto aos procedimentos arbitrais (UNCITRAL, 2019p, para. 17). Neste sentido, o Equador declara se preocupar com questões como *double-hatting* e a falta de critérios mais consistentes para processos de desqualificação dos árbitros (UNCITRAL, 2019p, para. 18-21).

Já em relação à participação de terceiras partes no processo arbitral, o Equador declara que já esteve em procedimentos em que grupos específicos, com interesse legítimo na disputa e afetados pela decisão arbitral, não puderam participar (UNCITRAL, 2019p, para. 24).

Sobre os pontos de preocupação abordados, o Equador entende que as soluções podem vir de forma multilateral ou por reformas individuais promovidas pelos próprios Estados. Em relação a uma possibilidade multilateral, o país cita a iniciativa tomada no âmbito

da OCDE em relação ao MLI (tal qual sugerido, por exemplo, pelo governo da Colômbia), ou a experiência realizada na Convenção de Maurício, que funcionou para adotar de forma multilateral a regulação realizada na arbitragem em investimento com foco em transparência (UNCITRAL, 2019p, para. 28-31).

5.4.11 Posicionamento da África do Sul

A manifestação do governo da África do Sul foi realizada em 17 de julho de 2019 e documentada no A/CN.9/WG.III/WP.176.

Após inicialmente recapitular quais são os temas e preocupações endereçadas pelo WG III, a manifestação da África do Sul parte para uma contextualização da ISDS sob o seu ponto de vista.

Tal contextualização é feita de forma bastante crítica ao sistema de arbitragem internacional de investimento e também à própria lógica dos tratados de investimento e suas previsões de proteção ao investidor e investimento, ao contrapor a defesa de interesses privados de investidores aos interesses e direitos de interesse do amplo público, sendo tomados como principal referência os direitos humanos (UNCITRAL, 2019q). Na lógica da África do Sul, “alguns desses direitos dos investidores podem afetar questões de interesse público, como saúde, condições de trabalho, segurança alimentar, meio ambiente e acesso à água potável” (UNCITRAL, 2019q, para. 7). E o país complementa, indicando que o investimento estrangeiro está além de uma questão privada, que envolve apenas o lucro do investidor, uma vez que pode envolver direitos humanos e questões de interesse público²⁶⁵ (UNCITRAL, 2019q, para. 10).

O governo sul-africano rememora que a ISDS causa um desequilíbrio no tratamento dado ao investidor estrangeiro em relação àquele dado ao investidor local, tendo em vista que apenas o primeiro teria a opção de recorrer a uma arbitragem internacional para resolver uma disputa, enquanto o investidor local seria obrigado a recorrer a um tribunal interno para tanto (UNCITRAL, 2019q, para. 8).

Por isso, a África do Sul entende que os países devem realizar uma análise de custo-benefício e refletir sobre os seus objetivos e estratégias em relação à ISDS, bem como repensar

²⁶⁵ “Não há obrigações internacionais vinculantes para as multinacionais em relação aos direitos humanos e trabalhistas, bem como à proteção ambiental, e os indivíduos e comunidades afetados não podem recorrer à justiça internacional quando as multinacionais violam seus direitos” (UNCITRAL, 2019q, para. 11, tradução nossa).

um modelo em que a proteção ao investimento não venha em detrimento da proteção à saúde, segurança, meio ambiente e direitos humanos (UNCITRAL, 2019q, para. 10-11).

Em relação à abordagem que deve ser dada a uma eventual reforma no âmbito do WG III, a África do Sul ressalta questões como promover os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU na discussão; promover maior participação de terceiras partes interessadas; e estabelecer discussões de reforma, não somente de aspectos procedimentais, mas também substanciais, tendo em vista que estes não podem ser dissociados (UNCITRAL, 2019q, para. 16-20). Por isso, a África do Sul defende uma reforma sistêmica da ISDS, orientada para o desenvolvimento sustentável.

A partir daí, o governo africano destaca alguns princípios que devem ser levados em consideração no âmbito da reforma da ISDS:

- a) proteção dos direitos humanos e fundamentais;
- b) espaço político para regular;
- c) campo de jogo nivelado;
- d) inclusão;
- e) respeito ao *rule of the law*; e
- f) proteção ao investimento responsável (UNCITRAL, 2019q, para. 29-35).

Em seguida, a manifestação passa a questionar a própria necessidade de existência da ISDS e, a partir daí, apresenta sugestões de reforma que perpassam por mecanismos de prevenção e instrumentos de resolução alternativa das disputas; utilização obrigatória dos tribunais locais dos Estados antes de se recorrer à ISDS; estabelecimento de escritórios de *Ombuds*; cooperação entre Estados para resolução de conflitos; elaboração de um código de conduta com diretrizes éticas para os árbitros; a possibilidade de reconvenção por parte dos Estados; a proibição do financiamento por terceiras partes; e o estabelecimento de regras de consolidação de reclamações múltiplas (UNCITRAL, 2019q).

Logo após, o governo sul-africano analisa a possibilidade de implementação de uma Corte Multilateral de Investimento e de um Órgão de Apelação. O entendimento é que esses mecanismos teriam o potencial de atribuir maior coerência ao sistema, ao estabelecerem um sistema de jurisprudência (UNCITRAL, 2019q, para. 77-79).

No entanto, na opinião da África do Sul, a proposta de uma corte de investimento apresentada pela UE não aborda várias das questões substantivas que preocupam o governo sul-africano, como o fato de o resultado final ser estabelecido em indenizações pecuniárias, que continuarão incentivando os investidores (em conjunto com grandes escritórios de advocacia) a iniciar casos contra os Estados (UNCITRAL, 2019q, para. 80).

Além disso, as bases jurídicas para as decisões da corte multilateral continuariam sendo os mais diversos tratados de investimentos, o que dificultaria a consistência, além do que poderia levar a corte a aumentar ainda mais o padrão de proteção ao investidor, para alcançar o referido objetivo, penalizando, assim, o Estado (UNCITRAL, 2019q, para. 81).

O documento ressalta que várias das propostas de reforma da África do Sul sequer são endereçadas à proposta de corte multilateral da UE, como, por exemplo, a exigência de se esgotar os procedimentos locais antes de se ingressar na corte, a elaboração de obrigação para os investidores, e nenhuma regra de restrição de acesso do investidor à corte (UNCITRAL, 2019q, para. 82-86).

De toda forma, a África do Sul também questiona possíveis dificuldades de implementação, uma vez que os atuais BITs e IIAs teriam que ser alterados para compreender a atuação de uma corte multilateral ou mecanismo de apelação (UNCITRAL, 2019q, para. 88). Ademais, questiona-se também qual seria o formato de indicação dos árbitros, alertando que uma prevalência da vontade dos Estados poderia levar a problemas de indicação, tal como ocorridos na OMC, ou de prevalência do Estado mais forte. Ao mesmo tempo, a ausência de regras sobre indicação na composição da corte reproduziria os atuais problemas de diversidade dos tribunais arbitrais (UNCITRAL, 2019q, para. 90-92).

A África do Sul ainda manifestou dúvidas sobre algumas questões específicas em relação à executabilidade das decisões, às regras procedimentais das cortes e regras relativas à confidencialidade do processo, e, por fim, como se daria a participação de terceiras partes interessadas (sendo sugerida, inclusive, a adoção das Regras de Transparência da UNCITRAL) (UNCITRAL, 2019q, para. 94-97).

Ao final, o país indicou possíveis externalidades negativas da atuação da corte multilateral, como, por exemplo, a possibilidade de julgar direitos de propriedade intelectual (e, dessa forma, impedir eventuais reformas dos referidos direitos por parte de um país), tal como a possibilidade de impedir ações para evitar mudanças climáticas, ao ser competente para julgar e condenar políticas ou regras voltadas à prevenção e mitigação de ações prejudiciais ao meio ambiente (UNCITRAL, 2019q, para. 99-101).

Por conta disso, a opinião da África do Sul é a de que a proposta europeia equivale a “reformas cosméticas, sem tocar nos problemas fundamentais do sistema. Efetivamente, a Corte Multilateral de Investimentos parece preservar e confirmar o sistema ISDS” (UNCITRAL, 2019q, para. 103).

5.4.12 Posicionamento da China

A manifestação da China foi registrada sob o título A/CN.9/WG.III/WP.177 e inicia indicando que o país acredita que a ISDS cumpre um papel muito importante na promoção ao investimento e que, por isso, vale a pena ser mantida. No entanto, a China deu as boas-vindas à iniciativa da reforma da UNCITRAL, tendo em vista que o país é um dos grandes entusiastas da promoção de soluções multilaterais.

Em relação aos principais problemas identificados no mecanismo ISDS, a China acredita que cinco deles merecem mais atenção:

- a) a falta de um mecanismo de correção de laudos arbitrais, tendo em vista a limitação das revisões sob a Convenção de Washington;
- b) a falta de estabilidade e previsibilidade das decisões arbitrais;
- c) o questionamento sobre a falta de profissionalismo e independência dos árbitros, particularmente agravada pela ausência de um código de conduta;
- d) a falta de equilíbrio proporcionada pelo financiamento por terceiras partes;
- e) o tempo longo e o custo alto dos procedimentos (UNCITRAL, 2019r, p. 2-3).

Em relação às possíveis propostas de reformas, a China indica seis preferências:

- a) o estabelecimento de um mecanismo de apelação para melhorar a correção de laudos arbitrais incorretos;
- b) a manutenção da indicação dos árbitros pelas partes do litígio;
- c) o estabelecimento de regras para regular o comportamento e conflitos de interesses dos árbitros;
- d) o incentivo à utilização de meios alternativos de resolução de conflitos;
- e) o estabelecimento obrigatório de procedimentos de consultas pré-arbitragem entre o investidor e o governo central; e
- f) a publicação das informações relativas aos financiamentos realizados por terceiras partes (UNCITRAL, 2019r, p. 4-5).

5.4.13 Posicionamento da Coreia do Sul

O governo da Coreia do Sul apresentou a sua manifestação no dia 31 de julho de 2019, sendo documentada como A/CN.9/WG.III/WP.179, a qual cobre três principais temas:

- a) modalidades de discussões futuras;

- b) tópicos adicionais para as discussões do WG; e
- c) sugestões relativas a um mecanismo permanente para a solução de controvérsias internacionais sobre investimentos (“mecanismo permanente”).

Em relação ao primeiro tema, a Coreia reconhece, assim como foi discutido na 37ª reunião do WG III, que existem dois grandes grupos de reformadores: os que pleiteiam uma reforma incremental, evoluindo pontualmente os aspectos já existentes da ISDS, e os que desejam uma reforma estrutural, com uma revisão mais completa do sistema como um todo; e a discussão das reformas no âmbito do WG III está ocorrendo de forma bifurcada, o que poderia causar um maior ônus para a participação ativa dos Estados (UNCITRAL, 2019s, p. 2).

De forma mais clara, a Coreia é contrária à criação de dois subgrupos dentro do WG III, e que o debate em uma vertente suspenda o debate na outra. Mas sugere que as discussões ocorram de forma natural e, se for possível, abarquem as opiniões de ambos os grupos de forma complementar (UNCITRAL, 2019s, p. 3). Em outras palavras, uma vez que os problemas são os mesmos para ambos os grupos, as soluções podem ser discutidas nas atuais reuniões do WG III, podendo, na opinião da Coreia, apenas ser estabelecida uma sequência única de sugestões, iniciada pelas propostas incrementais, terminando com as propostas de soluções estruturais e, na sequência, dialogando entre si (UNCITRAL, 2019s, p. 3).

No que concerne ao segundo tema, relativo aos tópicos adicionais das discussões do WG III, a Coreia do Sul aponta três questões. A primeira se refere à regulação do financiamento por terceira parte, tendo em vista algumas preocupações dos membros com possíveis conflitos de interesses envolvendo financiadores e mesmo árbitros; problemas de confidencialidade e de segurança nas custas, o que motivaria a necessidade de adotar regras de contingenciamento de honorários para os pagamentos de custas; e a divulgação das informações da terceira parte financiadora, com a devida punição em caso de descumprimento (UNCITRAL, 2019s, p. 4-5).

A segunda diz respeito à prevenção a disputas, uma vez que a Coreia envereda seus esforços para evitar a formação de tribunais arbitrais de investimento, ressaltando a sua experiência num sistema de *ombudsman* de investimento estrangeiro, com vistas a harmonizar visões entre investidores e autoridades do governo, por meio da difusão de informações, conhecimentos e construção de capacidade institucional voltada a questões de investimento estrangeiro (UNCITRAL, 2019s, p. 5).

A terceira questão diz respeito à atuação dos fundos de *hedge* multinacionais, que são responsáveis por levar reclamações abusivas para a arbitragem internacional, uma vez que

estas abusam de suas estruturas corporativas ambíguas e em multicamadas (geralmente adaptadas para fins fiscais) para "procurar" possibilidades de casos de ISDS em diferentes jurisdições (UNCITRAL, 2019s, p. 6). Sobre este ponto, a Coreia acredita que a redação dos atuais IIAs não está adequada avaliar eventual abusividade das reivindicações destes fundos (UNCITRAL, 2019s).

Por fim, o terceiro grande tema trazido pela Coreia é a discussão sobre o estabelecimento de um mecanismo multilateral permanente, principalmente para se vislumbrar suas vantagens e também suas deficiências. Sobre as possíveis deficiências, a Coreia alega a possibilidade de confusão em sua implementação, uma vez que este mecanismo deve se adequar aos milhares de IIAs já vigentes, bem como aos novos tratados. Além disso, existe a preocupação do país em relação ao processo seletivo dos adjudicadores, particularmente para congregar critérios de diversidade e, por fim, na forma de financiamento do novo mecanismo, uma vez que a Coreia do Sul considera relevantes os critérios de alocação das despesas aos Estados-membros (UNCITRAL, 2019s, p. 6-7).

5.4.14 Posicionamento do Bahrein

A manifestação com o posicionamento do Bahrein foi realizada no dia 29 de agosto de 2019 e documentada como A/CN.9/WG.III/WP.180. O *paper* tem seis seções: a primeira destaca os aspectos positivos da ISDS; a segunda identifica preocupações do sistema relativos a conflitos de interesse, diversidade, custos e duração, e com a consistência das sentenças e decisões arbitrais; a terceira adverte para a precaução necessária antes de se mover para um sistema de corte permanente; a quarta analisa as propostas de reforma; a quinta explica o motivo de o mandato do WG III estar restrito a questões procedimentais; e a sexta expõe o plano de ação do Bahrein para discutir as reformas (UNCITRAL, 2019t).

Em relação aos benefícios, o Bahrein destaca aspectos já difundidos pelos defensores da ISDS, como a neutralidade dos árbitros, se considerado o seu distanciamento dos interesses políticos; a finalidade e executividade dos laudos, tendo em vista a impossibilidade de recursos ao laudo arbitral e a facilidade de se estabelecer o tribunal arbitral, que é muito mais simples de ser gerenciado do que os tribunais permanentes, como, por exemplo, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (UNCITRAL, 2019t, para. 2).

Quanto às preocupações com o sistema, o Bahrein faz uma extensa exposição em relação aos seguintes temas: conflitos de interesses, crise de diversidade da ISDS e custo e duração das disputas (UNCITRAL, 2019t).

Para o Bahrein, deve-se exigir independência e imparcialidade por parte de um tribunal arbitral, tendo em vista a variedade de questões jurídicas e padrões de fatos sobrepostos e recorrentes que dificultam a tomada de decisão (UNCITRAL, 2019t, para. 5). Além disso, devido ao fato de existir, geralmente, apenas um pequeno grupo de árbitros selecionados, estes também desempenham diversas funções no ambiente de arbitragem em investimento (tais como, advogados, árbitros, especialistas e consultores), o que aumenta a possibilidade de um conflito de interesse (UNCITRAL, 2019t, para. 5).

Nesse sentido, o Bahrein considera extremamente importante que o processo de desafio de árbitros (suspeição) seja melhor publicizado e que se desenvolva um padrão de julgamento para tais questões, em que suas decisões, em casos de conflitos de interesse, sejam fundamentadas em um código de conduta (UNCITRAL, 2019t, para.6-7). Além disso, o Bahrein chama a atenção para as limitações do modelo de *soft law* que conduzem os *guidelines* da IBA, uma vez que são fundamentados na premissa de que o atendimento às regras, por parte dos árbitros, é voluntário (UNCITRAL, 2019t, para. 10).

Outra preocupação em relação ao sistema é a percepção de uma crise de diversidade, pois nem todos os dados relativos à nacionalidade dos árbitros ou necessários a um estudo aprofundado a seu respeito estão disponíveis. Não obstante, por meio das estatísticas de casos ISDS no ICSID de 2011 a 2018, o Bahrein pôde concluir que casos apresentados contra Estados árabes, africanos, da Ásia Central e da Europa Oriental são decididos por europeus ocidentais e norte-americanos, os quais determinam a jurisprudência (UNCITRAL, 2019t, para. 14).

A preocupação com custos e duração dos procedimentos foi mais uma insatisfação identificada pelo Bahrein, particularmente a dificuldade de as pequenas e médias empresas acessarem o sistema, assim como a dependência dos PEDs aos grandes (e caros) escritórios de advocacia (UNCITRAL, 2019t, para. 16-17).

A última preocupação do Bahrein relacionada ao sistema é sua percepção de falta de consistência e coerência nas decisões da ISDS. No entanto, o país entende que esta percepção possa estar um pouco equivocada, tendo em vista os diversos indícios de consistência na jurisprudência da ISDS e a possibilidade de a percepção de inconsistência estar influenciada pelas fortes objeções manifestadas pelas partes perdedoras dos litígios, por meio de opiniões dissonantes aos laudos arbitrais em relação a outros precedentes (UNCITRAL, 2019t, para. 18-21).

O terceiro grande tema trazido pelo Bahrein diz respeito ao eventual estabelecimento de uma corte multilateral de investimentos. Nesse sentido, o referido país expõe inicialmente

as vantagens propagadas pelos defensores do modelo – a forma de indicação dos juízes, a criação de um sistema mais consistente e coerente, duração mais previsível do procedimento e eliminação dos conflitos de interesses dos juízes – para depois abordar seus pontos de preocupação (UNCITRAL, 2019t, para. 22-25).

Nesse aspecto, as principais preocupações do Bahrein relacionadas a uma corte multilateral são:

- a) risco de politização na indicação dos juízes – os modelos propostos para a corte multilateral, particularmente pela UE, trazem um sistema em que os juízes são indicados sob controle dos Estados, o que pode levar a uma corte politicamente inclinada a votar em favor destes, ainda mais quando os Estados forem os responsáveis pelo salário desses juízes (UNCITRAL, 2019t, para. 27-33);
- b) conflitos de interesse – não está claro, para o Bahrein, quem será responsável pela condução de processos de suspeição dos juízes, o que pode reproduzir as falhas do sistema atual (UNCITRAL, 2019t, para. 35);
- c) diversidade – “não está claro como um sistema de tribunais de investimento multilateral garantiria diversidade de gênero e de origens geográficas, ou um equilíbrio entre países exportadores e importadores de capital, ou entre economias avançadas, de um lado, e países emergentes e em desenvolvimento, do outro” (UNCITRAL, 2019t, para. 38);
- d) custos – uma vez que o montante maior dos custos está atribuído ao pagamento de advogados e consultores, estes remanesceriam, mesmo diante de um tribunal multilateral permanente (UNCITRAL, 2019t, para. 39);
- e) capacidade de gerar consistência na jurisprudência do ISDS – de acordo com o Bahrein, caso a maioria dos países opte por não aderir a um sistema multilateral de solução de controvérsias em investimento, não existe qualquer garantia de que um tribunal permanente irá aumentar a consistência das decisões dos mais de três mil BITs (UNCITRAL, 2019t, para. 41);
- f) consequências adversas de um procedimento de apelação na ISDS – a crítica se refere ao fato de que um procedimento a mais incorrerá em maior custo às partes, bem como em maior demora na resolução definitiva do conflito (UNCITRAL, 2019t, para. 42-43);
- g) exigibilidade dos laudos em terceiros países – existe garantia de que a lógica de execução dos laudos arbitrais emitidos por tribunais *ad hoc* subsistirá no tribunal multilateral permanente (UNCITRAL, 2019t, para. 44-50).

