XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO INTERNACIONAL II

AMÉLIA DO CARMO SAMPAIO ROSSI

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito internacional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Amélia Do Carmo Sampaio Rossi; Florisbal de Souza Del Olmo - Florianópolis: CONPEDI, 2017.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-432-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Responsabilidade. 3. Tributação. 4. Processo de integração. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO INTERNACIONAL II

Apresentação

Estes anais contêm os treze artigos apresentados no Grupo de Trabalho "Direito Internacional II" no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Capital Federal, no período de 19 a 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções de Brasília. Haviam sido selecionados quatorze artigos, um dos quais não tendo sido apresentado.

Assim, Florisbal de Souza Del´Olmo e Evilhane Jum Martins abordaram as possibilidades para a construção de um direito comum global a partir de uma análise das peculiaridades da América Latina e do papel do movimento denominado Novo Constitucionalismo Latino-americano. A seguir, Ana Cristina Alves de Paula e Thiago Giovani Romero estudaram o caso da família Pacheco Tineo versus Bolívia, que inaugurou uma nova fase do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quando a Corte Interamericana condenou a Bolívia pela violação ao princípio internacional do non-refoulement. E Elaine Harzheim Macedo e Marcelo Garcia da Cunha teceram considerações sobre a possibilidade de a coisa julgada transnacional ter automática projeção no Brasil.

A seguir, Marcos Henrique Silveira e Frederico Eduardo Zenedin Glitz comprovaram que a liberdade contratual das partes deve ser prestigiada por meio da escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais. Por seu turno, Kenny Sontag e Nicole Rinaldi de Barcellos analisaram elementos de Parte Geral de Direito Internacional Privado, presentes nos recentes Regulamentos da União Europeia, referentes à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais e de efeitos patrimoniais das parcerias registradas. E Claudio Macedo de Souza ocupou-se das razões em que se fundamenta a metodologia preventiva da cooperação penal internacional, baseada na definição legal de organização criminosa transnacional.

O orador seguinte, Marcelo Simões dos Reis, procedeu a análise do Direito Internacional dos Investimentos à luz da Teoria dos Sistemas, enquanto Juventino de Castro Aguado e Roberta de Miranda Castellani defenderam esforços dos Estados em prol do combate à apatridia, a fim de que as ações dos organismos internacionais sejam concretizadas nessas ações. O artigo de Aguinaldo de Oliveira Braga e Patricia Leal Miranda de Aguiar propõe uma análise sistemática dos assuntos pertinentes aos temas inerentes à responsabilidade civil pelo dano ambiental causado por acidentes marítimos em alto-mar e os impactos ambientais. O décimo artigo, de Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral e Everton Silva Santos, se ocupou do

tratamento legal dado ao direito à informação nas Convenções Internacionais, com o intuito de corroborar da importância de tal prerrogativa para os demais direitos, e de se alcançar a justiça e a democracia.

Nos três últimos trabalhos, Josinaldo Leal de Oliveira e Ricardo Duarte Guimarães defenderam que o direito da integração pode efetivamente ser o caminho para uma proteção global do consumidor; Mariana Sebalhos Jorge analisou a incidência da autonomia da vontade no direito internacional privado da União Europeia, a partir das previsões normativas inseridas nos seus regulamentos; e Iana Melo Solano Dantas e Bárbara de Melo Fernandes teceram considerações sobre a situação de desproteção do consumidor brasileiro nos contratos internacionais de consumo, respectivamente.

O fio condutor de tão diversas leituras aponta para a importância cada vez maior do Direito internacional no horizonte de compreensão do direito interno no mundo contemporâneo, em especial no que toca à proteção dos direitos humanos fundamentais.

Boa leitura a todos.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del Olmo (URI)

Profa. Dra. Amélia Do Carmo Sampaio Rossi - PUC/PR

ANÁLISE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS

ANALYSIS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN THE LIGHT OF SYSTEMS THEORY

Marcelo Simões dos Reis

Resumo

O direito internacional dos investimentos tem se desenvolvido a partir de uma lógica econômica de centro e periferia, prevalecendo o regime investor-state dispute settlement (ISDS). Assim, investidores estrangeiros não precisam acionar as cortes nacionais nem obter proteção diplomática antes de requerer arbitragem. Utilizando a teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann, este artigo faz uma abordagem tanto das normas estabilizadas por meio de milhares de acordos bilaterais de investimento como do modelo decisório que deveria assegurar a sobrevivência e evolução desse subsistema jurídico por meio do fechamento operacional.

Palavras-chave: Direito dos investimentos internacionais, Teoria dos sistemas sociais, Acordos de investimentos, Estabilização de normas, Arbitragem internacional, Fechamento operacional

Abstract/Resumen/Résumé

International investment law has developed from an economic logic of center and periphery, prevailing the regime investor-state dispute settlement (ISDS). Thus, foreign investors do not need to exhaust national remedies or obtain diplomatic protection before requiring arbitration. Using the systems theory developed by Niklas Luhmann, this paper looks at both the stabilized standards through thousands of bilateral investment agreements and the decision model that should ensure the survival and evolution of this legal subsystem through operational closure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International investment law, Social systems theory, Investment agreements, Norms stabilization, International arbitration, Operational closure

INTRODUÇÃO

Fruto de conflitos entre emissores e receptores de capital, o direito internacional dos investimentos floresceu como forma de assegurar ao investidor estrangeiro tratamento equivalente ao dispensado pelo sistema jurídico de seu país de origem. À vista das primeiras experiências com desapropriação nos séculos XIX e XX, a percepção dos Estados exportadores de investimentos era de que as ordens jurídicas das novas nações não eram maduras o suficiente para assegurar proteção "justa e equitativa" ao capital[1]. Ao receber empreendimentos de origem estrangeira, o país anfitrião deveria se alinhar aos padrões das "nações civilizadas", efetivando as compensações devidas de modo "pronto, efetivo e adequado" em situações de expropriação.

Tímido e restrito a relações de natureza quase-colonial no século XIX, o fluxo internacional de investimentos tem crescido a ritmo exponencial nas últimas décadas. A aceleração implicou uma maior complexidade do arcabouço que regulava a proteção do investidor estrangeiro, configurando-se, inclusive, uma rede de instituições dedicadas à arbitragem voltada para solução de disputas. Este artigo tem o propósito de avaliar este subsistema de decisão à luz da teoria dos sistemas sociais desenvolvida por Niklas Luhmann. Diante das últimas polêmicas em torno do funcionamento do regime decisório, poderíamos considerá-lo um sistema caracterizado pelo código do direito ou a ferramenta seria apenas um subproduto do poder econômico a se comunicar pela linguagem da política?

