

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL I

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

GUSTAVO ASSED FERREIRA

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

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 Napolini 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

D598

Direito internacional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Florisbal de Souza Del Olmo, Gustavo Assed Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-164-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL I

Apresentação

O Direito Internacional passou por importantes transformações nas últimas décadas. De um lado, a globalização e o incremento da tecnologia da informação significaram novos limites para os mais distintos campos do Direito Internacional e para as Relações Internacionais. Por outro lado, a crise global de 2008 e seus impactos, também significaram desafios adicionais para a disciplina e para os seus operadores. Os artigos apresentados no GT Direito Internacional I enfrentam o quadro acima descrito. Os trabalhos debatem as mais distintas áreas do Direito Internacional, tais como comércio internacional, meio ambiente, investimentos e arbitragem. Essa compilação de textos sintetiza, com a devida profundidade, a essência dos debates acontecidos em Brasília.

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

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira (USP)

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato (FURG)

**A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS RELATIVAS AOS INVESTIMENTOS NO
ÂMBITO DA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM – CPA**

**THE RESOLUTION ON SETTLEMENT OF INVESTMENT UNDER THE
PERMANENT COURT OF ARBITRATION - PCA**

**Lidianne Araújo Aleixo
Suzana Cecília Côrtes de Araújo e Silva**

Resumo

A globalização foi acompanhada da proliferação de regras e instituições internacionais visando propiciar segurança jurídica à criação de um ambiente favorável ao comércio e aos investimentos, que se intensificaram e romperam barreiras territoriais. E foi nesse contexto que o instituto da arbitragem se desenvolveu, tornando-se o instrumento primeiro de eleição para a solução das controvérsias relativas aos investimentos estrangeiros, por ser considerada forma de solução pacífica que mais respeita a soberania do Estado. Na Conferência de Haia a solução pacífica por meio da arbitragem foi estimulada, ocasião em que foi proposta a criação da Corte Permanente de Arbitragem - CPA.

Palavras-chave: Investimento estrangeiro, Solução de controvérsias, Corte permanente de arbitragem

Abstract/Resumen/Résumé

The globalisation has been followed by the proliferation of international rules and institutions to provide legal certainty to the creation of an enable environment for trade and investment, which have intensified and broke territorials barriers. It was in this context that the arbitration institute has been developed, becoming the first instrument of choice for the settlement of disputes related to foreign investments, to be considered as the most respects the sovereignty of the state. In the Hague Conference peaceful settlement through arbitration was encouraged, and then it was proposed the creation of the Permanent Court of Arbitration - PCA.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Foreign investment, Settlement of disputes, Permanent court of arbitration

1. INTRODUÇÃO

Na segunda metade do século XX, a sociedade internacional se deparou com os fenômenos da Globalização e com o surgimento de novos atores internacionais, não mais configurando o Estado como único ente das relações internacionais.

O fenômeno da globalização consiste na transnacionalização das relações econômicas, financeiras, comerciais, tecnológicas, culturais e sociais, o que possibilita o estabelecimento de relações mais estreitas entre os Estados, como também a cooperação entre países, potencializando uma interdependência entre os Estados.

A nova ordem mundial implica na convivência do Estado-Nação com as Organizações governamentais, as Organizações não governamentais e corporações financeiras transnacionais, e com isso o surgimento da necessidade de estabelecer mecanismos de melhor convivência e paz entre esses sujeitos.

Fatores como a criação de novas tecnologias, o fortalecimento das empresas (ansiosas por novos mercados) e o crescimento econômico intensificam as relações internacionais, e esse fenômeno de globalização, faz com que as relações entre os países sejam mais intensas e constantes, e o movimento de capital além das fronteiras seja intensificado.

A globalização econômica implica não apenas no aumento do fluxo de investimentos entre os países, mas também em uma influência nas políticas econômicas elaboradas pelos governos de cada Estado.

Todas essas modificações havidas no cenário internacional, traduziram-se em sociedades cada vez mais interligadas, e uma maior circulação de capital se fez presente. Fazendo com que as empresas transnacionais, caracterizadas por uma atuação global e por uma grande circulação de capital pelo mundo, passassem a ter bastante influência na economia mundial.