A quarta seção da manifestação do Bahrein explora propostas alternativas para a reforma dos aspectos procedimentais da ISDS, sendo levantada, primeiramente, a necessidade de analisar se as propostas de emendas e reformas no âmbito do ICSD já não endereçariam as críticas feitas ao sistema (UNCITRAL, 2019t, para. 51-52). Ainda em consonância com as críticas expressas em sua manifestação, o Bahrein explicita *ipsis litteris* que uma reforma incremental na ISDS é preferível à implementação de uma corte permanente de investimentos, pelo fato de o primeiro já ser um sistema testado e que funciona relativamente bem (UNCITRAL, 2019t, para. 53-54).

Por fim, o Bahrein endereça propostas próprias para uma possível agenda de reforma, destacando a necessidade de:

- a) criar um código de conduta para gerir conflitos de interesses;
- b) ampliar a diversidade dos árbitros por meio de regras de indicação (na UNCITRAL) que abarquem critérios de diversidade;
- c) estabelecer comitês conjuntos de interpretação; e
- d) acrescentar novos fundamentos jurídicos de anulação de laudos arbitrais em acordos internacionais de investimento (UNCITRAL, 2019t, para. 55-64).

A quinta seção da manifestação do Bahrein compartilha as visões da Tailândia e da Indonésia, ao entender que o mandato do WG III em debater apenas reformas procedimentais da ISDS é uma oportunidade perdida (UNCITRAL, 2019t, para. 65). O país entende que deveria haver discussões a respeito de questões subjetivas relevantes, pois os tratados de primeira geração estabeleceram padrões de proteção com linguagem ampla (diferentemente dos tratados de última geração), o que favorece interpretações dissonantes dos tribunais arbitrais e que poderiam ser corrigidas com um direcionamento subjetivo (UNCITRAL, 2019t, para. 65-66).

Por fim, a última sessão expõe visões preliminares do Bahrein para o plano de trabalho do WG III, sendo o principal desafio o alcance do suporte unânime das propostas discutidas. Por conta disso, o país acredita que não seja o momento de separar os temas de análise da reforma em duas linhas de trabalho, em que uma consideraria as propostas de reforma incremental (código de conduta, custos e duração do procedimento etc.), e a outra, as propostas de reformas estruturais, como a implementação de uma corte multilateral permanente, tendo em vista que isso aumentaria o fardo dos Estados participantes e diminuiria a chance de se conseguir um consenso (UNCITRAL, 2019t, para. 68-70).

5.4.15 Posicionamento do Mali

A manifestação do governo de Mali foi recebida no dia 17 de setembro de 2019, pelo Secretariado da UNCITRAL, e documentada sob o título A/CN.9/WG.III/WP.181.

Particularmente, tratou-se de uma manifestação concisa, abordando as seguintes propostas:

- a) em relação às preocupações relacionadas à falta de consistência, coerência e previsibilidade, Mali defende medidas que evitem a influência indevida de países desenvolvidos sobre os PEDs, pela reforma dos modelos de IIAs vigentes, inclusive dando preferência à resolução de conflitos entre Estados;
- b) em relação ao desequilíbrio entre as partes de um IIA, o país propõe que sejam realizados ajustes para melhor balancear a relação entre os Estados;
- c) com relação à falta de experiência e preparação dos PEDs em temas de investimento, a proposta é investir em treinamento dos atores relevantes desses países;
- d) em relação a árbitros e tomadores de decisão, a proposta é habilitar um sistema de conferência dos árbitros anterior ao início do processo de arbitragem e estabelecer prazos diferenciados para a defesa dos Estados, além de elaborar um sistema de indicação mais inclusivo e equilibrado;
- e) por fim, em relação às preocupações com custos elevados e longa duração dos casos de ISDS, Mali sugere aumentar os incentivos à utilização de procedimentos de mediação e conciliação; fortalecer sistemas de monitoramento de cumprimento dos tratados de investimentos; estabelecer um conjunto de árbitros e consultores africanos para uma opção de indicação em tribunais, ou auxiliar os países daquele continente em casos ISDS; a exaustão dos remédios locais; e, por fim, o estabelecimento de um teto de custas e danos arbitráveis em um procedimento de arbitragem ISDS (UNCITRAL, 2019v).

5.4.16 Posicionamento de Chile, Israel, Japão, México e Peru

Os governos do Chile, Israel, Japão, México e Peru realizaram uma manifestação conjunta em 30 de setembro de 2019, a qual foi documentada como A/CN.9/WG.III/WP.182.

Os referidos governos reforçaram a importância de prover, no âmbito da discussão de reforma no WG III, a máxima flexibilidade no desenvolvimento de soluções relevantes,

tendo em vista as particularidades, necessidades e interesses de cada país (UNCITRAL, 2019u, p. 2). Defendem, inclusive, que a reforma deva ser realizada sob uma abordagem de múltiplas propostas para o mesmo problema identificado, sendo adotadas, pelos países, as reformas necessárias para evoluir as suas regras de proteção ao investimento. Inclusive, a manifestação identifica diversos acordos de primeira geração que não necessariamente seriam descartáveis, mas incrementáveis (UNCITRAL, 2019u, p. 3-8).

Além disso, a manifestação ressalta que diversas medidas de reforma, em discussão no âmbito do WG III, já estão sendo implementadas em novos acordos de investimento. No Apêndice C disponibiliza-se o quadro 9, consolidando as medidas adotadas nos novos acordos.

5.4.17 Posicionamento da República da Guiné

A manifestação do governo da República da Guiné foi recebida em 04 de outubro de 2019 e documentada como A/CN.9/WG.III/WP.183, em que se reproduz um resumo da terceira reunião regional interseccional sobre a reforma do ISDS realizada em Conacri, em 25 e 26 de setembro de 2019, com a presença dos governos de diversos países africanos e de grandes *players* do tema de investimento no mundo²⁶⁶ e representantes de diversas organizações internacionais²⁶⁷ e não governamentais²⁶⁸.

O evento em si, tal como reproduzido pelo governo da Guiné, teve dois painéis pré-encontro, no qual acadêmicos e instituições regionais debateram suas visões sobre:

- a) abordagens regionais para a solução de conflitos, com destaque para a atuação da Organization for the Harmonization of Business Law in África (OHADA), e as iniciativas africanas de um Código de Investimento Pan-Africano de um Acordo que estabelece a Área de Comércio Livre Continental Africano e do Protocolo sobre Regras e Procedimentos para Resolução de Controvérsias adotado pela Assembleia da União Africana; e

²⁶⁶ Angola, Bélgica, Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Camarões, Canadá, República Centro-Africana, Chade, Congo, Costa do Marfim, República Democrática do Congo, Egito, Eswatini, França, Gabão, Gâmbia, Gana, Guiné, Líbia, Mali, Marrocos, Mauritânia, Maurício, Namíbia, Nigéria, Ruanda, Senegal, Tunísia, Estados Unidos da América, Zâmbia, Zimbábue e representantes da União Europeia.

²⁶⁷ Organização Internacional da Francofonia, a Organização para a Harmonização do Direito Empresarial na África (OHADA), a Organização Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO), o Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (ICSID), o Fundo de Apoio Legal Africano (ALSF).

²⁶⁸ Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável (IISD), o Instituto Max Planck, o Instituto Nigeriano de Estudos Jurídicos Avançados (NIALS), a Canterbury Christ Church University, a Universidade de Genebra, a Universidade de Londres, a Universidade de Paris I, o Conselho dos Estados Unidos para Negócios Internacionais (USCIB) e Amigos da Terra.

- b) as reformas recentes e em andamento do ISDS, com destaque para o trabalho da UNCITRAL com a adoção das Regras de Transparência em 2013 e a reforma em andamento das regras do ICSID.

A primeira sessão do evento teve uma mesa redonda ministerial, na qual foram compartilhadas opiniões africanas sobre a ISDS, em que foram recapituladas as preocupações discutidas no âmbito do WG III, reforçando o impacto negativo da arbitragem no orçamento do Estado e ressaltando a necessidade de se utilizar outros meios para solução de conflitos (UNCITRAL, 2019w, para. 19-21). “Neste contexto, os participantes observaram que os esforços de reforma não devem se concentrar na reforma sistêmica, mas também devem considerar melhorias e reformas no sistema existente que sejam alcançáveis a curto prazo” (UNCITRAL, 2019w, para. 22, tradução nossa).

Diante dessas ponderações, chegou-se à conclusão de que os países africanos deveriam participar mais ativamente dos debates sobre a reforma, no WG III.

A segunda sessão tratou das opções de reformas, sendo enfatizada a necessidade de capacitar as autoridades africanas para lidarem com temas de investimentos e, particularmente, da arbitragem na ISDS (UNCITRAL, 2019w, para. 24-25).

Por fim, foi formada uma mesa redonda para tratar, pontualmente, das propostas de reformas submetidas ao WG III, com destaque para a falta de diversidade dos árbitros e tomadores de decisão, o que motivou a recomendar que os Estados africanos formem grupos de peritos africanos em nível continental ou regional, que possam partilhar as suas experiências com representantes dos governos africanos e entre si (UNCITRAL, 2019w).

Ao final do evento, ressaltou-se o propósito didático dessa reunião, ao compartilhar, com vários países africanos, as discussões sobre investimento e, além disso, reforçou-se a necessidade de representantes de PEDs serem mais participativos nas discussões do WG III (UNCITRAL, 2019w).

5.4.18 Posicionamento do Kuwait

A manifestação do governo do Kuwait foi entregue ao Secretariado da UNCITRAL no dia 14 de outubro de 2019 e documentada como A/CN.9/WG.III/WP.186. Particularmente, essa manifestação traz a sua experiência na elaboração de um código de conduta próprio para os oficiais do seu governo, e aborda seu ponto de vista em relação à construção de um código de conduta no âmbito do WG III.

Em relação à sua experiência na construção desse documento, o governo do Kuwait formou, em 2009, um grupo de trabalho com representantes dos seus ministérios, da sociedade civil kuwaitiana e do Banco Mundial (UNCITRAL, 2019x, p. 3).

As primeiras etapas dos debates desse grupo determinaram que a prioridade seria estabelecer um código de conduta para os oficiais do governo e, posteriormente, para outras categorias, como médicos e advogados. Os principais problemas a serem endereçados foram identificados como disciplinares, corrupção, patronagem, nepotismo e abuso de poder (UNCITRAL, 2019x, p. 4).

Para a elaboração da minuta de código de conduta do Kuwait foram utilizadas tanto fontes internacionais, como o código de conduta do Conselho da Europa, como nacionais, tais quais a Constituição, o Código de Procedimento Civil e Comercial e o Código da Função Pública, sendo este último um ponto de partida mais avançado, por já ter regulado questões sensíveis a um código de conduta como, por exemplo:

- a) desempenho adequado das funções;
 - b) tratamento adequado do público;
 - c) manter a dignidade do cargo e conduzir-se com o devido respeito; e
 - d) abster-se de abuso de cargo para vantagem pessoal ou nepotismo e clientelismo
- (UNCITRAL, 2019x, p. 6).

Inclusive, este último ponto é considerado um dos mais sensíveis pelo governo do Kuwait, devido às características históricas, culturais e sociais de sua organização como sociedade²⁶⁹, uma vez que “laços de sangue e hereditariedade constituem o lócus principal para conflito de interesses no Estado do Kuwait” (UNCITRAL, 2019x, p. 6).

Dentre as várias formas de evitar tais conflitos de interesse, o Kuwait cita aspectos morais, legais, reputacionais e de credibilidade tanto em relação aos oficiais, como às próprias instituições. Como exemplo, são citadas várias regras direcionadas a evitar conflitos de interesse entre juízes e profissionais públicos da justiça kuwaitiana, em que estes devem abster-se, retirar-se e se denunciar como suspeitos, em casos de conflitos de interesse, sob pena de anulação dos atos processuais conduzidos por aqueles (UNCITRAL, 2019x, p. 9-11).

²⁶⁹ “O Kuwait é um Estado em desenvolvimento, em que a família e o clã reinam supremos e os laços de parentesco (sangue e casamento) são fundamentais. Nesse aspecto, é semelhante à maioria dos Estados da região do Oriente Médio. Tal situação pode ser um grande obstáculo ao progresso e desenvolvimento. O conflito de interesses resultante de nepotismo e clientelismo é uma característica da sociedade tribal. Por um lado, pode agilizar tarefas e facilitar a busca de interesses próprios materiais e morais. No entanto, também pode levar à transformação de instituições cívicas em entidades clichês e partidárias, que excluem certos grupos, minando assim sua credibilidade e criando uma falta de confiança devido ao seu trabalho ser afetado por decisões tomadas com base em conexões pessoais e familiares de padrões de qualificação e experiência” (UNCITRAL, 2019x, p. 7, tradução nossa).

O Kuwait ainda adverte: “para que um código de conduta atinja os objetivos almejados, não é importante apenas que o conteúdo seja elaborado com cuidado”, é preciso atentar também a alguns fatores como, por exemplo, uma conscientização prévia dos oficiais a respeito das regras do código de conduta, conectando-os a estas (UNCITRAL, 2019x, p.11). Por fim, o Kuwait indica que o código deve ser anunciado ao público amplo (UNCITRAL, 2019x, p. 11).

Após expor a sua experiência, o governo do Kuwait passa a analisar as discussões que rondam o código de conduta do WG III, inclusive citando o documento A/CN.9/WG.III/WP.167, o qual indica quais objetivos o código de conduta deve visar:

[...] (i) clarificar o conteúdo das normas, promovendo, assim, a harmonização e a clarificação dos diferentes requisitos existentes; (ii) garantir que todas as partes interessadas compreendam os limites para quando a independência, imparcialidade e integridade seriam prejudicadas; (iii) desenvolver requisitos para qualificação; (iv) determinar os mecanismos de divulgação e as sanções, em caso de incumprimento; (v) no que diz respeito aos árbitros, esclarecer as suas funções, em particular no que se refere à questão da dupla ação e da repetição das nomeações; e (vi) no que diz respeito aos adjudicadores (ou seja, adjudicadores em tempo integral em um mecanismo permanente), estabelecendo requisitos de uma forma que seriam consistentes aos dos tribunais internacionais, levando também em consideração os requisitos encontrados no regime ISDS existente. (UNCITRAL, 2019x, p. 13, tradução nossa)

E é sob esta análise que o Kuwait conclui que a proposta de código de conduta do WG III não considera a realidade dos diversos países que irão adotá-lo, sendo, portanto, necessário desenvolver teorias que se apliquem à maioria dos tipos, casos, manifestações e comportamentos que constituem ou criem potencial para conflitos de interesses (UNCITRAL, 2019x, p. 14). Nessa seara, o Kuwait chama a atenção para o fato de que os objetivos supracitados não abordam, em qualquer momento, conflitos de interesse relativos à “patronagem, clientelismo e nepotismo, que são generalizados em sociedades fundadas em relações de parentesco, como é o caso do Kuwait e de outros Estados semelhantes” (UNCITRAL, 2019x, p. 14).

Em virtude dessa situação, o Kuwait reforça que essas questões devem ser consideradas na elaboração de um código de conduta, para que este seja um instrumento efetivo na prevenção de conflitos de interesse no ISDS.

5.4.19 Posicionamento do Cazaquistão

A manifestação do Cazaquistão foi recebida pelo Secretariado da UNCITRAL no dia 14 de outubro de 2019 e catalogada como A/CN.9/WG.III/WP.187.

De forma geral, é um documento bem curto, de uma lauda, a qual expressa a preocupação do governo cazaque em relação ao uso de financiamento por terceiras partes sem que haja uma avaliação teórica ou prática a respeito dele, em que as ações tomadas pelos países incluem, ou o banimento total da prática, ou o requerimento de divulgação de informações sobre os financiadores (UNCITRAL, 2019y, p. 2).

Uma vez que o Cazaquistão considera a importância do princípio do acesso à justiça, a sua manifestação apresenta uma proposta de regulamentação do tema, na qual se estipula a obrigatoriedade, da parte financiada, de informar ao tribunal a existência do financiamento. A proposta também exige a divulgação dos dados e informações sobre os financiadores e traça uma definição do que seria o financiamento por terceiras partes para fins de ISDS²⁷⁰ (UNCITRAL, 2019y, p. 2).

5.4.20 Posicionamento da Rússia

A manifestação do governo da Rússia foi recebida pelo Secretariado da UNCITRAL no dia 30 de dezembro de 2019 e documentada sob o título A/CN.9/WG.III/WP.188.

Essa proposta parte do pressuposto de que o sistema atual tem méritos e que deve ser aprimorado por reformas pontuais, considerando a opinião dos Estados de forma consensual, sem que se estabeleça uma reforma estrutural que possa causar mais distorções do que garantir um impacto positivo (UNCITRAL, 2020e, p. 2).

²⁷⁰ “Third-party funding clause:

1. *In case of Third-Party Funding, the disputing party benefiting from it shall notify the other disputing party and the Tribunal of the existence and nature of the funding arrangement, and the name and address of the third-party funder.*
2. *Such notification shall be made at the time of submission of a claim, or, When the financing agreement is concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as the agreement is concluded, or the donation or grant is made.*
3. *“Third-Party funding” means any funding provided by a natural or juridical person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings in return for a remuneration dependent on the outcome of the dispute, or any funding provided by a natural or juridical person who is not a party to the dispute in the form of a donation or grant.”* (UNCITRAL, 2019y, p. 2).

Nesse sentido, a Rússia entende que não há uma solução única para todos os problemas identificados e que o WG III deveria focar ao menos nas divergências entre os Estados, para chegar a soluções mais efetivas (UNCITRAL, 2020e, p. 2).

Em relação aos problemas comumente identificados pelos membros do WG III, a Rússia tece algumas considerações:

- a) preocupações relativas à consistência, coerência, previsibilidade e correção das decisões arbitrais – para a Rússia, os Estados devem ser fortalecidos na produção de interpretação oficial e vinculante dos tratados nos quais sejam partes; o país também vislumbra a possibilidade de estabelecimento de um mecanismo de apelação *ad hoc*, destinado a corrigir decisões incorretas;
- b) preocupações relativas a árbitros e tomadores de decisão – a Rússia entende que o direito de as partes indicarem os árbitros é uma das características mais fundamentais do sistema ISDS, por fazê-lo mais atraente aos Estados e investidores, e qualquer reforma proposta deve considerar esta característica. Em relação a possíveis reformas, a Rússia propõe que sejam estabelecidos critérios de qualificação dos árbitros, a obrigação de divulgar suas informações; a proibição do *double-hatting* e o estabelecimento de garantias para que os árbitros tenham tempo para examinar o contencioso;
- c) preocupações em relação ao custo e duração dos procedimentos – a Rússia entende que a ISDS é custosa, mas identifica, como principal problema, as custas com advogados e consultores jurídicos. Por isso, o país entende que as soluções possíveis perpassam por estabelecer um centro consultivo para as partes interessadas; tornar mandatória a fase de conciliação anterior ao estabelecimento da disputa; e recomendar que os Estados adotem mecanismos de abordagem de conflitos no âmbito nacional, antes que estes sejam elevados à arbitragem internacional;
- d) outras preocupações – a Rússia sugere a elaboração de critérios bem-definidos que excluam a possibilidade de empresas fictícias (aquelas estabelecidas apenas juridicamente, mas não de fato, em um Estado receptor de investimentos) de se utilizar da ISDS (UNCITRAL, 2020e, p. 3-4).

De forma geral, a Rússia defende que não existe uma solução única para todos os problemas do sistema ISDS e, portanto, manifesta-se contrária à adoção de soluções radicais e não consensuais, explicitando, dessa forma, sua oposição à proposta europeia de criação de uma corte multilateral de investimentos (UNCITRAL, 2020e).

Sobre essa proposta, a Rússia chegou inclusive a apresentar, no dia 31 de dezembro de 2019, uma segunda manifestação, apenas para endereçar suas principais preocupações. A manifestação foi catalogada como adenda à anterior, ou seja, como A/CN.9/WG.III/WP.188/Add.1.

A Rússia entende que, ao contrário do que alegam os defensores do modelo de corte multilateral, esta não seria a melhor solução para o conjunto de problemas do atual sistema ISDS. Os resultados práticos do estabelecimento dessa corte teriam o efeito contrário, particularmente devido a três questões essenciais.