Para responder a pergunta, o texto foi dividido em três partes. A primeira relata a evolução deste ramo estudado no âmbito do direito internacional, tornando-se relevante a partir do processo de descolonização iniciado no século XIX e aprofundado após a Segunda Grande Guerra com iniciativas multilaterais e bilaterais de programação da regra aplicável. A segunda parte aborda a possibilidade de considerar o direito internacional dos investimentos como sistema tendo em vista a estabilização de normas, ainda que abertas, por meio da redação de acordos bilaterais. Finalmente, a terceira parte avalia se o arranjo decisório utilizado nas disputas de investimentos denominado *investor-state dispute settlement* (ISDS) permite o fechamento das operações enquanto sistema jurídico. Em aparentando ser negativa a resposta, apresenta-se algumas alternativas lançadas recentemente em curso de negociação internacional.

[1] No seminário "Investor Protection TTIP: fading democracy or new generation?" conduzido na London School of Economics em 12/02/2015, aponta-se que o direito internacional dos investimentos consiste em instrumento para assegurar que o investidor estrangeiro não seja prejudicado por uma ordem jurídica "primitiva". Disponível em https://youtu.be/PhptCVjNacI. Acesso em 17/04/2017.

1. A FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

O investimento de recursos econômicos em território estrangeiro tem sido objeto da atenção de estudiosos do direito internacional desde sua ascensão a uma categoria juridicamente relevante no século XIX. Embora o reconhecimento da soberania estatal autorize a edição de normas contrárias ao interesse do investidor estrangeiro, não faltam exemplos de disputas diplomáticas que giram em torno do tratamento prejudicial conferido às inversões transfronteiriças. A onda de descolonização na América Latina levou a uma série de enfrentamentos entre os países recém-independentes e os investidores das antigas metrópoles e do emergente Estados Unidos. Com a intenção de consolidar sua independência no campo econômico, várias nações latino-americanas tomaram medidas duras de desapropriação, principalmente no que tange infraestrutura de energia e transportes. A reação dos governos cujos investidores se viam prejudicados pelos atos confiscatórios consistia na enunciação de regras que assegurassem o acesso a uma "justiça ordinária". Ao negar um nível mínimo de respeito ao direito de propriedade, o Estado expropriador poderia ser interpelado na via diplomática sendo que "the state of the foreigner may insist upon immediate reparation." (MOORE, 1906, p. 252)

Nota-se que o cerne desse debate revela a colisão de dois princípios jurídicos fundamentais: soberania e propriedade. De fato, os países com maior nível de desenvolvimento político e econômico não poderiam recusar a importância do fundamento de sua própria autonomia. Sendo o Estado independente, detém liberdade para editar suas próprias normas e dar-lhes execução. No entanto, ao se vislumbrar o direito de propriedade, os países emissores de investimentos reclamavam por um padrão mínimo internacional (*international minimum standard*) que deveria ser respeitado por todos os países receptores. Entre os elementos que compunham esse padrão estava não só o tratamento isonômico em face dos nacionais, mas também a oportunidade efetiva de acesso à justiça e ao devido processo legal, a transparência dos atos administrativos e a atuação não-arbitrária do Estado anfitrião. Via de regra, as nações recém-independentes não tinham credibilidade perante as potências ocidentais no que se relacionava ao funcionamento do sistema de governo e do sistema judicial, que dificilmente garantiriam o direito do estrangeiro à propriedade privada nos moldes do seu país de origem. Protagonistas na formação do direito internacional, as antigas metrópoles insistiam em estabelecer que a regra consuetudinária demandava que o estrangeiro tivesse o tratamento dispensado por "nações civilizadas" (SUBEDI, 2016, posição 1478).

Em detrimento da visão eurocentrista, o movimento de descolonização observado na América Latina preparou o terreno para que fosse contestado o padrão mínimo internacional. Um dos expoentes históricos dessa corrente, o advogado argentino Carlos Calvo, defendia que as ex-colônias não reuniam condições para atender os requisitos de países que já tinham seu desenvolvimento consolidado. Tendo em mente essa desvantagem e valorizando o atributo da soberania dos Estados recém-formados, Calvo contribuiu para repelir o padrão imposto[2] entre os séculos XIX e XX. Sua doutrina estabelecia a prevalência do tratamento nacional, ou seja, o direito do estrangeiro tinha a mesma medida do direito do cidadão do país hospedeiro do investimento. Seguindo a mesma linha, as questões sobre compensação por atos de expropriação deveriam ser levadas às cortes nacionais. Apenas depois de exaurida a via judicial doméstica é que se poderia recorrer a arbitragem internacional, que deveria tomar por base o regime jurídico do país receptor para fins de solução da controvérsia. (SUBEDI, 2016, posição 1587)

A Doutrina Calvo influenciou sobremaneira o ordenamento de muitos países latino-americanos, oportunizando o embate com o tradicional padrão mínimo internacional. Um dos marcos históricos desse confronto se deu em 1938 quando o México nacionalizou empresas petrolíferas de propriedade de norte-americanos. Diante da insatisfação dos investidores face a compensação oferecida pelo governo mexicano, o chanceler Cordel Hull insistia que o pagamento deveria ser "pronto, adequado e efetivo". Assim, o cálculo do ressarcimento deveria considerar o valor de mercado antes do ato expropriatório, além de se realizar em prazo razoável e em meio que fosse de aceitação corrente.

1.1. O embate entre Doutrina Calvo e Fórmula Hull

O avanço do processo de descolonização após 1945 acirrou os conflitos em questões de investimentos estrangeiros. O crescente número de países em desenvolvimento que acabavam de alcançar a independência evidenciou o contraste entre a Doutrina Calvo e a Fórmula Hull. Embora o padrão mínimo internacional tivesse sido visto como a regra consuetudinária prevalecente, o questionamento contundente dos novos atores mitigava a força jurídica desse preceito. Percebendo sua vantagem numérica, não tardou que os países em desenvolvimento utilizassem o foro das Nações Unidas para tentar firmar posição em prol da

[2] Um dos casos mais emblemáticos de imposição do padrão mínimo internacional foi o bloqueio naval à Venezuela entre 1902 e 1903 em que Reino Unido, Alemanha e Itália em reposta à recusa do Presidente Cipriano Castro em pagar indenização pelas perdas que estrangeiros tiveram durante um período de guerra civil. (SUBEDI, 2016, posição 1539)

soberania. Em 1962, nascia no seio daquela organização o conceito de "Soberania Permanente sobre Recursos Naturais" pela Resolução da Assembleia Geral nº 1803, que revelava a intenção de alcançar um meio termo entre a Doutrina Calvo e a Fórmula Hull. Ao tempo em que rejeitava as expropriações arbitrárias, desviadas do interesse público, ressaltava a necessidade de se tomar por norte no cálculo da compensação tanto o arcabouço normativo nacional como o direito consuetudinário internacional. De toda sorte, previa a exaustão dos remédios judiciais do país receptor dos investimentos para que uma arbitragem internacional pudesse ser iniciada.

