

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DIR03 – DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

GIORDANO FARINA LOUREIRO

**ARBITRAGEM DE DISPUTAS DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: A CRISE, O
TRATADO E O CONTRATO**

Porto Alegre, 2023

GIORDANO FARINA LOUREIRO

**ARBITRAGEM DE DISPUTAS DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: A CRISE, O
TRATADO E O CONTRATO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Costa Morosini

Porto Alegre, 2023

GIORDANO FARINA LOUREIRO

**ARBITRAGEM DE DISPUTAS DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: A CRISE, O
TRATADO E O CONTRATO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: Porto Alegre, 28 de agosto de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Fábio Costa Morosini – Orientador

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

Dr. Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Fábio, agradeço por ter despertado em mim o interesse pelo Direito dos Investimentos Estrangeiros, pela disponibilidade e pelo comprometimento com a pesquisa séria e de qualidade.

Aos meus pais, Cíntia e Gustavo, cujo exemplo vai muito além do Direito, e à Isabela, que, mesmo distante, está sempre presente. Vocês três são, e sempre vão ser, a base de tudo. Nesse mesmo sentido, agradeço aos meus avós, fonte de carinho inesgotável e suporte essencial.

A todos os meus amigos e amigas na Faculdade de Direito da UFRGS e fora dela. Eles sabem por quê. Em particular, não poderia deixar de mencionar meus agradecimentos ao Rodolfo, Lorenzo, Lucas, Francisco, Larissa, Vitória, Eduarda, Vitor Hugo, Breno, Joana e Marcela, que estiveram comigo desde o princípio. Obrigado ao Pangeia e à Eclésia. Também à Equipe de Arbitragem da UFRGS, que tanto me deu ao longo desses anos, e aos amigos que ali fiz: Tiago, Patrick, Gavronski, Giovana, Gabriela, Lorenzo, e tantos outros. De forma não menos especial, agradeço à Júlia, por ter sido apoio constante e, principalmente, pela importância que ela passou a ter em um período de tantas mudanças.

À Professora Judith Martins-Costa, pela generosidade intelectual e pelas portas abertas. Ao Rafael, por compartilhar comigo a sua motivação pelo Direito. À Giovana, pelas valiosas lições – com as quais os alunos da UFRGS terão a sorte de contar. Ao Pietro, a quem tanto admiro e com quem tive a felicidade de desenvolver preciosa amizade. À Catarina, minha primeira dupla de estágio e que, em horas de maior aperto, garantia a leveza do convívio. De um modo geral, minha experiência no escritório foi o ponto de partida para a construção de toda uma trajetória profissional. Serei sempre muito grato.

À Equipe Corp-POA do TozziniFreire, em especial à Maria, Bruna, Daniel, Caio, Aline e – por que não – novamente ao Patrick, com quem aprendi sobre uma outra face do Direito.

Ao Gustavo Laborde, pela oportunidade e por ter me introduzido ao mundo das arbitragens de investimento. Ao Antoine Cottin, pelo convívio diário e pelo incentivo sempre bem-humorado. Muito desse trabalho é consequência do que aprendi ao lado de vocês.

Por fim, ao José Emílio Nunes Pinto, pela confiança e por ser, para mim como para muitos, referência.

Obrigado a todos e todas que, de alguma forma, marcaram meu caminho ao longo desses anos. Aos meus Professores e Professoras na Faculdade de Direito.

À UFRGS, que me deu muito mais do que uma formação universitária.

RESUMO

Este trabalho visa a analisar a viabilidade de um modelo de arbitragens contratuais na adjudicação de disputas de investimento estrangeiro. Em um primeiro momento, oferece-se um panorama geral sobre o processo de consolidação e crise do sistema de arbitragens sob tratados, hoje a principal via para resolução de controvérsias entre investidores e Estados-hospedeiros a nível internacional. No centro da oposição a esse sistema, aparentaria estar um descontentamento com a alta exposição dos países a litígios com diversos grupos de investidores estrangeiros, conhecidos ou não, e que acabariam por envolver os mais variados interesses públicos. Na medida em que a sobrevivência das arbitragens sob tratados torna-se mais incerta, o presente estudo busca responder a questão de se, em um mundo sem TBIs, os investidores ainda teriam acesso eficaz à jurisdição arbitral quando da resolução das suas disputas com os Estados-hospedeiros. Para tanto, em um segundo momento do trabalho, volta-se atenção sobre a proteção contratual dos investimentos e, em especial, sobre as principais características e possíveis limitações de um modelo de arbitragens contratuais na adjudicação de controvérsias entre investidores e Estados. Esse modelo, conforme se conclui, apesar de não oferecer uma proteção tão abrangente aos investimentos, poderia ser percebido como vantajoso por investidores e Estados em certas circunstâncias, particularmente à vista do atual cenário de crise do sistema de arbitragens sob tratados internacionais.

Palavras-Chave: arbitragem; investimento estrangeiro; resolução de controvérsias; proteção contratual;

ABSTRACT

This paper aims to analyze the alternative of contract-based arbitration in the settlement of investment disputes' resolution. At first, this paper is concerned with the rise and fall of investment treaty arbitration, which remains today the main venue for investment disputes' resolution on an international level. As it appears to be, most of the criticism directed at investment treaty arbitration nowadays is focused on host-States' high exposure to litigation with different groups of foreign investors, many of which are unknown to the State, and in the context of differences frequently involving a wide array of public interests. As the future of investment treaty arbitration becomes more uncertain, this research attempts to answer the question of whether, in a world without BITs, foreign investors would still be able to retain an efficient access to arbitration to resolve their disputes with host-States. Thus, the second part of this paper focuses on the protection of investments through contractual mechanisms and, more specifically, on the main aspects and possible limitations to contract-based investment arbitration. It is concluded that, although this model does not offer such a broad protection to investments, it could be perceived as adequate by both foreign investors and host-States in certain circumstances, particularly in light of the current crisis which struck investment treaty arbitration.

Key Words: arbitration; foreign investment; dispute settlement; contractual protection;

LISTA DE ABREVIATURAS E DEFINIÇÕES

ACFI	Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos
ANP	Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
AP	Administração Pública
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CIADI	Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos
CIDS	Geneva Center for International Dispute Settlement
Convenção de Washington	Convenção sobre Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados de 1965
Convenção de Nova Iorque	Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958
CPTPP	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-pacific Partnership
EUA	Estados Unidos da América
IISD	International Institute for Sustainable Development
LArb	Lei de Arbitragem brasileira

ONU	Organização das Nações Unidas
PCA	Corte Permanente de Arbitragem
PPP	Parceria Público-Privada
SCC	Câmara de Comércio de Estocolmo
TBI	Tratado Bilateral de Investimento
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
UNCITRAL WG III	Força-Tarefa sobre a Reforma do Sistema de Resolução de Controvérsias entre Investidores e Estados da UNCITRAL
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 A CRISE DA ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO BASEADA EM TRATADOS INTERNACIONAIS.....	12
1.1 A PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS POR MEIO DE TRATADOS INTERNACIONAIS.....	12
1.1.1 A Emergência do Sistema de Arbitragem Investidor-Estado baseado em Tratados Internacionais.....	13
1.1.2 A Consolidação do Sistema de Arbitragem Investidor-Estado baseado em Tratados Internacionais.....	18
1.2 CRISE E REFORMA DA ADJUDICAÇÃO DE DISPUTAS INVESTIDOR-ESTADO SOB OS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	22
1.2.1 Principais Críticas Dirigidas ao Sistema de Arbitragem Investidor-Estado sob Tratados Internacionais.....	22
1.2.2 O Futuro Incerto das Arbitragens Investidor-Estado sob Tratados Internacionais	28
2 A ALTERNATIVA DA ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO BASEADA EM CONTRATOS.....	31
2.1 A PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS POR MEIO DE CONTRATOS.....	31
2.1.1 Os Contratos de Investimento: Pressupostos de Compreensão e Proteção Material dos Investimentos.....	32
2.1.2 A Arbitragem Investidor-Estado baseada em Contratos.....	38
2.2 O ESCOPO DAS ARBITRAGENS INVESTIDOR-ESTADO BASEADAS EM CONTRATOS: POSSÍVEIS LIMITES RELACIONADOS À ARBITRABILIDADE OBJETIVA.....	42
2.2.1 A Arbitrabilidade de Disputas de Investimento sob Diferentes Sistemas Internacionais: a Convenção de Nova Iorque e a Convenção de Washington.....	43

2.2.2 A Arbitrabilidade de Disputas de Investimento sob Sistemas Domésticos: A Experiência das Arbitragens com a Administração Pública no Brasil.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O sistema internacional de resolução de controvérsias investidor-Estado sob os tratados bilaterais de investimento (TBIs) está em crise. Para muitos, esse sistema teria provocado uma indevida *privatização* de disputas de natureza pública, na medida em que permitiu que investidores estrangeiros pudessem questionar a atuação dos Estados-hospedeiros, não raro, relacionada ao exercício do poder soberano, perante tribunais arbitrais privados¹. Nas arbitragens investidor-Estado instauradas a partir dos TBIs, os investidores poderiam invocar a responsabilidade internacional dos países nas mais diversas situações, buscando compensação por danos causados à sua propriedade em suposta violação ao direito internacional público. Assim, por exemplo, tribunais arbitrais seriam chamados a determinar quando uma operação militar conduzida pelo Estado-hospedeiro dentro do seu território seria contrária a padrões mínimos de tratamento sob o direito internacional², ou quando políticas de saúde pública voltadas ao combate ao tabagismo teriam caráter expropriatório³, ou, ainda, quando uma decisão da corte suprema de um país seria denegatória de justiça⁴. Isso tudo, sob um restrito controle estatal, dada a autonomia hoje reconhecida à arbitragem internacional, seja sob a égide da Convenção de Nova Iorque e, mais especificamente, da Convenção de Washington.

Nesse ínterim, muitos se revoltaram contra a atual configuração do sistema internacional de resolução de controvérsias entre investidores e Estados. Haveria uma percepção de que o modelo de arbitragem investidor-Estado instituída com base em tratados seria desequilibrado em favor dos investidores e oneraria de maneira descabida os Estados-hospedeiros. Na origem de boa parte das críticas, estaria um percebido aumento na exposição dos Estados a litígios com diferentes grupos de investidores estrangeiros, bem como uma suposta incompatibilidade de um mecanismo adjudicatório privado (a arbitragem) com a resolução de disputas que envolvessem interesses da coletividade. Essa desconfiança para com o sistema, inicialmente mais restrita a certos círculos acadêmicos, ganhou crescente espaço na mídia e no debate

¹ A expressão foi utilizada, por exemplo, em: FRANCK, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, vol. 73, n. 4, pp. 1521-1625, 2005.

² CIADI. *Asian Agricultural Products Ltd. v. República da Sri Lanka*. Caso CIADI n. ARB/87/3, Sentença, 27 de junho de 1990.

³ CIADI. *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. v. Uruguai*, Caso CIADI n. ARB/10/7, Sentença, 8 de julho de 2016.

⁴ CIADI. *Franck Charles Arif v. Moldávia*, Caso CIADI n. ARB/11/23, Sentença, 8 de abril de 2013.

político interno dos países. Qualquer que seja o seu mérito, o fato é que hoje a crise da arbitragem investidor-Estado sob tratados não poderia mais ser minimizada.

À vista disso, começaram a surgir inúmeras propostas de reforma do sistema. As alternativas sugeridas variam em número, gênero e grau, entre *reformas incrementais*, *reformas estruturais* e *reformas paradigmáticas*⁵. Em tempos recentes, a título ilustrativo, muito se discutiu sobre uma proposta de criação de um órgão permanente de julgamento para disputas de investimento – a dita Corte Multilateral de Investimentos, concebida pela União Europeia⁶. No momento, contudo, qualquer consenso abrangente parece pouco provável, de modo que, como já foi colocado por alguns, há um considerável risco de fragmentação e complexificação do sistema de adjudicação de disputas entre investidores e Estados⁷. Em outras palavras, o futuro da arbitragem investidor-Estado estaria em aberto.

E isso, a seu turno, gera preocupações legítimas sobre o acesso dos investidores estrangeiros a um foro neutro para resolver suas disputas de investimento com os países. Surge um certo receio de que o atual ímpeto reformista acabasse por sacrificar muitos dos benefícios trazidos pelo recurso à via arbitral na adjudicação de controvérsias investidor-Estado. Pense-se, por exemplo, nos relevantes ganhos em termos de despolitização das disputas, finalidade e pronta-exequibilidade das decisões, flexibilidade do procedimento e *expertise* dos julgadores oferecidos pela arbitragem. São todas vantagens que não deveriam ser desprezadas por aqueles que hoje defendem a reforma do sistema. Nesse sentido, tem-se apontado para como um eventual distanciamento da arbitragem nas disputas investidor-Estado poderia levar ao aumento indesejado nos riscos relacionados à atividade de investir no exterior – o que, por sua vez, seria capaz de provocar um esfriamento no fluxo de investimento estrangeiro entre os países.

Por trás dessas preocupações, estaria um entendimento de que os TBIs seriam essenciais na garantia do acesso dos investidores à jurisdição arbitral. Sem esses tratados, sustenta-se que os investidores estariam desamparados, sujeitos à jurisdição das cortes domésticas dos países,

⁵ Referência à classificação proposta por Anthea Roberts em: ROBERTS, Anthea. Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration. *American Journal of International Law*, vol. 112, n. 3, pp. 410-432, 2018.

⁶ Veja-se, por exemplo: ONU. *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*. Appellate and Multilateral Court Mechanisms. Note by the Secretariat. A/CN.9/WG.III/WP.185, datado de 29 de novembro de 2019.

⁷ ALVAREZ, Jose Enrique. ISDS Reform: the long view. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, n. 2, pp. 253-277, 2021, Versão Não-Paginada, Kluwer, pp. 11-13.

que historicamente foram – e são – reputadas como inadequadas para a resolução de disputas de investimento.

Essas premissas, contudo, não estariam de todo corretas.

Pelo menos desde a primeira metade do Século XX, investidores e Estados têm submetido suas disputas à arbitragem por meio de cláusulas compromissórias contidas em contratos de investimentos. Essas arbitragens de matriz contratual, ainda que não recebam o mesmo nível de atenção que suas homônimas instauradas com base em tratados, têm desempenhado um papel significativo na adjudicação de disputas de investimento até os dias atuais. Daí que, mesmo em um eventual cenário em que os Estados optassem pela abolição dos TBIs, os investidores continuariam tendo acesso à jurisdição arbitral para discutir abusos estatais cometidos contra sua propriedade.

Nessa linha, a proposta do presente estudo é justamente analisar as principais características e possíveis vantagens e desvantagens de um modelo de arbitragens investidor-Estado baseadas em contratos. Frise-se, pois é importante: o objetivo aqui não é sugerir a substituição das arbitragens sob tratados por esse modelo. O trabalho visa única e exclusivamente a examinar a idoneidade das arbitragens contratuais enquanto mecanismo de resolução de disputas de investimento estrangeiro, buscando responder à questão de se, em um mundo sem TBIs – seja esse mundo desejável ou não –, os investidores estariam, de fato, mais vulneráveis nos seus conflitos com os Estados-hospedeiros.