Com a evolução do comércio em nível global, houve uma abertura dos mercados, e com o pós-guerra uma intensa rede de relações comerciais foi formada entre os países e regiões do continente.

O movimento de capital fez com que surgisse um intenso fluxo de investimentos, desta maneira não tardando a surgir as divergências. De um lado os Estados se preocupavam com a influência dos investidores no seu território, e de outro os investidores, preocupados na proteção e segurança dos seus investimentos sem interferência do Estado receptor.

Com as controvérsias, inerentes as relações entre investidores e Estados, vinham a preocupação com o direito aplicável e a jurisdição competente para solucioná-las. Os Estados

tentavam manter a aplicação do direito nacional no âmbito de sua jurisdição interna, no entanto, os investidores procuravam trazer a resolução do conflito para o âmbito do direito internacional, na maioria dos casos, através da aplicação da proteção diplomática.

Entretanto, o exercício da proteção diplomática, passou a não atender as expectativas, em razão da forma abusiva que era empregada, muitas das vezes. Ocasionalmente em alguns casos a expropriação de investimentos estrangeiros, fato que afastava e prejudicava as ações dos investidores, e com isso o próprio desenvolvimento do Estado.

Tais atitudes foram condenadas na Conferência de Haia e a solução pacífica por meio da arbitragem foi estimulada, sendo então na ocasião proposta a criação da Corte Permanente de Arbitragem - CPA.

A presença de um sistema justo e eficaz de resolução de controvérsias se fez necessário nesse contexto, haja visto que a inexistência de solução institucional de disputas econômicas deteriora as relações políticas e pode representar a ruptura de acordos econômicos.

Com as diversas e constantes mudanças, em razão da evolução da sociedade juntamente com o fenômeno da globalização, o mundo moderno precisou de algumas adequações para uma melhor convivência entre as nações.

E foi nesse contexto de mudanças, evolução e integrações que o instituto da arbitragem ganhou cada vez mais espaço, como mecanismo extrajudicial para a solução de controvérsias, e os organismos que se propõem a utilização desse instituto para solução de controvérsias acabam por ser requisitados.

2. INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Após a Segunda Guerra Mundial, fatores econômicos, políticos e jurídicos, contribuíram para que o fluxo mundial de investimentos estrangeiros aumentassem. O princípio da liberdade de comércio, imposto pelos Estados Unidos aos aliados europeus, e o processo de descolonização, intensificaram nas últimas décadas a realização de investimentos estrangeiros e com isso a elaboração de um grande número de normas sobre o tema (DIAS, 2010).

A proliferação de regras e instituições internacionais, se deu de tal forma que provocou uma verdadeira globalização jurídica, traduzindo um momento de crescente interdependência entre os povos. E na área econômica isso se deu de forma relevante, momento esse que foi traduzido com a necessidade de produção de regras específicas.

Existiram vários casos de investidores perderem o seu patrimônio localizado em outros países, face as medidas desproporcionais aplicadas ao capital estrangeiro. Prática essa

que gerou como resultado a desconfiança e desinteresse por parte dos investidores e países exportadores de capital.

Notadamente o que impulsiona o investimento internacional é a possibilidade de reaver seu investimento juntamente com os frutos advindos dele, sejam juros, produtos ou até mesmo resultados sociais.

Ver seus investimentos desapropriados pelos governos de países receptores desses recursos, gerava no investidor um sentimento de impotência, já que não dispunham de métodos eficientes para reaver seu capital.

Em alguns poucos casos, a depender da influência política dos envolvidos, era possível pressionar o Estado desapropriante para recuperar os valores suprimidos, ou ainda utilizar-se do recurso da proteção diplomática nessa tentativa, no entanto, com nenhuma garantia de solução. A recurso da proteção judicial era outro entrave, tendo em vista as dúvidas existentes quanto a neutralidade do julgador da controvérsia.

Nesse contexto, levando em consideração o desenvolvimento do capitalismo global e o crescente fluxo internacional de capitais, se fazia necessário o surgimento de um foro no qual os investidores e Estados pudessem resolver suas diferenças (GUSTI; TRINDADE, 2012).