Na década de setenta, o movimento da Nova Ordem Econômica Internacional, também concebido por países em desenvolvimento nas Nações Unidas, ensejou a edição da Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados por meio da Resolução da Assembleia Geral nº 3281. Impulsionado pelo sucesso político das nações árabes no âmbito da crise do petróleo, o texto aproximou-se mais ainda da Doutrina Calvo, revertendo o tom conciliatório ao afastar as referências ao padrão mínimo internacional. De qualquer maneira, nem a "Soberania Permanente", nem a Carta de 1974, firmaram-se como instrumentos compulsórios uma vez que não receberam o apoio dos países exportadores de investimentos.

Por sua vez, os países mais interessados em proteger os interesses dos investidores produziram documentos de natureza multilateral tendentes a abraçar a Fórmula Hull, sendo destaques a Convenção de Abs-Shawcross de 1959 e as convenções da OCDE sobre investimentos estrangeiros de 1962 e 1998. Obviamente, nenhuma teve a adesão por parte dos países em desenvolvimento. O impasse na formação de um consenso legou a discussão às negociações bilaterais que, por sua natureza, tendiam a refletir um direito fragmentado baseado nas posições de barganha de cada uma das partes. Sendo inviável a abordagem multilateral do assunto, o direito internacional dos investimentos perdia uma mola propulsora que favorecesse sua sistematização.

1.2. A proliferação de acordos bilaterais

Diante da impossibilidade de um arcabouço multilateral que regesse a matéria, os acordos bilaterais se constituíram na via mais utilizada para a prestação de garantias ao investidor estrangeiro contra o risco político associado ao governo anfitrião. A princípio, países como os Estados Unidos hesitaram em adotar essa estratégia porque acreditavam que o bilateralismo significaria o reconhecimento de que a Fórmula Hull não era o remédio universal para a questão das expropriações (ELKINS, 2006, pp. 814-815). Do outro lado do Atlântico, porém, diversos países europeus começaram a se render ao instrumento. Mesmo em

concomitância com os esforços de multilateralização das regras de investimento, os acordos proliferaram nas três décadas seguintes, tendo sido celebrados mais de trezentos acordos entre as principais nações exportadoras de capital e aproximadamente oitenta países em desenvolvimento (SALACUSE, 1990, p. 655).

Depois da crise da dívida externa vivenciada na década de oitenta, o ritmo de assinatura de acordos cresceu exponencialmente. Se raramente eram sacramentados mais de vinte tratados por ano até 1989, a partir do ano seguinte o ritmo anual alçou o volume de mais de cem compromissos bilaterais (ELKINS, 2006, p. 814). Ao fim de 2015, o número de acordos bilaterais de investimentos aproximava-se de três mil, havendo outros 358 de natureza mista que continham algum tipo de disciplina sobre a proteção de investimentos estrangeiros (UNCTAD, 2016, p. 101). Diante dessa notável diversidade de documentos normativos e imaginando-se as inúmeras instâncias distintas de negociação, dificilmente poderia se imaginar que as regras fossem estipuladas de maneira homogênea. Não seria surpresa encontrar nos diferentes acordos cláusulas que percorressem todos os matizes da Doutrina Calvo e da Fórmula Hull.

A tendência ao mimetismo organizacional, no entanto, parece ter influenciado os rumos do direito internacional nessa matéria conformando-se o que tem sido chamado *global investment law*. O uso de acordos-modelo e estratégias de negociação similares entre os países exportadores de capital contribuiu sobremaneira nesse resultado. Atualmente pode se dizer que a proteção ao investidor estrangeiro se ampara em um regime relativamente congruente cujo desenvolvimento inicial se pautou pela enérgica atuação dos países desenvolvidos a partir da década de oitenta. A similaridade entre as diferentes cláusulas que tratam o tema se deve a diversos fatores, entre os quais podemos elencar a assimetria de poder entre as partes negociadoras, capitulando os países dependentes de investimentos, e a tendência automática de replicar os termos já pactuados na rede de acordos em elaboração (CHO, 2016, p. 343).

A determinação do tipo de compensação a ser paga em caso de expropriação, conforme se nota da história, foi uma das grandes disputas entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. No embate multilateral, veiculado por meio das organizações internacionais, foram produzidos alguns enunciados que potencialmente moldariam uma regra universal, mas nenhum deles se sobressaiu no enfrentamento entre blocos. Entre os extremos tornaram-se evidentes o direito pleno de compensação do investidor estrangeiro e a soberania estatal para dar integral efetividade à legislação nacional. Atualmente, contudo, há um nível crescente de convergência entre os milhares de acordos de investimento já assinados na comunidade de

nações. Em função do desequilibro de poder na diplomacia bilateral – e também do fenômeno do isomorfismo – a direção dessa convergência ruma para uma linguagem que tem os mesmos efeitos da Fórmula Hull, o que compreende referência ao valor de mercado previamente ao ato de expropriação (UNCTAD, 2007, p. 48).

Em termos práticos, portanto, a Doutrina Calvo parece não ter prevalecido nem mesmo no meio dos países em desenvolvimento. Poucos resistiram ao enfrentamento diplomático "mano a mano" e terminaram por reconhecer a obrigação estatal baseada na compensação "justa e equitativa" das potências ocidentais. Até mesmo quando os acordos bilaterais foram feitos entre nações menos desenvolvidas (acordos sul-sul), a legislação doméstica e o sistema judicial nacional foram preteridos para mimetizar os acordos-modelo influenciados pelos termos propostos no âmbito da OCDE. Uma das únicas exceções a esse processo de adesão à *global investment law* foi o Brasil que, apesar de ter assinado dez acordos bilaterais de investimento nos anos de 1990, não ratificou nenhum deles por falta de autorização legislativa.

2. O DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS COMO SISTEMA

Em vista da ausência de uma autoridade central nas relações internacionais, há muito ceticismo em relação a uma teoria unificadora do direito internacional. Para contrapor essa visão, pesa sobre os juristas o ônus de demonstrar que as normas internacionais não florescem ao acaso, ou seja, conforme a conveniência do poder. Com vistas a se desincumbir desse encargo, os estudiosos precisam de uma teoria sistêmica do direito internacional que refute a percepção de que o corpo normativo se constitui em um emaranhado de regras aleatórias e de natureza *ad hoc*. (D'AMATO, 2005, p. 336)

Nesse sentido, a abordagem autopoiética dos sistemas auxilia a entender que problemas de consistência lógica não afetam o direito como sistema funcional, pois seu papel na sociedade consiste em comunicar decisões "maximamente" previsíveis. Importa ao usuário do direito que os seus efeitos sejam calculáveis. Para que a missão do direito possa ser desempenhada faz-se necessária uma autodescrição que o distinga dos demais objetos ao seu redor. Assim, o jurista obedece somente ao seu próprio sistema (LUHMANN, 2004, p. 61).