A primeira seria que a ISDS tem algumas vantagens que seriam descartadas com o estabelecimento de uma corte multilateral, tais como, o envolvimento dos Estados e investidores na indicação dos árbitros e a possibilidade de as partes determinarem questões procedimentais, como a jurisdição do tribunal e a linguagem do procedimento (UNCITRAL, 2020f, p. 2-3). Para a Rússia, a dispensa dessas possibilidades, além de deixar o sistema menos atraente, pode deixá-lo menos flexível e, portanto, mais custoso (UNCITRAL, 2020f, p. 3).

A segunda questão é a impossibilidade de a proposta multilateral entregar as promessas indicadas pelos propositores. Nesse sentido, a Rússia entende que a uniformidade jurisprudencial não será garantida, uma vez que a resolução de disputas que derivam de conflitos jurídicos baseados em mais de três mil tratados de investimentos, cada um com características próprias, inclusive de negociação, preparação e intenção das partes, não terá necessariamente decisões consolidadas e coerentes entre si (UNCITRAL, 2020f, p. 3-4).

Além disso, a Rússia defende que, na prática, a Corte Multilateral estabeleceria mais um sistema paralelo aos outros que não tenham aderido àquele, uma vez que a adesão de todos os países a todos os tratados já existentes não é garantida (UNCITRAL, 2020f, p. 4). Somente com uma adesão em massa e uma consolidação das diversas redações de tratados internacionais possibilitaria uma maior uniformização do sistema (UNCITRAL, 2020f, p. 4). A Rússia ainda adverte que a instituição de uma Corte Multilateral não asseguraria a diversidade dos adjudicadores, tendo em vista o número limitado de vagas que serão disponibilizadas, bem como não asseguraria uma diminuição dos custos com o processo, pois os custos mais relevantes, com advogados, permaneceriam os mesmos.

Tal proposição ainda não asseguraria uma menor duração dos procedimentos, pois a facilidade de acesso à Corte Multilateral, tal como vislumbrada na proposta apresentada ao WG III, incentivaria a uma maior demanda por disputas entre investidor (inclusive de pequenas e médias empresas) e os Estados, enquanto o número de juízes permaneceria fixo (UNCITRAL, 2020f, p. 4-5).

A terceira questão central é o fato de que novos problemas seriam adicionados à lista de problemas atuais do sistema ISDS. Segundo afirma a Rússia, à medida que aumentar a demanda pela corte, é bem provável que haverá determinação para um incremento no número de juízes e de seu custeamento. Assim, o orçamento da corte e de sua manutenção passarão a ser problemas centrais do sistema, algo que não se vislumbra atualmente (UNCITRAL, 2020f, p. 6-7).

Por todos esses motivos, “a Federação Russa considera que a iniciativa de estabelecer um tribunal internacional de investimentos não oferece vantagens que justifiquem sua escolha como solução preferencial”. Portanto, o país reforça sua preferência pela preservação das vantagens do atual sistema, focando-se na resolução pontual dos problemas identificados (UNCITRAL, 2020f, p. 7).

5.4.21 Posicionamento da Holanda, Peru e Tailândia

Os governos da Holanda, Peru e Tailândia realizaram uma manifestação conjunta no dia 18 de março de 2020, a qual foi catalogada como A/CN.9/WG.III/WP.196. Nela, consta um estudo patrocinado pelos referidos governos e elaborado pelo Columbia Centre on Sustainable Investment, denominado *Securing adequate legal defense in proceedings under international investment agreements*.

A manifestação traz ainda o sumário executivo do estudo, do qual se reproduz, a seguir, os principais pontos. O objetivo central do estudo é entender de que forma se pode assegurar a mais exemplar defesa jurídica das partes nos procedimentos estabelecidos nos IIAs:

As informações fornecidas no Estudo de Escopo têm como objetivo contribuir para as discussões sobre a conveniência e viabilidade de criar ou expandir um mecanismo ou mecanismos de assistência, para ajudar os estados e outros usuários do IIA, e do sistema de solução de controvérsias investidor-estado (ISDS), a participarem, de forma mais eficaz, em se beneficiar desse sistema. (UNCITRAL, 2021g, p. 2, tradução nossa).

A identificação dos desafios ao longo do estudo partiu de uma premissa mais ampla, ao se investigar os “desafios de capacidade” dos atores, focando-se inicialmente na construção do ambiente ou regime jurídico, seja nas negociações dos tratados, seu gerenciamento e fases de prevenção de disputas (UNCITRAL, 2021g, p. 3). Após se considerar os desafios mais macros e prévios ao estabelecimento do ISDS, o estudo passa a focar nos “desafios de

capacidade” dos atores em relação à fase da ISDS, sendo examinadas as seguintes questões: formação da equipe a ser envolvida no caso, possibilidade de antecipar e potencialmente resolver os casos de ISDS em uma fase inicial, capacidade e *expertise* em nomear árbitros, possibilidade de trabalhar com especialistas e capacidade de engajar-se na descoberta e gerenciamento de informações do caso (UNCITRAL, 2021g, p. 3).

Em seguida, a manifestação consolida as potenciais formas de facilitar os “desafios de capacidade”:

- a) suporte (multisserviço) institucionalizado, incluindo representação legal de governos clientes, tal como o Centro Consultivo da OMC, ou não incluindo representação legal, como centros acadêmicos ou de organizações institucionais para divulgação de conhecimento ou capacitação;
- b) suporte ou consultoria *pro-bono*;
- c) *hubs* de compartilhamento de conhecimento intergovernamental; e
- d) redes de difusão de conhecimento, tais como cursos abertos *on-line* de captação massiva de público (UNCITRAL, 2021g, p.4).

Ao se identificar opções possíveis e desejáveis para um eventual incremento do sistema, algumas questões-chave particularmente na resolução dos “desafios de capacidade” envolveriam garantir a qualidade do serviço ou modelo de assistência proposto, quem pagaria por ele, quem seriam os beneficiários, localização e remuneração dos integrantes, a definição das políticas de assistência e, por fim, a interlocução com outras frentes de reforma ou de assistência (UNCITRAL, 2021g, p. 4). Destaca-se, ainda, que os modelos de assistência ou incremento de outros regimes, como, por exemplo, o de comércio internacional da OMC, não são passíveis de transferência direta ao regime de proteção de investimento, dadas as suas idiossincrasias²⁷¹, sendo que o próprio estudo também se encarrega de investigar por que outras tentativas de estabelecer um centro consultivo no âmbito da ISDS não foram concretizadas (UNCITRAL, 2021g, p. 4).

O estudo considera, ao seu final, os “desafios de capacidade” relativos às pequenas e médias empresas, destacando as iniciativas que poderiam melhor endereçar as suas questões, exemplificadas pela criação de escritórios de *ombuds*, assistência técnica anterior às disputas,

²⁷¹ “[...] desafios de capacidade no sistema ISDS são freqüentemente distintos de outros sistemas jurídicos, e os modelos usados para lidar com desafios em alguns sistemas não são prontamente transferíveis para o contexto ISDS, pelo menos como o sistema ISDS opera atualmente. Por exemplo, características como a natureza assimétrica dos casos de ISDS baseados em tratados (com Estados sempre respondentes) e o número significativo de horas de advogados e especialistas normalmente gastas em disputas de ISDS distinguem os casos de ISDS daqueles sob a OMC” (UNCITRAL, 2021g, p. 4, tradução nossa).

criação de modelos de capacitação e de um modelo de representação jurídica institucionalizada (UNCITRAL, 2021g, p. 5).

Ao final da manifestação, os governos da Holanda, Peru e Tailândia defendem que o WG III deva considerar as possibilidades de mecanismos de assistência desenvolvidos no âmbito do estudo, para que os mesmos sejam discutidos nas próximas reuniões com o intuito de, se possível, dar melhor contorno às soluções práticas discutidas no âmbito da ISDS (UNCITRAL, 2021g, p. 6).

5.4.22 Posicionamento de Burkina Faso

A manifestação do governo de Burkina Faso foi recebida pelo Secretariado da UNCITRAL no dia 06 de outubro de 2020 e documentada sob o título A/CN.9/WG.III/WP.199.

Na sua manifestação, Burkina Faso apresenta inicialmente dois dos aspectos que mais afetam países em desenvolvimento nos procedimentos arbitrais da ISDS: os altos custos relacionados aos procedimentos e a delimitação dos danos e indenizações devidas pelos Estados, que, segundo este governo, também seriam altos (UNCITRAL, 2021d, para. 2-4).

Em relação aos valores atribuídos a títulos de compensação, o país manifesta as seguintes preocupações:

- a) o sistema não regula ou atrela o valor das compensações ao valor investido (ou à posição financeira que o investidor teria, caso o Estado não tivesse descumprido o tratado de investimento);
- b) não existe um padrão no atual sistema de compensação, sendo ele complexo e inconsistente;
- c) questões como o interesse público não são consideradas no momento do cálculo da compensação a ser atribuída ao investidor;
- d) o risco de pagar altas quantias a título de indenização reverte em um resfriamento regulatório para os países (UNCITRAL, 2021d, para. 6-10).

Por fim, em termos de reforma, Burkina Faso propõe o esclarecimento e melhor padronização das regras de cálculo de compensação, particularmente na criação de padrões para lidar com casos de expropriação, além do estabelecimento de uma corte de apelação que seja capaz de rever erros cometidos no cálculo das indenizações (UNCITRAL, 2021d, para. 11).

5.5 CONSOLIDAÇÃO DAS OPÇÕES DE REFORMA DISCUTIDAS PELOS MEMBROS

A partir do posicionamento dos países, é possível consolidar uma série de opções de reformas apontadas por eles como relevantes para a ISDS, bem como entender qual agenda está tendo mais repercussão. As propostas de reformas discutidas pelos Estados membros no WG III estão resumidas no quadro 6

Quadro 6 – Propostas de reformas pelos Estados-membros no WG III

	Reforma sistêmica			Reforma incremental ou paradigmática	Reforma Incremental								
	Criação de centro consultivo	Mecanismo de apelação	Corte Multilateral	Metas alternativos de resolução	Esgotamento dos procedimentos jurídicos locais	Dispensa de reclamações frívolas	Procedimentos múltiplos simultâneos	Reconvenção pelo Estado	Mudança nas regras de nomeação dos árbitros	Criação de Código de Conduta	Interpretação do tratado pelas partes	Melhoria na atribuição dos custos	Financiamento por terceira parte
Indonésia				x	x	x							
UE		x	x				x	x	x	x	x		
Marrocos		x	x	x	x	x		x		x	x	x	x
Tailândia	x			x	x				x	x	x	x	x
Chile, Israel e Japão		x		x		x	x	x	x	x	x	x	x
Costa Rica	x			x		x	x	x	x	x	x	x	x
Brasil				x							x		
Colômbia													
Turquia	x			x		x	x	x	x	x		x	x
Equador		x							x	x			
África do Sul				x	x	x	x	x		x	x		x
China		x		x					x	x			x
Coreia do Sul		x		x									x
Bahreim									x	x	x		
Mali				x					x			x	
Chile, Israel, Japão e Peru				x		x	x			x	x	x	
Guiné													
Kuwait										x			
Cazaquistão													x
Rússia	x	x							x		x	x	
Holanda, Peru e Tailândia	x			x									
Burkina Faso		x										x	
Total de manifestações favoráveis à proposta de reforma	5	8	2	13	4	7	6	6	10	12	10	9	9

Fonte: o autor (2021), com base em dados da pesquisa.

Conforme se denota, uma agenda que inicialmente seria mais robusta e vanguardista (criação de um tribunal multilateral) passou a trabalhar em questões específicas e menos ambiciosas (de propostas incrementais), mas que também encontraram mais adesão por parte dos membros do WG III. Tais questões serão mais detalhadas nas subseções a seguir.

5.5.1 Centro Consultivo Multilateral

O estabelecimento de um centro consultivo multilateral foi referenciado nas manifestações dos seguintes membros: União Europeia, Marrocos, Tailândia, Costa Rica, Turquia, Rússia e na manifestação conjunta de Holanda, Peru e Tailândia. Em geral, as propostas vislumbram o estabelecimento de um órgão consultivo permanente, que seja intergovernamental ou não governamental, com funções variadas de:

- a) assistência na organização da defesa – seja na preparação da defesa por parte dos Estados, ou na avaliação de pontos fortes e fracos da reclamação do investidor; avaliação preliminar de risco em relação a algum possível caso e determinação de implicações financeiras dos casos;
- b) suporte durante o procedimento de solução de controvérsias – tanto na escolha e indicação dos árbitros como na produção de declarações escritas e evidência documental e ainda a representação nas audiências;
- c) serviços consultivos – revisão dos IIAs, gestão e prevenção de conflitos e aconselhamento jurídico a respeito de alguma medida pública para indicar se esta afronta os IIAs firmados pelo Estado;
- d) serviço de resolução alternativa de disputas – “[...] um centro consultivo pode ser estabelecido como uma instalação para também oferecer serviços de ADR e apoiar a resolução antecipada de disputas, em particular durante o período de reflexão ou antes de uma sentença final ser proferida” (UNCITRAL, 2019d, para. 22);
- e) capacitação e compartilhamento de melhores práticas – por meio de programas de treinamento, troca de informações e gerenciamento de base de dados.

Os objetivos a serem atingidos são, basicamente, fornecer suporte técnico para PEDs (e eventualmente pequenas e médias empresas), além de desenvolver capacidade técnica tanto para prevenção de disputas como, futuramente, para a autorrepresentação e defesa de interesses dentro dos processos arbitrais.

Importa destacar que nenhum membro demonstrou qualquer objeção à tal proposta, o que leva a crer que é possível um consenso de forma mais simples, em que o único entrave seria, talvez, a questão relacionada ao financiamento desse centro.

5.5.2 Revisão por um mecanismo de apelação pontual ou permanente

O caminho do tribunal, ou mecanismo de apelação, foi defendido pela UE, Marrocos, Chile, Coreia do Sul, Israel, Japão, Equador, China, Burkina Faso e Rússia (esta manifestando-se, no entanto, contrária ao estabelecimento de tal mecanismo dentro de um Tribunal Multilateral).

As propostas vislumbram o desenvolvimento de um mecanismo de apelação destinado a rever decisões de: tribunais arbitrais, tribunais internacionais de investimento, cortes internacionais de comércio e os tribunais internos em casos de negação da justiça. O mecanismo se voltaria a reformar decisões que contenham erros de aplicação ou interpretação de direitos e, eventualmente, erros na apuração dos fatos (UNCITRAL, 2019z, para. 11).

O objetivo seria proporcionar mais segurança jurídica e previsibilidade às decisões, bem como criar um sistema de precedentes vinculantes. Por outro lado, o desafio seria a implementação do mecanismo e a “executabilidade” das decisões, uma vez que a sua adequação aos termos da Convenção de Nova Iorque e da Convenção ICSID não estaria garantida.

Cumpram ainda ressaltar que, apesar de o Bahrein ter endereçado o tema e manifestado dúvidas em relação ao seu funcionamento, os membros do WG III não se mostraram contrários a tal proposição.

Portanto, percebe-se que o tema vem ganhando espaço nas discussões do WG III. Tanto é que foi possibilitado ao Secretariado elaborar uma primeira minuta de regras destinadas ao estabelecimento de uma corte de apelação, a qual está nesse momento sob discussão, com colaborações recebidas do Canadá, UE, Coreia do Sul, Rússia, Suíça e Reino Unido²⁷². Os comentários estão mais ligados aos ajustes no texto do que a eventuais posições favoráveis ou contrárias a ele.

Além disso, uma vez que o documento A/CN.9/1054 da 40ª sessão (UNCITRAL, 2021e) inseriu o tema no plano de trabalho do WG III para os próximos anos, presume-se que

²⁷² Disponível em: <https://uncitral.un.org/draftworkingpapers>. Acesso em: 08 ago. 2021.

este possa avançar até a elaboração de um texto passível de consenso entre os membros do referido grupo.

5.5.3 Corte Multilateral Permanente com duas instâncias

Em relação à proposta europeia de criação de uma corte multilateral de duas instâncias, percebe-se que ela só foi defendida de fato pela sua proponente, sendo vislumbrada ainda a sua possibilidade na manifestação do Marrocos. Nesse sentido, não cabe discorrer de forma redundante sobre quais seriam as peculiaridades da proposta europeia, tendo em vista que tal questão já foi esgotada no capítulo anterior e também neste.

No entanto, cabe arguir que a proposta sugerida dependeria primeiramente de um estatuto consentido pelos demais membros, para determinar o funcionamento da corte. Além disso, esta reforma, por ser estrutural, englobaria automaticamente outras propostas de reforma incremental ou propostas de reformas pontuais.

Cabe ainda ressaltar que a criação de um tribunal permanente incorreria na necessidade de articulação entre a nova corte e o atual sistema ISDS, sendo necessária a construção de caminhos de compatibilização entre eles. Nesse contexto também se deve viabilizar sua adesão a um eventual novo sistema, com a adequação dos textos de IIAs já existentes.

Por fim, destaca-se que esta proposta foi fortemente contestada pela África do Sul e Rússia, e foi bastante questionada pela Coreia do Sul e o Bahrein em relação aos vários obstáculos à tentativa de estabelecimento da corte multilateral.

Pelas manifestações dos membros do WG III, é possível inferir que instituir uma corte multilateral na atual discussão sobre a reforma da ISDS é o principal empecilho para que a proposta de reforma seja, de fato, discutida mais a fundo. Particularmente, conforme exposto, a Rússia indicou que o sistema atual é digno de confiança e que o estabelecimento de um tribunal internacional traria novos problemas, ao invés de resolver os atuais, que seriam pontuais.

Percebe-se que nem os membros da UNCITRAL, que recentemente assinaram tratados de investimento com a UE, com a previsão de estabelecer uma corte permanente de duas instâncias (Singapura, Vietnã e Canadá), se manifestaram para dar suporte à proposta de estabelecimento de uma corte multilateral no âmbito do WG III. No entanto, em relação à possibilidade de se estabelecer um mecanismo multilateral, pode-se citar a participação ativa do Canadá na modulação das eventuais regras.

Portanto, a falta de apoio, ou mesmo a oposição a um Tribunal Multilateral de Investimentos, impediu que essa ponta da proposta europeia avançasse nos debates do grupo. Não obstante, conforme destacado anteriormente, a parte da proposta europeia acerca de uma corte de apelação parece ter sido recepcionada por uma boa parcela dos membros.

5.5.4 Meios alternativos de resolução de disputas

No curso dos trabalhos preparatórios e das discussões entre os membros do WG III, uma das principais soluções propostas à questão dos altos custos dos procedimentos, reverberada por 13 manifestações, foi a possibilidade de se implementar mecanismos alternativos de resolução de disputas. Para tanto, os países fortaleceriam mecanismos de solução de controvérsias além da arbitragem, como a conciliação, a mediação, ou mesmo a criação de *ombudsman*.

No caso da conciliação e da mediação, a sua previsão já é recorrente nos IIAs, sendo que elas são pouco utilizadas devido à ausência de regras que as tornem obrigatórias antes da instauração de um tribunal ISDS.

Já no caso do *ombudsman*, este se denotaria não somente como um meio alternativo de resolução de conflito, mas como uma alternativa à própria ISDS. Por isso, ele é defendido de forma paradigmática pelo Brasil como uma alternativa viável ao atual modelo de arbitragem, que seria abandonado por completo, investindo-se na forma não conflituosa de resolução.

5.5.5 Regras para dificultar o acesso aos tribunais de investimento e de consolidação de múltiplos procedimentos

a) Esgotamento dos procedimentos jurídicos locais

Conforme já explicado ao longo deste trabalho e ressaltado nas proposições de Indonésia, Marrocos, Tailândia e África do Sul, uma possibilidade para dificultar o acesso direto do investidor ao tribunal ISDS é o estabelecimento de regras que o obriguem a inicialmente perseguir seus direitos no sistema judiciário do país receptor do investimento e, apenas em caso de inércia desta, dentro de um prazo delimitado, lhe seria possibilitada a reclamação internacional via tribunal ISDS.