As expropriações de investimentos estrangeiros ocorridos principalmente no México, e em alguns países da Europa do Leste e Central, após a Primeira Grande Guerra, e o processo de nacionalização dos países que integravam a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas trouxeram, de um lado, a reivindicação do direito de soberania sobre o território e seus recursos naturais por parte dos países receptores de investimentos e, de outro, ressaltaram a necessidade de uma regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros diretos.

Nas décadas de 1960 e 1970, respectivamente, tivemos o processo de independência das antigas colônias, e a proliferação de empresas transnacionais, implicando na necessidade de criação de um ambiente seguro para os investimentos (DIAS, 2010).

A necessidade premente dos países em desenvolvimento de ter acesso ao capital estrangeiro juntamente com o intuito de desenvolvimento das economias domésticas faz com que os Estados receptores de investimentos passem a desenvolver políticas que, assegurem condições favoráveis e especiais para conquistar o interesse dos investidores.

Todos estes fatos conduziram ao entendimento de que os instrumentos internacionais seriam mais eficazes para disciplinar a matéria dos investimentos estrangeiros. Até porque os interesses das partes envolvidas são contrapostos, o controle dos investimentos, que interessa aos países receptores, e a liberdade de investir, que interessa aos investidores, dificultam a aplicação das normas de direito interno.

Desta forma, passou a ter relevância o estudo do Direito Internacional dos Investimentos, terminologia utilizada por Dominique Carreau e incorporada nas lições de Celso de Albuquerque Mello (2004), posteriormente a assinatura dos Acordos de Bretton Woods em 1944.

Portanto, no que tange ao direito internacional dos investimentos, podemos observar dois interesses opostos no que se refere à segurança das ações realizadas pelas partes em um contrato de investimento: de um lado o Estado, geralmente, que preza pela sua soberania, e de outro lado o investidor, que busca incentivos e a preservação e proteção do seu capital.

Tudo para favorecer um equilíbrio de interesses com a intenção de direcionar a regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros, para o efetivo desenvolvimento dos povos, fato de relevância no cenário econômico social internacional contemporâneo.

2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

A atividade de investir pressupõe, sob a ótica econômica, a alocação de recursos em determinado meio de produção de riqueza e a assimilação dos custos correspondentes, na expectativa de que as receitas futuras superem os custos imediatos (RIBEIRO, 2014). No entanto, a definição de investimento estrangeiro tem mudado ao longo do tempo, em paralelo com as mudanças sofridas pelas relações econômicas internacionais.

Portanto, estabelecer um conceito estático para investimento estrangeiro é difícil, tendo em vista ainda a multiplicidade de concepções, face a proliferação de fontes sobre a matéria, sejam acordos bilaterais, multilaterais, regionais ou contratuais. Como bem menciona Karka Closs Fonseca (2008), a regulamentação internacional sobre investimentos estrangeiros é composta de uma grande variedade de normas, que diferem em forma, eficácia e extensão.

As definições de *investimento direto estrangeiro* fornecidas por algumas organizações internacionais, a exemplo do Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), partem de uma noção estritamente econômica.

Segundo o Fundo Monetário Internacional:

Investimento direto é a categoria de investimento internacional que reflete os objetivos de uma entidade residente em uma economia visando um interesse

duradouro em uma empresa residente em outra economia. (...). O interesse duradouro implica na existência de uma relação longa entre o investidor e a empresa estrangeira e um significativo grau de influência do investidor na gestão da empresa. Investimento direto compreende não somente a transação inicial que estabelece a relação entre o investidor e a empresa, mas também todas as transações subsequentes entre eles e entre as empresas filiadas, como também as incorporadas ou não incorporadas.¹

De acordo com a OCDE:

Investimento estrangeiro direto reflete os objetivos de uma relação duradoura por parte da entidade residente em uma economia (investidor direto) em uma entidade residente em uma economia outra que aquela do investidor (investimento estrangeiro). Este interesse duradouro implica na existência de uma longa relação entre o investidor direto e a empresa e um significativo grau de influência na gestão dessa empresa. Investimento direto envolve as transações iniciais entre ambos e todas as transações de capital subsequentes entre eles e entre as empresas filiadas, incorporadas e não incorporadas.²

Nesta mesma linha, a UNCTAD também fornece uma definição de investimento estrangeiro:

Investimento estrangeiro direto é definido como um investimento envolvido em um relacionamento de longo prazo, que reflete um interesse e controle duradouros, por uma entidade residente em um economia, sobre um empreendimento sediado em outra economia, que não aquela do investidor

¹ No original: “Direct investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy. (The resident entity is the direct investor and the enterprise is the direct investment enterprise.) The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. Direct investment comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated”. FMI. Balance of Payment Manual. 5 ed, FMI, 1993. pág. 86. Disponível em <http://www.imf.org/external/np/sta/bo/bopman.pdf>. Acesso em 16.03.2015.