Para atingir tal objetivo, a pesquisa foi estruturada em duas grandes partes: na primeira, examina-se o atual cenário de crise do sistema de arbitragens investidor-Estado sob os TBIs, destacando as principais características desse modelo adjudicatório e as críticas formuladas por seus opositores (1); na segunda parte, volta-se à análise da alternativa de um sistema de proteção contratual dos investidores, em que o foco recai sobre as arbitragens instauradas a partir de cláusulas compromissórias nos contratos com os Estados-hospedeiros (2). Ao final, são esboçadas algumas breves conclusões a respeito do sistema de proteção de investimentos por meio de contratos e da arbitragem instaurada com base em cláusulas compromissórias aí contidas.

1 A CRISE DA ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO BASEADA EM TRATADOS INTERNACIONAIS

Em menos de trinta anos, a arbitragem investidor-Estado sob tratados internacionais passou de um mecanismo de resolução de controvérsias que “favorece neutralidade”⁸ para um “mecanismo tóxico” que autorizaria “grandes empresas a processar os governos perante painéis arbitrais secretos”⁹. O que teria provocado tamanha mudança de postura com relação ao instituto? Para responder a essa pergunta, é necessário, primeiramente, analisar o desenvolvimento do sistema internacional de proteção de investimentos sob os TBIs, e a consolidação da arbitragem investidor-Estado como principal mecanismo de resolução de disputas no âmbito de tais instrumentos (1.1). Somente então, compreendidas as bases do sistema vigente, é que se poderia explorar algumas das possíveis explicações para a sua crise, bem como o conteúdo das principais críticas e propostas de reforma dirigidas ao modelo de arbitragem investidor-Estado baseada em tratados (1.2).

1.1 A PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS POR MEIO DE TRATADOS INTERNACIONAIS

O atual sistema internacional de proteção de investimentos está estruturado, essencialmente, sobre uma complexa rede de mais de 2.000 TBIs e sobre a Convenção de Washington de 1965¹⁰. Notadamente, a evolução do sistema deu-se a passos lentos, consistindo, em larga medida, em um processo acidental, para o qual teriam contribuído uma miríade de eventos, fatores e agentes de forma não necessariamente coordenada – daí por que se refere à

⁸ PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n. 2, pp. 232-257, 1995, p. 256 (tradução livre). Faça-se a ressalva, contudo, de que esse entusiasmo não seria uma unanimidade entre os autores à época, apesar de hoje o criticismo ao sistema ter ganhado maior impulso.

⁹ “The Lies Behind this Transatlantic Trade Deal”, por George Monbiot, *The Guardian*, publicado em 2 de dezembro de 2013, disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/dec/02/transatlantic-free-trade-deal-regulation-by-lawyers-eu-us> (tradução livre). Da mesma forma, nem todos compartilhavam dessa visão – um tanto romantizada – do mecanismo hoje. A citação tem fins meramente ilustrativos de uma mudança de postura de que teria ocorrido a nível geral com relação à aceitação do sistema.

¹⁰ Veja-se: UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; POTESTÀ, Michele. Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options. *European Yearbook of International Economic Law*. Cham: Springer, 2020, p. 11.

sua *emergência orgânica e composição altamente descentralizada*¹¹. Ainda assim, a despeito de tal natureza fragmentada, a proteção de investimentos sob os TBIs apresenta certas convergências e similitudes, autorizando, em última análise, a sua qualificação como próprio *sistema*¹². Ao que mais interessa, os TBIs arquitetaram um regime de proteção material e processual de investimentos estrangeiros, que, em síntese, permitiu que investidores privados pudessem invocar a responsabilidade dos Estados-hospedeiros sob direito internacional público perante tribunais arbitrais, independentemente de qualquer acordo a arbitrar prévio entre as partes e sem a necessidade de exaurir recursos locais¹³. Nas seções que seguem, examina-se como esse sistema de arbitragem investidor-Estado teria evoluído ao longo dos anos (1.1.1), até que viesse a se consolidar enquanto principal mecanismo de resolução de disputas de investimento a nível internacional (1.1.2).

1.1.1 A Emergência do Sistema de Arbitragem Investidor-Estado baseado em Tratados Internacionais

As origens do sistema de arbitragem investidor-Estado sob tratados internacionais podem ser reconduzidas a uma série de eventos que tiveram lugar na segunda metade do Século XX¹⁴. Para os fins desta seção, pretende-se dar especial destaque a dois deles: primeiro, a celebração da Convenção de Washington de 1965, que criou o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIADI); e, segundo, uma proliferação de tratados bilaterais de investimento, em especial a partir da década de 80, que incluíam uma ampla e generalizada oferta dos Estados a submeter disputas de investimentos à arbitragem internacional com os investidores. Esses dois eventos estruturaram as bases normativo-

¹¹ PAUWELYN, Joost. Rational Design or Accidental Evolution? The Emerge of International Investment Law. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 12-16.

¹² SCHILL, Stephan W. The Multilateralization of International Investment Law: emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. *Trade, Law and Development*, vol. II, n. 1, pp. 59-86, 2010, p. 61; NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment*. Haia: Kluwer Law International, 2009, pp. 1-2.

¹³ FRANCK, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions Public International Law Through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, vol. 73, n. 4, pp. 1521-1625, 2005, pp. 1529, 1537-1538.

¹⁴ Para uma análise mais detalhada, vide: PAUWELYN, Joost. Rational Design or Accidental Evolution? The Emerge of International Investment Law. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 27-31.

institucionais do atual sistema de resolução de disputas investidor-Estado sob tratados, ainda que as primeiras arbitragens instituídas com base nos TBIs tenham aparecido somente décadas mais tarde, nos anos 90.

A Convenção de Washington foi concebida em um contexto de muita divergência entre os países acerca dos padrões de proteção material devidos a investimentos estrangeiros em seus territórios¹⁵. Assim, a Convenção limitou-se à propositura de um foro neutro para a adjudicação de disputas envolvendo investidores e Estados-hospedeiros, segundo uma ideia de “*procedure before substance*”¹⁶. Como constou no Relatório dos Diretores Executivos do Banco Mundial, encarregados da sua elaboração, a Convenção visaria a “estabelecer instalações e procedimentos para resolução de disputas de investimento entre Estados-signatários e nacionais de outros Estados-signatários”¹⁷. Para isso, criou-se o CIADI, um centro de arbitragem vinculado ao Banco Mundial especializado na condução de procedimentos arbitrais envolvendo investidores e Estados¹⁸.

As arbitragens CIADI submeter-se-iam exclusivamente ao regime da Convenção de Washington¹⁹. A Convenção blindava esses procedimentos contra possíveis interferências dos Estados, com fulcro em seus direitos domésticos²⁰. Por um lado, a Convenção buscou assegurar a higidez dos compromissos a arbitrar disputas assumidos por seus Estados-signatários no âmbito de acordos específicos com investidores, elevando tais compromissos ao *status* de obrigações internacionais sob o seu regime²¹. Por outro, a Convenção garantia maior autonomia às arbitragens CIADI, reduzindo o controle estatal sobre esses procedimentos – especialmente

¹⁵ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment*. Haia: Kluwer Law International, 2009, pp. 27-28.

¹⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 9.

¹⁷ BANCO MUNDIAL. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, datado de 18 de março de 1965, p. 30 (tradução livre).

¹⁸ Note-se que o CIADI não seria um órgão adjudicatório propriamente dito, mas uma instituição voltada à administração e regulação de procedimentos arbitrais. Vide: Convenção de Washington, Art. 1(2): “The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention”; BANCO MUNDIAL. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, datado de 18 de março de 1965, p. 33.

¹⁹ BROCHES, Aron. International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICCA Congress Series*, vol. 7, pp. 221-222, 1996, p. 221.

²⁰ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment*. Haia: Kluwer Law International, 2009, pp. 28-29.

²¹ BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 331, pp. 331-410, 1972, pp. 345, 349-350; PUIG, Sergio. No right without a remedy: foundations of investor-state arbitration. In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 241-242.

no que dizia respeito à anulação e reconhecimento e execução dos laudos²². Nesse sentido, as arbitragens seriam *deslocalizadas*, regidas unicamente pelas disposições da Convenção, a qual permitia que os investidores remetessem à jurisdição do Centro quaisquer disputas de *natureza jurídica* que surgissem *diretamente de um investimento*²³. Com isso, a Convenção ampliava o espectro de litígios que os investidores poderiam submeter à arbitragem internacional para além dos confins da arbitrabilidade objetiva sob a maior parte dos ordenamentos domésticos²⁴.

Nada obstante, a mera adesão à Convenção de Washington, por si só, não faria surgir qualquer obrigação de arbitrar disputas de investimento para os Estados-signatários²⁵. Ela pressupunha que o consentimento a arbitrar das partes deveria constar em um acordo específico apartado. E assim, considerando que a Convenção não teria limitado esse acordo à forma clássica de uma convenção de arbitragem, abriu-se brecha para que as partes *acordassem* a submissão de suas disputas à arbitragem por outras vias²⁶. Era dado o primeiro passo para o afastamento da arbitragem investidor-Estado da esfera contratual.

A partir de 1969, uma das vias encontradas pelos Estados para manifestar seu consentimento foi a dos tratados bilaterais de investimento (os TBIs)²⁷. À época, diversos países

²² BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §§ 11.132-11.138; BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, p. 493.

²³ Convenção de Washington, Art. 25(1): “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally”. Ver também: BROCHES, Aron. *International Centre for Settlement of Investment Disputes. ICCA Congress Series*, vol. 7, pp. 221-222, 1996, p. 221.

²⁴ VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 56-57; PAUWELYN, Joost. *Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law*. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 27-29, 34.

²⁵ Convenção de Washington, Preâmbulo: “no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration”.

²⁶ Nada obstante, como notam alguns autores, diversas circunstâncias indicariam que, no momento em que foi concebida a Convenção, os Estados-signatários somente cogitam que investidores pudessem submeter demandas com base em contratos e/ou legislação interna dos países. Nesse sentido: PARRA, Antonio R. *The History of ICSID*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 132-137; PAUWELYN, Joost. *Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law*. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 28-29.

²⁷ De modo geral, os autores consideram que o primeiro TBI a incluir uma oferta a arbitrar, nos moldes atuais, teria sido o TBI Chade-Itália, datado de 11 de junho de 1969, Art. 7: “Qualquer controvérsia, relativa aos investimentos objeto do presente Acordo, que venham a surgir entre uma das Partes-contratantes (...) e uma pessoa física ou jurídica de nacionalidade da outra Parte-contratante, será submetida à jurisdição do CIADI, nos termos da Convenção Internacional de Washington, de 18 de março de 1965. (...)” (tradução livre). Antes disso, o TBI Holanda-Indonésia, datado de 7 de julho de 1968, já havia previsto a possibilidade de recurso à arbitragem investidor-Estado, mas com demasiadas limitações de acesso. Nesse sentido, ver, e.g.: NEWCOMBE, Andrew;

começaram a concluir TBIs nos quais assumiam uma série de obrigações recíprocas relacionadas a investimentos estrangeiros em seus territórios, dentre as quais a obrigação de arbitrar disputas com investidores privados de nacionalidade do outro Estado-parte²⁸. Os investidores, que não eram – nem poderiam ser²⁹ – parte desses tratados, acabavam figurando como seus principais beneficiários, seja das obrigações materiais de conduta, seja da oferta a arbitrar disputas³⁰. Daí a ideia de que os TBIs fariam surgir uma relação *sui generis* entre os investidores e os Estados-hospedeiros – uma relação que independeria de qualquer contato social específico³¹. Nesses instrumentos, os Estados-hospedeiros consentiam, de modo amplo e antecipado, em arbitrar quaisquer disputas com os investidores de determinada nacionalidade, com o único filtro de que essas disputas estivessem *relacionadas* a um investimento realizado em seu território³². É dizer, as ofertas a arbitrar no âmbito dos TBIs seriam verdadeiros cheques em branco dados pelos países aos investidores, que poderiam requerer a instauração de procedimentos arbitrais independentemente de terem pactuado uma convenção de arbitragem prévia – ou, para todos os fins, estabelecido qualquer relação, contratual ou não, específica com o Estado-hospedeiro³³.

PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment*. Haia: Kluwer Law International, 2009, pp. 44-46; POLANCO, Rodrigo. *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: bringing back diplomatic protection?* Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 33; DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 6-7.

²⁸ PAUWELYN, Joost. Rational Design or Accidental Evolution? The Emerge of International Investment Law. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 29-31.

²⁹ Tradicionalmente, indivíduos e empresas não seriam considerados sujeitos de direito internacional, não podendo titularizar direitos e obrigações na seara do direito internacional público. Veja-se: REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso Elementar. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 190.

³⁰ FRANCK, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions Public International Law Through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, vol. 73, n. 4, pp. 1521-1625, 2005, pp.1536-1537; DOUGLAS, Zachary. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law*, vol. 74, n. 1, pp. 151-289, 2003, pp.152-153, 184.

³¹ DOUGLAS, Zachary. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law*, vol. 74, n. 1, pp. 151-289, 2003, pp.152-153, 184.

³² E.g. TBI Reino Unido-Sri Lanka, datado de 13 de fevereiro de 1980, Art. 8: Reference to International Centre for Settlement of Investment Disputes: (1) Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as “the Centre”) for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former”.

³³ PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n. 2, pp. 232-257, 1995, pp. 233, 240-241, 256.

A proteção processual nos TBIs (*i.e.*, garantia de acesso à arbitragem investidor-Estado) estaria estreitamente vinculada ao seu regime de proteção material³⁴. Sob esse sistema, reconheceu-se, pela primeira vez, que investidores privados teriam legitimidade ativa para invocar, diretamente, violações a tratados de direito internacional público perante os tribunais arbitrais³⁵. E logo, segundo explica Susan Franck, “*without the need for a separate contract with a dispute resolution mechanism, investment treaties gave investors a choice of neutral settings for resolving their grievances*”, colocando “*the enforcement of public international law rights in the hands of private individuals and corporations*”³⁶. Não por acaso, esse mecanismo adjudicatório foi descrito como “dramaticamente diferente” de tudo aquilo que se conhecia na resolução de disputa entre investidores e Estados-hospedeiros quando do seu surgimento³⁷.

Tal modelo foi seguido por vários países em seus TBIs na segunda metade do Século XX, tendo-se observado um crescimento exponencial na conclusão desses tratados a partir dos anos 80, inclusive por países em desenvolvimento inicialmente mais reticentes³⁸. De um modo geral, a maior parte dos TBIs faria referência à arbitragem investidor-Estado sob o CIADI, remetendo tais procedimentos arbitrais ao ecossistema da Convenção de Washington. Dessarte, seria comum que os instrumentos previssem outras alternativas à disposição dos investidores, dentre as quais, arbitragens conduzidas perante a Câmara de Comércio Internacional (CCI), Câmara de Comércio de Estocolmo (SCC), Corte Permanente de Arbitragem (PCA) ou, eventualmente, até mesmo arbitragens *ad hoc* – via de regra, conduzidas sob as Regras de Arbitragem da UNCITRAL. Ainda assim, tendo em vista a especificidade do CIADI, bem como os benefícios proporcionados pela Convenção de Washington, a maior parte dos investidores demandantes acabaria optando por essa via³⁹ – justificando-se um maior enfoque por parte do presente estudo.

³⁴ WÄLDE, Thomas W. The ‘Umbrella’ Clause in Investment Arbitration. A Comment on Original Intentions and Recent Cases. *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, n. 2, pp. 183-236, 2005, pp. 194-195.

³⁵ VAN HARTEN, Gus. The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n. 2, pp. 371-394, 2007, p. 377.

³⁶ FRANCK, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions Public International Law Through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, vol. 73, n. 4, pp. 1521-1625, 2005, pp.1536-1537.

³⁷ PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n. 2, pp. 232-257, 1995, p. 256 (tradução livre).