Tal regra já é prevista em alguns BITs e acordos de investimento. No entanto, em um passado recente, foi possível burlar tal requisição via cláusula MFN, conforme exposto na seção 3.2, sobre o caso *Maffezini v. Spain*. Assim, a previsão de evolução da regra de esgotamento dos recursos locais necessariamente perpassa pela sua aplicação integral, com dispositivos específicos que excluam a eventual aplicação de cláusula MFN para burlá-la.

b) Dispensa de reclamações frívolas

Outra questão bastante reverberada foi a proposta de desenvolver procedimentos ou mecanismos para rejeitar reivindicações frívolas em um estágio inicial, incluindo a possibilidade de o tribunal ordenar ao reclamante o pagamento de todos os custos associados a tais reivindicações. Essa iniciativa poderia assumir a forma de regra vinculante, diretrizes para árbitros, cláusulas modelo de tratados ou como uma regra procedimental específica de um tribunal de primeira instância permanente ou semipermanente. Os países que apoiaram tal proposta foram: Indonésia, Marrocos, Chile, Israel, Japão, Peru, Costa Rica, Turquia e África do Sul.

c) Procedimentos múltiplos simultâneos

Por fim, discutiu-se a possibilidade de endereçar múltiplos procedimentos, que podem ser ensejados sob duas perspectivas:

- a) situações nas quais diferentes entidades, inseridas na mesma estrutura corporativa e que teoricamente tenham o direito de acionar a arbitragem contra um Estado (o que poderá proporcionar ganhos que beneficiarão por diversas vezes a mesma corporação); ou
- b) situações em que vários investidores, ainda que não relacionados, tenham interesse concomitante em um procedimento arbitral acerca de uma medida tomada pelo mesmo Estado.

Vários países se manifestaram com sugestões de propostas, ainda que não estruturadas, para lidar com essas situações: UE, Chile, Israel, Japão, Peru, Costa Rica, Turquia, Marrocos e África do Sul.

A criação de procedimentos de consolidação, possibilidade de cooperação e troca de informações entre os tribunais, ou mesmo a utilização de doutrinas como a *lis pendens* e *res judicata*, são indicadas como possibilidades aos procedimentos múltiplos iniciados por

peças atuando na mesma estrutura corporativa. Já para procedimentos de diferentes investidores sem relação entre si, as propostas discutidas indicam a possibilidade de se criar uma comissão de reclamações quando uma medida estatal puder afetar diversas pessoas (e, a partir daí, endereçar as reclamações de forma coordenada), como, por exemplo, pelo estabelecimento de um sistema de regras preliminares por órgãos específicos, para filtrar inicialmente a legitimidade da parte em acionar a arbitragem em investimento contra determinado Estado.

Importa ainda mencionar que, segundo o trabalho preparatório do Secretariado (A/CN.9/WG.III/WP.170), grande parte das múltiplas reclamações por investidores individuais é iniciada por investidores que não sofreram prejuízo diretamente, mas que o sofreram indiretamente, por meio de “perdas reflexivas”, por serem acionistas de alguma empresa que esteja inserida na estrutura corporativa daquela empresa que de fato teve seu investimento prejudicado por uma ação do Estado reclamado. Nestes casos, reitera-se que a elaboração de definições mais precisas de “investidor” e “investimento” é fundamental para se evitar tal fenômeno. Além disso, a inclusão de cláusulas específicas em tratados internacionais para proibir o uso abusivo da ISDS também deve ser considerada: “Podem ser considerados critérios claros sobre os quais a reivindicação de perda reflexiva será considerada abusiva, o que pode permitir que as partes em disputa tenham um entendimento claro dessas situações e possivelmente limitem as reclamações levantadas” (UNCITRAL, 2019aa, para. 30, tradução nossa).

5.5.6 Reconvenção pelo Estado

Uma das principais razões para a falta de reconvenções na ISDS é a ausência de obrigações substantivas por parte dos investidores em tratados de investimento, restando a maior parte das obrigações aos países receptores de investimento, sob a justificativa de proteção ao investimento.

Não obstante, a insatisfação dos países receptores foi externada por posicionamentos da UE, Marrocos, Chile, Israel, Japão, Costa Rica, Turquia e África do Sul. Apesar de o WG III não ter mandato para discorrer sobre regras de obrigações substantivas, mas somente sobre regras procedimentais, a preocupação emanada ao longo das seções foi a de que a Secretaria continue trabalhando no tema das reconvenções, com ênfase nos aspectos processuais.

Neste caso, “a Secretaria foi solicitada a preparar cláusulas modelo [...] que condicionariam o consentimento de um Estado à ISDS ao consentimento do investidor para que o mesmo tribunal ouvisse reconvenções (UNCITRAL, 2020b, para.61, tradução nossa).

5.5.7 Regras de nomeação de árbitros e juízes

Cumprindo inicialmente destacar que, atualmente, os árbitros e juízes são selecionados por meio de regras estabelecidas em contrato ou no tratado internacional. Em nota, o Secretariado da UNCITRAL enfatiza duas características principais nesse sentido:

- a) os tribunais são *ad hoc* específicos para resolverem um conflito;
- b) as partes detêm um papel importante na composição do tribunal (UNCITRAL, 2019ab, para. 5).

Em relação às preocupações relacionadas à indicação ou seleção de árbitros para os tribunais arbitrais, diante da pesquisa previamente feita pelo Secretariado e a partir das manifestações dos membros, restou claro que a questão principal seria endereçar preocupações relativas à aparente falta de independência e imparcialidade dos árbitros.

Nesse sentido, foram vislumbrados os seguintes mecanismos que poderiam ser adotados em uma reforma na seleção e indicação dos membros ao tribunal ISDS:

- a) regulação de mecanismos de indicação pelas partes;
- b) lista pré-estabelecida; e
- c) criação de mecanismos permanentes.

Em relação à primeira vertente, a principal preocupação é manter a atual estrutura de indicação, com a liberdade das partes de escolher os árbitros, mas, ao mesmo tempo, melhorando as regras, para torná-las mais transparentes e garantir a imparcialidade dos árbitros. Nesse sentido, Tailândia, Chile, Israel, Japão e Costa Rica apresentaram suas propostas, cada uma com as suas devidas particularidades.

Já em relação ao segundo mecanismo, Tailândia e Turquia manifestaram o seu suporte, inclusive indicando a possibilidade de se realizar uma reforma multilateral sobre este ponto. Alguns pontos para reflexão são trazidos pelo Secretariado na UNCITRAL, em relação à seleção geral da lista, tendo em vista a necessidade de se definir alguns critérios, como, por exemplo, se haverá a participação das partes disputantes no processo de pré-seleção, ou apenas na seleção; ou se a escolha será feita por uma autoridade independente (UNCITRAL, 2019ab, para. 26-27). Outra preocupação é sobre a renovação da lista: se os membros terão um

mandato pré-definido; se haverá a possibilidade de recondução, ou não; bem como se haverá uma lista apenas ou múltiplas listas (UNCITRAL, 2019ab, para. 27-30).

Por fim, em relação à criação de um mecanismo permanente, esta pode ser direcionada de duas formas: pelo estabelecimento de um tribunal de apelação permanente, como já discutido, ou pelo estabelecimento de uma corte multilateral de duas instâncias, tal qual a proposta europeia.

De toda forma, algumas preocupações foram endereçadas ao sistema de indicação de ambos os modelos, tais como, o número deles e a forma de representatividade (se completa ou seletiva²⁷³), tal qual a garantia da diversidade dos adjudicadores. Nesse sentido, insta ressaltar que, quanto maior for a base multilateral, mais difícil será garantir a representatividade completa.

5.5.8 Código de Conduta

Dentre os temas debatidos no âmbito do WG III, a única proposta que não encontra objeção por qualquer membro, mas, na realidade, conta com o *quasi-consenso* no WG III, é a criação de um código de conduta para orientar o comportamento dos árbitros e criar regras para processos de desafio ou suspeição. Dentre as manifestações recebidas, os membros que deram suporte à criação de um código de conduta foram: UE, Marrocos, Tailândia, Chile, Israel, Japão, Costa Rica, Turquia, Equador, África do Sul, China, Bahrein, Mali, Peru e Kuwait.

Sobre esse tema, o Secretariado da UNCITRAL chegou a elaborar um *working paper* (UNCITRAL, 2019ac) para consolidar as principais questões vislumbradas para a elaboração de um código de conduta, particularmente fazendo referência a avanços observados nos novos tratados internacionais de proteção ao investimento com relação a conflitos de interesse, abertura de dados e questões de confidencialidade.

Em relação às preocupações sobre independência e imparcialidade dos árbitros, as discussões no WG III levam a duas questões específicas: conflitos de interesses²⁷⁴ e *double-*

²⁷³ “Completa” seria pelo menos um árbitro por país membro do mecanismo. “Seletiva” seria de acordo com outros critérios, sem que houvesse uma representatividade total, como por exemplo, por região ou continente.

²⁷⁴ Na arbitragem internacional, conflito de interesse se relaciona à situação de “Suposta predisposição ou pré-julgamento, envolvendo a suposta adesão de um árbitro às suas visões pré-existentes sobre questões jurídicas e factuais, desenvolvidas por meio da experiência como árbitro, como advogado, escrevendo artigos acadêmicos e dando entrevistas ou outras expressões públicas de opiniões” (UNCITRAL, 2019ac, para. 24, tradução nossa).

hatting. De acordo com as notas do Secretariado a esse respeito, os parâmetros das regras a serem estipuladas num código de conduta são bem delineados:

[...] (i) os árbitros e juízes não devem usar sua posição para promover quaisquer interesses pessoais ou privados; (ii) não devem ser influenciados por interesses próprios, pressões externas e considerações políticas; e (iii) não devem aceitar nenhum benefício que possa de alguma forma interferir no desempenho de suas funções. (UNCITRAL, 2019ac, para. 31, tradução nossa)

Outras questões, como regras de diligência e eficiência²⁷⁵, regras de confidencialidade de documentos e atos processuais²⁷⁶ e requisitos de qualificação dos árbitros, também são tidos como importantes para o código de conduta.

Em relação ao estabelecimento de um código de conduta em bases multilaterais, o Secretariado alerta que deve ser considerada a sua relação com outras leis e normas relevantes ao tema:

A arbitragem é regida, principalmente, em ordem de prioridade, por (i) um tratado para arbitragem ICSID e legislação nacional de arbitragem (conforme interpretado pelos tribunais nacionais relevantes) da sede para arbitragens de investimento não ICSID (e Convenção de Nova York na fase de execução); (ii) regras de arbitragem (sejam regras de arbitragem institucional ou as Regras de Arbitragem da UNCITRAL); e (iii) desde que estejam dentro do âmbito da autonomia processual concedida às partes litigantes na lei referida em (i), outras regras sobre as quais as partes litigantes possam acordar. (UNCITRAL, 2019ac, para. 63, tradução nossa)

Por fim, em relação às sanções que devam ser previstas pelo descumprimento do código de conduta, o Secretariado reitera que, na arbitragem internacional, a típica ação para lidar com o não cumprimento de padrões éticos é a desqualificação do árbitro, com a sua substituição. No entanto, no caso dos mecanismos permanentes, além das regras de desqualificação dos árbitros, existem outras provisões disciplinares que terminam por aumentar a *accountability* do órgão adjudicador (UNCITRAL, 2019ac, para. 57-62).

²⁷⁵ O WG III considera que a regulação deste tema poderia explorar os seguintes deveres: “(i) agir de forma expedita e diligente; (ii) dedicação de tempo e recusa de trabalhos conflitantes; (iii) participar de forma construtiva nas deliberações” (UNCITRAL, 2019ac, para. 36, tradução nossa).

²⁷⁶ Os possíveis aspectos a serem cobertos em um código de conduta envolvem as obrigações de confidencialidade das partes e dos adjudicadores, bem como se estas permanecerão efetivas após o encerramento da disputa (UNCITRAL, 2019ac).

5.5.9 Envolvimento das Partes do Tratado em mecanismos de controle e interpretação do tratado

Uma das questões mais abordadas nas submissões dos governos membros do WG III é a possibilidade de as partes do tratado atuarem em mecanismos de controle e interpretação dos tratados dos quais fazem parte. Nesse sentido, manifestaram-se UE, Marrocos, Tailândia, Chile, Israel, Japão, Costa Rica, África do Sul, Bahrein, Peru e Rússia. Tal proposta visa endereçar as preocupações relativas à interpretação errônea ou injustificável de provisões dos tratados. De forma geral, tal envolvimento poderia funcionar da seguinte forma:

- a) mecanismo *ad hoc* de interpretação vinculante;
- b) interpretação vinculante por instituições estabelecidas em tratado (i.e., comitê de interpretação);
- c) consideração dos textos preparatórios dos tratados; e
- d) referências às opiniões das partes integrantes dos tratados, ainda que de forma não vinculante (UNCITRAL, 2019d /Add.1).

Tais medidas poderiam encorajar o uso mais sistemático das interpretações (uni, pluri ou multilaterais) das partes e assegurar a obediência dos árbitros à vontade das partes.

Além disso, mecanismos não vinculantes de interpretação também foram propostos por UE, Costa Rica, Brasil e África do Sul, no sentido de se estabelecer regras para consultas técnicas entre árbitros e partes. Além disso, esses membros advogam a possibilidade de os tribunais considerarem as decisões das autoridades dos Estados, partes do tratado ou mesmo as interpretações emanadas por comitês de revisão interpretativa dos Estados partes, sem que as suas diretrizes sejam necessariamente vinculantes.

5.5.10 Gestão de custos e procedimentos relacionados

Além das propostas de prevenção e mitigação de disputas como uma forma de evitar os custos incorridos em um processo arbitral na ISDS, algumas propostas foram direcionadas especificamente para reduzir os custos incorridos no decorrer do processo, isto é, na situação em que uma disputa não foi evitada ou mitigada.

Neste sentido, os governos da Tailândia, Chile, Israel, Japão, Costa Rica e Turquia sugeriram o desenvolvimento de regras de procedimentos mais céleres para casos menos complexos ou, pelo menos, o desenvolvimento de regras específicas de aceleração de determinados procedimentos, como na fase de objeções preliminares. Inclusive, o

Secretariado da UNCITRAL destacou que “tanto o ICSID (processo atual de reforma) quanto a UNCITRAL (atual trabalho sobre arbitragem acelerada no Grupo de Trabalho II) estão trabalhando no desenvolvimento de procedimentos acelerados” (UNCITRAL, 2019d., para. 54, tradução nossa).

Outro aspecto enfatizado é a necessidade de regras de gestão de custos do processo, uma vez que atualmente não existe uma padronização em relação a quem deva arcar com elas. Sobre este ponto se manifestaram Marrocos, Tailândia, Chile, Israel, Japão, Costa Rica, Turquia e Burkina Faso. Para a delegação do Marrocos, não somente deveria haver um mecanismo de partilha dos custos incorridos durante o processo, como o amplo estabelecimento da regra de que o perdedor deve, ao final do processo, arcar com as custas incorridas à parte vencedora no decorrer deste. Insta ressaltar também que a imposição das regras de segurança (ou garantia) dos custos poderia ajudar na desistência das partes em ingressarem com reclamações frívolas.

Por fim, outras propostas sugeridas para melhor gestão dos custos do processo incluem requerer aos tribunais arbitrais que estabeleçam um orçamento para o caso, inclusive com a adoção de um teto de gastos, e requerer que os tribunais façam relatórios periódicos para as partes, informando-as sobre o *status* do referido orçamento.

5.5.11 Financiamento por terceira parte

Na 37ª reunião do WG III e nas submissões do Marrocos, Tailândia, Chile, Israel, Japão, Costa Rica, Turquia, África do Sul, China, Coreia do Sul e Cazaquistão, foram identificadas preocupações relativas aos possíveis desbalanços ocasionados pelo impacto do financiamento por terceiras partes na ISDS.

Foram, ainda, listados outros possíveis impactos do financiamento por terceiros no processo da ISDS: na alocação de custos, na decisão de pedidos de segurança de custos e na revelação de informações privilegiadas.

Ainda, foram citados possíveis impactos no sistema ISDS como um todo: aumento de número de casos (inclusive reclamações frívolas), impacto na promoção e proteção ao investimento e desbalanço no sistema de forma geral, uma vez que os Estados normalmente não têm acesso ao financiamento por terceiras partes.

Por conta disso, algumas propostas foram colocadas como forma de endereçar este problema, partindo-se do básico que é a definição da ação em si. Neste sentido, em *working*

paper, o Secretariado indica que é desejável considerar as seguintes modalidades no contexto da definição:

- a) financiamento por um escritório de advocacia, seja *pro bono* ou pago (ainda que por *success fee*);
- b) diferentes formas de políticas de seguro; e
- c) investimentos em *equity* por terceiros financiadores (UNCITRAL, 2019ae).

A partir da definição, seria possível indicar qual deveria ser o nível de permissibilidade do financiamento por terceiros. Um primeiro cenário seria, então, a proibição total da prática, opção que foi mencionada pela África do Sul. Neste sentido, se requereria uma clara definição das formas de financiamento proibidas e se demandaria uma forma de mecanismo de auxílio para compensar a proibição (o que poderia ser realizado sob a estrutura de um centro consultivo ou de um mecanismo permanente de solução de controvérsias).

Um segundo cenário proposto seria a definição de regras destinadas a regulamentar a atividade, seja, por exemplo, resumindo o seu uso em casos de insolvência da parte financiada, ou ainda, com a instituição da obrigatoriedade de divulgação das informações sobre o financiador e os termos do financiamento. Importa ainda indicar a preocupação vislumbrada pelo Secretariado em relação à criação de regras que definissem a possibilidade de recuperação das custas processuais por parte do financiador, em que as seguintes questões foram levantadas:

[...] i) se as custas para assegurar o financiamento por terceiras partes podem ser consideradas custas da arbitragem; ii) se os custos para assegurar o financiamento por terceiras partes seriam reembolsáveis; iii) se os custos foram incorridos de forma razoável e se os custos foram segurados por um reclamante insolvente, o qual não poderia, de outra forma, ter perseguido seus direitos num ISDS. (UNCITRAL, 2019ae, para. 32, tradução nossa)

Inclusive, sobre a divisão das custas do processo, uma questão também considerada central na discussão foi a possibilidade de obrigar o financiador a arcar com as custas em caso de derrota do seu financiamento nos tribunais arbitrais, até como forma de desestimular seu uso abusivo, que poderia inundar os tribunais com reclamações frívolas (UNCITRAL, 2019ae, para. 34-38).

Por fim, dentre as questões discutidas pelo WG III a respeito do tema, foi indicado que uma eventual limitação do financiamento por terceiras partes, resultante de alguma regulamentação, poderia ser complementada com um mecanismo de auxílio jurídico (como um Centro Consultivo), e que a elaboração de um código de ética para os terceiros

financiadores seria também relevante como forma de fomentar um padrão mínimo de profissionalismo, transparência e confidencialidade no procedimento (UNCITRAL, 2019a, para. 39-41).

5.6 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

É importante destacar, inicialmente, que a UNCITRAL, por sua natureza de atuação, esteve envolvida direta ou indiretamente em temas de investimento desde os seus primeiros anos de atividade, mas somente nos últimos anos assumiu uma preponderância nas discussões de reforma, por conta da iniciativa da UE de debater, em uma plataforma plurilateral, uma proposta de reforma à ISDS, com vistas ao estabelecimento de um mecanismo multilateral de solução de controvérsias.

O estabelecimento do WG III revela que esta missão foi inicialmente acatada pelos demais membros, inclusive circunscrevendo-se o campo de atuação do grupo de trabalho a questões procedimentais da ISDS para fins de reforma.

Nesse sentido, conforme explorado ao longo do capítulo, é possível que exista, sim, um caminho para reformas evoluindo entre os membros do WG III, consolidado em quatro grandes temas:

- a) falta de consistência, coerência, previsibilidade e correição das decisões arbitrais pelos tribunais da ISDS;
- b) aparente falta de independência e imparcialidade dos árbitros de tomadores de decisão na ISDS;
- c) custo alto e longa duração dos contenciosos; e
- d) financiamento por terceiras partes.

Dentro desses quatro grandes temas, existiam questões variadas, que poderiam ser trabalhadas de formas pontuais, o que levou a condução dos trabalhos e discussões sobre reforma para proposições de ajustes, em sua maioria, não estruturais.

Uma vez que o modelo de reforma incremental é predominante nas discussões do WG III, intuitivamente é possível inferir que existe a possibilidade de reforma da atual ISDS, como também que o caminho proposto pela UNCITRAL será menos traumático do que a proposta europeia de criação de uma Corte Multilateral de Investimentos.