² No original: “Foreign direct investment reflects the objective of obtaining a lasting interest by a resident entity in one economy (“direct investor”) in an entity resident in an economy other than that of the investor (“direct investment enterprise”). The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence on the management of the enterprise. Direct investment involves both the initial transaction between the two entities and all subsequent capital transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated”. OCDE Benchmark Definition of Foreign Direct Investment. pág. 7. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf> (acesso em 16.03.2015)

direito. O investimento estrangeiro direto implica no exercício de certo grau de influência na gestão do empreendimento residente na outra economia.³

Nas mencionadas definições encontramos semelhanças, haja vista que todas fazem menção a uma relação entre o investidor de uma determinada nacionalidade e uma empresa de nacionalidade diversa, e que basicamente consiste no ingresso de capital estrangeiro em um país.

2.2. O PAPEL DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

As empresas transnacionais (ETN) possuem uma atuação, como o próprio nome sugere, além dos limites territoriais do Estado, pressupondo aplicação de investimentos em escala mundial.

A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) definiu a empresa transnacional como aquela que independe do seu país de origem e de sua propriedade, podendo ser privada, pública ou mista, compreendida por entidades locais em dois ou mais países, ligadas por controle acionário ou não, de forma que uma dessas entidades possam exercer influência sobre a atividade das demais, particularmente, para dividir conhecimento, recursos e responsabilidades.⁴

A consolidação das empresas transnacionais, a partir da segunda metade do século XX, representou também uma reviravolta na aplicação das normas relativas à competência jurisdicional.

A figura da delimitação fronteiriça entre os Estados dá lugar a uma nova geografia, não mais unicamente política, mas econômica, em que as empresas transnacionais vão se instalando aleatoriamente nos Estados, integrando e interligando os mercados.

³ No original: *"Foreign direct investment is defined as an investment involving a long-term relationship and reflecting a lasting interest and control by a resident entity in one company in an enterprise resident in an economy other than that of the foreign direct investor. Foreign direct investment implies that the investor exerts a significant degree of influence on the management of the enterprise resident in the other economy"*. UNCTAD. World Investment Report – 2005. Transnational corporations and the internationalization of R&D. 2005. pág. 329. Disponível em <http://www.unctad.org> (acesso em 16.03.2015).

⁴ Tradução livre, no original: *"A TNC is an enterprise, which is irrespective of its country of origin and its ownership, including private, public or mixed, which comprises entities located in two or more countries which are linked, by ownership or otherwise, such that one or more of them may be able to exercise significant influence over the activities of others and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others. TNCs operate under a system of decision making which permits coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centers. [...] For working purposes, the UNCTAD considers a "transnational corporation" to be an entity controlling assets abroad."* Disponível em www.unctad.org. Acesso em 20.08.2015

Dessa forma, as empresas transnacionais passaram a influenciar sensivelmente as políticas econômicas dos Estados receptores do investimento, passando a exigir que os conflitos sejam submetidos ao direito internacional.

Fato tal que faz com que o Estado não seja mais o único ator nas relações internacionais, deixando de exercer o controle irrestrito dos bens e pessoas no âmbito de sua jurisdição, concorrendo com outras formas de solução de controvérsias capazes de apresentar uma solução, muitas vezes, mais adequada ao conflito, principalmente nos casos relacionados a investimentos.

3. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Ao longo da história foi se consolidando as formas de solução pacífica de controvérsias entre os Estados, sendo instituídos instrumentos que foram consagrados pelos usos e costumes internacionais.

No século XX, foram adotados alguns tratados multilaterais com o fim de regular, de forma regional e até global, os mecanismos para a solução pacífica de controvérsias.