³⁸ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment*. Haia: Kluwer Law International, 2009, p. 48. Como mencionam os autores, esse *boom* de TBIs foi especialmente impulsionado pelo chamado Consenso de Washington – conjunto de políticas neoliberais defendido pelas principais instituições financeiras multilaterais – e por um aumento da competição entre Estados para obter financiamento privado.

³⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 238-239.

Restaram, dessa forma, assentadas as bases do sistema de arbitragem investidor-Estado sob tratados internacionais.

1.1.2 A Consolidação do Sistema de Arbitragem Investidor-Estado baseado em Tratados Internacionais

Sem embargo, desde as primeiras previsões no âmbito dos TBIs, a arbitragem investidor-Estado permaneceria dormente por quase duas décadas. Foi somente em 1987 que um investidor estrangeiro, pela primeira vez, fez uso da oferta a arbitrar de um Estado inserida em um desses tratados⁴⁰. Como notou o próprio tribunal encarregado de decidir a disputa:

“The present case is the first instance in which the Centre has been seized by an arbitration request exclusively based on a treaty provision and not in implementation of a freely negotiated arbitration agreement directly concluded between the Parties among whom the dispute has arisen”⁴¹.

Em síntese, o caso envolvia uma companhia britânica, *Asian Agricultural Products (AAPL)*, que teve seus investimentos destruídos na Sri Lanka, em virtude de uma operação militar estratégica conduzida pelas autoridades do país⁴². Na ausência de qualquer contrato celebrado com o Estado-hospedeiro, o investidor valeu-se exclusivamente da oferta a arbitrar no TBI Reino-Unido-Sri-Lanka (1980) para requerer a instauração de arbitragem perante o CIADI, na qual alegou que a atuação das autoridades cingalesas teria sido contrária ao direito internacional público. Mais do que o desfecho do caso em si – que culminou na condenação do Estado em 1990 –, a importância de *AAPL v. Sri Lanka* está no fato de ele ter dado plena eficácia à potencialidade protetiva do regime dos TBIs e da Convenção de Washington⁴³.

⁴⁰ CIADI. *Asian Agricultural Products Ltd. v. República da Sri Lanka*. Caso CIADI n. ARB/87/3, Sentença, 27 de junho de 1990.

⁴¹ CIADI. *Asian Agricultural Products Ltd. v. República da Sri Lanka*. Caso CIADI n. ARB/87/3, Sentença, 27 de junho de 1990, §18

⁴² CIADI. *Asian Agricultural Products Ltd. v. República da Sri Lanka*. Caso CIADI n. ARB/87/3, Sentença, 27 de junho de 1990, §3.

⁴³ Nesse sentido, Joost Pauwelyn fala em uma “revolução silenciosa” promovida pelo caso *AAPL v. Sri Lanka*. PAUWELYN, Joost. Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 31-33.

A disputa oportunizou uma aplicação prática daquilo que até então era somente discussão teórica⁴⁴. Nesse sentido, o tribunal validou – conquanto de modo tácito – o consentimento a arbitrar dos países sob os moldes dos TBIs. Além disso, os árbitros não teriam encontrado maiores dificuldades em admitir que uma empresa privada pudesse invocar em causa própria a responsabilidade internacional de um país por violações a um tratado do qual ela não era parte. Isso posto, pode-se dizer que se, por um lado, a Convenção de Washington e os TBIs, ao estruturarem as bases normativo-institucionais do sistema, armaram a lenha para uma grande fogueira, o caso *AAPL v. Sri Lanka* foi a fagulha que começou o fogo das arbitragens investidor-Estado sob tratados.

Nos anos seguintes, novas demandas baseadas em tratados internacionais foram submetidas ao CIADI – e outras instituições de arbitragem. Em 1997, por exemplo, um tribunal arbitral teve a oportunidade de se manifestar de maneira mais aprofundada sobre a questão do consentimento nas arbitragens investidor-Estado com base em tratados, introduzindo a ideia de um acordo a arbitrar diferido, que se perfectibilizaria com a oferta do Estado no TBI *ex ante* e o aceite do investidor-demandante com seu requerimento de arbitragem *ex post*⁴⁵. Esse entendimento, endossado pela doutrina, serviria para manter as bases consensuais nessas arbitragens sob tratados⁴⁶.

Aos poucos, foi tomando corpo uma jurisprudência arbitral em matéria de investimento estrangeiro, que deu novos contornos ao sistema internacional de proteção nos TBIs. Sob uma perspectiva processual, os tribunais arbitrais teriam dilatado os limites da sua jurisdição, adotando interpretações mais flexíveis sobre as noções de *investidor* e *investimentos* protegidos pelos tratados⁴⁷. Por outro lado, sob uma perspectiva de proteção material, os árbitros

⁴⁴ PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n. 2, pp. 232-257, 1995, pp. 232-233, 236.

⁴⁵ CIADI. *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) v. Zaire*, Caso CIADI n. ARB/93/1, Sentença, 21 de fevereiro de 1997, em especial §§ 5.17-5.23.

⁴⁶ *E.g.*, GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, pp. 29-30; DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 254, 257-258; PAUWELYN, Joost. Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 31.

⁴⁷ *E.g.*, tribunais consideraram que a mera *promessa* (contratual) de uma contribuição pelo investidor seria suficiente para que houvesse um investimento (CIADI. *Nova Scotia Power Incorporated v. Venezuela*, Caso CIADI n. ARB(AF)/11/1, Sentença, 30 de abril de 2014, §92 e ss; CIADI. *Malicorp Limited v. Egito*, Caso CIADI n. ARB/08/18, sentença, 7 de fevereiro de 2011, §113); tribunais consideraram que a contribuição constitutiva do investimento não precisaria ser feita de modo direto no território do Estado-hospedeiro (CIADI. *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et al. v. Ucrânia*, Caso CIADI n. ARB/08/8, Decisão sobre Jurisdição, 8 de março de 2010, § 124; CIADI. *Abaclat et al. v. Argentina*, Caso CIADI n. ARB/07/5, Decisão sobre Jurisdição e Admissibilidade, 4 de agosto de 2011, §§ 373-378); tribunais consideraram que acionistas com

interpretaram diferentes obrigações de conduta no âmbito dos TBIs, como aquelas contidas em cláusulas de *tratamento justo e equitativo* e de *proteção e segurança totais*, para tutelar os interesses dos investidores contra as mais variadas formas de abuso dos Estados-hospedeiros⁴⁸. Dada a amplitude da oferta a arbitrar nos TBIs, os investidores poderiam submeter à arbitragem controvérsias de diferentes naturezas, oriundas de variadas situações que viessem a afetar seus investimentos, não mais limitadas ao contexto de uma relação específica e pré-estabelecida com o Estado-hospedeiro⁴⁹.

E assim, o sistema instaurado sob os TBIs acabou trazendo para o juízo arbitral litígios que envolviam matérias cada vez mais sensíveis e que, historicamente, estariam sob monopólio da jurisdição estatal⁵⁰. Como colocam Dolzer e Schreuer, “*the rules on foreign investment may reach far into segments of domestic law which would traditionally have belonged to the ‘domaine réservé’ of each host country*”, incluindo “*regulations as diverse as labour law, the organization of the judiciary, administrative principles, environmental law, health law, and, of course, rules governing property*”⁵¹. Atualmente, atingiu-se um ponto em que a maior parte das disputas submetidas à arbitragem investidor-Estado sob tratados inserir-se-ia em uma esfera

participações indiretas em uma empresa constituída no Estado-hospedeiro seriam investidores com investimentos protegidos (CIADI. *Quiborax S.A. Non Metallic Minerals S.A. e Allan Fosk Kaplún v. Bolívia*, Caso CIADI n. ARB/06/2, Decisão sobre Jurisdição, 27 de setembro de 2012, §229; PCA. *Guaracachi America, Inc. e Rurelec PLC v. Bolívia*, Caso PCA n. 2011-17, Sentença, 31 de janeiro de 2014, §§358-359); tribunais consideraram que indivíduos com dupla-nacionalidade poderiam qualificar-se como investidores estrangeiros e ingressar com demandas contra um de seus Estados de origem (PCA. *Serafin García Armas e Karina García Gruber v. Venezuela*, Caso PCA n. 2013-3, Decisão sobre Jurisdição, 15 de dezembro de 2014, §§176-206). PAUWELYN, Joost. Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 34.

⁴⁸ Sob a cláusula geral de *trato justo e equitativo*, tribunais promoveram a proteção dos investimentos contra, por exemplo, (i) mudanças regulatórias abruptas e imprevisíveis; (ii) quebra de expectativas legítimas; (iii) violações ao devido processo legal (judicial ou administrativo) e situações de denegação de justiça; (iv) falta de transparência na atuação estatal; e (v) quaisquer interferências irrazoáveis e desproporcionais do Estado-hospedeiro sobre o investimento (vide: KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*. *NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 09-46*, 2009, pp. 10-16); Sob a cláusula de *proteção e segurança totais* aos investimentos, os Estados-hospedeiros teriam obrigações de diligência com relação à prevenção de atos praticados por entes públicos ou agentes privados em seu território, compreendendo tanto a segurança física quanto jurídica/legal dos investimentos (e.g., CIADI. *Azurix Corp. v. Argentina*, Caso CIADI n. ARB/01/22, Sentença, 14 de julho de 2006, §408; CIADI. *Biwater Gauff Limited v. Tanzânia*, Caso CIADI n. ARB/05/22, Sentença, 24 de julho de 2008, §729; CIADI. *Wena Hotels Limited v. Egito*, Caso CIADI n. ARB/98/4, Sentença, 8 de dezembro de 2000, §§84-95. Veja-se ainda: DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 162-165).

⁴⁹ PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n. 2, pp. 232-257, 1995, pp. 232-233, 236; VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 63.

⁵⁰ VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 49.

⁵¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 24.

pública, de uma relação de soberania, mais do que na esfera privada, particular ao investidor e o Estado⁵². Os interesses potencialmente afetados pelas decisões dos árbitros nesses casos ultrapassariam a esfera individual dos litigantes, podendo, como sugerem alguns, atingir “inteiras populações e o modo como essas populações são governadas”⁵³. Ilustrando esse cenário, e manifestando uma certa perplexidade com a evolução do sistema, questiona-se Joost Pauwelyn:

“How did IIL [international investment law] get to the stage where Philip Morris, the tobacco giant, gets to challenge Australian tobacco legislation or Ping An, a Chinese financial conglomerate, can attack Belgium’s bank bailout, each investor claiming billions of US dollars before privately appointed foreign arbitrators?”⁵⁴

Foi nesse contexto, contudo, que o sistema de arbitragens investidor-Estado sob tratados consolidou-se como principal via para adjudicação de disputas de investimento a nível internacional⁵⁵. De acordo com dados levantados pela UNCTAD⁵⁶, existem hoje 1.257 arbitragens investidor-Estado sob tratados conhecidas, sendo que 343 casos ainda estão pendentes. De 2015 para cá, 607 arbitragens foram iniciadas por investidores estrangeiros, com uma média aproximada de 76 novos casos por ano⁵⁷. Desses casos conhecidos, 36.7% foram decididos em favor do Estado demandado, ao passo que 28% foram decididos em favor dos investidores estrangeiros⁵⁸. Nos casos iniciados entre 2017 e 2020, o valor médio demandado pelos investidores foi de US\$ 1.1 bilhão⁵⁹.

⁵² VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 58-59; KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*. *NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 09-46*, 2009, p. 41.

⁵³ KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*. *NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 09-46*, 2009, p. 41 (tradução livre).

⁵⁴ PAUWELYN, Joost. *Rational Design or Accidental Evolution? The Emerge of International Investment Law*. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 11-12.

⁵⁵ Fato que seria, inclusive, reconhecido por seus principais opositores: SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 300-301.

⁵⁶ UNCTAD, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement Navigator. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

⁵⁷ Ressalte-se que 2022 apresentou uma certa redução no número de casos (46) em comparação com os anos anteriores – por exemplo, em 2020 e 2021, foram 77 novos casos por ano.

⁵⁸ Ainda, de acordo com os dados da UNCTAD, 19.2% dos casos terminaram em acordo entre as partes; 2.5% foram decididos em favor em nenhuma das partes; e 13.6% foram descontinuados (UNCTAD, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement Navigator. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>).

⁵⁹ HODGSON, Matthew; KRYVOIAND, Yarik; HRCKA, Daniel. 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration. *British Institute of International Comparative Law*, n. 1, 28, 2021, p. 26.

Esse seria, *grosso modo*, um panorama geral sobre o estado da arte da arbitragem investidor-Estado com base em tratados internacionais.

1.2 CRISE E REFORMA DA ADJUDICAÇÃO DE DISPUTAS INVESTIDOR-ESTADO SOB OS TRATADOS INTERNACIONAIS

À época do surgimento das arbitragens investidor-Estado sob tratados, alguns autores já advertiam sobre a “delicadeza” do mecanismo, que, de uma hora para outra, poderia tornar-se alvo de ataques pela comunidade internacional⁶⁰. Essa previsão provar-se-ia acertada em tempos mais recentes. Hoje, o sistema está imerso em uma profunda crise de legitimidade que acaba pondo em xeque a sua própria sobrevivência. Nas seções que seguem, analisa-se tal cenário de crise das arbitragens investidor-Estado sob tratados, primeiro, explorando as principais críticas dirigidas ao mecanismo, bem como as suas aparentes origens (1.2.1); e, segundo, examinando quais as alternativas que vêm se desenhando para o futuro da adjudicação investidor-Estado sob os TBIs (1.2.2). Ressalte-se, desde já, que o presente trabalho não tem pretensão por analisar o mérito e/ou cabimento das críticas dirigidas à arbitragem sob tratados. As seções abaixo limitam-se a oferecer uma contextualização sobre a oposição hoje existente e as propostas de reforma do sistema, com fins de situar o leitor sobre a crise.

1.2.1 Principais Críticas Dirigidas ao Sistema de Arbitragem Investidor-Estado sob Tratados Internacionais

Em influente estudo publicado em 2016, Gabrielle Kaufmann-Kohler e Michele Potestà separaram as críticas endereçadas à arbitragem investidor-Estado sob tratados em dois grandes grupos: (i) críticas endereçadas aos julgadores (*i.e.*, aos árbitros); e (ii) críticas endereçadas à estrutura e a aspectos procedimentais dessas arbitragens⁶¹. Essas categorias refletem, em maior

⁶⁰ PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n. 2, pp. 232-257, 1995, p 257.

⁶¹ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; POTESTÀ, MICHELE. *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?* Analysis and Roadmap. Genebra: CIDS, 2016, pp. 11-14.

ou menor medida, a maior parte das posições manifestadas pelos opositores do sistema⁶² e, em especial, os pontos de preocupação identificados pelos países no âmbito do *Working Group III* da UNCITRAL (UNCITRAL WG III), o principal fórum de discussões sobre a reforma da adjudicação investidor-Estado a nível multilateral⁶³.

No primeiro grupo, estariam basicamente críticas relacionadas a supostas faltas de imparcialidade e independência dos árbitros⁶⁴. Para alguns, o sistema de arbitragem sob tratados criaria incentivos para que os árbitros desenvolvessem um viés pró-investidor, uma vez que eles teriam interesse na expansão do regime de proteção de investimentos, mirando um maior número de indicações em casos futuros⁶⁵. Sem adentrar em maiores polêmicas sobre o assunto, refira-se tão somente que essas acusações não parecem encontrar grande respaldo em dados objetivos e, em algum grau, estariam contaminadas com indevidas generalizações⁶⁶. Seja como for, sob uma perspectiva mais ampla, muitos questionam a legitimidade de julgadores privados, sem vínculos com o Estado-hospedeiro, para definir os limites do poder soberano, em situações nas quais as disputas de investimento envolvessem interesses difusos⁶⁷.