2.1. A estabilização das normas do direito internacional dos investimentos

Não há como afirmar que o direito surgiu repentinamente como um sistema fechado. Pressupõe-se que este nível evolutivo só pode ser percebido após uma longa experiência na arbitragem de conflitos que evidencie o código binário lícito/ilícito. Ao ser aplicado por um

conjunto de observadores secundários, o código de comunicação auxilia na defesa da autonomia do direito como sistema diferenciado dentro da sociedade. Nesta seara, vale destacar a importância da escrita em estabelecer programas condicionais. Inicialmente, mostraram-se mais relevantes para as relações particulares (contratos, casamentos, etc.) e se reproduziram para normas gerais apoiadas pelo Estado. E o fato de serem observadas discordâncias na interpretação dos textos normativos reafirma o surgimento da autonomia do sistema jurídico (LUHMANN, 2004, p. 255).

Nem sempre o direito se caracterizou por esse fechamento operacional obtido por meio da comunicação repetitiva. Ao longo de sua história o processo de construção de um sistema jurídico diferenciado da política se deu por meio de "acidentes" que, uma vez estabilizados, proporcionaram a base para evolução guiada exclusivamente pelo código lícito/ílicito. Não se consegue vislumbrar esse mecanismo nos períodos históricos mais remotos (LUHMANN, 2004, p. 24). Embora a boa parte dos ordenamentos nacionais tenha superado essa dificuldade, o direito internacional tradicionalmente padece de desconfiança porque, em muitas situações, os próprios países soberanos se colocam na posição de intérprete final da norma jurídica. E a norma jurídica internacional muitas vezes toma a forma do costume delimitado pela *opinio iuris* cuja identificação não se viabiliza por um texto escrito, mas sim pelo comportamento do Estado como sujeito de direito.

A consagração tardia do Estado como sujeito de direito em uma arena predominantemente política contribuiu para um cenário em que as disputas eram escassas em relação ao nível nacional. Nesse tocante, o exame de controvérsias se dava estritamente caso a caso, o que não requer normas estáveis. Não é surpresa, então, que nos primórdios do direito internacional dos investimentos a resolução de conflitos se orientasse por argumentações *ad hoc* e *ad hominem* desenvolvidas para cada caso separado. Apenas quando se verifica um ritmo adequado de casos levados à consideração de árbitros internacionais é que se pode especular por um processo de fechamento pela estabilização de programas condicionais. Conforme Luhmann, o código de comunicação do sistema permite que os procedimentos de aplicação do direito escapem da influência direta das classes sociais predominantes (2004, p. 248). Em se estabelecendo o paralelo, a estabilização das normas jurídicas internacionais, incluindo no que tange a investimentos estrangeiros, contribui para um nivelamento entre as potências centrais e os países periféricos.

Do que se percebe da evolução da *global investment law*, consagrou-se a fórmula da "compensação pronta, adequada e efetiva" adicionada de outras expressões igualmente abertas

tais como "tratamento justo e equitativo". Embora a regra tenha raízes na imposição do padrão mínimo internacional baseado na prática das "nações civilizadas" de respeito aos direitos humanos (BYERS, 2004, p. 83), deve se ter em mente que a regra foi cristalizada por meio da abrangente rede de acordos bilaterais e circula em via de mão dupla, aproximando-se de um sistema fechado operacionalmente. Vale ressaltar que os textos dos acordos foram originalmente modelados com a intenção primária de proteger investidores no exterior ao tempo em que se esquecia da ampla autoridade interpretativa delegada às cortes arbitrais. Tampouco a maioria dos acordos demonstra preocupação dos signatários em usar uma linguagem precisa que proteja os poderes regulatórios do Estado. Á medida que essa lacuna passa a desafiar o arcabouço regulatório não só da periferia, mas também dos integrantes do centro do sistema internacional, revigora-se a percepção de que se faz necessário preservar a liberdade regulatória dos países receptores a partir de uma limitação da discricionariedade arbitral. Em particular, o grande número de casos iniciados contra os Estados Unidos e o Canadá, todos baseados nas cláusulas de proteção a investidores do NAFTA, tem gerado massa crítica para redesenhar as margens normativas desse tratado. (ROBERTS, 2013, p. 78).

Também no âmbito europeu, a circulação em mão dupla do programa aberto da *global investment law* tem causado preocupações no âmbito dos promotores dos acordos bilaterais de investimentos. Em caso recente levado à apreciação do Centro Internacional para Solução de Controvérsias em Investimento (ICSID) do Banco Mundial, a Alemanha foi acionada por acelerar a desativação de reatores nucleares logo após o clamor público ocasionado pelo desastre radioativo na usina de Fukushima no Japão. Autora da demanda, a empresa sueca Vattenfall alegava prejuízos da ordem de 1,5 bilhão de dólares apenas no ano de 2011 pelo desligamento precoce de seus reatores (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2014, p. 2).

Embora o painel de arbitragem ainda não tenha produzido seu laudo e haja uma inclinação para reconhecer o nível avançado dos sistemas legislativo e judicial alemão, a reclamada encontra-se em posição desconfortável diante do repertório de decisões já produzidas no âmbito do ICSID. Não só a replicação da Fórmula Hull em graus mais extremos por meio de acordos bilaterais, mas também as inúmeras interpretações extensivas do conceito de expropriação conformam uma redundância desfavorável ao Estado regulador que praticamente não existia no século XIX. Para o sistema que se forma a partir da repetição de autodescrições, a mudança histórica no entorno somente vai importar se houver o acoplamento estrutural que permita a seleção do evento, permitindo a proposta de um novo programa e sua reestabilização posterior.

2.2. A uniformização do programa jurídico no bilateralismo

A variedade de acordos bilaterais celebrados entre as diversas nações sugere uma heterogeneidade de conteúdo normativo, constituindo provavelmente um conjunto de direitos estipulados *ad hoc*. De fato, pode se perceber diferenças no teor dos inúmeros tratados. Alguns podem prever mais direitos aos investidores do que outros. Alguns podem oferecer o recurso à arbitragem direta entre investidor e Estado, dispensando a proteção diplomática, enquanto outros não. Embora a lista de possíveis diferenças possa se estender ainda mais, os acordos de investimentos conformam-se a arquétipos pré-estabelecidos e convergem consideravelmente no que tange princípios gerais de proteção ao investimento estrangeiro. Esse resultado se verifica independentemente do grau de desenvolvimento econômico dos signatários (SCHILL, 2009, posição 1053).

Uma das explicações para a homogeneização da *global investment law* está no *modus operandi* utilizado pelas potências ocidentais para fechar acordos bilaterais de investimentos. Desde a década de sessenta, o procedimento de negociação se inicia por uma oferta padronizada denominada acordo-modelo, sendo o país periférico pressionado a aceitar segundo uma perspectiva de atração de investimentos para seu território. A postura negociadora da parte investidora tende ao recrudescimento no que tange alterações ao padrão apresentado à mesa de negociação, principalmente no que tange à regra de compensação baseada na Fórmula Hull (VANDEVELDE, 1993, p. 63). Ainda assim pode se encontrar divergências entre o acordo-modelo e o texto final da negociação. Contudo, as mudanças não significam um afastamento muito grande do rascunho original via de regra (VANDEVELDE, 2005, p. 170).