Assim, entre as convenções realizadas em nível global, pode-se citar a Convenção de Haia para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais em 1899, a segunda Convenção de Haia para a Solução Pacífica de Conflitos Internacionais de 1907 e o Ato Geral para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais em 1928, conhecido como Ato Geral de Arbitragem de Genebra, sob a égide da Liga das Nações. Já em nível regional é válido mencionar, no continente americano, o Tratado Interamericano sobre os Ofícios e Mediação de 1936 e o Tratado Interamericano de Soluções Pacíficas de Litígios de 1948, denominado Pacto de Bogotá.

Com a criação da ONU, alguns institutos de solução de controvérsias no âmbito do Direito Internacional Público, passaram a ser os únicos legítimos, dentre eles a arbitragem. Assim, dispõe o artigo 2.3 da Carta das Nações Unidas⁵ que:

“Todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais”.

⁵ BRASIL. Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm >. Acesso em: 16 de março de 2015.

Ademais, o art. 33 da mesma Carta⁶ complementa:

“As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, **arbitragem**, solução judicial, recurso à entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha”. (*grifo nosso*)

3.1. ARBITRAGEM

Um dos mais antigos meios de solução pacífica de controvérsias é a arbitragem. Esta se caracteriza por ser um procedimento com a participação de um árbitro ou um tribunal composto por várias pessoas, escolhidos pelas partes em conflito. Os árbitros são normalmente escolhidos pelo sua especialidade na matéria objeto da controvérsia, além da sua neutralidade e imparcialidade.

A arbitragem é considerada um sistema especial de solução pacífica de controvérsias, que tem força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, no qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confim o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo as partes conflitantes em aceitar a decisão proferida (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012).

A arbitragem pode ser proposta pelos Estados, em um conflito que os divide, ou então estar prevista por meio de um tratado ou organização preexistente, do qual os Estados participem. As Organizações Internacionais utilizam em geral a arbitragem como forma de solução de conflitos (VARELLA, 2012).

Considerada como a forma de solução pacífica mais respeitadora da soberania do Estado que a resolução jurisdicional, a arbitragem antecedeu-se na história das relações internacionais.

As principais características da arbitragem são: a) o acordo de vontade das partes para a fixação do objeto do litígio e o pedido de sua solução, por meio do compromisso arbitral; b) a livre escolha destes; e c) a obrigatoriedade da decisão (NOHMI, 2005).

Sua utilização vem desde a Antiguidade, quando já era utilizada para resolver certos conflitos religiosos entre as cidades gregas. Na Idade Média tanto o Papado como o Sacro

⁶ Op. cit.

Império impuseram a sua autoridade aos príncipes que submetiam por vezes os seus conflitos à arbitragem destas instâncias superestatais.

Com os Estados modernos, a arbitragem rarefaz-se: zelosos da sua jovem soberania, os novos Estados não aceitaram submeter-se ao julgamento de terceiros. Segundo Vattel, para os conflitos menores que não acarretassem perigo para a salvação das Nações – em sentido lato –, os Estados fizeram dela uso episodicamente. Para os conflitos maiores, o processo político da negociação diplomática permaneceu a única forma de resolução pacífica. Esta subalternização da arbitragem prolongou-se até ao fim do século XVIII (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003).

Os fatores de relevância para o renascimento e grande desenvolvimento da arbitragem interestatal, foi nada mais nada menos que a praticidade dos anglo-saxões e a sua predilecção pelas soluções transacionais.

Tendo em vista regular amigavelmente os problemas múltiplos e complexos nascidos da independência americana (delimitação fronteiriça, contencioso financeiro e comercial, etc.), os Estados Unidos e o Reino Unido assinaram em 19 de novembro de 1794 um tratado – dito tratado de Jay – para submeterem as suas contestações à arbitragem de comissões mistas para as quais foi concedida competência para adotarem decisões obrigatórias. Estas comissões funcionaram até 1831 e os seus resultados foram suficientemente positivos para incitar outros Estados a seguirem a mesma via (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003).

A técnica utilizada nesta época era a da arbitragem diplomática. De um ponto de vista orgânico, tratava-se seja de um árbitro único – um homem político, quase sempre um chefe de Estado, por conseguinte um par e não um juiz profissional – seja de um órgão diplomático misto. A decisão arbitral era uma transação, um compromisso mais ou menos equilibrado entre pretensões opostas, não um julgamento em direito.