⁶² Veja-se, por exemplo, os principais focos de criticismo identificados em recente relatório da UNCTAD: UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement: a sequel. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. Genebra: ONU, 2014, pp. 24-29 e ss. No mesmo sentido: POLANCO, Rodrigo. *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: bringing back diplomatic protection?* Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 49. De modo geral, sobre a crise do sistema, remeta-se a: WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha; et al. (eds.). *The Backlash Against Investment Arbitration*. Kluwer Law International, 2010.

⁶³ Sobre o UNCITRAL WG III, veja-se: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state. Todos os materiais e deliberações estão disponíveis no site.

⁶⁴ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; POTESTÀ, MICHELE. *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and Roadmap*. Genebra: CIDS, 2016, pp. 11-12; KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 09-46*, 2009, p. 4; UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement: a sequel. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. Genebra: ONU, 2014, pp. 26-27.

⁶⁵ VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 167-175.

⁶⁶ Sobre o tema: COSTA, José Augusto Fontoura. *Tentações, Reputação e Cultura: imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados. Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 21, p. 30-63, 2009, Acesso RTOnline, item 3.

⁶⁷ CHOUDHURY, Barnail. *Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit. Vanderbilt Law Review*, vol. 41, n. 3, pp. 775-832, 2008, p. 819; ALVAREZ, Jose Enrique. *ISDS Reform: the long view. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, n. 2, pp. 253-277, 2021, pp. 2-3; KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 09-46*, 2009, p. 4; UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement: a sequel. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. Genebra: ONU, 2014, pp. 26-27.

No segundo grupo, estariam aquelas críticas dirigidas à inconsistência dos laudos arbitrais, à ausência de mecanismos de controle das decisões, à duração e aos custos dos procedimentos, bem como a uma sua suposta falta de transparência⁶⁸.

De acordo com relatórios da UNCTAD, as inconsistências nos laudos arbitrais incluiriam “interpretações divergentes de disposições iguais ou semelhantes nos TBIs, bem como diferenças no julgamento do mérito de demandas que envolveriam os mesmos fatos”⁶⁹. Na ausência de uma hierarquia ou sistema de precedentes vinculantes entre os tribunais arbitrais, eles seriam livres para dar a solução que julgassem mais adequada no caso concreto, independentemente da linha seguida por decisões anteriores⁷⁰. Bastaria pensar nos casos *Lauder v. República Tcheca* e *CME v. República Tcheca*, contudo, para entender como isso poderia tornar-se um problema⁷¹. Nas arbitragens investidor-Estado sob tratados, haveria a particularidade de os países-hospedeiros figurarem como partes-demandadas recorrentes nos procedimentos e, tendo em vista as enormes semelhanças entre os TBIs, eles teriam incentivos a não lidar com as disputas de investimento de maneira isolada⁷². A existência de decisões discrepantes envolvendo regras e/ou fatos semelhantes, nesse contexto, acabaria minando a capacidade de planejamento dos Estados, que precisariam ter uma noção mais ou menos clara de quais políticas públicas ou regulações teriam o condão de ensejar a sua responsabilidade internacional⁷³.

⁶⁸ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; POTESTÀ, MICHELE. *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?* Analysis and Roadmap. Genebra: CIDS, 2016, pp. 12-14.

⁶⁹ UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement: a sequel. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. Genebra: ONU, 2014, p. 26 (tradução livre).

⁷⁰ MAUPIN, Julie. *Differentiating Among International Investment Disputes*. In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 474

⁷¹ Ronald Lauder era um nacional norte-americano que controlava a companhia holandesa CME, uma empresa que investia no setor de transmissão televisiva na República Tcheca. Após o governo tcheco impor certas restrições regulatórias que acabaram obrigando CME a desinvestir de certos ativos no país, tanto a companhia quanto seu principal acionista ingressaram com arbitragens investidor-Estado: Lauder sob o TBI EUA-República Tcheca; CME sob o TBI Holanda-República Tcheca. Por mais que as medidas contestadas fossem as mesmas, as decisões foram divergentes: o tribunal encarregado de decidir a primeira disputa não considerou as regulações tchecas como abusivas, desestimando o pleito de Lauder; ao passo que o tribunal no caso envolvendo a companhia, CME, condenou a República Tcheca ao pagamento de nada menos que US\$ 353 milhões, apontando diversos abusos cometidos pelo Estado. Veja-se: *Ronald S. Lauder v. República Tcheca*, arbitragem ad hoc, Sentença, 3 de setembro de 2001; e *CME Czech Republic B.V. v. República Tcheca*, arbitragem ad hoc, Sentença, 14 de março de 2003.

⁷² KURTZ, Jürgen. *Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration: On Consistency, Coherence, and the Identification of the Applicable Law*. In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 270.

⁷³ VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 166.

Em sentido semelhante, para alguns, o sistema também careceria de mecanismos adequados de controle sobre o mérito das decisões dos árbitros. Sob a égide da Convenção de Washington, as hipóteses de revisão e/ou anulação dos laudos seriam bastante restritas e, em todos os casos, apreciadas internamente no CIADI por comissões *ad hoc*⁷⁴. O limitado escopo dessas comissões restou evidenciado, por exemplo, no caso *CME v. Argentina*, em que, a despeito de ter encontrado “erros manifestos de Direito” na decisão sob análise, a comissão acabou rejeitando a anulação pleiteada pelo Estado-hospedeiro, alegando que sua jurisdição estaria circunscrita a um “estrito e limitado mandato”⁷⁵. O mesmo valeria para as hipóteses de recusa de reconhecimento e execução dos laudos pelas cortes domésticas dos países. Na medida em que se promoveu a *deslocalização* das arbitragens CIADI, submetendo-as de modo exclusivo ao regime da Convenção, ter-se-ia virtualmente eliminado qualquer possibilidade de controle das decisões arbitrais pelas cortes domésticas quando do seu reconhecimento/execução⁷⁶. Para Gus Van Harten, por exemplo, esse modelo seria inadmissível quando os árbitros são chamados a decidir questões sensíveis de interesse geral, hipótese em que “a ausência de uma supervisão judicial torna a interpretação do direito público pelos árbitros – por si só, um ato fundamentalmente soberano – *não-accountable* no sentido convencional”⁷⁷.

Por fim, ainda nesse segundo grupo, haveria as críticas direcionadas à longa duração, custos excessivos e alegadas faltas de transparência dos procedimentos arbitrais⁷⁸. De acordo com estudos recentes, em média, arbitragens CIADI duram aproximadamente 4 anos e 8 meses, ao passo que arbitragens conduzidas sob as Regras de Arbitragem da UNCITRAL duram 4 anos e 3 meses⁷⁹. Esses procedimentos acarretariam altos custos às partes, que, em média, por

⁷⁴ Veja-se: CIADI, Regras de Arbitragem, Capítulo XI; NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment*. Haia: Kluwer Law International, 2009, pp. 28-30.

⁷⁵ CIADI. *CME Gas Transmission Company v. Argentina*, Caso CIADI n. ARB/01/8, Decisão sobre Anulação, 25 de setembro de 2007, §158.

⁷⁶ Veja-se: Convenção de Washington, Art. 54(1): Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State; DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 239; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §§ 11.132-11.138; BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, p. 493.

⁷⁷ VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 156 (tradução livre).

⁷⁸ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; POTESTÀ, MICHELE. *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?* Analysis and Roadmap. Genebra: CIDS, 2016, pp. 13-14.

⁷⁹ HODGSON, Matthew; KRYVOIAND, Yarik; HRCKA, Daniel. 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration. *British Institute of International Comparative Law*, n. 1, 28, 2021, p. 5.

arbitragem, gastariam conjuntamente um total de US\$ 8 milhões – havendo casos em que esses valores teriam superado a casa dos US\$ 30 milhões⁸⁰. Nessa linha, alguns questionam a incapacidade de o sistema lidar de maneira satisfatória com demandas frívolas trazidas por certos investidores, que, inobstante, acabam onerando os cofres públicos dos países⁸¹. No que tange à falta de transparência do sistema, as críticas voltam-se à possibilidade de as partes optarem pela confidencialidade dos procedimentos e às dificuldades relacionadas à participação de terceiros interessados nas arbitragens⁸².

Esses seriam, em síntese, os principais aspectos atacados pelos opositores do sistema atualmente.

De um modo geral, à parte questões mais secundárias relativas à duração e aos custos dos procedimentos, seria possível afirmar que as críticas estariam menos direcionadas ao funcionamento do mecanismo da arbitragem, em si considerado, e mais à sua utilização para a resolução de disputas de natureza pública⁸³. Conforme já mencionado, sob o regime dos TBIs, os Estados-hospedeiros passaram a estar expostos a uma vasta gama de litígios que discutiam os limites do seu poder soberano. Houve um certo alargamento do espectro de matérias que os investidores poderiam discutir perante os tribunais e, assim, a jurisdição arbitral acabou se expandindo para searas que tradicionalmente restariam fora dos seus domínios⁸⁴. Foi justamente dita expansão, no entanto, que teria feito surgirem preocupações outrora desconhecidas no mundo da arbitragem – como muitas daquelas referidas acima.

⁸⁰ ONU. *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) – Cost and Duration*. Note by the secretariat. A/CN.9/WG.III/WP.153. Datado de 31 de agosto de 2018, p. 9.

⁸¹ POLONSKAYA, Ksenia. Frivolous and Abuse of Process Claims in Investor-State Arbitration: can rules on cost allocation become solution? *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 11, n. 4, pp. 589-613, 2020, Versão Não-Paginada, p. 1; ALVAREZ, Jose Enrique. ISDS Reform: the long view. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, n. 2, pp. 253-277, 2021, p. 4.

⁸² Veja-se, e.g., VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 159-164; UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement: a sequel. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. Genebra: ONU, 2014, p. 121-127. Ver também: MOROSINI, Fábio; PERRONE, Nicolás M.; SANCHEZ-BADIN, Michelle R. Strengthening multi-stakeholder cooperation in the international investment regime: The Brazilian model. *Columbia FDI Perspectives*, n. 263, 2019. Nesse ponto, valeria destacar que parte dessas preocupações já teriam sido atendidas pela Convenção das Maurícias sobre Transparência na Arbitragem Investidor-Estado baseada em Tratados, de 2014, e pela reforma das Regras de Arbitragem do CIADI de 2022.

⁸³ PUIG, Sergio; SHAFFER, Gregory. Imperfect Alternatives: institutional choice and reform of investment law. *American Journal of International Law*, vol. 112, n. 3, pp. 361-409, 2019, p. 363. Em sentido parecido, veja-se: POLANCO, Rodrigo. *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: bringing back diplomatic protection?* Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 50.

⁸⁴ LALONDE, Marc. The Evolving of Arbitration and Arbitrability. *ICCA Congress Series*, vol. 9, pp. 189-196, 1999, pp. 189-190.

Sob o modelo clássico das arbitragens comerciais, por exemplo, questões relacionadas à legitimidade dos árbitros, possíveis inconsistências e equívocos nas decisões e/ou a confidencialidade dos procedimentos não despertariam maiores anseios⁸⁵. Afinal, a missão dos árbitros resumir-se-ia a decidir uma disputa específica que lhes é submetida pelas partes⁸⁶. Como colocava Owen Fiss, “os árbitros são pagos pelas partes; escolhidos pelas partes; e inseridos em um contexto prático (...) que localiza ou privatiza a [sua] decisão”⁸⁷. Daí que maiores escrutínios sobre a arbitragem somente se justificariam na medida em que tais decisões deixassem a esfera privada e passassem a atingir os interesses de terceiros não envolvidos nos procedimentos arbitrais⁸⁸. Foi isso, contudo, o que teria ocorrido, segundo a opinião de muitos, sob o regime dos TBIs.

O alargamento do escopo da jurisdição arbitral, aliado à amplitude da oferta a arbitrar dos Estados sob esses tratados – direcionada a um número indefinido de investidores de certa nacionalidade –, teria contribuído para uma alta exposição dos países a litígios de natureza pública em matéria de investimento estrangeiro. Em outras palavras, os Estados-hospedeiros teriam perdido o controle sobre os limites da jurisdição arbitral, seja sob uma perspectiva de *quem poderia requerer a instauração das arbitragens*, seja sob uma perspectiva *do que poderia ser discutido perante os árbitros*. Em certo sentido, essa maior exposição dos Estados estaria na origem de grande parte do descontentamento com o sistema vigente e poderia ser vista como o ponto de partida para a crise das arbitragens investidor-Estado sob tratados internacionais.

⁸⁵ Nesse sentido: ALVAREZ, Jose Enrique. ISDS Reform: the long view. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, n. 2, pp. 253-277, 2021, p. 3; CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Appellate Arbitral Rules in International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, vol. 33, n. 2, pp. 185-216, 2016, pp. 195-196.

⁸⁶ Essa parece ser a posição da maior parte dos tribunais arbitrais em matéria de investimento. Vide, por exemplo: PCA. *Romak S.A. v. Uzbequistão*, Caso PCA n. AA280, Sentença, 26 de novembro de 2009, §171: “Ultimately, the Arbitral Tribunal has not been entrusted, by the Parties or otherwise, with a mission to ensure the coherence or development of ‘arbitral jurisprudence.’ The Arbitral Tribunal’s mission is more mundane, but no less important: to resolve the present dispute between the Parties in a reasoned and persuasive manner, irrespective of the unintended consequences that this Arbitral Tribunal’s analysis might have on future disputes in general”; KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. *NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 09-46*, 2009, pp. 1-2. Ver também: CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Appellate Arbitral Rules in International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, vol. 33, n. 2, pp. 185-216, 2016, pp. 195-196.

⁸⁷ FISS, Owen M. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, pp. 1-59, 1979, pp. 30-31 (tradução livre).

⁸⁸ KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. *NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 09-46*, 2009, pp. 1-2, 40-41.

1.2.2 O Futuro Incerto das Arbitragens Investidor-Estado sob Tratados Internacionais

Quaisquer que sejam os méritos das críticas dirigidas ao sistema de arbitragem sob tratados, os seus efeitos já não poderiam ser minimizados. Conforme notaram os delegados de alguns países no âmbito do UNCITRAL WG III, as percepções do público sobre o sistema, estejam elas fundamentadas ou não, haveriam que ser levadas em conta, visto que “a justiça não apenas deve ser feita, mas deve também ser percebida como sendo feita”⁸⁹. E o fato é que atualmente o sistema é percebido como falho em muitos aspectos.

A crise da arbitragem sob tratados, inicialmente mais restrita a certos círculos acadêmicos, hoje é amplamente discutida na mídia⁹⁰ e no debate político interno dos países⁹¹. Pela primeira vez, desde o seu surgimento, o futuro desse mecanismo adjudicatório estaria em aberto⁹². Alguns países denunciaram TBIs que incluíam cláusulas de resolução de disputas por meio da arbitragem investidor-Estado (por exemplo, Ecuador⁹³ e Paquistão⁹⁴), outros revisaram seus modelos de TBI para excluir ou limitar tais previsões (por exemplo, Brasil⁹⁵ e Índia⁹⁶, respectivamente) e ainda houve casos de denúncia à Convenção de Washington (por exemplo,

⁸⁹ Os países em questão seriam Austrália, Maurícias e África do Sul. Vide: ROBERTS, Anthea. Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration. *American Journal of International Law*, vol. 112, n. 3, pp. 410-432, 2018, p. 416 (tradução livre).