Outro instrumento que aprofunda a prevalência de um texto único sobre as regras de proteção de investimento é a cláusula de nação mais favorecida. Por essa cláusula os signatários se obrigam a estender tratamento mais favorável concedido a terceiras partes. Dessa maneira, ainda que seja obtido, em uma negociação particular, um texto mais inclinado a preservar a autonomia regulatória do país receptor do investimento, o efeito pode ser anulado pelo resultado de outra negociação. O fenômeno implica a fixação de um padrão que se traduz na regra mais favorável ao investidor, o que se encontra consolidado conforme se demonstra em alguns laudos arbitrais disponibilizados ao público. No caso Berschader v. Russia, reconheceu-se a cláusula de nação mais favorecida como fator de extensão de direitos materiais em benefício do investidor estrangeiro. Conforme o referido laudo, "*it is universally agreed that the very essence*

of an MFN provision in a BIT is to afford to investors all material protection provided by subsequent treaties"[3].

Ao lado de acordos-modelo e cláusulas de nação mais favorecida, estratégias de estruturação societária adotadas por grandes corporações contribuem para a multilateralização de regras internacionais ainda que tenham sido concebidas por meio de acordos bilaterais. Trata-se de um veículo para a prática denominada *treaty-shopping* em que a empresa se instala, por meio de uma subsidiária, em países com acordos mais vantajosos para a posição de investidor. Em muitos casos, a definição de "investidor" abrange hipóteses que incentivam a reorganização corporativa de modo que a empresa fixe um endereço na jurisdição de um terceiro país cujos laços bilaterais possibilitem invocar uma proteção específica não coberta no acordo aplicável ao país de origem da pessoa jurídica investidora (SCHILL, 2009, posição 2602).

Considerando que o fechamento operacional não se conclui com a persistência de regras *ad hoc* e *ad hominem*, a vasta rede de acordos bilaterais de proteção a investimentos contribui para a abordagem do direito internacional dos investimentos como sistema autopoiético. A par disso, caso se entenda a existência de um sub-sistema de direito na *global investment law*, sua sobrevivência como tal depende de instituições que viabilizem a observação de segunda ordem a exemplo das tradicionais cortes nacionais. Como pode se perceber de algumas referências ao longo deste trabalho, tribunais privados, com destaque para o ICSID, têm assumido essa posição que potencialmente serve ao propósito de reverberar decisões estabilizadoras do sistema. No próximo tópico, será discutido se a missão tem sido cumprida a contento.

3. O ARRANJO ISDS COMO OBSERVADOR DE SEGUNDA ORDEM

As comunicações de um sistema jurídico dizem respeito unicamente aos sujeitos de direito reconhecidos pelo próprio sistema que, por sua vez, recursivamente define as entidades que se constituem em seus sujeitos. Na origem do direito internacional, os únicos sujeitos permitidos em uma controvérsia eram os Estados. Até meados do século XX, o sistema de direito internacional não considerava pessoas naturais nem entidades personalizadas como organizações não-governamentais e corporações empresariais (DAMATO, 2005, p. 356).

[3] Disponível em http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf. Acesso em 17/04/2017.

Em razão das relações entre Estados serem mais esporádicas do que entre indivíduos, tribunais internacionais eram raramente acionados para resolver disputas, o que lhes conferia um caráter *ad hoc*. De modo geral, a dificuldade de estabelecer um colegiado de árbitros fazia com que fossem raramente convocados para solucionar eventuais controvérsias. Assim, as diferenças entre Estados costumavam ser decididas no mundo da diplomacia ou da guerra, antes mesmo que o problema de validade jurídica de certo comportamento pudesse ser avaliado (DAMATO, 2005, p. 359).

Sem uma estrutura que assegure o desenvolvimento profissional da argumentação jurídica, não se pode conceber um anteparo mínimo que funcione com vistas à preparação de decisões que comuniquem o símbolo de validade (lícito/ilícito). Para firmar sua autonomia como sistema, o direito internacional deve recorrer à redundância no campo da argumentação definindo-se estruturas de comunicação que se repetem, garantindo a estabilidade por meio da informação que se cristaliza em suas vias de comunicação. (LUHMANN, 2004, p. 35). As cortes permanentes no ocaso das duas grandes guerras, o sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial de Comércio assim como os tribunais voltados para a proteção dos direitos humanos são evidências de que o campo institucional está amadurecendo no sentido de assegurar as vias de comunicação do direito internacional.

3.1. A evolução da estrutura de comunicações do direito internacional

Com a expansão do universo dos sujeitos de direito internacional a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, passou-se a admitir a participação não só de indivíduos, mas também de organizações com ou sem fins lucrativos. Assim, a violação de uma norma jurídica estabelecida em nível internacional não mais precisava ser levada à jurisdição competente por um Estado. Quando se admite o afastamento do Estado como patrocinador indireto de causas, abre-se a via para o aumento de oportunidades para a redundância de decisões. No caso específico do investimento estrangeiro, no entanto, não se aproveitou de organizações permanentes de julgamento. Conhecido pelo acrônimo ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*), o regime eleito pela *global investment law* baseou-se na estrutura da arbitragem comercial em que os árbitros se reúnem casuisticamente para apreciar as disputas trazidas por investidores contra Estados.

Essa estrutura não se amolda perfeitamente em um circuito de redundância de comunicações do sistema de direito internacional. Um dos sintomas dessa desconformidade é o diálogo em mão única entre a Corte Internacional de Justiça (CIJ) e as diversas cortes arbitrais

de investimentos. Embora os últimos sempre prestem deferência aos precedentes da CIJ, o caminho inverso não se verifica. Muito pelo contrário, a própria CIJ já exteriorizou seu entendimento de que o universo da arbitragem não afeta o tradicional direito consuetudinário internacional. Mesmo havendo a consciência do importante histórico de decisões arbitrais, a corte sediada em Haia considera que esse arcabouço pertence a "regimes jurídicos especiais que disciplinam a proteção de investimentos" criados por "vários acordos internacionais, como os acordos para promoção e proteção de investimentos e a Convenção de Washington"[4].