A técnica da arbitragem aprefeioou-se rapidamente. A primeira etapa importante é constituída pela Conferência de Haia de 1899 onde foi adotada uma convenção para a resolução pacífica dos conflitos internacionais: o seu título IV (arts. 15º a 57º) era inteiramente consagrado à arbitragem. Foram-lhe introduzidas melhorias pela convenção correspondente nº 1 adotada quando da segunda Conferência da Paz (Haia, 1907) (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003).

Apesar das alterações sensíveis do processo de arbitragem, a definição dada pelo art. 37º da Convenção de Haia permanece pertinente (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003):

“A arbitragem internacional tem por objeto a regulamentação dos litígios entre Estados por juízes da sua escolha e an base do respeito do direito.

O recurso à arbitragem implica o compromisso de se submeter de boa-fé à sentença”

A história da arbitragem sendo longa, as formas e funções que sua prática adquiriu tanto em comunidades rurais, como entre comerciantes ou mesmo para resolver questões territoriais, ou ainda o papel que desempenhou na Revolução Francesa, deram-lhe sempre uma posição de relevo na história do Direito. Entretanto, foi no século XX que ela adquiriu uma dimensão mais importante, tanto pela sua extensão como pelo seu desenvolvimento (BAPTISTA, 2008).

Se, no final do século XIX e começo do século XX, a arbitragem internacional recebeu a sua consagração como meio de solução de controvérsias entre Estados nas convenções de Haia, é na segunda metade deste último século que, na esteira do crescimento das relações econômicas, a arbitragem privada voltou a ocupar espaços cada vez maiores e de maior relevo.

O mundo globalizado trouxe para o cenário internacional uma maior interação entre os Estados e com isso o surgimento de controvérsias.

Dentre as formas de solução pacífica de conflitos entre Estados, destacam-se os meios diplomáticos, a solução judiciária e os meios políticos. Como meio das soluções judiciais estão a atividade dos tribunais internacionais permanentes, as comissões internacionais de inquérito e conciliação, as comissões mistas e a arbitragem.

No cenário internacional a arbitragem ganhou relevância face as integrações econômicas e regionais, e com isso a necessidade de soluções para as controvérsias por órgãos técnicos e mais atentos aos fenômenos econômicos, em vez dos tribunais internos dos Estados partes.

No momento atual, no que tange ao mundo dos negócios a arbitragem vem funcionando como instrumento indispensável para dirimir conflitos, tendo em vista a necessidade de celeridade nessas relações, pois as operações e ações comerciais devem ser praticamente instantâneas, não prejudicando a circulação rápida do capital.

Nesse mundo globalização não encontramos mais lugar para a utilização de instrumentos obsoletos, que muitas das vezes mais agravam do que pacificam.

4. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM

A Corte Permanente de Arbitragem foi instituída, em 18 de março de 1899, pela Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais, concluída na Haia, em 1899, durante a primeira Conferência de Paz de Haia. A Conferência foi convocada por iniciativa

do Czar Nicolau II da Rússia “com o objetivo de buscar os meios mais objectivo de garantir a todos os povos os benefícios de uma paz verdadeira e duradoura , e acima de tudo, de limitar o desenvolvimento progressivo dos armamentos existentes”.⁷ Estiveram presentes vinte e seis Estados à exceção do Brasil comparecendo, pela América Latina o México.

A CPA é uma organização intergovernamental com 117 Estados membros. Fundada em 1899 para facilitar a arbitragem e outras formas de resolução de litígios entre Estados, tornando-se uma instituição arbitral moderno, multi-facetada que agora está perfeitamente situado na junção entre o direito internacional público e privado para atender às necessidades de resolução de litígios em rápida evolução da comunidade internacional. Hoje, o CPA presta serviços para a resolução de litígios que envolvam várias combinações de Estados, entidades estatais, organizações intergovernamentais, e entidades privadas.

A Secretaria da CPA, a Secretaria Internacional, chefiada pelo seu secretário-geral, fornece apoio administrativo aos tribunais e comissões. Seu número de casos reflete a amplitude do envolvimento da CPA em resolução internacional de disputas, abrangendo territorial, tratado, e disputas de direitos humanos entre os Estados, bem como as disputas comerciais e de investimento, incluindo litígios decorrentes tratados de investimentos bilaterais e multilaterais.