⁹⁰ E.g. *The obscure legal system that lets corporations sue countries*, The Guardian, por Claire Provost e Matt Kennard, 10 de junho de 2015, disponível em: <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>; *How some International Treaties Threaten the Environment*, The Economist, 5 de outubro de 2020, disponível em: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2020/10/05/how-some-international-treaties-threaten-the-environment>; *The Arbitration Game*, The Economist, 11 de outubro de 2014, disponível em: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2014/10/11/the-arbitration-game>; *L'arbitrage international, une justice sur la sellette*, Le Monde, por Maxime Vaudano, 28 de agosto de 2018, disponível em: <https://www.lemonde.fr/international/article/2018/08/24/l-arbitrage-d-investisment-une-justice-sur-la-sellette>;

⁹¹ Veja-se, por exemplo, a recente oposição de congressistas norte-americanos à inclusão de cláusulas de resolução de disputas por arbitragem investidor-Estado baseada tratados com alguns parceiros comerciais dos EUA: <https://www.warren.senate.gov/oversight/letters/senator-warren-representative-doggett-call-for-elimination-of-investor-state-dispute-settlement-system-action-on-behalf-of-honduran-government>.

⁹² KURTZ, Jürgen. Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration: On Consistency, Coherence, and the Identification of the Applicable Law. In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 257.

⁹³ “Ecuador denounces its remaining 16 BITs and publishes CAITISA audit report”, IISD News, 12 de junho de 2017, disponível em: <https://www.iisd.org/itn/en/2017/06/12/ecuador-denounces-its-remaining-16-bits-and-publishes-caitisa-audit-report/>.

⁹⁴ “Pakistan terminates 23 BITs”, IISD News, 7 de outubro de 2021, disponível em: <https://www.iisd.org/itn/en/2021/10/07/pakistan-terminates-23-bits/>.

⁹⁵ BRASIL. Modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, de 2015, disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

⁹⁶ Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, datado de 28 de dezembro de 2015, disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

Bolívia⁹⁷ e Venezuela⁹⁸). Nesse contexto, começaram a ganhar força diversas propostas de reforma ao sistema vigente, muitas das quais sugerindo a plena abolição da arbitragem investidor-Estado sob tratados.

No âmbito do UNCITRAL WG III, a União Europeia propôs a criação de uma corte multilateral para decidir disputas de investimentos⁹⁹. Essa corte seria composta por duas instâncias, cada qual com juízes indicados pelos Estados para um mandato fixo¹⁰⁰. Notadamente, a alternativa manteria o direito de os investidores demandarem os Estados sob os TBIs, mas instituiria um órgão permanente para ouvir tais demandas, evitando-se o risco de decisões inconsistentes e sujeitando-as a maiores controles¹⁰¹. Outros países sugeriram a adoção de mecanismos de mediação e prevenção de disputas, no lugar das arbitragens¹⁰². Em alguns casos, propôs-se a limitação do recurso à arbitragem nos TBIs para a resolução de disputas interestatais (Estado-Estado) – como, por exemplo, o fez o Brasil nos seus Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (os ACFIs)¹⁰³.

De um modo geral, o cenário mais provável diante da crise seria o de uma maior fragmentação e complexificação do sistema de resolução de disputas investidor-Estado a nível internacional¹⁰⁴. Mesmo que as reformas não cheguem ao ponto de extinguir totalmente a arbitragem sob tratados, a disponibilidade dessa via tornar-se-ia mais incerta aos investidores em cada caso concreto. E isso, a seu turno, poderia impactar negativamente os fluxos de

⁹⁷ “Denunciation of ICSID Convention”, ICSID News Releases, 16 de maio de 2007, disponível em: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/denunciation-icsid-convention>.

⁹⁸ “Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention”, ICSID News Releases, 26 de janeiro de 2012, disponível em: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/venezuela-submits-notice-under-article-71-icsid-convention>.

⁹⁹ Veja-se, e.g.: ONU. *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*. Appellate and Multilateral Court Mechanisms. Note by the Secretariat. A/CN.9/WG.III/WP.185, datado de 29 de novembro de 2019.

¹⁰⁰ ALVAREZ, Jose Enrique. ISDS Reform: the long view. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, n. 2, pp. 253-277, 2021, pp. 8-11.

¹⁰¹ ROBERTS, Anthea. Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration. *American Journal of International Law*, vol. 112, n. 3, pp. 410-432, 2018, pp. 410, 416.

¹⁰² ROBERTS, Anthea. Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration. *American Journal of International Law*, vol. 112, n. 3, pp. 410-432, 2018, pp. 416-417.

¹⁰³ Resumindo a proposta dos ACFIs, Morosini, Gabriel e Costa explicam que “a preferência é para que haja uma interlocução entre o governo do país e os investidores estrangeiros”, a qual ocorreria pela estruturação de um sistema de governança institucional, composto por comitês conjuntos e pontos focais (*ombudsman*). Somente após exaurida essas etapas prévias de tentativa de composição é que se abriria a via da adjudicação arbitral, mas somente entre Estados (MOROSINI, Fábio; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, Anastacia. Solução de Controvérsias em Acordos de Investimento: as experiências do CPTPP, CETA e dos ACFIs. *Revista de Direito Internacional*, vol. 17, n. 1, pp. 292-309, 2020, p. 304). O modelo de ACFI brasileiro pode ser encontrado em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

¹⁰⁴ ALVAREZ, Jose Enrique. ISDS Reform: the long view. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, n. 2, pp. 253-277, 2021, p. 12.

investimentos estrangeiros entre os países¹⁰⁵. Afinal, se os TBIs de fato contribuem para a redução dos riscos dos investidores, essa sua função estaria intimamente ligada ao seu atual mecanismo de resolução de disputas investidor-Estado¹⁰⁶. Para Thomaz Wälde, por exemplo:

“It is the ability to access a tribunal outside the sway of the host State which is the principal advantage of a modern investment treaty. This advantage is much more significant than the applicability to the dispute of substantive international law rules. The remedy trumps in terms of practical effectiveness the definition of the right”¹⁰⁷.

Nesse sentido, a ausência de TBIs com ofertas a arbitrar disputas de investimento poderia levar a uma limitação significativa no acesso dos investidores à jurisdição arbitral quando do surgimento de conflitos com os Estados-hospedeiros. Em recente artigo, Charles Brower chegou ao ponto de referir que os países estariam deixando seus próprios investidores *desamparados* ao rejeitarem o sistema de arbitragem sob os TBIs¹⁰⁸.

Como regra, no entanto, o debate sobre os efeitos de uma possível abolição da arbitragem investidor-Estado sob tratados não parece dar o devido peso à circunstância de que os investidores estrangeiros continuariam tendo uma importante via de acesso à jurisdição arbitral por meio de contratos celebrados com os países-hospedeiros. Esse modelo de arbitragens investidor-Estado de matriz contratual, já há muito tempo testado na prática, preserva até hoje sua relevância na adjudicação de disputas de investimento¹⁰⁹. À vista disso, a Parte II deste estudo propõe uma análise das principais características da proteção contratual de investimentos e, mais especificamente, da idoneidade e limites de um modelo de arbitragens contratuais na tutela dos interesses dos investidores estrangeiros.

¹⁰⁵ ALVAREZ, Gloria Maria; BLASIKIEWICZ, Blazej; HOOLWERFF, Tabe van; et al. A Response to Criticism against ISDS by EFILA. *Journal of International Arbitration*, vol. 33, n. 1, pp. 1-36, 2016, pp. 32-35.

¹⁰⁶ Veja-se, nesse sentido: YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, n. 1, pp. 121-146, 2008, pp. 128-130.

¹⁰⁷ WÄLDE, Thomas W. The ‘Umbrella’ Clause in Investment Arbitration. A Comment on Original Intentions and Recent Cases. *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, n. 2, pp. 183-236, 2005, p. 190.

¹⁰⁸ BROWER, Charles; AHMAD, Jawad. Why the “Demolition Derby” that Seeks to Destroy Investor-State Arbitration? *Southern California Law Review*, vol. 91, n. 6, pp. 1139-1196, 2018, p. 1157: “Why are States selling out their own nationals desirous of traditional legal protections when they invest abroad? The answer is that this is a populist trend inspired by fear, by some countries’ and their citizens’ objections to a rule of law that is not “home-grown,” and determinedly by left-wing intellectuals and allied non-governmental organizations who are proceeding in the face of the established facts”.

¹⁰⁹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 276-277, 300-301; BOTTINI, Gabriel. *Admissibility of Shareholder Claims under Investment Treaties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 212.

2 A ALTERNATIVA DA ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO BASEADA EM CONTRATOS

Pelo menos desde a primeira metade do Século XX, é prática comum que investidores estrangeiros celebrem contratos com os Estados-hospedeiros, visando a garantir certos *standards* de proteção aos seus investimentos no país¹¹⁰. Na maior parte desses contratos, investidores e Estados negociam a inclusão de uma cláusula compromissória, prevendo que quaisquer disputas que eventualmente venham a surgir da sua relação sejam submetidas à arbitragem. Assim, nas seções que seguem, analisa-se, em um primeiro momento, como costuma ser estruturada essa proteção de investimentos sob contratos, bem como as principais características de um modelo de arbitragem investidor-Estado de matriz contratual (2.1). Superados esses esclarecimentos iniciais, parte-se ao exame de possíveis limitações à arbitragem contratual na adjudicação de disputas de investimento no contexto de diferentes sistemas internacionais e domésticos (2.2).

2.1 A PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS POR MEIO DE CONTRATOS

Muito antes do advento dos TBIs, os investidores estrangeiros teriam estruturado um sistema de proteção de investimentos por meio de contratos celebrados com os Estados-hospedeiros¹¹¹. Esses contratos poderiam assumir diferentes configurações, a depender do projeto, do setor econômico, ou, ainda, do sistema jurídico em que estivessem inseridos. Sob tais instrumentos, os investidores estrangeiros negociariam a assunção de determinadas obrigações de conduta pelos Estados-hospedeiros, que, *mutatis mutandi*, cumpririam com as mesmas funções de certas disposições presentes nos TBIs (2.1.1). Ademais, na avassaladora maioria desses contratos, os investidores buscariam inserir uma cláusula compromissória, garantindo a remissão das suas disputas com o Estado-hospedeiro à arbitragem (2.1.2).

¹¹⁰ PAUWELYN, Joost. Rational Design or Accidental Evolution? The Emerge of International Investment Law. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 25; SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 276-277.

¹¹¹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 276-277.

2.1.1 Os Contratos de Investimento: Pressupostos de Compreensão e Proteção Material dos Investimentos

Muitos autores apontam para a circunstância de que, na grande maioria dos casos, o processo de investir no exterior acabaria levando o investidor a celebrar algum contrato com as autoridades locais do Estado-hospedeiro¹¹². Essa prática seria especialmente comum em setores de exploração de recursos naturais dos países, como petróleo e mineração, ou de prestação de serviços públicos, como na área de infraestrutura¹¹³. Segundo notam Dolzer e Schreuer:

“Large-scale investments may last for decades. They involve interests of the investor, as well as the public interests of the host state. General legislation of the host country may not sufficiently address the nature of the project and the kind of interests concerned. The legal setting of an investment may need to be adjusted to its specifics and complexities by way of an investment contract. The investment contract will also reflect the bargaining power of both sides under the circumstances of the individual project. Therefore, investors and host states often negotiate investment agreements”¹¹⁴.

Mas, afinal, o que definiria um contrato de investimentos? Seria qualquer contrato celebrado pelo investidor com o Estado-hospedeiro, no decurso das suas atividades no país? Ou a qualificação exigiria algum elemento adicional? O primeiro ponto que deve ser esclarecido é o de que a noção de contrato de investimentos não remete a um tipo contratual específico, o qual, por certo, pode variar conforme a relação das partes, o projeto em particular e/ou o setor econômico em questão¹¹⁵. Assim, quando aqui se refere a contratos de investimentos, está-se

¹¹² E.g., SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 277; BROWER, Charles N.; KUMAR, Shashank P. Investomercial Arbitration: Whence Cometh It? What Is It? Whither Goeth It? *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 30, n. 1, 2015, pp. 37-38; CREMADES, Bernardo M; CAIRNS, David. Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian (eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 3, pp. 13-41, 2005, pp. 13-14.

¹¹³ YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, n. 1, pp. 121-146, 2008, p. 133; CREMADES, Bernardo M; CAIRNS, David. Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian (eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 3, pp. 13-41, 2005, pp. 13-14; PAUWELYN, Joost. Rational Design or Accidental Evolution? The Emerge of International Investment Law. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 25.

¹¹⁴ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 79.

¹¹⁵ BISHOP, Doak R.; CRAWFORD, James R.; REISMAN, Michal W. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2ª ed. Kluwer Law International, 2014, p. 213; DOLZER, Rudolf;

essencialmente aludindo a uma categoria ampla de contratos concluídos entre investidores e Estados-hospedeiros, que guardariam certas características em comum.

Sem prejuízo de outros enfoques adotados na doutrina¹¹⁶, para os fins do presente trabalho, considera-se como contratos de investimentos aqueles contratos celebrados pelos investidores e pelos Estados (ou entes a eles subordinados) que formalizem um vínculo duradouro entre as partes, mediante os quais os investidores se comprometam a realizar uma contribuição, na forma de quaisquer ativos, para o território do país-hospedeiro, envolvendo a assunção de um certo risco¹¹⁷. Como se vê, mais do que uma perspectiva estrutural, parte-se de uma perspectiva funcional para conceituar os contratos de investimentos. Nessa linha, esses contratos poderiam assumir a forma de concessões, *joint ventures*, contratos de financiamento, contratos de cooperação técnica, *turn-key agreements*, certos contratos de fornecimento, contratos de partilha de produção, dentre outros¹¹⁸.

Não apenas os tipos e estruturas contratuais poderiam variar, mas também a sua natureza, a depender da ordem jurídica em que esses contratos estivessem inseridos¹¹⁹. Para alguns, por exemplo, os contratos de investimento apresentariam certos elementos que

SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 79.

¹¹⁶ Para Charles Leben, por exemplo, os contratos de investimento seriam uma espécie de *contratos do Estado* (*contrats d'Etat*) de longa duração e marcados por uma igualdade e liberdade das partes contratantes (o investidor e o Estado), diferenciando-os dos contratos administrativos sujeitos ao direito público interno dos países (LEBEN, Charles. *La Théorie du Contrat D'État et L'Évolution du Droit International des Investissements*. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, pp. 197-386, 2003, pp. 235-245). Em sentido semelhante, Jan Schokkaert e Yvon Heckscher restringem a noção de contratos de investimento àqueles contratos do Estado, concluídos com o um investidor privado, sujeitos ao direito internacional (SCHOKKAERT, Jan; HECKSCHER, Yvon. *Investment Contracts between Sovereign States and Private Companies - Link between BITs and State Contracts*. *Journal of World Investment and Trade*, vol. 11, n. 6, pp. 903-964, 2010, pp. 903-904).