3.2. Críticas ao arranjo ISDS

À medida que as barreiras nacionais ao capital se diluem e proliferam acordos baseados na Fórmula Hull, nem o centro do capitalismo está imune à arbitragem no modelo ISDS. Conforme dados da UNCTAD, metade dos casos levados a painel de árbitros em 2013 tinha como respondentes países desenvolvidos (UNCTAD, 2014, p. 2). No ano seguinte, o percentual foi reduzido para 40%, mas ainda assim muito acima da média histórica de 28% (UNCTAD, 2015, p. 5). Ao se perceber a *global investment law* como um instrumento que pode ser utilizado inclusive contra os tradicionais exportadores de capitais, é possível vislumbrar a estabilização de normas jurídicas legítimas. Quando as "metrópoles" passam a ser tratadas em regime de igualdade com as "colônias", mitiga-se o caráter político de dominância, favorecendo o aparecimento da autonomia desse ramo de direito.

No entanto, as características próprias do modelo de arbitragem, desenhado para a resolução de disputas comerciais, não tem se mostrado satisfatório para muitos participantes do regime. Após algumas décadas de funcionamento, a generalização do mecanismo começa a ser questionado, inclusive com a denúncia da convenção que estabeleceu o ICSID. Em 2007, a Bolívia notificou o órgão de arbitragem quanto ao seu desligamento (GAILLARD, 2007, p. 1), o que foi seguido por Equador em 2009 (TZANAKOPOULOS, 2011, p. 75) e Venezuela em 2012 (RIPINSKY, 2012).

As manifestações de desapreço pelo regime não encontram repercussão apenas na periferia, como se poderia esperar inicialmente, mas também no centro econômico do mundo. Em uma reportagem do jornal alemão *Die Zeit*, destaca-se que o tribunal arbitral de Vattenfall (ver item 2.1) corresponde a um poderoso sistema de justiça paralelo. Ainda conforme o artigo jornalístico, um painel de três árbitros se encontra a portas fechadas e pode impor penalidades

[4] Tradução livre. Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, par. 90. Disponível em http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf. Acesso em 17/04/2014.

de bilhões de euros contra o governo alemão. Sobre a ascendência profissional dos árbitros, a reportagem ressalta que não são juízes permanentes, nem servidores públicos, mas apenas especialistas ligados a grandes escritórios de advocacia. Finalmente, o periódico relata que todos os alemães estão sendo processados por expropriação indireta. Mesmo assim, não há perspectiva alguma de como a disputa será decidida em um julgamento que não se sujeita a revisão de qualquer ordem (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2014, p. 5).

A preocupação da imprensa alemã com a higidez da arbitragem reflete-se no número crescente de preliminares levantadas contra a indicação de árbitros para formação do painel. Consciente da ameaça à credibilidade dos julgamentos, o Conselho Administrativo do ICSID, entidade permanente responsável pela apreciação das preliminares, tem demonstrado cautela na aprovação dos árbitros. Resgatando o artigo 14 da Convenção, que se refere à imparcialidade de julgamento, desqualificou-se o árbitro apontado pelo investidor tendo em vista, entre outras razões, a recorrência de indicações realizadas pela firma advocatícia da parte demandante. Por essa decisão, nota-se a desnecessidade de comprovar um vínculo substantivo para demonstrar o conflito de interesses, bastando a aparência da associação entre o candidato a panelista e o seu patrono[5]. Em outra decisão, o conselho também acatou o pedido de desqualificação formulado pelo Estado demandado ao notar que o indicado era sócio no escritório que representava o polo ativo em outro caso de arbitragem contra o mesmo país[6]. A partir de ambas as decisões pode se notar o esforço dos funcionários permanentes do ICSID em conferir maior credibilidade aos julgamentos promovidos por meio da instituição.

Mesmo diante desse trabalho a desconfiança tem prevalecido no meio acadêmico e entre organizações da sociedade civil. A arbitragem, em especial aquela veiculada pelo ICSID, confere um escopo muito amplo ao panelista. De modo geral, pode afetar qualquer decisão relacionada a ativos pertencentes a estrangeiros que, de outra maneira, estariam sujeitos exclusivamente à autoridade do Estado. A relação no arranjo ISDS tem natureza assimétrica porque apenas investidores podem iniciar a disputa enquanto o Estado não pode utilizar a mesma via para fazer valer a responsabilidade corporativa. Concebido originalmente para

[5] Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)) (ICSID Case No. ARB/08/5), Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 13 de dezembro de 2013. Disponível em http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C300/DC3972_En.pdf. Acesso em 17/04/2017.

[6] Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/20), Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 de novembro de 2013. Disponível em https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/20. Acesso em 17/04/2017.

resolver disputas comerciais ou entre Estados, o painel de árbitros exerce outra função: revisão judicial de atos administrativos. Além disso, o recurso à arbitragem dispensa, via de regra, a utilização dos remédios administrativos ou judiciais disponíveis no país anfitrião do investimento. Todas essas características tornam o cenário bastante propício à litigância de corporações no âmbito da *global investment law* (HARTEN, 2013, pp. 7-8). No discurso político contrário a ampliação do regime ISDS para eventuais acordos entre a União Europeia e o Canada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA*) e União Europeia e Estados Unidos (*Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP*), tornou-se comum citar a reflexão do árbitro espanhol Juan Fernandez-Armesto sobre a magnitude de poder transferido pelos Estados em acordos de investimento:

> When I wake up at night and think about arbitration, it never ceases to amaze me that sovereign states have agreed to investment arbitration at all. Three private individuals are entrusted with the power to review, without any restrictions or appeal procedure, all actions of the government, all decisions of the courts and all laws and regulations emanating from Parliament[7].

A dimensão dos poderes entregues aos árbitros se torna ainda mais intrigante quando retornamos ao tema da promiscuidade de interesses com grandes firmas de advocacia. Em um relatório de um consultor independente produzido pelas Nações Unidas, critica-se duramente o regime ISDS por sua tendência a propiciar a colusão entre julgadores e advogados:

> Paradoxically, States have agreed to the creation of ad hoc investor-State dispute settlement tribunals that are frequently not independent, transparent or accountable. Studies have been published that manifest egregious abuses by specialized law firms in collusion with arbitrators and corporations using this system of "privatized justice" to escape adjudication before public courts under article 14. In the light of well-established and well-functioning domestic legal systems, investor-State dispute settlement offers no added value and yet, vested interests of powerful investors and transnational corporations have rendered it difficult to abolish it (ZAYAS, 2015, p. 6).