A corte tem a finalidade de instituir um tribunal arbitral permanente e acessível a todos os Estados independentes, contribuindo para “*estender o império da Lei e fortalecer o sentimento de justiça internacional*”⁸.

Apesar da nomenclatura a CPA não é organizada para funcionar em caráter permanente, tendo apenas os seus órgãos componentes permanentes, como o conselho administrativo e a secretaria da corte.

A estrutura do tribunal é formada por três braços: o Conselho de Administração, composto por diplomatas dos Estados-parte sob a presidência do ministro das Relações Exteriores da Holanda; uma lista de potenciais árbitros, que são os chamados membros da corte, e o seu secretariado.

Os árbitros em potencial são indicados pelos Estados partes. Cada um pode apontar até quatro nomes para fazer parte da lista de sugestões, desde que os escolhidos tenham evidente

⁷ Informação obtida no site oficial da CPA: *The PCA was established by the Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, concluded at The Hague in 1899 during the first Hague Peace Conference. The Conference was convened at the initiative of Czar Nicolas II of Russia "with the object of seeking the most objective means of ensuring to all peoples the benefits of a real and lasting peace, and above all, of limiting the progressive development of existing armaments."* Disponível em http://http://www.pca-cpa.org/showpage1d71.html?pag_id=1027 (acesso em 16.03.2015).

⁸ Preâmbulo da Convenção de 1907 para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais, tradução livre.

competência em Direito Internacional, reputação ilibada e disposição para aceitar as regras da arbitragem. Cada um é indicado por um período de seis anos, renováveis.

De acordo com as regras da corte, é preciso que as duas partes concordem que o tribunal de arbitragem é o local para solucionar possíveis conflitos, ou previamente, em contrato ou tratado assinado, ou na época do conflito.

A Convenção de 1907 para a Resolução de Controvérsias Internacionais substituiu a Convenção de 1899 e manteve a existência da CPA, com o objetivo de facilitar o recurso imediato à arbitragem para as controvérsias internacionais. A solução das controvérsias por meio da arbitragem será procedida por árbitros escolhidos pelos Estados litigantes, cuja sentença final os Estados deverão se submeter de boa-fé (DIAS, 2010).

Os Estados signatários da Convenção acordaram que:

“Em questões de natureza jurídica e especialmente em questões de interpretação ou aplicação de convenções internacionais, as Potências Contratantes reconhecem a arbitragem como método mais eficaz e ao mesmo tempo mais justo para resolver as controvérsias que não se tenham resolvido pela via diplomática”.⁹

Em 1992, entrou em vigor o Regulamento Facultativo da Corte Permanente de Arbitragem entre dois Estados, que poderá ser aplicado de forma facultativa e caracteriza-se por sua flexibilidade e autonomia, inclusive podendo ser aplicável por Estados que não sejam signatários da Convenção de 1907.

No que se refere a competência da CPA, a Convenção de Haia de 1907 em seu art. 42, dispõe que: *“O Tribunal Permanente é competente para todos os casos de arbitragem, a menos que as partes concordam em instituir uma jurisdição especial.”*

4.1. ATUAÇÃO DA CPA NAS CONTROVÉRSIAS ORIUNDAS DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

A arbitragem das controvérsias sobre questões econômicas entre Estados e empresas estrangeiras, se choca em alguns obstáculos, já devidamente mencionados, mas que a criação de órgãos como a CPA pretende superar (RAMINA, 2009). Procurando estabelecer a melhor forma de solucionar as controvérsias, que venham a surgir, principalmente na área de investimentos estrangeiros.

⁹ Convenção de 1907, art. 38, tradução livre.

Em pesquisa realizada no site da Corte Permanente de Arbitragem, que mesmo sem todas as informações disponíveis, tendo em vista que as informações são parciais, por própria informação presente no site, foi possível observar que existem atualmente cinquenta e cinco casos de arbitragem em andamento, onde as partes são investidores e Estados, casos em virtude de tratados bilaterais ou multilaterais, ou ainda normas sobre investimentos.