¹¹⁷ Define-se essa categoria de contratos a partir do seu objeto comum: um investimento. Nesse sentido, a noção proposta faz referência a elementos básicos que fariam parte de todo o investimento, independentemente da sua forma, amplamente aceitos pela jurisprudência arbitral desde a decisão em *Salini v. Marrocos*: (i) uma contribuição ao Estado-hospedeiro; (ii) uma certa duração; e (iii) a assunção de um determinado risco pelo investidor (veja-se: CIADI. *Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.p.A. v Marrocos*, Caso CIADI n. ARB/00/4, Decisão sobre Jurisdição, 31 de julho de 2001). Frise-se que a opção aqui adotada não implica qualquer análise mais aprofundada sobre o conceito de investimento na jurisprudência arbitral, tampouco adentrar em discussões acerca dos casos em que um contrato, ele próprio, poderia ser considerado como um investimento.

¹¹⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 39; LEBEN, Charles. *La Théorie du Contrat D'État et L'Évolution du Droit International des Investissements*. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, pp. 197-386, 2003, pp. 241-243.

¹¹⁹ Para os fins da presente pesquisa, a natureza jurídica do contrato não afetaria a sua recondução à categoria de contrato de investimentos. Nota-se, contudo, que posições diferentes foram adotadas em outros estudos, nos quais a categoria dos contratos de investimento é, essencialmente, construída a partir da natureza privada do contrato que, portanto, permitir-lhe-ia ser submetido à ordem jurídica internacional pelas partes. Nesse sentido, ver, por todos: LEBEN, Charles. *La Théorie du Contrat D'État et L'Évolution du Droit International des Investissements*. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, pp. 197-386, 2003, pp. 235-245.

permitiriam a sua inserção em uma ordem jurídica internacional, mesmo na ausência de previsão expressa das partes¹²⁰. Além disso, nos casos em estivessem sujeitos a um direito doméstico, principalmente, se no âmbito da *Civil Law*, esses contratos poderiam ser considerados como contratos de natureza pública (contratos administrativos) ou contratos de natureza privada (contratos privados da Administração)¹²¹. A natureza atribuída ao contrato, em cada situação, teria o condão de afetar substancialmente o seu regime jurídico (cogente) e, inclusive, a liberdade das partes para a pactuação de determinadas disposições.

Apesar de tamanha diversidade, na prática, a proteção de investimentos sob esses instrumentos acabaria apresentando uma certa convergência¹²². Em princípio, por meio dos contratos de investimentos, investidor e Estado promoveriam uma alocação eficiente dos riscos relacionados a um projeto, cada parte barganhando por direitos e obrigações específicas, bem como por mecanismos adequados para executar os termos da avença¹²³. À vista disso, sob uma perspectiva de proteção material dos investimentos, algumas cláusulas seriam recorrentes nesses contratos.

Primeiro, destaca-se a cláusula de escolha da lei aplicável. Em alguns casos, as partes teriam a liberdade para determinar a qual sistema de direito o seu contrato de investimentos estaria sujeito¹²⁴. Para o investidor, seria de particular interesse remeter o contrato a algum sistema jurídico outro que o direito doméstico do Estado-hospedeiro, visto que este, em tese, estaria sempre vulnerável a alterações unilaterais (abusivas ou não) por parte do país¹²⁵. Nesse sentido, as partes poderiam escolher a aplicação de algum sistema de direito doméstico neutro,

¹²⁰ Veja-se: DELAUME, Georges R. State Contracts and Transnational Arbitration. *American Journal of International Law*, vol. 75, n. 4, pp. 784-819, 1981, pp. 798-805.

¹²¹ Sobre o tema, com destaque para as diferenças existentes entre países de *Civil Law* e de *Common Law*, veja-se: GIACOMUZZI, José Guilherme. *Foundations of Public Contracts. A Comparative View*. Northampton: Elgar Publishing, 2022, pp. 74-93.

¹²² BISHOP, Doak R.; CRAWFORD, James R.; REISMAN, Michal W. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2ª ed. Kluwer Law International, 2014, p. 214.

¹²³ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 80.

¹²⁴ A escolha da lei aplicável pelas partes dependeria, em grande medida, da qualificação do contrato como contrato de natureza privada. Em certos sistemas jurídicos, a exemplo do Direito brasileiro, nos contratos de natureza pública (contratos administrativos), as partes não teriam liberdade para afastar o contrato do âmbito do direito doméstico do país. Nesse sentido, ver: SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 284; BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two Sides of the Same Coin: To What Extent Is Arbitration with the Brazilian Administration Similar to Investment-Treaty Arbitration? In: LEVY, Daniel; MERCEREAU, Ana Gerda de Borja; et al. (eds.). *Investment Protection in Brazil*. Kluwer Law International, 2013, pp. 48-49.

¹²⁵ BROWER, Charles N.; KUMAR, Shashank P. Investomercial Arbitration: Whence Cometh It? What Is It? Whither Goeth It? *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 30, n. 1, 2015, pp. 37-39.

ou, até mesmo, princípios e regras gerais de Direito ou certos usos e práticas de algum setor¹²⁶. Rompendo com uma visão mais tradicional, segundo a qual todo o contrato envolvendo entes privados encontraria seu fundamento em alguma ordem jurídica nacional¹²⁷, hoje se reconhece a possibilidade de investidor e Estado pactuarem a aplicação do direito internacional (público ou privado) à avença¹²⁸. Nada obstante, na maior parte dos casos, a opção das partes seguiria sendo por algum sistema de direito interno – via de regra, e apesar dos riscos, o direito doméstico do Estado-hospedeiro¹²⁹.

Em segundo lugar, haveria as chamadas cláusulas de estabilização, cuja inserção nos contratos poderia ser pleiteada pelos investidores. Essas cláusulas teriam o efeito de *congelar* a moldura regulatória aplicável à avença, em especial quando o contrato estivesse submetido ao direito doméstico do Estado-hospedeiro¹³⁰. O objetivo seria “criar um regime legal que permaneceria inalterado do início ao fim do projeto”¹³¹. Notadamente, a amplitude dessa estabilização variaria, conforme a redação dada à cláusula – por exemplo, as partes poderiam limitar seus efeitos a uma área específica, como o regime tributário aplicável ao investidor¹³². As cláusulas de estabilização suscitariam alguma discussão sobre a real possibilidade de um Estado-hospedeiro – e, mais ainda, de um ente a ele subordinado – assumir tais obrigações no âmbito de um contrato com uma parte privada¹³³. Em última análise, a questão acabaria sendo resolvida pela natureza atribuída ao contrato no caso concreto e/ou pela lei escolhida pelas partes. Nessa linha, na grande maioria dos casos em que tribunais arbitrais foram confrontados

¹²⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 81; SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 284-285.

¹²⁷ PCIJ. Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France. *Publications of the Permanent Court of International Justice*, series A, n. 20/21. Leida: Sijthoff, 1929, p. 41. Ver também: SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 285-286.

¹²⁸ PERRONE, Nicolás M. *Investment Treaties and the Legal Imagination*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 106; DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 81.

¹²⁹ DELAUME, Georges R. State Contracts and Transnational Arbitration. *American Journal of International Law*, vol. 75, n. 4, pp. 784-819, 1981, p. 796.

¹³⁰ BISHOP, Doak R.; CRAWFORD, James R.; REISMAN, Michal W. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2ª ed. Kluwer Law International, 2014, pp. 214-215; SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 281-282.

¹³¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 82 (tradução livre).

¹³² DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 83.

¹³³ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 282-284.

com essas cláusulas, eles acabaram confirmando a sua validade e eficácia com fulcro no direito internacional¹³⁴.

Como alternativa menos intrusiva sobre a soberania regulatória dos Estados, destacar-se-iam também as ditas cláusulas de renegociação. Por meio dessas, mais do que garantir a estabilidade normativa do contrato, os investidores buscariam preservar o equilíbrio econômico-financeiro da operação¹³⁵. Em síntese, as cláusulas de renegociação não vedariam que os Estados alterassem o regime legal aplicável aos contratos, mas determinariam que, em o fazendo, eles tivessem um dever de renegociar os termos e condições pactuados com os investidores¹³⁶. Como nota Piero Bernardini, essas cláusulas seriam mais palatáveis do que as cláusulas de estabilização quando o contrato de investimentos tivesse natureza pública sob o sistema jurídico aplicável¹³⁷. No contexto do Direito brasileiro, por exemplo, a inclusão de cláusulas de reequilíbrio econômico-financeiro é de praxe nos contratos de concessão de serviço público, garantindo-se ao concessionário o direito de exigir o reestabelecimento da equação econômica da avença diante de alterações supervenientes¹³⁸. Certos desafios relacionados à aplicação de tais cláusulas estariam, por um lado, em identificar quais os eventos que fariam surgir o direito ao reequilíbrio do contrato, e, por outro, quais os parâmetros (objetivos) que as partes deveriam observar quando da sua renegociação¹³⁹.

Alguns contratos também poderiam incluir cláusulas voltadas a regular hipóteses de expropriação e/ou nacionalização dos investimentos¹⁴⁰. Por mais que a validade de uma

¹³⁴ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 83-84.

¹³⁵ BISHOP, Doak R.; CRAWFORD, James R.; REISMAN, Michal W. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2ª ed. Kluwer Law International, 2014, pp. 214-215; DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 85.

¹³⁶ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 282; BERNARDINI, Piero. Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts. *Journal of World Investment*, vol. 2, 2, pp. 235-248, 2001, p. 242.

¹³⁷ BERNARDINI, Piero. Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts. *Journal of World Investment*, vol. 2, 2, pp. 235-248, 2001, p. 242.

¹³⁸ Vide: BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, Art. 65, §6: Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. Sobre o tema: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, Acesso RTPreview, Capítulo 9, itens 27-29; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

¹³⁹ Para uma análise mais aprofundada, veja-se: KRÖLL, Stefan M. The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts. *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*. Studies in Transnational Economic Law, vol. 19, pp. 425-470, 2004, pp. 433-450.

¹⁴⁰ BERNARDINI, Piero. Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts. *Journal of World Investment*, vol. 2, 2, pp. 235-248, 2001, p. 242.

vedação absoluta a medidas expropriatórias pelo Estado-hospedeiro fosse questionável, em princípio, na maior parte das vezes, as partes seriam livres para negociar as condições a que restaria sujeita eventual compensação do investidor¹⁴¹. Por fim, mencionem-se ainda as cláusulas de livre transferência de recursos, voltadas a assegurar o direito de o investidor transferir ao exterior os lucros percebidos no projeto¹⁴².

De um modo geral, essas seriam as principais cláusulas de proteção material de investimentos previstas nos contratos celebrados entre investidores e Estados. Conforme notam alguns autores, não raro, haveria uma certa sobreposição funcional entre essas cláusulas e disposições encontradas nos TBIs¹⁴³. Para Ingrid Delupis, por exemplo, os TBIs enumerariam – ainda que sob outras vestes – direitos que os investidores poderiam facilmente obter no âmbito de um contrato¹⁴⁴. Jason Yackee, a seu turno, pondera que os contratos de investimento trariam consideráveis vantagens sobre a proteção por TBIs, porquanto as partes seriam capazes de moldar a sua relação às particularidades do projeto em questão:

“Investment contracts are potentially the most effective investment protection instruments available because they allow investors to draft terms tailored to specific investment needs. BITs, on the other hand, provide much vaguer one-size fits-all default terms of bargain that, in some cases, will be unsuited to particular investment projects, and that, in almost all cases, will be considered incomplete by the risk-averse investor”¹⁴⁵.

Seja como for, à vista da pluralidade de contratos de investimentos, uma tal análise dificilmente poderia ser conduzida em abstrato. O nível de proteção material oferecido por esses instrumentos dependeria em larga escala da moldura legal em que estivessem inseridos, podendo ainda ser impactado pelas particularidades do processo de negociação entre as partes. Ademais, esses *standards substantivos* de proteção de investimentos somente seriam eficazes se aliados a mecanismos capazes de garantir o cumprimento dos compromissos assumidos pelas

¹⁴¹ BERNARDINI, Piero. Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts. *Journal of World Investment*, vol. 2, 2, pp. 235-248, 2001, pp. 242-243.

¹⁴² BERNARDINI, Piero. Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts. *Journal of World Investment*, vol. 2, 2, pp. 235-248, 2001, p. 243.

¹⁴³ YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, n. 1, pp. 121-146, 2008, p. 132; DELUPIS, Ingrid. *Finance and Protection of Investments in Developing Countries*, 1973, p. 35, *apud* YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, n. 1, pp. 121-146, 2008, p. 132.

¹⁴⁴ DELUPIS, Ingrid. *Finance and Protection of Investments in Developing Countries*, 1973, p. 35, *apud* YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, n. 1, pp. 121-146, 2008, p. 132.

¹⁴⁵ YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, n. 1, pp. 121-146, 2008, pp. 133-134.

partes. Daí que, pelo menos desde a primeira metade do Século XX, investidores e Estados-hospedeiros tendem a pactuar cláusulas compromissórias no âmbito de seus contratos de investimentos, submetendo quaisquer disputas oriundas da relação à jurisdição de um tribunal arbitral¹⁴⁶.

2.1.2 A Arbitragem Investidor-Estado baseada em Contratos

Ao pactuarem uma cláusula compromissória em um contrato de investimentos, investidor e Estado concordam em submeter quaisquer disputas *relacionadas* a uma determinada relação à arbitragem (doméstica ou internacional)¹⁴⁷. A redação dessas cláusulas pode variar, com casos em que as partes referem *todas* ou *quaisquer* disputas *relativas, sob, oriundas de, que surjam de, com conexão ao* contrato, ou, ainda, *à relação* das partes, dentre outros termos equivalentes¹⁴⁸. Salvo em situações excepcionais, essas diferenças não teriam maiores implicações sobre o escopo da jurisdição dos árbitros, possuindo caráter meramente semântico¹⁴⁹. Em todos os casos, contudo, o consentimento a arbitrar das partes no âmbito de uma cláusula compromissória teria caráter específico: restringir-se-ia a uma particular classe

¹⁴⁶ PAUWELYN, Joost. Rational Design or Accidental Evolution? The Emerge of International Investment Law. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 25; SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 276-277.

¹⁴⁷ BLACKABY, Nigel. Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphin and the Shark). In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D.M. (eds.). *Pervasive Problems in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol. 15, pp. 217-233, 2006, pp. 218-219. Segundo uma concepção tradicional, a noção de *arbitragens contratuais* englobaria quaisquer arbitragens instituídas com base em uma convenção de arbitragem, fosse uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral. Para os fins aqui propostos, e considerando que os compromissos arbitrais acabam sendo mais raros na prática, voltaremos nossa análise exclusivamente para as arbitragens instauradas a partir de cláusulas compromissórias contidas em contratos – de investimentos. Ressalte-se, no entanto, que muitas das considerações aventadas seriam também aplicáveis à hipótese de arbitragens investidor-Estado que tivessem sua origem em um compromisso arbitral. Veja-se: BLACKABY, Nigel. Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphin and the Shark). In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D.M. (eds.). *Pervasive Problems in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol. 15, pp. 217-233, 2006, pp. 218-219; BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, p. 37; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §2.05-2.06.

¹⁴⁸ BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, pp. 105-106.