Ressalte-se que, tão logo iniciadas as discussões, foram identificados os primeiros entraves ao planejamento estratégico europeu de implementação de uma Corte Multilateral de Investimentos. Isso porque houve uma fragmentação dos temas de interesse dos membros do

WG III, no sentido de abordar questões de maior relevância de acordo com sua percepção, o que necessariamente causou dissensos e opiniões contrárias entre os próprios membros.

Deve-se notar que a proposta da UE para uma Corte Multilateral teria a capacidade de endereçar, de uma vez somente, todas as questões imbricadas nos quatro grandes temas, sem fazer, aqui, o juízo de valor de que a solução seria a melhor possível. Mas, de acordo com a análise das sessões do WG III e das submissões dos membros, deve-se reconhecer que a proposta da UE não foi discutida, de forma contundente, como uma solução possível.

Em outras palavras, a evolução dos debates e a apresentação dos países às proposições de reforma revelaram que a estratégia da UE de adoção de uma Corte Multilateral não teve o apelo necessário para convencer os demais membros do WG III.

Não houve, tampouco, discussão sobre a possibilidade de adoção do Sistema de Cortes de Investimento como um passo anterior possível ao estabelecimento da Corte Multilateral. Em nenhum momento o debate evoluiu para uma abordagem de reforma sistêmica, tal qual seria a intenção da UE, mas pairou sobre a adoção de reformas incrementais pontuais.

Não obstante, não é válido concluir que a UE não teve influência no desenho final das propostas de reforma incremental em discussão, isto porque várias delas já foram endereçadas ao Sistema de Cortes de Investimento da UE. Neste sentido, ainda que a influência da UE não seja exclusiva e sobrevenha de discussões acadêmicas anteriores e de outros tratados, ela não pode ser ignorada.

Vale aqui destacar que apenas a proposta de criação de um centro consultivo não está inserida na minuta do TTIP e nos acordos da UE com Canadá, Singapura e Vietnã, ao passo que o restante das propostas pontuais discutidas no WG III já está presente de alguma forma no Sistema de Cortes de Investimento.

A Corte de Apelação, que é uma das principais propostas de reforma no âmbito do WG III e tem apoio expresso de Marrocos, Chile, Israel, Japão, Equador, China e Rússia, já é uma realidade no Sistema de Cortes de Investimento da UE e endereça as preocupações de consistência e coerência das decisões arbitrais nos acordos da UE.

Cabe aqui ressaltar que, no Sistema de Cortes de Investimento da EU, existe uma estrutura de dupla jurisdição, de cortes de primeiro grau e de apelação, mas em ambas as instâncias existem regras de indicação dos árbitros, endereçando, portanto, outra proposta discutida no âmbito do WG III. Assim, assevera-se que o formato europeu altera uma das principais bandeiras da atual ISDS, que é a nomeação dos adjudicadores diretamente pelas partes, e a referida alteração encontra resistência em países como a Rússia, que mantém o

posicionamento de que a indicação dos árbitros pelas partes é uma das vantagens da atual ISDS em relação a processos judiciais.

Uma das questões mais debatidas e consensuadas no WG III é a criação de um código de conduta para os árbitros, a fim de evitar a escolha de árbitros parciais, sem independência ou com conflitos de interesses. Desse modo, cumpre novamente apontar que todos os acordos da UE analisados neste trabalho contam com um código de ética, com regras pontuais sobre a divulgação de informações que possam comprometer a decisão do árbitro, do mesmo modo que estipulam regras sobre a prática de *double-hatting* e restringem a atuação dos juízes como consultores jurídicos após o término da disputa na corte de investimento, seja em casos futuros similares aos que ele julgou, seja para representar uma das partes disputantes.

Em relação aos mecanismos de interpretação oficial dos tratados de investimentos pelas partes, observa-se que este também é um movimento já previsto nos acordos da UE, ainda que de forma tímida, por prever a possibilidade de o comitê do tratado interpretar questões relevantes ao próprio tratado, que deverão ser tomadas como vinculantes tanto pelo tribunal de primeira instância como pela Corte de Apelação.

O mesmo ocorre em relação a mecanismos de prevenção de disputas, que são previstos nos acordos da UE e estabelecem a possibilidade de mediação e conciliação em qualquer tempo.

No que diz respeito às regras de atribuição de custos, restou exposto, no capítulo anterior, que nos acordos da UE com Canadá, Vietnã e Singapura, assim como no TTIP, existe a liberdade de os tribunais definirem os custos do processo, estando incluídas as despesas com advogados. Em relação à distribuição dos custos, encontra-se estipulada a regra de que as partes perdedoras devem arcar com as custas de acordo com a sua falta de êxito na causa ou, em outras palavras, de forma proporcional. Tal prescrição já é um avanço em relação à atual estrutura de arbitragem *ad hoc*, na qual não existe uma regra definindo a distribuição das custas de arbitragem. Além disso, o que a UE já coloca em prática nos seus tratados está sendo justamente proposto por diversos países no âmbito do WG III, como forma de reformar a ISDS.

Em relação a regras de financiamento por terceiras partes, todos os acordos da UE detêm uma cláusula que obriga a parte financiada a informar a parte oposta sobre o financiamento e o financiador. Não obstante, não existe qualquer aprofundamento em relação a essa regra, ficando ao encargo dos tribunais decidirem medidas adicionais necessárias.

Por isso, conforme foi possível denotar, apesar de não ter engrenado com uma reforma sistêmica, direcionada à negociação de uma Corte Multilateral de Investimentos,

várias provisões e avanços já previstas no Sistema de Cortes de Investimento da UE estão sob discussão no WG III, por meio de propostas de reforma incremental do atual modelo ISDS.

Tal situação permite concluir que, além da possibilidade de reforma da ISDS, as atuais propostas em discussão no WG III sofrem influência direta da já existente regulamentação, permeada pelos novos acordos da UE. Em outras palavras, existe, sim, uma certa influência do modelo europeu nas discussões de reforma no âmbito da UNCITRAL, ainda que de forma indireta, por meio dos seus acordos, uma vez que a UE antecipou novas regras sobre a ISDS, de forma a moldar as futuras discussões e futuros acordos que envolvam o tema.

Por fim, em relação à implementação do Sistema de Cortes de Investimento e de uma Corte Multilateral de Investimentos, apesar de terem sido colocadas de lado no âmbito das discussões do WG III, elas permanecem na agenda, a longo prazo, da UE e, eventualmente, qualquer país que queira negociar um acordo com o bloco europeu provavelmente deverá aderir à ISDS baseada em tribunais permanentes, bem como deverá analisar a possibilidade de se integrar, no futuro, ao referido tribunal multilateral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime internacional de proteção ao investimento estrangeiro se estabeleceu fragmentado, de forma mais marcante na segunda metade do Século XX, sem a presença de um grande tratado multilateral que envolvesse o tema, o que gerou uma difusão não somente de BITs e outros IIAs, mas também da própria estipulação de princípios e regras, a partir da vontade dos Estados membros. Não obstante, conforme discutido no primeiro capítulo, é possível identificar um conjunto expressivo de princípios e cláusulas que geralmente estão presentes nesses acordos.

A ISDS se enquadra nessa perspectiva de cláusula identificável na maioria dos IIAs. O seu desenho se deu a partir da década de 1960, por iniciativa do Banco Mundial, através da Convenção de Washington, que estabeleceu regras de habilitação, jurisdição e procedimento, bem como a estrutura institucional necessária para possibilitar a solução de controvérsias entre investidor e Estado. Ao lado da ICSID, as regras de arbitragem da UNCITRAL passaram a ser referenciadas nos IIAs como forma de habilitar a ISDS.

À medida que mais IIAs passavam a adotar as cláusulas ISDS, mais se vislumbrava o estabelecimento de um sistema, ainda que difuso, de resolução de controvérsias, que foi crescentemente utilizado a partir da década de 1990, muito em virtude das vantagens que lhe eram imputadas, como a liberdade procedimental, *expertise* e independência dos árbitros selecionados, a possibilidade de responsabilização dos Estados pelas suas obrigações assumidas nos IIAs, e a despolitização do conflito, tal como ocorria na sistemática de resolução de conflitos entre Estados. No início de 2020, o número total de casos conhecidos de ISDS baseados em IIAs chegou a 1.023.

Não obstante, com a maior utilização da ISDS também sobrevieram várias questões consideradas deficientes ao sistema, como a falta de transparência do procedimento em si, dada a dificuldade de participação de terceiros interessados; a sua independência, tendo em vista a possibilidade de sua administração por organizações privadas; a falta de imparcialidade, independência e diversificação dos árbitros, quando considerados fenômenos como *double hatting*, ou o número limitado de árbitros e advogados atuantes; a dificuldade de acesso por parte de pequenas empresas ou de PEDs devido à sua alta tecnicidade, elevado tempo de processo e custos excessivos; as dificuldades de execução dos laudos arbitrais; a observância de inconsistências nas decisões dos tribunais arbitrais, quando diante de casos idênticos e, por vezes, sob o mesmo IIA; e a possibilidade de utilização de *treaty* e *forum shopping*.

Tais questões foram reproduzidas neste trabalho a partir de estudos elaborados pela comunidade acadêmica especializada, bem como da percepção de alguns Estados. Desses dados emerge o primeiro problema abordado: é necessário reformar o atual modelo de ISDS?

Esse questionamento estabeleceu a referência teórica do trabalho, retratando inicialmente a vertente que defenderia a desnecessidade de reforma da ISDS, ou a possibilidade de uma reforma a partir da própria ISDS, a qual foi denominada reforma orgânica. Não obstante, a proposta de não reformar a ISDS não endereça todas as questões problemáticas previamente identificadas. Em decorrência disso, além de discorrer sobre os modelos de reforma identificados por Roberts (2018), este trabalho também buscou identificar a adoção desses modelos de reforma em acordos de 2018.

Nesse sentido, foi possível vislumbrar os modelos incremental, sistemático e paradigmático de reforma. O primeiro é focado em reformas que melhorem o modelo existente a partir de regras não estruturais; o segundo pauta-se por uma reforma mais ampla e que altere a estrutura existente; e o terceiro discute sua não utilização ou o abandono da ISDS.

Após essa fundamentação, houve seu aprofundamento, no quarto capítulo, na perspectiva de uma reforma sistemática por meio de uma proposta ou modelo europeu. Nele, pôde-se compreender não somente a estrutura do Sistema de Cortes de Investimento, mas também a sua estratégia inicial de implementação e futura conversão em uma Corte Multilateral de Investimentos a partir de quatro acordos de investimentos da UE: o TTIP, o CETA, o FTA UE-Vietnã e o FTAIPA UE-Singapura.

Em relação ao Sistema de Cortes de Investimento, foi possível identificar, ainda, suas principais características: a composição permanente, de dupla instância, de estrutura quase-judicial, com adjudicadores detentores de mandatos por tempo definido; a disponibilidade de um código de conduta para os juízes; a existência de mecanismos para evitar *forum shopping*; e a possibilidade de atuação ativa de terceiras partes interessadas.

É nesse contexto que se verificou o segundo problema enfrentado neste trabalho: é possível uma adoção multilateral do modelo europeu?

Para tanto, ainda no capítulo quarto, discorreu-se sobre as vantagens estratégicas do modelo europeu, que poderia se aproveitar de algo como um “efeito Bruxelas”, bem como se explicitou as principais dificuldades para se expandir o Sistema de Cortes de Investimento e mesmo para harmonizá-lo com o Direito Europeu.

Não obstante, a discussão sobre a reforma da ISDS, particularmente em relação à proposta europeia de multilateralização, foi transferida para o âmbito do WG III da UNCITRAL e, conforme explicitado no capítulo 5, além de evoluir para a identificação dos

principais problemas da ISDS, o debate sobre a melhor abordagem de reforma também se estendeu ao posicionamento dos membros a respeito.

Em relação aos problemas identificados pelo WG III, pode-se citar, principalmente, a falta de consistência e coerência das decisões dos tribunais ISDS, a falta de imparcialidade e independência dos árbitros, os altos custos do processo e o financiamento por terceiras partes.

Diante do posicionamento dos membros da UNCITRAL, submetido ao WG III, foi possível analisar sua aderência à proposta europeia de Sistema de Cortes de Investimento ou sua opção pela implementação de um Tribunal Multilateral, como modelo de reforma da ISDS.

Além da falta de aderência dos membros do WG III ao referido pacote, particularmente ao Tribunal Multilateral, houve também forte discordância por alguns países, como África do Sul e Rússia, sendo bastante questionado pela Coreia do Sul e o Bahrein.

Isso porque os membros do WG III se posicionaram mais favoráveis a propostas de cunho incremental, vislumbrando melhoras específicas sem a necessidade de se alterar a estrutura do atual sistema. Nesse sentido, destacaram-se as propostas de reformas relativas a mudanças nas regras de nomeação dos árbitros, a criação de código de conduta, interpretação pelas partes do tratado, melhoria na atribuição das custas e regulamentação do financiamento por terceiras partes.

Além dessas propostas, a que mais obteve aderência relaciona-se à criação de um centro consultivo para auxiliar pequenas e médias empresas e PEDs a acessarem os tribunais ISDS, seja na forma de capacitação ou na forma de atuação no caso.

Não obstante, a tese inicialmente proposta, e que intitula este trabalho, de que a proposta europeia de reforma sistêmica da ISDS seria o modelo a ser adotado em eventual reforma da ISDS, apesar de não estar completamente validada, também não se encontra totalmente invalidada, e esta é a principal conclusão deste trabalho.

Isto porque um elemento central do modelo europeu, que é o estabelecimento de um segundo grau de jurisdição, na forma de uma corte de apelação, foi aceito e recepcionado por boa parte dos membros do WG III. Posicionaram-se a favor de uma discussão a respeito desta possibilidade: UE, Marrocos, Chile, Coreia do Sul, Israel, Japão, Equador, China, Burkina Faso e Rússia. É importante ainda ressaltar que não houve forte rejeição, por qualquer membro do WG III, à possibilidade de implementação de um mecanismo de apelação, mas apenas a emanção de preocupações a respeito do aumento do custo e do tempo do processo.

Além disso, o tema está inserido na agenda de desenvolvimento de propostas de reforma do WG III para os próximos anos e já conta com um rascunho de uma possível redação, o que torna necessariamente relevante uma parte da proposta europeia de reforma da ISDS.

Por outro lado, nada impede que a UE continue a negociar novos acordos e a expandir o número de cortes permanentes com vistas a uma eventual multilateralização da ISDS, tal qual foi inicialmente idealizada pelo bloco. O resultado final da estratégia de implementação de um Tribunal Multilateral restaria, no entanto, a uma etapa posterior a este trabalho, aproveitando-se do seu embasamento teórico e do conteúdo documental e normativo aqui já analisado.

REFERÊNCIAS

AHUJA, Niyati. **USMCA: An analysis of the proposed ISDS mechanism.** Kluwer Arbitration Blog, November, 26, 2019. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/26/usmca-an-analysis-of-the-proposed-isds-mechanism/?print=print>. Acesso em: 18 ago. 2021.

ALSCHNER, Wolfgang. Correctness of investment awards: Why wrong decisions don't die. **The Law & Practice of International Courts and Tribunals**, 18.3 (2020): 345-368. <https://doi.org/10.1163/15718034-12341408> Web

ÁLVAREZ ZÁRATE, José Manuel; BALTAG, Crina; BEHN, Daniel; BONNITCHA, Jonathan; DE LUCA, Anna; HESTERMEYER, Holger; LANGFORD, Malcolm; MISTELIS, Loukas; RODRÍGUEZ, Clara López; SHAFFER, Gregory; WEBER, Simon. Duration of investor-state dispute settlement proceedings. **The Journal of World Investment & Trade** 21.2-3 (2020): 300-335. <https://doi.org/10.1163/22119000-12340174> Web.

AMARAL, Renata Vargas; DAZA-JALLER, Lillyana Sophia. The role of regulation and MNEs in ensuring equal opportunities for women (December 18, 2020). **Transnational Corporations Journal**, v. 27, n. 3, 2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3752640>. Acesso em: 18 ago. 2021.

ANTONIETTI, Aurélia. The 2006 amendments to the ICSID rules and regulations and the additional facility rules. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, v. 21, Issue 2, fall 2006, pp. 427-448.

ARATO, Julian; BROWN, Chester; ORTINO, Federico. Parsing and managing inconsistency in investor-state dispute settlement. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 21 n. 2-3, pp. 336-373, 2020. <https://doi.org/10.1163/22119000-12340175>

BADIN, Michelle Raton Sanchez; LUIS, Daniel Tavela; OLIVEIRA, Mario Alfredo de. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 2, p. 159-177, 2017.

BALTAG, Crina. Reforming the ISDS system: In search of a balanced approach? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 12, n. 2, pp. 279-312, Nov. 2019. Available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3498239. Acesso em: 18 ago. 2021.

BATIFORT, S., HEATH, J. (2017). The new debate on the interpretation of MFN clauses in investment treaties: putting the brakes on multilateralization. **American Journal of International Law**, v. 111, n.4, pp. 873-913. doi:10.1017/ajil.2017.77

BENEDETTI, Juan Pablo Charris. The proposed Investment Court System: does it really solve the problems? En **Revista Derecho del Estado**, Universidad Externado de Colombia. n.º 42, enero-abril de 2019, pp. 83-115.

BERGE, Tarald; BERGER, Axel. **Does investor-state dispute settlement lead to regulatory chill: Global evidence from environmental regulation.** 2019. Disponível em:

https://www.peio.me/wp-content/uploads/2019/01/PEIO12_Paper_78.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

BJORKLUND, Andrea K.; BEHN, Daniel; FRANCK, Susan D.; GIORGETTI, Chiara; KIDANE, Won; NANTEUIL, Arnaud de; ONYEMA, Emilia. The diversity deficit in International Investment Arbitration. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 21, 2-3 pp. 410-440, 2020.

BOTTINI, Gabriel; TITI, Catharine; AZNAR, Facundo Pérez; CHAISSE, Julien; JOVANOVIĆ Marko; SOLA, Olga Puigdemont. Excessive costs and recoverability of costs awards in investment arbitration. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 21, n.2-3, pp. 251-299, 2020. <https://doi.org/10.1163/22119000-12340173> Web.

BRADFORD, Anu. **The Brussels effect: how the European Union rules the world**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2020.

BROMUND, Ted R.; ROBERTS, James M.; DASGUPTA, Riddhi. **The proposed investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism: U.S. should oppose EU demand to abandon it**. The Heritage Foundation Issue Brief, No. 4432, July 15, 2015.

BROWER, Charles N.; SCHILL, Stephan W. Is arbitration a threat or a boon to the legitimacy of international investment law? **Chicago Journal of International Law**, v. 9, n. 2, Article 5, 2009. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol9/iss2/5> 2009. Acesso em: 25 ago. 2021.

BROWN, Julia. International investment agreements: regulatory chill in the face of litigious heat?. **Online Western Journal of Legal Studies**, v. 3 Issue 1, Jun. 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2617369. Acesso em 15 dez. 2019.

BUNGENBERG, Marc; REINISCH, August. From bilateral arbitral tribunals and investment courts to a multilateral investment court: Options regarding the institutionalization of investor-state dispute settlement. 2 ed. In: BUNGENBERG, Marc *et al.* (eds.) **European Yearbook of International Economic Law**. Berlim: Springer Open, 2020. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/213913/1/978-3-662-59732-3.pdf>. Acesso em: 25 ago 2021.

BURT, Eric M. Developing countries and the framework for negotiations on foreign direct investment in the World Trade Organization. **American University International Law Review**, v. 12, n. 6, pp. 1015-1061, 1997. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1401&context=auilr>. Acesso em: 28 maio 2021.

CAETANO, Fernanda Araújo Kallás e. Direito internacional dos investimentos na atualidade: uma análise da posição brasileira. **E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH**, Belo Horizonte, v. III, n. 1, jul-2010.

CALAMITA, N. Jansen. ZELAZNA, Ewa. The changing landscape of transparency in investor-state arbitration: The UNCITRAL transparency rules and Mauritius Convention (2016). In: **2016 Austrian Yearbook on Int'l Arbitration 271-288**. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2946682>.

CAMEX – Câmara de Comércio Exterior. **Ombudsman de Investimentos Diretos – OID**. Ministério da Economia. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/investimentos/ombudsman-de-investimentos-diretos-oid>. Acesso em: 29 ago. 2021.