Realizando uma verificação dos últimos cinco anos (2015-2011), constatou-se que de 21 casos concluídos com o auxílio da CPA, 11 dos casos versam sobre investimentos.¹⁰ O que nos leva a concluir que a CPA ainda tem os dias atuais uma participação significativa nas arbitragens que versam sobre as questões de investimentos estrangeiros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescente desenvolvimento mundial, consequências do fenômeno da globalização, despertou no mundo moderno a necessidade de proteção dos direitos dos estrangeiros, principalmente na vertente econômica, concebendo nesse contexto a regulamentação dos investimentos internacionais, como forma de estabelecer e facilitar a relação entre as nações e diferentes povos.

Apesar dessa necessidade da sociedade moderna, alguns obstáculos e questionamentos surgiram, primeiramente por parte dos Estados, que viram ameaçada a sua soberania, bem como por parte dos investidores, que se preocupavam com a segurança do seu capital investido.

Além do mais a intensificação do fluxo de investimentos foi acompanhada pela criação de regras internas e internacionais, com a finalidade de regulamentar o tratamento desses investimentos.

Os Estados visavam ao controle desses fluxos, evitando que o investimento estrangeiro interferisse negativamente nas políticas internas do Estado e possibilitando que os Estados aproveitassem as vantagens decorrentes do ingresso desses investimentos.

Dessa forma, foi necessário o amadurecimento de formas de solução das controvérsias, já que no mundo global, as barreiras entre os Estados foram reduzidas, e com isso as controvérsias não tardaram a surgir.

¹⁰ A disposição dos casos é da seguinte forma: 2 casos em 2015, sendo 1 sobre investimento; em 2014 de 8 casos, 4 de investimento; em 2013 de 7 casos, 3 de investimento; em 2012 um caso de investimento e em 2011 de 3 casos, 2 de investimento. Informação disponível em: http://www.pca-cpa.org/showpagea7cf.html?pag_id=1029.

Foi estabelecida então a arbitragem, e os organismos com a finalidade de solução pacífica dos conflitos, foram de grande relevância para trazer segurança e ao mesmo tempo agilidade na solução das possíveis controvérsias surgidas.

O papel da Corte Permanente de Arbitragem, portanto, tem a sua relevância, mesmo com o surgimento de outros mecanismos e organismos com a mesma finalidade, a corte não perdeu sua importância, por representar mais um caminho a ser seguido.

Fato esse que pode ser percebido, quando observamos os dados obtidos em consulta ao site oficial da CPA, tendo em vista que continuam a existir casos sobre investimento pendentes e concluídos no âmbito dela.

Outro ponto relevante observar é a ampliação da arbitragem como método de resolução das controvérsias, com a criação de Tribunais especializados na matéria, formando o que se hoje denomina de Arbitragem Institucional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO SILVA, G. E. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Internacional Pública e Privada**. In: Direito Internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares. Organizado por Paulo Borba Casella et al. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2010.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FMI. **Balance of Payment Manual**. 5 ed, FMI, 1993. pág. 86. Disponível em <http://www.imf.org/external/np/sta/bo/bopman.pdf>. Acesso em 16.03.2015

FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008.

GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano D. C. **As Arbitragens Internacionais Relacionadas a Investimentos**. In: **Coleção Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. Organizado por Luiz Olavo Baptista e Valério de Oliveira Mazzuoli. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOHMI, Antônio Marcos. **Arbitragem Internacional: mecanismos de solução de conflitos entre Estados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OCDE. **Benchmark Definition of Foreign Direct Investment**. pág. 7. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf>. Acesso em 16.03.2015.

PCA. **Permanent Court of Arbitration**. Disponível em http://www.pca-cpa.org/showpage1d71.html?pag_id=1027. Acesso em 16.03.2015.

RAMINA, Larissa. **Direito Internacional dos Investimentos: solução de controvérsias entre Estado e empresas transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2009.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito internacional dos investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

UNCTAD. **World Investment Report – 2005. Transnational corporations and the internationalization of Red**. 2005. pág. 329. Disponível em <http://www.unctad.org>. Acesso em 16.03.2015.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Sites consultados:

www.imf.org

www.oecd.org

www.unctad.org

www.pca-cpa.org