¹⁴⁹ E.g., UNITED STATES COURT OF APPEALS, Fourth Circuit, *J.J. Ryan Sons v. Rhone Poulenc Tex., S.A.*, 863 F.2d 315 (4th Cir. 1988), datado de 13 de dezembro de 1998, §VI: The difference between the phrases "in connection with" and "may arise out of or in relation to" is largely semantic". Veja-se também: BERGER, Klaus Peter. Contractual Arbitration Clauses and Non-contractual Claims. *Journal of International Arbitration*, vol. 40, n. 2, pp. 105-124, 2023, p. 118.

de disputas que pudessem surgir no contexto de uma determinada relação jurídica¹⁵⁰. Diferentemente das ofertas a arbitrar no âmbito dos TBIs, que fariam referência a *quaisquer disputas relativas a um investimento*, as cláusulas compromissórias inseridas no âmbito de um contrato limitariam, como regra, a jurisdição dos árbitros às disputas relacionadas ao contrato em si¹⁵¹. Nas palavras de George Bermann:

“(...) a person becomes subject to the adjudicatory authority of an arbitral tribunal only if – and because – he or she has submitted to that tribunal's jurisdiction. Moreover, that submission is by definition never ‘general’, but only ‘specific’ because it extends only to claims that arise out of or relate to the transaction or relationship that is the subject of the contract in which a pre-dispute arbitration agreement finds its source”¹⁵².

Isso, todavia, poderia representar um certo problema no contexto das disputas de investimento, que, não raro, surgiriam na esteira de medidas soberanas adotadas pelo Estado-hospedeiro, fora dos confins de uma relação contratual específica¹⁵³. Como alertava Jan Paulsson, “investidores lesados [pela atuação estatal] frequentemente não são capazes de apontar para uma violação a um contrato do qual sejam parte”¹⁵⁴. A esse respeito, contudo, ressalta-se que a especificidade do consentimento das partes nas cláusulas compromissórias não deveria ser interpretada de modo a restringir a jurisdição arbitral somente àquelas demandas de natureza contratual, isto é, que tivessem sua *causa de pedir* no descumprimento de alguma disposição do contrato¹⁵⁵. Seria plenamente possível que, por força de uma cláusula compromissória, as partes pudessem submeter à arbitragem litígios extracontratuais, desde que estes guardassem alguma conexão relevante com a relação jurídica estabelecida sob o

¹⁵⁰ VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 62, referindo-se também as hipóteses de arbitragens instauradas com base em um compromisso arbitral: “This consent can be given either after the dispute has arisen or in advance. Where the consent is given after the dispute has arisen, it is specific to the dispute; where the consent is given in advance, it is specific to the relationship between the parties. In either case, the consent is limited to a particular dispute or relationship between private parties. The degree of specificity of the consent to arbitration affects the breadth of the jurisdiction of an arbitration tribunal and the degree to which the disputing parties have conceded their right to adjudicate a particular dispute in the courts”.

¹⁵¹ BLACKABY, Nigel. *Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphin and the Shark)*. In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D.M. (eds.). *Pervasive Problems in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol. 15, pp. 217-233, 2006, pp. 218-219.

¹⁵² BERMANN, George A. *International Arbitration and Private International Law: General Course on Private International Law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 381, pp. 41-496, 2015, p. 94.

¹⁵³ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000, p. 61 e ss.; VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 46-50.

¹⁵⁴ PAULSSON, Jan. *Arbitration Without Privity*. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n. 2, pp. 232-257, 1995, p. 255 (tradução livre).

¹⁵⁵ BERGER, Klaus Peter. *Contractual Arbitration Clauses and Non-contractual Claims*. *Journal of International Arbitration*, vol. 40, n. 2, pp. 105-124, 2023, pp. 118-120.

contrato¹⁵⁶. Conforme melhor entendimento, tal *conexão* restaria demonstrada a partir da proximidade fática da demanda extracontratual com o contrato em questão¹⁵⁷; é dizer, se os fatos que fundamentam a demanda pudessem, *grosso modo*, ser reconduzidos à relação contratual das partes, a disputa estaria abarcada pela jurisdição arbitral, independentemente da sua natureza jurídica¹⁵⁸.

Em princípio¹⁵⁹, portanto, também sob o modelo de arbitragens contratuais, os investidores poderiam remeter à arbitragem diversos tipos de litígios que viessem a se materializar com os Estados-hospedeiros durante suas atividades no país¹⁶⁰. A grande diferença com relação ao modelo adjudicatório estabelecido pelos TBIs seria que, nessas arbitragens *contratuais*, o próprio contrato filtraria, em um primeiro momento, o espectro de controvérsias arbitráveis pelos investidores, quando menos sob uma perspectiva fática¹⁶¹. E assim:

“Investment arbitration pursuant to a contract is much more predictable and manageable than its treaty and legislation-based variants because its subject-matter is confined to a specific dispute, investor, or project, and because the contracting parties and the disputing parties are the same. Thus, the state has a relatively clear sense of what it has agreed to arbitrate”¹⁶².

¹⁵⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §2.27-2.30.

¹⁵⁷ BERGER, Klaus Peter. Contractual Arbitration Clauses and Non-contractual Claims. *Journal of International Arbitration*, vol. 40, n. 2, pp. 105-124, 2023, pp. 118-120.

¹⁵⁸ BERGER, Klaus Peter. Contractual Arbitration Clauses and Non-contractual Claims. *Journal of International Arbitration*, vol. 40, n. 2, pp. 105-124, 2023, pp. 118-120.

¹⁵⁹ Em princípio, pois, como se analisa na Seção 2.2, ainda poderiam existir limitações legais à arbitrabilidade de disputas de determinadas naturezas sob certos sistemas jurídicos.

¹⁶⁰ A título ilustrativo, nos famosos *Casos Libios* (*BP v. Líbia, Texaco v. Líbia e LIAMCO v. Líbia*), investidores estrangeiros puderam questionar legalidade de medidas expropriatórias adotadas pelo governo líbio perante tribunais arbitrais constituídos a partir de cláusulas compromissórias constantes de contratos de concessão. Veja-se: *BP Exploration Company Limited v. Líbia*, arbitragem ad hoc, sentença, 11 de outubro de 1973; *Texaco Overseas Petroleum Co. e California Asiatic Oil Company v. Líbia*, arbitragem ad hoc, sentença, 19 de janeiro de 1977; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Líbia*, arbitragem ad hoc, sentença, 12 de abril de 1977. Ainda, para uma análise aprofundada dos casos: COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 184-194; LEBEN, Charles. La Théorie du Contrat D’État et L’Évolution du Droit International des Investissements. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, pp. 197-386, 2003, pp. 230-232. Ao que se percebe, portanto, a jurisdição arbitral instituída com base em contratos também teria o potencial de ser estendida a disputas de natureza pública, em que os interesses afetados pelas decisões dos árbitros extrapolariam a esfera individual das partes. Em sentido parecido, destacando a arbitrabilidade de disputas oriundas de contratos públicos: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, pp. 40-43. Nada obstante, faça-se a ressalva de que a terminologia utilizada pelos autores, *i.e.*, arbitragem comercial, não se confunde com aquela utilizada no presente estudo.

¹⁶¹ YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, n. 1, pp. 121-146, 2008, p. 138. Sobre o tema dos limites à arbitrabilidade de demandas extracontratuais, veja-se: BERGER, Klaus Peter. Contractual Arbitration Clauses and Non-contractual Claims. *Journal of International Arbitration*, vol. 40, n. 2, pp. 105-124, 2023, pp. 118-120.

¹⁶² VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 63.

Essa maior previsibilidade da arbitragem sob contratos também se manifestaria sob uma perspectiva subjetiva, das partes. Como regra, os árbitros não poderiam exercer sua jurisdição sobre terceiros que jamais consentiram para com a arbitragem¹⁶³. Logo, ressalvadas hipóteses de extensão subjetiva da cláusula compromissória – ou melhor, *adesão tácita*¹⁶⁴ –, haveria uma identidade entre as partes do contrato de investimentos e as partes potencialmente demandantes/demandadas nos procedimentos arbitrais¹⁶⁵. Isso garantiria uma maior segurança aos Estados-hospedeiros, aos quais, em princípio, não seriam oponíveis convenções de arbitragem celebradas por entidades a eles subordinadas¹⁶⁶.

Nada obstante, em certos casos, o que para os Estados-hospedeiros significaria *maior previsibilidade*, para os investidores poderia representar *menor proteção*. Naturalmente, não se sustenta aqui que o modelo de arbitragens contratuais seria capaz de oferecer os mesmos níveis de proteção aos investidores que suas homônimas sob tratados. Por certo, haveria situações em que os investidores, apesar de lesados pela atuação estatal, não poderiam reconduzir eventuais abusos à esfera de jurisdição do tribunal arbitral, pela ausência de uma conexão relevante entre as medidas e a relação contratual estabelecida. Ademais, para além dessas limitações impostas pela natureza específica do consentimento, existiriam elementos exógenos à vontade das partes que poderiam afetar o espectro de disputas que os investidores seriam capazes de submeter à jurisdição dos árbitros¹⁶⁷.

É o que se analisa nas seções seguintes.

¹⁶³ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §2.46.

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 548: “(...) a complexa questão da chamada «extensão subjetiva» da cláusula compromissória – rectius, adesão tácita à cláusula, pois não há «extensão», mas tácita adesão. O problema surge quando, embora pessoas não signatárias da convenção de arbitragem não tenham, expressa e formalmente, declarado vontade nos instrumentos contratuais, a intenção de vincular-se pode ser exteriorizada, pelo seu comportamento e deduzida, objetivamente, pelo mesmo comportamento”.

¹⁶⁵ BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, pp. 133 e ss.; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §2.46.

¹⁶⁶ YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITS? Toward a return to contract in international investment law. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, n. 1, pp. 121-146, 2008, pp. 138-140.

¹⁶⁷ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 219; BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, p. 97.

2.2 O ESCOPO DAS ARBITRAGENS INVESTIDOR-ESTADO BASEADAS EM CONTRATOS: POSSÍVEIS LIMITES RELACIONADOS À ARBITRABILIDADE OBJETIVA

Dentre possíveis restrições ao tipo de disputas que os investidores poderiam submeter à arbitragem por meio de seus contratos, destacam-se os obstáculos impostos pela noção de (in)arbitrabilidade em diferentes sistemas jurídicos. O conceito de arbitrabilidade desempenha um papel fundamental na arbitragem, remetendo à suscetibilidade de uma determinada controvérsia ser apreciada pelos árbitros, independentemente da vontade das partes, seja em razão de suas características subjetivas ou objetivas¹⁶⁸. Em essência, trata-se de uma noção de direito doméstico, estando cada Estado livre para impor os limites à arbitrabilidade em seu território no âmbito do seu ordenamento jurídico interno, segundo valores políticos, econômicos, sociais e/ou culturais próprios¹⁶⁹. Assim, nas seções abaixo, investiga-se *quando e em que medida* a noção de arbitrabilidade poderia restringir a proteção dos investidores pelo modelo das arbitragens contratuais: primeiro, analisando-se a questão sob a égide das principais convenções internacionais em matéria de arbitragem (2.2.1); segundo, sob o filtro de um sistema doméstico específico, qual seja, o do Direito brasileiro (2.2.2).

¹⁶⁸ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 219; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §2.125. Costuma-se distinguir a arbitrabilidade subjetiva (quem pode arbitrar) da arbitrabilidade objetiva (o que pode ser arbitrado). No presente estudo, dá-se especial enfoque a essa segunda espécie, tendo em vista a sua maior importância no contexto das disputas de investimento. Essa opção deve-se, em parte, a uma crescente tendência ao reconhecimento da arbitrabilidade subjetiva de disputas com entes públicos na grande maior parte dos ordenamentos jurídicos domésticos, ao menos nos casos de arbitragens internacional (quando houver tal diferenciação). Nesse sentido: BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §2.175-2.176; SÖDERLUND, Christer. The State as party in arbitration and issues of sovereign immunity. *Revista Română de Arbitraj*, vol. 1, n. 3, pp. 41-53, 2007, pp. 41-42.

¹⁶⁹ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §2.130; MISTELIS, Loukas A. Arbitrability: International and Comparative Perspectives. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 3-4; FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 219-222.

2.2.1 A Arbitrabilidade de Disputas de Investimento sob Diferentes Sistemas Internacionais: a Convenção de Nova Iorque e a Convenção de Washington

Sendo a definição dos limites à arbitrabilidade, na maior parte dos casos, uma decisão soberana de cada Estado, variações seriam comuns de uma jurisdição para outra¹⁷⁰. Os problemas relacionados a essas possíveis inconsistências no tratamento da arbitrabilidade a nível nacional são endereçados, direta ou indiretamente, pelos principais sistemas de arbitragem internacional, cujo objetivo primordial seria garantir um espaço normativo autônomo para o desenvolvimento do instituto, fora do alcance de um controle estatal direto. A seguir, ver-se-á como ocorre o tratamento da questão sob a égide a Convenção de Nova Iorque (A) e sob a égide da Convenção de Washington (B).

A. Arbitrabilidade no Sistema da Convenção de Nova Iorque

A Convenção de Nova Iorque de 1958 dispensa maiores apresentações¹⁷¹. Aclamada como “o tratado de maior sucesso no âmbito do direito internacional privado”¹⁷², a Convenção visou a promover uma uniformização do regime aplicável ao reconhecimento e/ou execução de convenções de arbitragem internacionais e dos laudos arbitrais estrangeiros, no território dos seus Estados-signatários¹⁷³. Para cumprir com o primeiro objetivo, a Convenção elencou requisitos mínimos que uma convenção de arbitragem internacional deveria apresentar para que fosse considerada válida e eficaz pelas cortes dos países¹⁷⁴. Para cumprir com o segundo, a

¹⁷⁰ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 219-222.

¹⁷¹ Vide: ONU. Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Nova Iorque, 10 de junho de 1958.

¹⁷² VAN DEN BERG, Albert Jan. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *Introductory Note*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008, p. 1. Disponível em: <https://legal.un.org/avl/ha/crefaa/crefaa.html#> (tradução livre). Ou ainda, como “a mais eficaz instância de legislação internacional na história do direito comercial” (MUSTILL, Michael. Arbitration: History and Background. *Journal of International Arbitration*, vol. 6, n. 2, pp. 43-56, 1989, p. 49, tradução livre)

¹⁷³ ONU. *Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards*. E/AC.42/4/Rev.1. Datado de 28 de março de 1955; TIBURCIO, Carmen; ALBUQUERQUE, Felipe. Convenção de Nova York e a Lei de Arbitragem: Algumas Considerações sobre a Lei Aplicável ao Consentimento das Partes. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem*. Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: GEN, 2017, p. 637; BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, pp. 19-20.

¹⁷⁴Vide, Convenção de Nova Iorque, Art. II.

normativa restringiu as hipóteses em que Estados poderiam recusar o reconhecimento e/ou execução de laudos arbitrais estrangeiros¹⁷⁵.

Antes de adentrar propriamente no tratamento conferido à arbitrabilidade, seria interessante notar que a Convenção de Nova Iorque foi concebida sob os auspícios de uma tensão envolvendo os objetivos de, por um lado, assegurar maior autonomia à arbitragem a nível internacional e, por outro, preservar o espaço de soberania de cada Estado-signatário e das suas cortes domésticas¹⁷⁶. Esse aparente conflito é perceptível nos trabalhos preparativos da Convenção, como ilustra um relatório da época, em que se admite que a normativa, “*while going further (...) in facilitating the enforcement of foreign arbitral awards, would, at the same time maintain generally recognized principles of justice and respect the sovereign rights of States*”¹⁷⁷. Nessa linha, alguns autores consideram que o texto final do tratado seria um justo meio termo entre esses interesses opostos¹⁷⁸. A Convenção de Nova Iorque teria ficado aquém de promover uma verdadeira *internacionalização* da arbitragem, abrindo brechas para que os Estados pudessem exercer um certo controle – conquanto que mínimo – sobre as convenções de arbitragem e/ou os laudos proferidos pelos árbitros¹⁷⁹.