CAMPBELL, Christian; NAPPERT, Sophie; NOTTAGE, Luke R. Assessing treaty-based Investor-State Dispute Settlement: abandon, retain or reform? (June 14, 2013). *Transnational Dispute Management*, v. 11, n. 1, pp. i-iv, 2014, Sydney Law School Research Paper No. 13/40, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2280182> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2280182>. Acesso em: 18 ago. 2021.

CARDWELL, Paul James; FRENCH, Duncan. The European Union as a global investment partner: Law, policy and rhetoric in the attainment of development assistance and market liberalisation? *In: Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, pp. 201-222. Cambridge University Press, 2012. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139043809.016>.

CELLI JÚNIOR, Umberto. Investimentos internacionais e mecanismos de solução de disputas entre Estados. *In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (org.). A regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

CJEU – Court of Justice of the European Union. Parecer 2/15 de 16 de maio de 2017. **InfoCuria Jurisprudência**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&doclang=EN>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CJEU – Court of Justice of the European Union. Parecer 1/17 de 30 de abril de 2019. **InfoCuria Jurisprudência**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?language=EN&critereEcli=ECLI:EU:C:2019:341>, acesso em 06 jan. 2022.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidades e possibilidades. **RJLB**, Ano 1, nº 3, 875-911, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0875_0911.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

DESIERTO, Diane, The International Court of Justice in the settlement of international investment disputes (December 1, 2012). **Journal of Dispute Prevention and Resolution**, v. 1, n. 1, 2012. Available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195780. Acesso em: 24 ago. 2021.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. Casos do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial. *In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (eds.). A regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

DIETZ, Thomas; DOTZAUER, Marius. Political dimensions of investment arbitration: ISDS and the TTIP negotiations (February 10, 2015). ZenTra Working Paper in **Transnational Studies**, n. 48, 2015. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2562916> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2562916>, Acesso em: 27 maio 2020.

EU COUNCIL. **Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America**. Doc. N° ST 11103/13 RESTREINT UE/EU RESTRICTED. Bruxelas, 9 de outubro de 2014. Disponível em <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>. Acesso em: 22 mai. 2020.

EU COUNCIL. Council of the European Union. **Multilateral investment court**: Council gives mandate to the Commission to open negotiations. 20 mar. 2018a. Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/>. Acesso em: 29 maio 2020.

EU COUNCIL. Council of the European Union. **Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes**: 12981/17 ADD 1 DCL 1. Brussels, 20 March 2018b. Disponível em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

EU COUNCIL. Council of the European Union. **Legislative Acts and other instruments**: Council decision authorising the opening of negotiations with the United States of America for an agreement on the elimination of tariffs for industrial goods. N. 6052/19, Bruxelas, 9 abr. 2019. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/media/39180/st06052-en19.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

EUROPEAN COMMISSION. (2010). **Directorate General for External Policies, Communication, Towards a Comprehensive European International Investment Policy**, COM (2010) 343, July 7, 2010 ('commission paper'). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0343&from=EN>. Acesso em: 12 dez. 2020.

EUROPEAN COMMISSION (2015). **Trade for all**: towards a more responsible trade and investment policy. Luxemburgo. Publications Office of the European Union, Outubro de 2015. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf, Acesso em: 15 maio 2021.

EUROPEAN COMMISSION (2017). **State of the Union 2017**: A multilateral investment court. 2017. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf. Acesso em: 29 maio 2020.

EUROPEAN COMMISSION (2019). EU Member States agree on a plurilateral treaty to terminate bilateral investment treaties. **Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union**, 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/191024-bilateral-investment-treaties_en.pdf. Acesso em: 29 maio 2020.

EUROPEAN COMMISSION (2020). **Multilateral Investment Court Overview of the reform proposals and prospects**. EPRS | European Parliamentary Research Service. Author: Issam Hallak Members' Research Service PE 646.147 – January 2020. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI\(2020\)646147_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI(2020)646147_EN.pdf). Acesso em: 29 ago. 2021.

EUROPEAN PARLIAMENT (2010). **Motion for a European Parliament resolution on the future European international investment policy**. Doc. N° 2010/2203(INI). Bruxelas, 2010. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2011-0070_EN.html. Acesso em: 20 maio 2020.

EUROPEAN PARLIAMENT (2014). Directorate-General for External Policies of the Union. Directorate B. Policy Department. **Investor-State Dispute Settlement (ISDS): provisions in the EU's international investment agreements**. Vol. 1 – Workshop. 2014. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534979/EXPO_STU\(2014\)534979_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534979/EXPO_STU(2014)534979_EN.pdf). Acesso em: 20 ago. 2021.

EUROPEAN PARLIAMENT (2015). **European Parliament resolution of 8 July 2015** containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) (2014/2228(INI)). Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0252_EN.html. Acesso em: 29 ago. 2021.

FRANCHINI, John D. **International arbitration under the UNCITRAL arbitration rules: a contractual provision for improvement**. 62 Fordham L. Rev. 2223 (1994). Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol62/iss7/13>. Acesso em: 18 ago. 2021.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **Expropriação indireta nos Acordos de Investimento**. 252f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

GAUKRODGER, D. (2016). **State-to-State dispute settlement and the interpretation of investment treaties**. OECD Working Papers on International Investment, No. 2016/03, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/state-to-state-dispute-settlement-and-the-interpretation-of-investment-treaties_5jlr71rq1j30-en. Acesso em: 29 maio 2020.

GAUKRODGER, David. (2018). **Appointing authorities and the selection of arbitrators in Investor-State Dispute Settlement: an overview**. OECD Consultation Paper. Março de 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/ISDS-Appointing-Authorities-Arbitration-March-2018.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

GAUKRODGER, David; GORDON, Kathryn. **Investor-State dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community** (December 15, 2012). OECD Working Paper No. 2012/3. Available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2207366. Acesso em: 18 ago. 2021.

GAZZINI, Tarcísio. Authentic (or Authoritative) interpretation of investment treaties by the treaty parties. Blog of the **European Journal of International Law**, agosto de 2020.

Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/authentic-or-authoritative-interpretation-of-investment-treaties-by-the-treaty-parties/>. Acesso em: 13 jun. 2021

GHOURI, Ahmad Ali. The evolution of bilateral investment treaties, investment treaty arbitration and international investment law. **International Arbitration Law Review**, v. 14, n. 6, pp. 189-204, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1970561>. Acesso em: 04 maio 2021.

GIORGETTI, Chiara; RATNER, Steven; DUNOFF, Jeffrey; HAMAMOTO, Shotaro; NOTTAGE, Luke; SCHILL, Stephan W.; WAIBEL, Michael. Independence and impartiality of adjudicators in investment dispute settlement: assessing challenges and reform options. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 21, n. 2-3 pp. 441-474, 2020.

GODINHO, Thiago José Zanini. Arbitragens de investimentos entre Estados e investidores estrangeiros no ICSID. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, pp. 317-346, jul./dez. 2008.

GOLDHABER, Michael D. Europe says no to treaty arbitration. **American Lawyer Magazine**, Focus Europe, July 1, 2016.

GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. **Investment treaties over time: treaty practice and interpretation in a changing world**. OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en>. Acesso em: 13 jun. 2021.

GRAY, Julia. **Treaty shopping and unintended consequences: BRICS in the international system** (March 26, 2018). Forthcoming, *BRICS and the Global Economy*, Singapore: World Press Publishing. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3141875> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3141875>. Acesso em: 04 maio 2021.

HAFTEL, Yoram Z. THOMPSON, Alexander. When do states renegotiate investment agreements? The impact of arbitration. **The Review of International Organizations**, vol. 13, pp. 25–48, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11558-017-9276-1>. Acesso em: 13 jun. 2021.

HÄGER, Erica Wiking; DACKÖ, Carolina. EU FDI Screening: Legal Considerations. Report by **Mannheimer Swartling**, June 2017. Disponível em: www.mannheimerswartling.se/app/uploads/2017/06/msa_nyhetsbrev_eu_fdi_mechanism_a_4_final.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

HERAS, Beatriz Perez de las. The European Union in international investment governance: a hybrid approach to dispute settlement. **Romanian Journal of European Affairs**, v. 18, N. 2, December 2018.

HERNANDES NETO, Antônio Marcos. **Arbitragem em investimento estrangeiro e o ICSID**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

HINDELANG, Steffen. **Part II: Study on investor-state dispute settlement (‘ISDS’) and alternatives of dispute resolution in international investment law** (September 22, 2014).

European Parliament, Directorate-General for External Policies, Policy Department, Study, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2525063>. Acesso em: 29 maio 2020.

HOFFMANN, Rhea Tamara. **The multilateral investment court: A stumbling block for comprehensive and sustainable investment law reform** (September 13, 2018). European Society of International Law (ESIL) 2018 Annual Conference (Manchester). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3363926> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3363926>. Acesso em: 29 maio 2020.

HORN, Norbert. Current use of the UNCITRAL arbitration rules in the context of investment arbitration. **Arbitration International**, v. 24, Issue 4, 1 December 2008, pp. 587–602. <https://doi.org/10.1093/arbitration/24.4.587>

ICSID – International Centre for Settlement of Investments Disputes. **About ICSID**. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/about>. Acesso em: 03 abr. 2021.

IISD – International Institute for Sustainable Development. **A sustainability toolkit for trade negotiators: trade and investment as vehicles for achieving the 2030 Sustainable Development Agenda**. Disponível em: <https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/5-investment-provisions/5-5-preventing-and-resolving-investment-related-disputes/5-5-1-carefully-defining-and-limiting-access-to-isds/>. Acesso em: 15 fev. 2020.

INVESTMENT Treaty Working Group of the International Arbitration Committee.(2016) **Investment Treaty Working Group: task force report on the Investment Court system Proposal**. American Bar Association Section on International Law, 2016. Disponível em: <http://www.appletonlaw.com/wp-content/uploads/2017/06/ITWG-Task-Force-Report-on-the-Investment-Court-System-Proposal-Executive-Summary.pdf>.

JACKSON, John H. **Sovereignty, the WTO and changing fundamentals of international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

JOHNSON, Lise. The 2012 US Model BIT and what the changes (or lack thereof) suggest about future investment treaties. **Political Risk Insurance Newsletter**, Vol. III, issue 2, November 2012. Disponível em: http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/johnson_2012usmodelBIT.pdf. Acesso em: 25 fev. 2020.

JOHNSON, Lise *et al.* **New UNCITRAL arbitration rules on transparency: application, content and next steps**. Prepared by Lise Johnson (principal author) and Nathalie Bernasconi-Osterwalder with input and comments from Marcos Orellana, Lisa Sachs, Daniel Magraw and Howard Mann. 2013. Disponível em: https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL.pdf. Acesso em: 25 fev. 2020.

JOVANOVIĆ, Miroslav, N. Investor–state dispute settlement systems in emerging mega-integration blocs (June 2017). **Australian Economic Review**, v. 50, Issue 2, pp. 152-168, 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2978866> or <http://dx.doi.org/10.1111/1467-8462.12197>

KALDERIMIS, Daniel. Back to the future: contemplating a return to the exhaustion rule. **Transnational Dispute Management**, v. 14, n. 1, 2014. Disponível em: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2055. Acesso em: 20 fev. 2020.

KAUFMANN-KOHLER, Gabriell; POTESÀ, Michele. **Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-state arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?** Analysis and Roadmap. Published by Geneva Center for International Dispute Settlement (CIDS), June 2016.

KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan W. **Investor-state arbitration as governance: Fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law** (September 2, 2009). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46.

KIRTLAND, Matthew H.; CONNOLLY, Katie. **A comparison of the enforcement regimes under the New York and Washington Conventions: A tale of two cities.** Global Publication, May 2018. Disponível em: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/04f14b2a/a-comparison-of-the-enforcement-regimes-under-the-new-york-and-washington-conventions-mdashbra-tale-of-two-cities> – Acesso em: 25 ago. 2021.

KLEINHEISTERKAMP, Jan, Is there a need for investor-state arbitration in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)? February 14, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2410188> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2410188>

KLYKOVA, Kristina. Features of international investment arbitration. *In*: RIBEIRO, Maria Rosado de Sá Ribeiro (org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Reonvar, 2014.

KRIEBAUM, Ursula. Evaluating social benefits and costs of investment treaties: Depoliticization of investment disputes. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, v. 33, Issue 1, pp. 14–28, April 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/six026>. Acesso em: 23 abr. 2021.

KURTZ, Jurgen. **A general investment agreement in the WTO** - Lessons from chapter 11 of NAFTA and the OECD multilateral agreement on investment, 23 U. Pa. J. Int'l L. 713 (2002). Available at: <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol23/iss4/3>. Acesso em: 25 ago. 2021.

LANGFORD, Malcolm; BEHN, Daniel; LIE, Runar. The revolving door in international investment arbitration. **Journal of International Economic Law**, v. 20, Issue 2, pp. 301–332, June 2017.

LANGFORD, Malcolm; POTESÀ, Michele; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; BEHN, Daniel. Special issue: UNCITRAL and investment arbitration reform: matching concerns and solutions. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 21, n.2-3 pp.167-187, 2020. <https://doi.org/10.1163/22119000-12340171Web>.

LEAL-ARCAS, Rafael, The multilateralization of international investment law (December 16, 2009). **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v.

35, v. 1, pp. 33-135, 2009. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 41/2010. Available at SSRN: <https://core.ac.uk/download/pdf/151516458.pdf>

LENK, Hannes. An investment court system for the new generation of EU trade and investment agreements: a discussion of the free trade agreement with Vietnam and the comprehensive economic and trade agreement with Canada. **European Papers**, v. 1, n. 2, pp. 665-677, 2016.

LUIS, Daniel Tavela. Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MAFFEZINI. **Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain**. ICSID Case No. ARB/97/7. Decision on Jurisdiction of 25 January 2000. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/641>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MALMSTRÖM, Cecilia. **Investment in ttip and Beyond – the path for reform**. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court. Concept paper. European Commission, 2015.

MARSOLA, Júlia. **Acordos Internacionais de investimentos no Brasil: análise do tratamento da nação mais favorecida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MEYER, Timothy; PARK, Tae Jung. Renegotiating international investment law. **Journal of International Economic Law**, v. 21, Issue 3, September 2018, pp. 655–679. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jiel/jgy029>. Acesso em: 13 jun. 2021.

NIKIÈMA, Suzy H. The most-favoured-nation clause in investment treaties. IISD Best Practices Series, February 2017. Disponível em: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-en.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020.

OCDE (1995) – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. **OECD begins negotiations on a multilateral agreement on investment**. Presse Release: 27 set. 1995. Disponível em: www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/43389907.pdf Acesso em: 24 mar. 2020.

OCDE (1998) – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. **Survey of OECD Work on International Investment**. OECD Working Papers on International Investment, No. 1998/01. OECD Publishing, Paris, 1998. Disponível em: www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/survey-of-oecd-work-on-international-investment. Acesso em: 01 jun. 2021.

OCDE (2004a) – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. **Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law**. OECD Working Papers on International Investment, No. 2004/02, OECD Publishing, Paris, 2004a. <https://doi.org/10.1787/518757021651>. Disponível em: <https://www.oecd->

ilibrary.org/finance-and-investment/most-favoured-nation-treatment-in-international-investment-law_518757021651, acesso em 01 jun 2021

OCDE (2004b) – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. **Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law**. OECD Working Papers on International Investment, No. 2004/03. OECD Publishing, Paris, 2004b. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/fair-and-equitable-treatment-standard-in-international-investment-law_675702255435, acesso em 01 jun 2021

ONU – Organização das Nações Unidas. (2012). **Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law**. 3ª Reunião de Plenário, Nova Iorque, 24 set. 2012. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A-RES-67-1.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2019.

ONU – Organização das Nações Unidas. (2021). **United Nations Charter** (full text). Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>. Acesso em: 28 ago. 2021.

ONWUAMAEGBU, Ucheora. **ADF Group Inc. v United States of America** (Case No. ARB(AF)/00/1): Introductory Note. *ICSID Review*, 18(1), 2003, pp. 193–194. doi:10.1093/icsidreview/18.1.193

PARRA, Antonio. **The history of ICSID**. Oxford Scholarship Online, 2012.

PAUWELYN, Joost; SALLES, Luiz Eduardo (2009). Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions. **Cornell International Law Journal**, v. 42, n. 1, Article 42009. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol42/iss1/4/>. Acesso em: 28 ago. 2021.

PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID). **Revista do Senado**, Brasília, a. 35, n. 140, out./dez. 1998.

PERMANA, Rizky Banyualam. Achieving multilateral investment court through EU-ASEAN expansion of bilateral investment court: is it possible? (March 29, 2019). **Indonesian Journal of International Law**, v. 16, n. 4, pp. 453-472, 2019. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3375604> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3375604>. Acesso em: 27 maio 2020.

PETERSON, Greg. The close-fisted Argentine Government needs to pay its dues. **International Policy Digest**, Feb. 2021. Disponível em: <https://intpolicydigest.org/the-close-fisted-argentine-government-needs-to-pay-its-dues/>. Acesso em: 26 maio 2021.

POHL, J.; MASHIGO, K.; NOHEN, A. (2012). **Dispute settlement provisions in International Investment Agreements: a large sample survey**. OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/02, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/dispute-settlement-provisions-in-international-investment-agreements_5k8xb71nf628-en. Acesso em: 01 jun. 2021.

Puccio, Laura; HARTE, Roderick. **From arbitration to the investment court system (ICS)**. EPRS - European Parliamentary Research Service, junho de 2017.

PUIG, Sergio; SHAFFER, Gregory C. Imperfect alternatives: institutional choice and the reform of investment law (August 31, 2018). **American Journal of International Law**. v. 361, n. 112, 2018; Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 18-22; UC Irvine School of Law Research Paper No. 2018-50. Available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191639. Acesso em: 25 ago. 2021.

PUIG, Sergio; STREZHNEV, Anton. The David Effect and ISDS. **European Journal of International Law**, v. 28, Issue 3, pp. 731–761, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chx058>. Acesso em: 23 abr. 2021.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.276.

ROBERTS, Anthea. State-to-State investment treaty arbitration: a hybrid theory of interdependent rights and shared interpretive authority. **Harvard International Law Journal**, v. 55, 2014.

ROBERTS, Anthea. Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-state arbitration. **The American Society of International Law**, 2018.

ROSS, Alison. Schwebel criticises EU act of "appeasement". **Global Arbitration Review**, May 24, 2016. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/schwebel-criticises-eu-act-of-appeasement>. Acesso em: 28 ago. 2021.

SALACUSE, Jeswald W. BIT by BIT: The growth of bilateral investment treaties and their impact on foreign investment in developing countries. **The International Lawyer**, v. 24, n. 3, pp. 655–675, 1990. Disponível em: www.jstor.org/stable/40706447. Acesso em: 24 maio 2021.

SACERDOTI, Giorgio (2005). Arbitration of investment disputes under UNCITRAL Rules and the choice of applicable law. In: CHARNOVITZ, S.; STEGER, D.; VAN DEN BOSSCHE, P. (Eds.). **Law in the service of human dignity: essays in honour of Florentino Feliciano** (pp. 276-298). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511494499.022

SATO, Nathalie S. Tiba. A Argentina e os investidores estrangeiros: o tango sem fim. A crise econômica argentina e suas consequências sob a ótica do direito internacional. In: **Crises: uma perspectiva multidisciplinar**. Escola Doutoral. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/eventos/documentos/escola-doutoral-caderno>. Acesso em: 26 maio 2021.

SCHLEE, Paula Christine. GUANDALINI, Bruno. Artigo 2. In: THORSTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Luciana M. de. (Coords.). **Releitura dos acordos da OMC: como interpretados pelo Órgão de Apelação**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2013.

SCHILL, Stephan W. **The multilateralization of International Investment Law**. Cambridge International Trade and Economic Law, 2009.

SCHILL, Stephan W. The Sixth Path: reforming investment law from within. (Chapter 28). *In: Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*. Leiden: The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2015. doi: https://doi.org/10.1163/9789004291102_030. Acesso em: 04 jun. 2021.

SCHILL, Stephan. Reforming Investor–State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework. *Journal of International Economic Law*, 20, 649–672, 2017. Disponível em: <https://academic.oup.com/jiel/article-abstract/20/3/649/3933549>. Acesso em: 02 jun. 2021.