Sendo um sistema de mão única no que tange ao mecanismo decisório, a *global investment law* não permite que Estados busquem a responsabilidade de empresas por atos de violação aos direitos humanos ou ao meio ambiente, mesmo que seja decorrente de obrigações previstas em tratados internacionais. Em termos de direito internacional, indivíduos e empresas multinacionais podem ter sido elevados à categoria de sujeito ativo, mas, à exceção de crimes de guerra e similares, não podem ser alcançados por tribunais internacionais na condição de

[7] A citação parece ter aparecido pela primeira vez em PERRY, Sebastian. *Stockholm: Arbitrator and counsel: the double-hat syndrome*. In Global Arbitration Review, v. 7, nº 2, 15 de março de 2012. Depois a frase foi reverberada em diversos editoriais. Ver https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/oct/29/why-support-the-tpp-when-it-will-let-foreign-corporations-take-our-democracies-to-court. Acesso em 17/04/2017. Também bastante utilizada por políticos. Ver https://youtu.be/6fDCbf4O-0s. Acesso em 17/04/2017.

sujeito passivo. Há alguns instrumentos multilaterais que podem ser utilizados para repreender corporações transnacionais, mas de modo indireto, não se formando uma decisão condenatória específica. Um exemplo dessa prática consiste nas revisões de um texto da OCDE de adesão voluntária denominado Orientações para Empresas Multinacionais. Nessa instância, organizações da sociedade civil podem encaminhar casos de violações de direitos humanos a um comitê do organismo. Após o exame dos fatos, esse órgão pode introduzir notas explanatórias em referência ao caso de modo a esclarecer se houve ou não violação aos termos das Orientações (SUBEDI, 2016, posição 8348). Não tendo força compulsória, atua como uma decisão que afeta o campo da ética, não expressando uma comunicação que se serve do código do direito.

Com o regime ISDS em evidência na agenda política dos países centrais, começam a surgir propostas para que os acordos de investimentos deem um passo à frente e sejam incrementados com cláusulas que permitam a apuração contenciosa da responsabilidade de transnacionais. O fluxo da controvérsia não teria mais uma única direção e funcionaria em mão dupla. Ao tempo que o corpo de normas jurídicas aborda os interesses de investidores também deveria considerar os interesses daqueles afetados negativamente pelo investimento, o que abriria a via para julgamentos internacionais entre, por exemplo, organizações não-governamentais e empresas multinacionais (SUBEDI, 2016, posição 8374).

Ainda em relação ao ISDS, o recorrente sigilo das decisões arbitrais atrai a desconfiança sobre a transparência do processo. No âmbito do ICSID, embora a informação sobre a existência da contenda seja pública, os laudos arbitrais e, principalmente, os acordos firmados entre as partes antes da enunciação do laudo podem ter caráter sigiloso. A confidencialidade do resultado da arbitragem depende do tratado aplicável à disputa. Caso seja omisso sobre a matéria, as partes unilateralmente podem decidir pelo sigilo, prerrogativa que tem sido exercida com bastante frequência. De uma amostra de 246 casos entre 1972 e 2012, 40% não tiveram as razões de decidir reveladas ao público, sendo crescente a opção pelo silêncio dos árbitros nos últimos anos. Acredita-se que as decisões desfavoráveis ao receptor do investimento levam a um arrependimento em relação à assinatura do acordo, incentivando a confidencialidade com vistas a esconder o equívoco. Nesse tocante, a escolha pelo segredo vai ao encontro de uma solução menos previsível e mais flexível tendo em vista a dificuldade de gestão do conflito por meio de *hard bargains* (HAFNER-BURTON, 2016, p. 4). Ao exercer a opção do sigilo, no entanto, a parte procura por uma conformação extrajurídica, guiada por outro código social como a política. A rigidez do processo de aplicação do código lícito/ilícito

conduz a esse comportamento, principalmente quando as partes se veem em uma relação de longo prazo – familiar, profissional, etc – e temem pela judicialização, preferindo uma situação de conflito permanente onde todos podem assumir seus riscos (LUHMANN, 2004, p. 169). O mesmo se aplica às relações de investimento em que se gera interdependência entre empresa investidora e Estado anfitrião, por exemplo, quando projetos de infraestrutura são concluídos e se faz necessário um longo período para recuperação dos custos de implantação (HAFNER-BURTON, 2016, p. 10-12).

3.3. Propostas de substituição do arranjo ISDS

Para manter a estabilidade das expectativas normativas, ou seja, para preservar a funcionalidade do sistema jurídico faz-se necessário consolidar um subsistema de decisões voltado para comunicação baseada no código lícito/ilícito. Essa estrutura deve ser composta por profissionais cuja função consiste em prover consistência às normas. Embora não se possa considerar que os tribunais estejam em posição hierarquicamente superior aos demais agentes que operam no âmbito do sistema jurídico, esses organismos são essenciais para o fechamento das operações já que não podem se recusar a decidir os casos trazidos a sua consideração. (LUHMANN, 2004, pp. 299-300).

Nesse sentido, a estrutura decisória contemplada pela *global investment law* não parece carregar as características preconizadas por Luhmann para garantir o fluxo de comunicação típico de sistemas autopoiéticos. Por um lado, o regime ISDS toma emprestado muito recorrentemente a linguagem da política, principalmente nos casos em que grandes multinacionais têm maciços investimentos de infraestrutura em países periféricos. A relação de dependência termina por favorecer um procedimento sigiloso cuja conclusão não se refere ao código lícito/ílícito, mas muitas vezes à barganha que conduz a um acordo. Ademais, a confidencialidade de muitas das decisões enfraquece a comunicação por não se cristalizar a memória do direito, mesmo que parte dos laudos arbitrais seja divulgada ao público. Finalmente, a ausência de profissionalismo dos árbitros, no sentido de que não se dedicam exclusivamente ao ofício, prejudica a função do subsistema de decisão, principalmente pelo fato de ora exercerem o papel de advogados dos pleiteantes, ora o papel de julgadores. Todos esses fatores contribuem para que o sistema do direito internacional dos investimentos seja criticado usualmente por ser, em verdade, mero instrumento de poder do capital internacional (SUBEDI, 2016, posição 1076).

À medida que o movimento da *global investment law* segue em direção aos Estados do centro, a reação dos atores políticos não tem sido favorável ao ISDS, o que tem sido refletido nas novas negociações internacionais de comércio e investimentos. Ao tempo que não se percebe um sistema genuinamente jurídico no atual direito de proteção ao investimento estrangeiro, a União Europeia tem realizado esforços diplomáticos para instituir um órgão permanente de julgamento especializado na matéria, denominado provisoriamente de Corte Multilateral de Investimentos. Além de afastar o traço *ad hoc* da arbitragem, o novo tribunal seria formado por juízes com mandato fixo cujas decisões estariam sujeitas a revisão por outro colegiado profissional[8]. Caso a iniciativa renda frutos nas negociações, espera-se um corpo de julgadores dedicado a estabilizar expectativas normativas e assim conformar um sistema jurídico fechado operacionalmente.

Em outra toada, o Brasil adotou um novo modelo de acordo de investimentos conhecido pelo acrônimo ACFI (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos), tendo sido utilizado para a assinatura de diversos tratados entre 2015 e 2016 com Moçambique, Angola, Malaui, México, Colômbia, Chile e Peru[9]. Ao passo que prevê a arbitragem apenas entre Estados, abolindo a possibilidade do ISDS, o modelo enfatiza o mecanismo de administração do tratado voltado para o diálogo permanente entre as partes e prevenção de disputas, além de prever medidas para efetivar normas de responsabilidade social corporativa (MONEBHURRUN, 2017, p. 86). Aparentemente, a contribuição brasileira tende a recorrer a um artifício menos agressivo em face do regime atual. Em vista de o objetivo se pautar pela supressão da disputa antes que se recorra ao código lícito/ilícito, trata-se de uma escolha que se pauta pela linguagem da política.

CONCLUSÃO

A formulação de um direito internacional dos investimentos derivou dos conflitos surgidos em razão do processo de descolonização. Com o aparecimento de novos países independentes, mas ainda com fortes laços econômicos com as antigas metrópoles, o ambiente político se tornou propício a atos de expropriação direcionados à atividade de exploração de

[8] A Comissão Europeia tem trabalhado desde 2015 para constituir a Multilateral Investment Court. Conforme o órgão, o objetivo é substituir as cláusulas que preveem o ISDS em todos os acordos de investimento dos quais a participam a União Europeia e seus membros. Atualmente, o CETA com o Canadá, aprovado pelo Parlamento Europeu em fevereiro de 2017, e o acordo de livre comércio com o Vietnã contam com disposições sobre a constituição de um tribunal multilateral permanente voltado para as questões de investimento. Para mais informações ver http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608. Acesso em 17/04/2017.

[9] Disponível em http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi. Acesso em 17/04/2017.

recursos naturais ou a projetos nacionais de infraestrutura de transporte e energia. No âmbito da proteção diplomática, os Estados exportadores de capitais insistiram em fórmulas indenizatórias que garantissem o ressarcimento do justo valor de mercado do empreendimento enquanto os receptores repisavam a importância da soberania e o respeito às decisões dos tribunais nacionais. Adentrando o pós-guerra, a ONU, dominada na Assembleia-Geral por países periféricos, tratou de aprovar resoluções favorecendo a posição dos importadores de investimentos ao passo que a OCDE, clube dos países desenvolvidos, redigiu convenções privilegiando a melhor proteção possível ao investidor. No impasse multilateral impediu que se firmasse um consenso sobre as regras de um direito internacional dos investimentos. Entretanto, a estratégia de negociar bilateralmente pendeu a balança para os exportadores de capital, homogeneizando regras por meio da utilização de acordos-modelo, a cláusula de nação mais favorecida e a prática do *treaty-shopping.*

Por outro lado, embora se possa observar a criação de uma *global investment law* o mecanismo decisório se baseia, na maioria das vezes, em um sistema arbitral cuja transparência e imparcialidade tem sido colocada em xeque. A ausência de profissionalismo dos árbitros, que se revezam na função de julgador e advogado, prejudica a credibilidade dos laudos assim como o sigilo recorrente mitiga a preservação da memória segundo um observador de segunda ordem. Como observado no desenvolvimento do texto, a configuração da estrutura decisória faz com que o funcionamento desse ramo do direito internacional tome por base a linguagem própria da política.

A autorização concedida a multinacionais para acionar diretamente Estados, dispensando-se a exaustão dos remédios nacionais e a proteção diplomática, tem criado resistência ao avanço do regime ISDS nos parlamentos nacionais. O fluxo internacional dos capitais não tem mais uma única direção e flui do centro à periferia, do centro ao centro, da periferia à periferia, e, mais raramente, da periferia ao centro. Dessa maneira, a ameaça de responsabilização estatal por uma "justiça privatizada" pauta a agenda política não só de nações em desenvolvimento, mas também de países desenvolvidos. Em face disso, alternativas tem surgido no horizonte, indo desde o estabelecimento de um tribunal permanente que tende a favorecer o fechamento das operações jurídicas até à pactuação de um instrumento de prevenção de disputas, o que se localizaria no sistema político. Não se pode prever se uma ou outra solução prevalecerá. Pelo menos no caso do regime ISDS, no entanto, pode se antecipar a perda de sua relevância ao passo que encontra dificuldades de definir seu âmbito jurídico ou político no tratamento de questões de direito público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNASCONI-OSTERWALDER, *The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark*. IISD: Winnipeg, 2014.

BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules*. Cambridge University Press: Cambridge, 2004.

CHO, Sungjoon et al. *The Limits of Isomorphism: Global Investment Law and the ASEAN Investment Regime*. In Chicago Journal of International Law, v. 17 nº 2 Article 1, 2016. Disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol17/iss2/1. Acesso em 17/04/2017.

D'AMATO, Anthony. International Law as an Autopoietic System. In WOLFRUM, Rudiger; ROEBEN, Volker (eds.). *Developments of International Law in Treaty Making*. Springer: Berlin, Heidelberg, 2005.

ELKINS, Zachary et alli. Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000. In *International Organization*, v. 60, Fall 2006.

GAILLARD, Emmanuel. The Denunciation of the ICSID Convention. In *New York Law Journal*, v. 237, nº 122, 26/06/2007.

HAFNER-BURTON, Emilie. Predictability Versus Flexibility: Secrecy in International Investment Arbitration. In *World Politics*, v. 68, nº 3, julho/2016.

HARTEN, Gus van. *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial restraint in Investment Treaty Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. In *Journal of International Dispute Settlement*, v. 8, nº 1, 2017.

MOORE, John Basset, *A Digest of International Law*, v. VI. Government Printing Office: Washington D.C., 1906.

PERRY, Sebastian. Stockholm: Arbitrator and counsel: the double-hat syndrome. In *Global Arbitration Review*, v. 7, nº 2, 15/03/2012.

RIPINSKY, Sergey. Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve. In *Investment Treaty News*, 13/04/2012. Disponível em https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/. Acesso em 17/04/2017.

ROBERTS, Anthea. Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System (January 1, 2013). In *American Journal of International Law*, v. 45, nº 107, 2013. Disponível em https://ssrn.com/abstract=2033167. Acesso em 17/04/2017.

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, nº 3, 1990.

SCHILL, Stephan. *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge University Press: Cambridge, 2009.

SUBEDI, Surya. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. 3ª edição. Bloomsbury: Oxford, Portland, 2016.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties. In HOFMANN, Rainer et al. *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?* Nomos Verlagsgesellschaft, 2011. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1735495. Acesso em 17/04/2017.

UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007.

_____. *International Investment Agreements Issues Note*, nº 1, abril de 2014.

_____. *International Investment Agreements Issues Note*, nº 1, fevereiro de 2015.

_____. *World Investment Report: Investor Nationality – Policy Changes*. United Nations: Geneva, 2016.

VANDEVELDE, Kenneth. A Brief History of International Investment Agreement. In *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, v. 12.1, 2005.

_____. U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave. In *Michigan Journal of International Law*, v. 14, 1993. Artigo disponível em http://www.stephankinsella.com/wp-content/uploads/texts/vandevelde_second_wave.pdf. Acesso em 17/04/2017.

ZAYAS, Alfred-Maurice. *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*. Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 2015. Disponível em http://undocs.org/A/70/285. Acesso em 17/04/2017.