SCHILL, Stephan W. MFN clauses as bilateral commitments to multilateralism – A reply to Simon Batifort and J. Benton Heath (February 2, 2018). *American Journal of International Law*, n. 111, 2018. Amsterdam Law School Research Paper No. 2018-01, Amsterdam Center for International Law No. 2018-01, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3116691>. Acesso em: 25 ago. 2021.

SCHILL, Stephan W.; VIDIGAL, Geraldo. **Cutting the gordian knot: investment dispute settlement à la carte** (December 20, 2019). This manuscript has been published, with a longer executive summary, as Stephan W Schill and Geraldo Vidigal, ‘Cutting the Gordian Knot: Investment Dispute Settlement à la Carte’ (2018) (RTA Exchange. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and the IDB, Amsterdam Law School Research Paper No. 2019-20, Amsterdam Center for International Law No. 2019-09, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3507385>.

SCHREUER, Christoph. (2007) Investment protection and international relations. *In: Reinisch, A.; Kriebaum, U. (eds.) The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold* (Eleven International Publishing: The Hague, 2007).

SCHWARZENBERGER, Georg. The most-favoured-nation standard in British State practice. *British Yearbook of International Law*, v. 22, pp. 96–121, 1945.

SKINNER, Matthew; MILES, Cameron A.; LUTTRELL, Sam. Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping. *Journal of World Energy Law & Business*, 2010, Vol. 3, No. 3

SOARES, Caio Cesar. **Investor-State Dispute Settlement: an analysis of the reform proposals on its institutional structure**, 2017. Available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984581

SRINIVASAN, Badrinath. UNCITRAL arbitration rules, 2010: comment on certain revisions (August 29, 2013). *Indian Journal of Arbitration Law*, v. 2, Issue 2, 2013. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2352957>

STEGER, Debra P. (2012). Enhancing the legitimacy of international investment law by establishing an appellate mechanism. *In: MESTRAL, Armand de; LÉVESQUE, Céline (eds.) Improving International Investment Agreements*, Routledge, pp. 257–264.

STOPPIONI, Edoardo. Jurisdictional impact of most-favoured-nation clauses (January 15, 2017). *In: Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, published by OUP,

2019. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3395895> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3395895>

TACD – Transatlantic Consumer Dialogue. **Resolution on Investor-State Dispute Resolution in the Transatlantic Trade and Investment Partnership**. Issued: October 2013. <http://tacd.org/wp-content/uploads/2018/06/TACD-TTIP-Resolution-on-Investor-State-Dispute-Resolution-in-the-Transatlantic-Trade-and-Investment-Partnership.pdf>:

TAMS, Christian J. Procedural. **Aspects of Investor-State Dispute Settlement: the emergence of a European approach?** (February 27, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2402141> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2402141>

TAN, Lyang-Ying; BOUCHENAKI, Amal. Limiting investor access to investment arbitration: a solution without a problem? *In: Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*. Reform of Investor-State Dispute Settlement, Vol. 4, 2014. Disponível em: https://brill.com/view/book/edcoll/9789004291102/B9789004291102_011.xml

THOMAS, J. Christopher; DHILLON, Harpreet Kaur. The foundations of investment treaty arbitration: the ICSID convention, investment treaties and the review of arbitration awards. **ICSID Review**, v. 32, n. 3, pp. 459–502, 2017. Disponível em: <https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/32/3/459/4718098>. Acesso em: 03 abr. 2021.

THORSTENSEN, Vera Helena; MESQUITA, Alebe Linhares; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **Regulamentação internacional do investimento estrangeiro: desafios e perspectivas para o Brasil**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28416/E-book_Vers%C3%A3o%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 jun. 2020.

TIENHAARA, Kyla, What you don't know can hurt you: Investor-State Disputes and the protection of the environment in developing countries (2006). **Global Environmental Politics**, v. 6, n. 4, 2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1740085>

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 University Press, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2065706>. Acesso em: 30 jan. 2020.

TITI, Catharine. The European Union's proposal for an International Investment Court. **Transnational Dispute Management** 1, 2017 (advance publication 25 May 2016). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711943. Acesso em: 26 ago. 2021.

TITI, Catharine. **The evolution of substantive investment protections in recent trade and investment treaties** (November 7, 2018). Inter-American Development Bank (IDB) & International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) - RTA Exchange Think Piece. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3281574>. Acesso em: 29 maio 2020.

TOYE, Richard. Developing multilateralism: the Havana Charter and the fight for the International Trade Organization, 1947-1948. **The International History Review**, vol. 25,

no. 2, pp. 282–305, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/40109320. Acesso em: 12 Jul. 2021.

UNCITRAL (1976) – United Nations Commission on International Trade Law. (1976). International Investment Agreement. **Ronald S. Lauder v. The Czech Republic**. ISLG/Italaw. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/610>

UNCITRAL (2003) – United Nations Commission on International Trade Law. **CME Czech Republic B. V. (The Netherlands) vs. Czech Republic**: Final Award. Issued in Stockholm, Sweden, in the UNCITRAL Arbitration Proceedings, March 2003. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2007b). **A/CN.9/638/Add.1**. UNCITRAL rules of procedure and methods of work: Resumed fortieth session. UNCITRAL. Vienna, 10-14 December 2007. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/638/Add.1>. Acesso em: 23 ago. 2021.

UNCITRAL (2017a). **A/CN.9/918**. Settlement of commercial disputes: Investor-State Dispute Settlement framework compilation of comments. UNCITRAL. Fiftieth session, Vienna, 3-21 July 2017. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/comm/sessions/50>. Acesso em: 23 ago. 2021.

UNCITRAL (2017b). **A/CN.9/930/Rev.1**. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session – Part I. UNCITRAL. Vienna, 27 November–1 December 2017. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/930/Rev.1>. Acesso em: 22 ago. 2021.

UNCITRAL (2017c). **A/CN.9/930/Add.1/Rev.1**. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session – Part II. UNCITRAL. Vienna, 27 November–1 December 2017. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/930/Add.1/Rev.1>. Acesso em: 22 ago. 2021.

UNCITRAL (2018). **A/CN.9/935**. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fifth session (New York, 23–27 April 2018). UNCITRAL. Fifty-first session, New York, 25 June–13 July 2018. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/935>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019a). **A/CN.9/WG.III/WP.158**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Information on options for implementing a workplan. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-seventh session New York, 1–5 April 2019. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state. Acesso em: 23 ago. 2021.

UNCITRAL (2019b). **A/CN.9/964**. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session (Vienna, 29 October–2 November 2018). UNCITRAL. Fifty-second session, Vienna, 8–26 July 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/964>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019c). **A/CN.9/970**. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session (New York, 1–5 April 2019).

UNCITRAL. Fifty-second session, Vienna, 8–26 July 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/970>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019d). **A/CN.9/WG.III/WP.166**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.166>. Acesso em: 23 ago. 2021.

UNCITRAL (2019e). **A/CN.9/WG.III/WP.156**. Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Comments by the Government of Indonesia. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-seventh session, New York, 1–5 April 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.156>. Acesso em: 22. Ago. 2021.

UNCITRAL (2019f). **A/CN.9/WG.III/WP.159**. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros. UNCITRAL. Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados). 37º período de sesiones, Nueva York, 1 a 5 de abril de 2019. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.159>. Acesso em: 22 ago. 2021.

UNCITRAL (2019g). **A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the European Union and its Member States. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-seventh session, New York, 1–5 April 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>. Acesso em: 22 ago. 2021.

UNCITRAL (2019h). **A/CN.9/WG.III/WP.161**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Morocco. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-seventh session, New York, 1–5 April 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.161>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019i). **A/CN.9/WG.III/WP.162**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Thailand. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-seventh session, New York, 1–5 April 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.162>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019j). **A/CN.9/WG.III/WP.163**. Submission from the Governments of Chile, Israel and Japan. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-seventh session, New York, 1–5 April 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.163>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019k). **A/CN.9/WG.III/WP.164**. Submission from the Government of Costa Rica. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-seventh session, New York, 1–5 April 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.164>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019l). **A/CN.9/WG.III/WP.178**. Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Costa Rica. UNCITRAL. Working

Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.178>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019m). **A/CN.9/WG.III/WP.171**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Brazil. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.171>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019n). **A/CN.9/WG.III/WP.173**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Colombia. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.173>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019o). **A/CN.9/WG.III/WP.174**. Submission from the Government of Turkey. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.174>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019p). **A/CN.9/WG.III/WP.175**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Ecuador. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.175>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019q). **A/CN.9/WG.III/WP.176**. Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of South Africa. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.176>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019r). **A/CN.9/WG.III/WP.177**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of China. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.177>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019s). **A/CN.9/WG.III/WP.179**. Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Republic of Korea. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-eighth session Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp179_new.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019t). **A/CN.9/WG.III/WP.180**. Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Bahrain. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-eighth session Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp_180_bcdr_clean.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019u) – United Nations Commission on International Trade Law. **A/CN.9/WG.III/WP.182**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Governments of Chile, Israel, Japan, Mexico and Peru. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.182>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019v). **A/CN.9/WG.III/WP.181**. Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Mali. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.181>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019w). **A/CN.9/WG.III/WP.183**. Summary of the intersessional regional meeting on investor-State dispute settlement (ISDS) reform submitted by the Government of the Republic of Guinea. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.183>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019x). **A/CN.9/WG.III/WP.186**. Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Kuwait. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-ninth session. New York, 30 March-3 April 2020. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp_186_for_ws.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019y). **A/CN.9/WG.III/WP.187**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Brazil. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.187>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019z). **A/CN.9/WG.III/WP.185**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Appellate and multilateral court mechanisms. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session (resumed), Vienna, 20–24 January 2020. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.185>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2019aa). **A/CN.9/WG.III/WP.170**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Shareholder claims and reflective loss. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.170>. Acesso em: 23 ago. 2021.

UNCITRAL (2019ab). **A/CN.9/WG.III/WP.169**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Selection and appointment of ISDS tribunal members. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session,

Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.169>. Acesso em: 23 ago. 2021.

UNCITRAL, (2019ac). **A/CN.9/WG.III/WP.167**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Background information on a code of conduct. UNCITRAL. Working Group III (ISDS Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.167>. Acesso em: 23 ago. 2021

UNCITRAL (2019ad). **A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Addendum. Tabular presentation of framework for discussion. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1>. Acesso em: 23 ago. 2021.

UNCITRAL (2019ae). **A/CN.9/WG.III/WP.172**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Third-party funding – Possible solutions. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session, Vienna, 14–18 October 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.172>. Acesso em: 23 ago. 2021.

UNCITRAL (2020a). **A/CN.9/1004**. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session (Vienna, 14–18 October 2019). UNCITRAL. Fifty-third session, New York, 6–17 July 2020. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1004>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2020b). **A/CN.9/1044**. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-ninth session (Vienna, 5–9 October 2020). UNCITRAL. Fifty-fourth session, Vienna, 28 June–16 July 2021. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1044>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2020c). **A/CN.9/WG.III/WP.195**. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Morocco. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-ninth session, New York, 30 March–3 April 2020. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.195>. Acesso em: 22 ago. 2021.

UNCITRAL (2020d) **A/CN.9/WG.III/WP.197**. Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Turkey. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-ninth session, Vienna, 5–9 October 2020. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.197>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2020e). **A/CN.9/WG.III/WP.188**. Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of the Russian Federation. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session (resumed). Vienna, 20–24 January 2020. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.188>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2020f). **A/CN.9/WG.III/WP.188/Add.1**. Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of the Russian Federation.

UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session (resumed). Vienna, 20–24 January 2020. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.188/Add.1>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2021a). United Nations Commission on International Trade Law. **Status:** United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (New York, 2014). Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency/status>. Acesso em: 26 ago. 2021.

UNCITRAL (2021b). United Nations Commission on International Trade Law. **Origin, mandate and composition of UNCITRAL.** Disponível em: https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate_composition. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2021c). **A/CN.9/1050.** Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its fortieth session (Vienna, 8–12 February 2021). UNCITRAL. Fifty-fourth session Vienna, 28 June–16 July 2021. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1050>. Acesso em: 23 ago. 2021.

UNCITRAL (2021d). **A/CN.9/WG.III/WP.199.** Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) Submission by the Government of Burkina Faso. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Fortieth session, Vienna (online), 18–22 January 2021. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.199>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2021e) **A/CN.9/1054.** Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed fortieth session (Vienna, 4 and 5 May 2021). UNCITRAL. Fifty-fourth session, Vienna, 28 June–16 July 2021. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1054>. Acesso em: 23 ago. 2021.

UNCITRAL (2021f). **A/CN.9/WG.III/WP.206.** Workplan to implement investor-State dispute settlement (ISDS) reform and resource requirements. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Fortieth session (resumed) Vienna, online, 4–5 May 2021. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.206>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCITRAL (2021g). **A/CN.9/WG.III/WP.196.** Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Governments of the Netherlands, Peru and Thailand. UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-ninth session, Vienna, 5–9 October 2020. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.196>. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCTAD (2004) Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **China-Benin BIT (2004).** Investment Policy Hub. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/565/benin---china-bit-2004-> Acesso em: 26 ago. 2021.

UNCTAD (2013) Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **Towards a new generation of international investment policies:** UNCTAD's fresh approach to multilateral investment policy-making. United Nations, issue 2, Julho de 2013.

UNCTAD (2014). Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **Investor-State Dispute Settlement: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** United Nations, New York and Geneva, 2014. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf. Acesso em: 29 ago. 2021.

UNCTAD (2015) Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **Recent trends in IIAs and ISDS.** Fevereiro de 2015b. United Nations.

UNCTAD (2016) Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **Investor-State Dispute Settlement: review of developments in 2015.** IIA Issues notes. Junho de 2016. United Nations.

UNCTAD (2018) Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime.** New York and Geneva, 2018. Disponível em: https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

UNCTAD (2019) Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **Taking Stock of IIA Reform Recent Developments.** 2019b. United Nations.

UNCTAD (2020) Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **Investor-state dispute settlement cases pass the 1,000 mark: cases and outcomes in 2019.** United Nations. Julho de 2020. Issue 2. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1231/investor-state-dispute-settlement-cases-pass-the-1-000-mark-cases-and-outcomes-in-2019>. Acesso em: 03 jun. 2021.

VANDEVELDE, Kenneth J. A brief history of International Investment Agreements. **U.C. Davis Journal of International Law & Policy**, California, v. 12, n. 1, p. 157-194, 2005.

VAN HARTEN, Gus. A report on the flawed proposals for Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP and CETA (2015). **Osgoode Legal Studies Research Paper Series. 90.** Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/90>

VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. Investment treaty arbitration as a species of global administrative law. **European Journal of International Law**, v. 17, Issue 1, February 2006, pp. 121–150. <https://doi.org/10.1093/ejil/chi159>

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público.** São Paulo: Saraiva Educação, 8ª ed., 2019.

VENZKE, Ingo. Investor-state Dispute Settlement in TTIP from the perspective of a public law theory of international adjudication (March 4, 2016). **Journal of World Investment & Trade**, 17 (2016); Amsterdam Center for International Law No. 2016-06; Postnational Rulemaking Working Paper No. 2016-05; Amsterdam Law School Research Paper No. 2016-11. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2742173>. Acesso em: 27 maio 2020.

VICENTI, Daniela. EU and Vietnam rubber stamp free trade deal. **Euractiv**, 2 Dez. 2015. Disponível em: <https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/eu-and-vietnam-rubber-stamp-free-trade-deal/>. Acesso em: 26 abr. 2021.

WAGNER, Markus. Regulatory space in international trade law and international investment law (March 16, 2014). **University of Pennsylvania Journal of International Law**, v. 36, N. 1, pp. 2014-2015, University of Miami Legal Studies Research Paper No. 2014-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2403959> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2403959>

WEBER, Joerg; TITI, Catharine. UNCTAD's roadmap for IIA reform of investment dispute settlement (December 1, 2015). **New Zealand Business Law Quarterly**, v. 21, n. 4, Dec. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2845976 Acesso em: 02 jun. 2021.

XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. *In*: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11-43

YACKEE, Jason W.; WONG, Jarrod; The 2006 procedural and transparency-related amendments to the ICSID arbitration rules: model intentions, moderate proposals, and modest returns (January 12, 2011). *In*: SAUVANT, Karl P. (ed.). **The Yearbook on International Investment Law & Policy**, Chapter 6, Oxford University Press, 2010; Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1151. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1739174>.

YANG, Hyeon, The EU's investment court system and prospects for a new multilateral investment dispute settlement system, 2017. Available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063843.

YANNACA-SMALL, K. (2006a). **Improving the system of Investor-State Dispute Settlement**. OECD Working Papers on International Investment, 2006/01. OECD Publishing, 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/631230863687>. Acesso em: 27 mai. 2021.

YANNACA-SMALL, K. (2006b). **Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements**. OECD Working Papers on International Investment, n. 2006/03. OECD Publishing, 2006. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf. Acesso em: 27 mai. 2021.

APÊNDICE A – COMPARAÇÃO ENTRE ICSID E UNCITRAL

Quadro 7 – Principais diferenças entre as regras de arbitragem da ICSID e da UNCITRAL

Questão	Convenção ICSID	UNCITRAL
Requerimentos jurisdicionais	Impõe requisitos de jurisdição adicional que qualquer disputa deve cumprir. Uma reclamação deve atender os seguintes critérios: (a) ser uma disputa legal; (b) ser decorrente diretamente de um investimento (a noção de “investimento” no contexto do ICSID é uma questão não resolvida); c) ser entre um Estado Contratante e um nacional de outro Estado Contratante (as reclamações de nacionais com dupla nacionalidade, quando uma das nacionalidades for a do Estado de acolhimento, estão excluídas).	Não impõe requerimento de jurisdição adicional
Suporte Institucional para os procedimentos	Suporte administrativo e jurídico fornecido pelo Secretariado da ICSID, baseado em Washington D.C.	Arbitragem ad hoc sem suporte institucional, embora as partes possam concordar em usar uma das instituições disponíveis, como o Tribunal Permanente de Arbitragem de Haia ou a Secretaria do CIADI (Regras de 1976 e 2010).
Indicação dos árbitros em um procedimento com 3 árbitros	As partes podem combinar um processo próprio de indicação; mas geralmente cada parte aponta um árbitro e consensualmente indicam o terceiro árbitro, que atua como presidente do tribunal. No caso de uma parte falhar em indicar um árbitro ou as partes não conseguirem consentir sobre o terceiro árbitro, as indicações passam a ser feitas pelo presidente do Conselho Administrativo do ICSID	Cada parte indica um árbitro e estes árbitros indicam um terceiro árbitro que atua como presidente do tribunal. No caso de uma parte falhar em indicar o árbitro, ou os árbitros indicados não conseguirem entrar em acordo sobre o presidente do tribunal, as indicações relevantes serão feitas pela “autoridade indicadora”. Esta autoridade pode ser designada pelo próprio IIA, pode ser escolhida pelas partes ou na ausência de tais referências, será designado pelo Secretário Geral da Corte Permanente de Arbitragem.
Nacionalidade dos árbitros	Para um painel composto por três árbitros, uma parte não pode selecionar um árbitro da sua nacionalidade, a menos que as partes acordem sobre tal possibilidade. (Caso o painel seja de 5 árbitros, cada parte pode	Não há restrições. No entanto, na ocasião de um árbitro ser nomeado por uma autoridade indicadora, esta última deve levar em consideração a conveniência de nomear um árbitro de uma nacionalidade diferente da nacionalidade das partes.

	escolher um árbitro de sua nacionalidade)	
Desafio aos árbitros (processo de suspeição)	Os membros remanescentes do tribunal decidem o desafio na primeira instância. No caso de eles não conseguirem chegar a um parecer (ou no caso de a arbitragem ter a composição de apenas um árbitro) o Presidente do Conselho Administrativo toma a decisão.	A autoridade indicadora decide.
Local dos procedimentos	Arbitragem é descentralizada e não está sujeita às leis do Estado escolhido como local dos procedimentos. Qualquer questão sobre o procedimento será decidida discricionariamente pelo tribunal	Local escolhido pelas partes. Se as partes não entrarem em um acordo, o tribunal decide à sua discricionariedade. O direito interno do local do procedimento se aplicará à arbitragem. As cortes locais podem desempenhar funções de suporte e supervisão. (e.g. podem ordenar medidas preventivas e rever o laudo arbitral)
Medidas provisionais (liminares)	São de natureza recomendatória, embora alguns tribunais as venham interpretando como de natureza vinculante. Não existe recurso aos tribunais locais para as medidas liminares a menos que as partes acordem.	São vinculantes entre as partes e podem, inclusive, ser executadas com força de laudo arbitral. Ademais, o amparo judicial provisório pode ser requerido a um tribunal interno no lugar da arbitragem com vistas a resguardar os direitos ou a integridade financeira de uma das partes.
Confidencialidade, transparência e participação de terceiras partes	Devido ao registro público dos processos, a existência das disputas é conhecida, bem como o setor econômico relacionado, o nome dos árbitros indicados, e os advogados que representam as partes. Interessados que não sejam partes do processo podem assistir as audiências se nenhuma das partes se opor. Quaisquer das partes pode tornar o laudo arbitral público. Em todo caso, a ICSID pode publicar excertos das razões legais do tribunal. A ICSID tem um mecanismo para submissões de <i>amicus curiae</i>	Normalmente caracterizada por um maior nível de confidencialidade típica para a arbitragem comercial. A própria existência da disputa pode ser colocada em confidencialidade se as partes assim desejarem. O direito do local da arbitragem pode impor requerimentos adicionais de confidencialidade. As audiências são fechadas a não ser que as partes concordem o contrário. O laudo arbitral final pode ser publicado se ambas as partes acordarem ou quando/na medida em que a divulgação é exigida de uma parte por dever legal, para proteger ou perseguir um direito legal ou em relação a processos judiciais perante um tribunal ou outra autoridade competente No entanto, com o estabelecimento das regras de transparência de 2013, as partes/IAs aderentes estariam condicionadas à um aumento da transparência no processo, com a

		<p>abertura ao público das audiências, publicação dos principais documentos, incluindo todos os laudos arbitrais.</p> <p>O protocolo de documentos por terceiros não interessados, incluindo-se <i>amicus curiae</i>, passou a ser permitida pelas Regras de Transparência de 2013, embora anteriormente elas já eram costumeiramente aceitas.</p>
Objecções jurisdicionais e provisões sobre reclamações frívolas	<p>Objecções jurisdicionais devem ser feitas o mais cedo possível e em qualquer evento não podem ser realizadas depois das contestações da parte reclamada.</p> <p>Em relação às reclamações frívolas, a parte deverá em até 30 dias após a constituição do tribunal arbitral e antes da primeira sessão, protocolar uma objeção preliminar de que a reclamação é manifestamente ausente de mérito legal. O tribunal deverá “em sua primeira sessão ou imediatamente após ela, notificar as partes de sua decisão sobre a objeção”</p>	<p>O pleito sobre a falta de jurisdição deverá ser levantado antes da declaração de defesa ou, em se tratando de reconvenção, antes da contestação à reconvenção. No geral, o tribunal arbitral deve decidir sobre um argumento relativo à sua jurisdição como uma questão preliminar ou em uma sentença sobre o mérito</p>
Direito aplicável	<p>Será o direito acordado pelas partes. Na ausência de tal acordo, o tribunal aplicará a lei do Estado Parte em litígio e as regras de direito internacional que forem aplicáveis.</p>	<p>Conforme designado pelas partes ou, na ausência de tal acordo, conforme determinado pelo tribunal de acordo com as regras de escolha do direito que considere aplicável (Regras de 1976) ou o direito “que considere adequado” (Regras de 2010)</p>
Revisão dos laudos arbitrais	<p>Através do processo de anulação do ICSID com fundamentos muito limitados para a anulação da sentença.</p> <p>Revisão pela corte nacional é excluída.</p>	<p>Revisão pelos tribunais nacionais no lugar da arbitragem contra as normas estabelecidas na legislação nacional</p>
Reconhecimento e execução dos laudos arbitrais	<p>Todos os Estados Contratantes do ICSID são obrigados a reconhecer uma decisão como vinculante e executá-la como se fosse uma decisão final dos próprios tribunais do Estado</p>	<p>As sentenças são executadas por meio de tribunais nacionais, geralmente de acordo com a Convenção de Nova York. No decurso deste procedimento, um tribunal nacional pode recusar a execução da sentença por qualquer um dos motivos enumerados na Convenção.</p>
Custos	<p>Os honorários dos árbitros são definidos de acordo com o tabelamento da ICSID. As partes podem concordar com diferentes taxas de árbitros, com a permissão do Secretário-Geral</p>	<p>Os árbitros geralmente definem suas próprias taxas. Eles devem ser “razoáveis”, levando em consideração o valor em disputa, a complexidade do assunto e o tempo gasto pelos árbitros. As taxas podem ser fixadas no acordo de arbitragem, geralmente por referência a</p>

	<p>As taxas institucionais adicionais para o ICSID incluem uma taxa de US \$ 25.000 para apresentação do pedido de arbitragem e uma taxa de manutenção anual de US \$ 32.000.</p> <p>Nenhuma premissa quanto à alocação de custos; deixada ao critério dos árbitros.</p>	<p>uma tabela de taxas. Caso contrário, os árbitros propõem seus honorários às partes. Caso as partes e os árbitros não cheguem a um acordo sobre eles, a autoridade indicadora determinará os honorários apropriados, que são obrigatórios para as partes e para o tribunal.</p> <p>Os honorários dos árbitros são frequentemente mais altos do que aqueles na programação do ICSID.</p> <p>Presume-se que as custas serão pagas contra a parte vencida; no entanto, o tribunal arbitral pode repartir os custos entre as partes se concluir que a repartição é razoável.</p>
--	--	--

Fonte: o autor, com base em UNCTAD (2014).

—

APÊNDICE B – Comparação entre as Convenções de Washington e de Nova Iorque

Quadro 8 – Comparação entre as convenções de Washington e de Nova Iorque

Questão	Convenção Washington (ICSID)	Convenção de Nova Iorque
Quais laudos podem ser executados?	Apenas laudos com valor pecuniário emitidos sob a Convenção de Washington	Sentenças arbitrais estrangeiras pecuniárias e não pecuniárias emitidas por órgãos arbitrais ad hoc e permanentes (Tais laudos estão sujeitos ao reconhecimento pelos tribunais locais de onde se deseje executar o laudo).
Como o laudo será executado?	As sentenças são “automaticamente” executáveis em qualquer Estado ratificador como uma decisão final dos tribunais nacionais	Embora a execução deva estar sujeita às mesmas regras nacionais que para a execução da sentença arbitral interna, os Estados contratantes ainda tendem a exigir que as sentenças sejam formalmente "reconhecidas" por estes tribunais locais antes da execução
O que pode ser feito para se resistir à execução do laudo?	Os mecanismos de recurso arbitral limitam-se à anulação, revisão ou interpretação de uma sentença. Na fase de execução, os fundamentos para resistir à execução são excepcionalmente limitados aos disponíveis para resistir à execução da sentença definitiva de um tribunal desse Estado e, portanto, podem variar de Estado para Estado de acordo com o direito interno.	Existem sete motivos discricionários e exaustivos para recusar o reconhecimento ou execução de uma sentença <ul style="list-style-type: none"> • Falta de uma convenção de arbitragem válida. • Violação do devido processo. • A autoridade do tribunal ter sido excedida. • Irregularidade na composição do tribunal ou em seus procedimentos. • O laudo ainda não é definitivo ou vinculativo. • O laudo foi anulado ou suspenso. • Razões de política pública.

Fonte: o autor, com base em Kirtland e Connolly (2018).

APÊNDICE C – Medidas discutidas no âmbito do WG III que já estariam sendo adotadas em novos acordos

Submissão dos Governos do Chile, Israel, Japão, México e Peru no documento A/CN.9/WG.III/WP.182

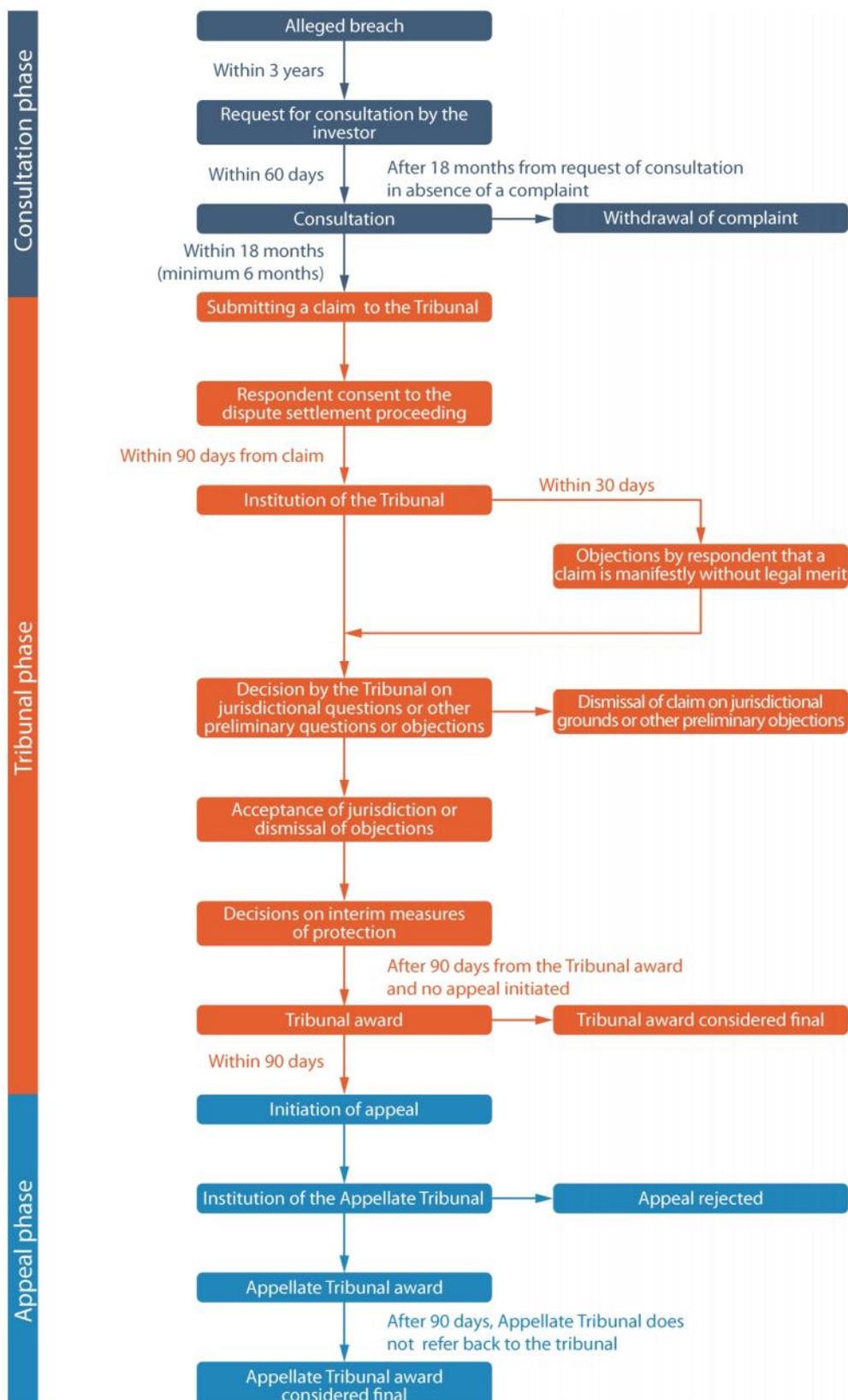
Quadro 9 – Medidas discutidas no âmbito do WGIII que já estariam sendo adotadas em novos acordos

Medida de reforma	CPTPP	UE-Mex	USMCA
Preocupações relativas aos árbitros e tomadores de decisão			
Código de conduta / regras de ética	X	X	X
Regras limitando ou proibindo o <i>double-hatting</i>		X	X
Requerimento de expertise no conteúdo para certas reclamações (e.g. serviços financeiros)	X	X	X
Regras específicas para desafios dos árbitros		X	
Autoridade independente de nomeação de árbitros	X		X
Publicação de informações sobre financiamento por terceiras partes		X	
Preocupações relativas a custo e duração			
Encorajamento de mediação, conciliação e outros meios para evitar a disputa formal	X	X	X
Dispensa preliminar de reclamações frívolas	X	X	X
Consideração expedita de objeções preliminares	X	X	X
Limitações de tempo ou estatutárias para iniciar uma reclamação	X	X	X
Renúncia de reclamações por empresas relacionadas ou subsidiárias uma vez que a reclamação já foi iniciada por outro tratado	X (sub)	X (sub)	X
Consolidação voluntária de reclamações similares trazidas sob o mesmo tratado por diferentes partes	X	X	X
Requerimento para manter a arbitragem sob a Convenção de Nova Iorque a menos que as partes acordem diferente	X		X
Requerimento para que as partes e tribunal se atenham a procedimentos eficientes e efetivos			X
Regulação sobre a autoridade do tribunal para ordenar medidas cautelares	X	X	X
Autorização expressa para o tribunal distribuir as custas do procedimento e dos advogados entre as partes	X	X	X
Descontinuação de reclamações abandonadas		X	X

Requerimento de que os reclamantes nomeiem o árbitro quando submetem a reclamação	X		X
Prazos para nomeação dos outros árbitros incluindo o presidente	X		X
Preocupações relativas à falta de consistência, coerência, previsibilidade e correição das decisões arbitrais pelas decisões do tribunal ISDS			
Renúncia reclamações pendentes em relação a novas reclamações em outros fóruns de disputa uma vez a reclamação já tenha sido submetida	X	X	X
Renúncia de reclamações por parte de empresas relacionadas ou subsidiárias sob um diferente tratado uma vez a reclamação já tenha sido submetida	X(sub)	X(sub)	X
Consolidação voluntária de reclamações similares trazida por diferentes partes pelo mesmo tratado	X	X	X
Requerimento de expertise no conteúdo para certas reclamações (e.g. serviços financeiros)	X	X	X
Submissões por partes não disputantes sobre a interpretação dos tratados	X	X	X
Submissão por terceiras partes (não relativo à interpretação dos tratados)	X	X	X
Interpretação conjunta das partes do tratado sobre suas provisões	X	X	X
Especialistas apontados pelo tribunal	X	X	X
Publicação de requerimentos, laudos e outros documentos relativos à interpretação do tratado	X	X	X
Limitações ao <i>treaty shopping</i>	X	X	X

Fonte: o autor, com base no modelo A/CN.9/WG.III/WP.182 (UNCITRAL, 2019u).

ANEXO A – Fluxograma do processo no Sistema de Cortes da EU



Source: EPRS.

Fonte: European Parliamentary Research Service (EPRS), incluído no estudo de Puccio e Harte (2017).

ANEXO B – Diferenças entre a atual ISDS e o modelo europeu

 Key features: Investor to State Dispute Settlement (ISDS) vs Multilateral investment court			
At present – ISDS		In the future – multilateral investment court	
Ad hoc	Tribunals are only set up on a case by case basis	Permanent	The court would be a permanent international institution
Risks of Partiality	The disputing parties nominate arbitrators, who could have potential conflicts of interest	Independent	States who are members would appoint permanent, fully qualified judges, free of any conflicts of interest or interest in the outcome of cases
Unpredictable	Tribunals often interpret investment protection standards differently, since they are only appointed to hear a particular case	Predictable	By sitting permanently and deciding cases over time, judges would deliver consistent decisions
One-stop shop	Parties have very limited grounds on which to appeal against ISDS decisions - essentially if the tribunal has not followed its rules properly (violation of due process)	Comprehensive	The court would allow either party to appeal against a decision
Inefficient	ISDS (but also the EU's current approach of including ICS in bilateral EU trade agreements) duplicates the same framework for each deal. It is costly and doesn't cover the large number of treaties	Cost-effective	The court would allow for economies of scale, as it could cover disputes arising under the bilateral investment agreements which all members of the multilateral investment court have in place
Opaque	There is currently limited published information about: <ul style="list-style-type: none"> • the existence of investment disputes • the procedure of the dispute • the substantive aspects of the case • the results of the disputes 	Transparent	The court would: <ul style="list-style-type: none"> • publish online details of all aspects of its work, including its decisions • open all hearings to the public • Allow third parties (NGOs, trade unions, consumer groups, business associations) to make submissions

Fonte: EUROPEAN COMMISSION, 2017, p.3.

ANEXO C – Plano de trabalho do WG III entre 2021 e 2026

Revised workplan

Fonte: UNCITRAL, 2021f, p. 3-5.

		ADR Mechanisms and Dispute Prevention	Selection and Appointment of Arbitrators	Code of Conduct	ISDS Procedural Rules Reforms	Multilateral Advisory Centre	Appellate Mechanism	Multilateral Permanent Investment Court	Multilateral Instrument to Implement Reforms
2021	Inter-Sessional #40	Inter-Sessional Meeting - HK China (2 days)		Other Meetings w ICSID (2 day) / Drafting Group (2 days)	Other Meetings (2 days)/ Inter-Sessional Meeting – Republic of Korea (2 days)	Other Meetings (3 days)		Other Meetings (2 days)	
	Commission #54 - Decision on Resource Request								
	Working Group #41			First Reading (4 days)					
	Inter-Sessional #41	Other Meetings (2 days)			Other Meetings on Cross-Cutting Issues and Damages (3 days)			Drafting Group (2 days)	Other Meetings (2 days)
2022	Working Group #42					Instructions (1 day)		First Reading (3 days)	
	Inter-Sessional #42		Other Meetings (1 day)				Inter-Sessional Meeting (2 days)	Inter-Sessional Meeting (2 days)	Other Meetings (1 day)

		Commission #55 – Consideration of the Code of Conduct							
	Working Group #43	Instructions (1 day)			Instructions on Cross-Cutting Issues and Damages (3 days)				
	Inter-Sessional #43						Drafting Group (2 days)	Drafting Group (2 days)	
	Working Group #44						First Reading (3 days)		Instructions (1 day)
	Inter-Sessional #44	Drafting Group (2 days)				Drafting Group (2 day)	Other Meetings (2 days)		
2023	Working Group #45	First Reading (4 days)							
	Inter-Sessional #45	Drafting Group (2 days)	Other Meetings (1 day)				Drafting Group (2 days)		Inter-Sessional Meeting (2 days)
	Working Group #46	Second Reading (2 days)				First Reading (2 days)			
	Inter-Sessional #46				Drafting Group (2 days)				
		Commission #56 – Consideration of ADR Mechanisms and Dispute Prevention Reforms							
	Working Group #47				First Reading (4 days)				
	Inter-Sessional #47						Drafting Group (2 days)	Drafting Group (2 days)	

2024	Working Group #48						Procedural Rules (2 days)	Procedural Rules (2 days)		
	Inter-Sessional #48		Inter-Sessional Meeting (2 days)			Drafting Group (2 days)				
	Working Group #49					Second Reading (3 days)			Instructions (1 days)	
	Inter-Sessional #49		Drafting Group (1 day)		Drafting Group (2 days)					
		Commission #57 – Consideration of a Multilateral Advisory Centre								
	Working Group #50		First Reading (2 days)		First Reading (resumed) (2 days)					
Inter-Sessional #50							Drafting Group (2 days)	Drafting Group (3 days)		
2025	Working Group #51							Second Reading (3 days)	First Reading (1 day)	
	Inter-Sessional #51		Drafting Group (2 days)		Drafting Group (2 days)				Drafting Group (1 day)	
	Working Group #52				Second Reading (3 days)				First Reading (resumed) (1 day)	
	Inter-Sessional #52							Drafting Group (2 days)		
		Commission #58 - Consideration of ISDS Procedural Rules Reforms and a Multilateral Permanent Investment Court								
	Working Group #53							Second Reading (4 days)		

	Inter-Sessional #53								Drafting Group (3 days)	
2026	Working Group #54		Second Reading (2 days)						Second Reading (2 days)	
	Inter-Sessional #54								Drafting Group (2 day)	
	Working Group #55								Second Reading (resumed) (4 days)	
	Inter-Sessional #56	Commission #59 – Consideration of the Selection and Appointment of Arbitrators, Appellate Mechanism, and the Multilateral Instrument to Implement Reforms								
									Total	
	Working Group days	7	4	4	12	6	9	8	10	60
	Other Meetings days	8	7	4	13	7	12	12	14	77
	Subtotal	15	11	8	25	13	21	20	24	137

Year	Working Group days	Other Meeting days
2021	4	24
2022	12	16
2023	12	13
2024	12	12
2025	12	10
2026	8	2