Uma das formas de manifestação desse controle estaria, justamente, relacionada à noção de arbitrabilidade – como visto, a suscetibilidade de determinados tipos de disputas serem submetidos à jurisdição arbitral. A Convenção de Nova Iorque não buscou definir os contornos da arbitrabilidade entre os países-signatários. Antes, ela se limitou a indicar em quais situações os Estados poderiam levantar a questão para se esquivar de obrigações assumidas, bem como indicou, em alguns casos, qual seria a lei aplicável à hipótese¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Vide, Convenção de Nova Iorque, Art. V.

¹⁷⁶ VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 51.

¹⁷⁷ ONU. *Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards*. E/AC.42/4/Rev.1. Datado de 28 de março de 1955, §14

¹⁷⁸ DI PIETRO, Domenico. General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 86.

¹⁷⁹ VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 52.

¹⁸⁰ MISTELIS, Loukas A. Arbitrability: International and Comparative Perspectives. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 3-5, 11-15.

Sem pretensões por uma análise exaustiva do tema, a Convenção faz referência à noção de arbitrabilidade em, pelo menos, *três momentos distintos*¹⁸¹: (i) quando indica que os países poderiam restringir a sua aplicação somente a *relações comerciais*, deixando a definição da expressão para o âmbito do direito interno de cada Estado¹⁸²; (ii) quando condiciona a obrigação de reconhecimento de convenções de arbitragem pelos países à circunstância de que tais acordos sejam relativos a “*uma matéria passível de solução mediante arbitragem*”, sem indicar, nesse caso, qual a lei aplicável¹⁸³; e (iii) quando permite que os Estados recusem o reconhecimento e/ou a execução de laudos estrangeiros nas hipóteses em que o acordo a arbitrar seja inválido sob a lei escolhida pelas partes¹⁸⁴, e/ou nas hipóteses em que o laudo tenha como objeto matérias tidas como inarbitráveis sob a lei do país em que se busca o reconhecimento/execução¹⁸⁵.

¹⁸¹ Para uma análise mais aprofundada, veja-se: DI PIETRO, Domenico. General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 87.

¹⁸² Convenção de Nova Iorque, Art. I(3): “(...) [a Contracting State] may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration”. Ressalte-se, no entanto, que existiria uma recomendação para que o termo *comercial* seja interpretado de forma abrangente. Veja-se: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 35; UNCITRAL. Model Law on International Commercial Arbitration, Art. 1(1), nota de rodapé n. 2: “The term ‘commercial’ should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road”. Ver também: DI PIETRO, Domenico. General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 88: “The ‘commercial reservation’ is a tool clearly connected to arbitrability and to the right of Contracting States to benefit from the device adopted by the Convention”.

¹⁸³ Convenção de Nova Iorque, Art. II(1): “Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration”. Sobre o tema das diferentes interpretações à questão da lei aplicável, veja-se: HANOTIAU, Bernard. The Law Applicable to Arbitrability. *ICCA Congress Series*, vol. 9, pp. 146-167, 1999, pp. 154-161; DI PIETRO, Domenico. General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 91-95.

¹⁸⁴ Convenção de Nova Iorque, Art. V(1)(a): “Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a)The parties to the agreement referred to in Article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made”.

¹⁸⁵ Convenção de Nova Iorque, Art. V(2)(a): “Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a)The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country”.

Em todos esses casos, a Convenção acaba permitindo que os Estados imponham suas próprias visões sobre os limites da jurisdição arbitral. A identificação da lei aplicável no caso concreto, por certo, poderá depender de uma série de fatores, não existindo consenso absoluto em todas as situações¹⁸⁶. Nada obstante, o que aqui importa ressaltar é que, com base em uma noção doméstica de arbitrabilidade, os Estados poderiam obstar o reconhecimento e/ou a execução das convenções de arbitragem e laudos arbitrais sob o sistema da Convenção de Nova Iorque. Mencione-se ainda que a normativa não chegou a disciplinar a matéria da anulação dos laudos arbitrais, relegando a questão ao direito interno dos países – como regra, o direito do local da sede da arbitragem (*lex arbitri*)¹⁸⁷. E aí, novamente, os Estados poderiam exercer um certo controle sobre os laudos com fulcro na arbitrabilidade dos litígios¹⁸⁸.

Hoje, muitos apontam para uma tendência à expansão da arbitrabilidade na maior parte das jurisdições nacionais¹⁸⁹. Alguns chegam a falar até em “morte da inarbitrabilidade”, diante da possibilidade de as partes submeterem litígios das mais variadas naturezas à arbitragem¹⁹⁰. Como resumem Fichtner, Mannheimer e Monteiro:

“De maneira geral, pode-se dizer que a área de abrangência da arbitrabilidade vem crescendo nas últimas décadas, contando cada vez mais com o apoio dos Estados soberanos, seja por meio da edição de leis abrangentes a este respeito, seja pela formação de uma jurisprudência favorável à via arbitral”¹⁹¹.

¹⁸⁶ Para Bernard Hanotiau, por exemplo, a solução acabaria variando a depender da instância perante a qual a questão é levantada: se perante o tribunal arbitral, a corte (estatal) competente para apreciar uma eventual ação anulatória ou, ainda, a corte do país em que se busca o reconhecimento e/ou execução do laudo. Veja-se: HANOTIAU, Bernard. *The Law Applicable to Arbitrability*. *ICCA Congress Series*, vol. 9, pp. 146-167, 1999, pp. 154-167. Também apontando para a complexidade da determinação da lei aplicável em cada caso: BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §2.129; MISTELIS, Loukas A. *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 10.

¹⁸⁷ BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, p. 374; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §§ 10.04, 10.22, 10.33.

¹⁸⁸ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §10.46.

¹⁸⁹ BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, p. 97; FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 221.

¹⁹⁰ YOUSSEF, Karim A. *The Death of Inarbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, 2009, pp. 47-48, 67.

¹⁹¹ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 221.

Ainda assim, estar-se-ia longe de qualquer consenso sobre a superação da inarbitrabilidade¹⁹². Pelo contrário, a maior parte das jurisdições nacionais parecem limitar o recurso à arbitragem para a resolução de disputas que envolvam matérias *disponíveis, transacionáveis, patrimoniais* e/ou não atentatórias contra a *ordem pública*¹⁹³. Em maior ou menor medida, essas noções poderiam ser reconduzidas à inexistência de interesses da coletividade na adjudicação dos litígios¹⁹⁴. À vista disso, Loukas Mistelis considera que a “arbitrabilidade estabelece a linha divisória entre a adjudicação pública e privada”¹⁹⁵. E aqui entrar-se-ia em uma área sensível para as disputas de investimento estrangeiro quando as arbitragens estivessem sujeitas ao regime da Convenção de Nova Iorque.

Conforme visto, os litígios entre investidores e Estados-hospedeiros estão, muitas vezes, relacionados ao exercício do poder soberano (regulatório) pelos países. Isso valeria tanto para o contexto das arbitragens instauradas sob os TBIs quanto, por vezes, para as arbitragens contratuais¹⁹⁶. Com relação a essas últimas, apesar de o filtro contratual limitar as disputas que as partes poderiam submeter à jurisdição arbitral sob uma perspectiva fática (conexão ao contrato), isso não eliminaria, *prima facie*, a possibilidade de que tais disputas tivessem natureza manifestamente pública¹⁹⁷. Daí que, na medida em que esses litígios pudessem ser considerados como inarbitráveis em certos países – e, de modo particular, no Estado-hospedeiro –, a escolha do investidor pela arbitragem e/ou a eficácia das decisões dos árbitros poderia restar

¹⁹² BREKOULAKIS, Stravos. On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 44.

¹⁹³ Para uma análise mais detalhada no âmbito do direito comparado: FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 229, 237-243. Por certo, a aplicação e/ou interpretação conferida a tais noções poderia variar a se a arbitragem fosse considerada como internacional no ordenamento em questão (como ocorre, por exemplo, no Direito francês).

¹⁹⁴ BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, p. 97: “In general, disputes or claims are deemed ‘nonarbitrable’ because of their public importance or a perceived need for judicial protections”.

¹⁹⁵ MISTELIS, Loukas A. Arbitrability: International and Comparative Perspectives. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 9 (tradução livre).

¹⁹⁶ Remeta-se, novamente, aos *Casos Líbios* (*BP v. Líbia, Texaco v. Líbia e LIAMCO v. Líbia*), investidores estrangeiros puderam questionar legalidade de medidas expropriatórias adotadas pelo governo líbio perante tribunais arbitrais constituídos a partir de cláusulas compromissórias constantes de contratos de concessão. Veja-se: *BP Exploration Company Limited v. Líbia*, arbitragem ad hoc, sentença, 11 de outubro de 1973; *Texaco Overseas Petroleum Co. e California Asiatic Oil Company v. Líbia*, arbitragem ad hoc, sentença, 19 de janeiro de 1977; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Líbia*, arbitragem ad hoc, sentença, 12 de abril de 1977. Ainda, para uma análise aprofundada dos casos: COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 184-194. Em sentido semelhante, ainda que reconhecendo que, na maior parte das vezes, o modelo de arbitragem contratual lidaria com disputas de caráter privado: VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 62-63.

¹⁹⁷ MAUPIN, Julie. Differentiating Among International Investment Disputes. In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 471-472.

comprometida sob o sistema da Convenção de Nova Iorque¹⁹⁸. Quando menos, haveria uma restrição no leque de matérias que os investidores poderiam discutir perante os tribunais arbitrais.

Isso posto, a via das arbitragens investidor-Estado sob a Convenção de Nova Iorque permaneceria como alternativa válida no contexto das disputas de investimento. Na prática, principalmente quando os sistemas domésticos diferenciavam entre arbitragens internacionais e domésticas, as cortes dos países tenderiam a adotar posturas bastante flexíveis sobre a noção de arbitrabilidade¹⁹⁹. Caberia ao investidor, no entanto, ter a diligência de examinar todos os direitos internos potencialmente incidentes sobre a questão, de modo a assegurar que a sua opção pelo juízo arbitral no contrato de investimentos teria plena eficácia.

B. Arbitrabilidade no Sistema da Convenção de Washington

O sistema da Convenção de Washington já foi objeto de análise anteriormente no presente estudo²⁰⁰. Apenas a título de contextualização, lembre-se que um dos principais efeitos da Convenção teria sido promover uma *deslocalização* das arbitragens investidor-Estado submetidas ao CIADI²⁰¹. Uma vez que as partes consentissem para com a jurisdição do Centro, o procedimento arbitral estaria exclusivamente submetido ao regime da Convenção de Washington, que, nas palavras de Aron Broches, estabeleceria um “sistema jurisdicional completo”²⁰². Daí que, diferentemente do que ocorria sob a Convenção de Nova Iorque, essas arbitragens não estariam ao alcance de controles exercidos pelas cortes estatais com base nos seus direitos domésticos²⁰³. E assim, a noção de arbitrabilidade nas disputas submetidas ao CIADI teriam outros contornos.

¹⁹⁸ VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 129.

¹⁹⁹ BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, p. 97; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §2.176-2.177.

²⁰⁰ Vide Seção 1.1.1.

²⁰¹ BROCHES, Aron. International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICCA Congress Series*, vol. 7, pp. 221-222, 1996, p. 221; NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment*. Haia: Kluwer Law International, 2009, pp. 28-29.

²⁰² BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 331, pp. 331-410, 1972, p. 350 (tradução livre).

²⁰³ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment*. Haia: Kluwer Law International, 2009, pp. 28-29.

O Art. 25(1) da Convenção prevê que as partes podem *acordar* submeter ao Centro quaisquer “*disputas de natureza jurídica que surjam diretamente de um investimento*” no território do Estado-hospedeiro²⁰⁴. No caso das arbitragens contratuais sob análise, esse acordo assumiria a forma de uma cláusula compromissória, que indicaria a vontade das partes em remeter eventuais disputas oriundas da sua relação à arbitragem perante o CIADI²⁰⁵. Também aqui, no entanto, a simples manifestação de vontade das partes não seria suficiente para que tais disputas fossem consideradas como arbitráveis sob o sistema da Convenção. Para além de comprovar que a controvérsia estaria abarcada pelo consentimento na cláusula compromissória, o investidor deveria demonstrar que ela estaria *diretamente relacionada a um investimento* no Estado-hospedeiro²⁰⁶. Como explica Christopher Schreuer:

“(...) the notion of investment was understood to have some limiting function on excluding non-investment disputes and in serving as an outer limit in terms of the subject-matter of disputes that could be submitted to the Centre”²⁰⁷.

Notadamente, no entanto, a Convenção não traria qualquer definição de investimento em seu texto. Dessa forma, coube à jurisprudência arbitral CIADI formular diferentes *testes* para estabelecer a existência de um investimento no caso concreto²⁰⁸. Desde o paradigmático caso *Salini v. Marrocos*, a maior parte dos tribunais tende a reconhecer que a definição incluiria (i) a existência de uma contribuição ativa ao Estado-hospedeiro, (ii) uma certa duração do

²⁰⁴ Convenção de Washington, Art. 25(1): “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally”.

²⁰⁵ Nesse sentido, veja-se o modelo de cláusula compromissória sugerido pelo próprio CIADI: The [Government]/[name of constituent subdivision or agency] of name of Contracting State (hereinafter the "Host State") and name of investor (hereinafter the "Investor") hereby consent to submit to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter the "Centre") any dispute arising out of or relating to this agreement for settlement by [conciliation]/[arbitration]/[conciliation followed, if the dispute remains unresolved within time limit of the communication of the report of the Conciliation Commission to the parties, by arbitration] pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (hereinafter the "Convention"). Esse e outros modelos estão disponíveis em: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-en/main-eng.htm>.

²⁰⁶ BROCHES, The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 5, n. 2, pp. 263-280, 1966, pp. 266-268.

²⁰⁷ SCHREUER, Christoph; SCHILL, Stefan; SINCLAIR, Antony. Article 25. In: SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; et al. (eds.). *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 158.

²⁰⁸ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 248-249.

empreendimento, e (iii) a assunção de um risco pelo investidor²⁰⁹. Apesar disso, esses critérios acabam sendo interpretados de variadas maneiras na prática, de modo que inexistente qualquer consenso sobre o conceito de investimento²¹⁰. Especificamente com relação às arbitragens investidor-Estado contratuais, alguns tribunais admitem que a intenção das partes em submeter as disputas ao CIADI geraria uma presunção relativa de que a transação objeto do contrato seria um investimento²¹¹. Isso, contudo, não dispensaria a análise da existência de um investimento em sentido objetivo sob a Convenção²¹². Assim, o requisito da existência de um investimento poderia ser compreendido como um importante limite à arbitrabilidade de determinados tipos de disputas trazidas pelos investidores – *e.g.*, aqueles relativos a transações *puramente comerciais*²¹³ – só que aqui, excepcionalmente, imposto não pelo direito interno dos países, mas pela própria Convenção de Washington.

Para além dos limites estabelecidos na própria Convenção de Washington, todavia, eventuais restrições à arbitrabilidade de disputas com fundamento em regras de direito doméstico dos países não teriam lugar nas arbitragens CIADI²¹⁴. Uma exceção estaria na hipótese de os Estados-signatários terem feito reservas expressas à arbitrabilidade de controvérsias de determinada natureza, nos termos do Art. 25(4) da normativa²¹⁵. Isso, todavia, raramente ocorreria na prática, de modo que “*what would probably not be arbitrable under*

²⁰⁹ CIADI. *Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.p.A. v Marrocos*, Caso CIADI n. ARB/00/4, Decisão sobre Jurisdição, 31 de julho de 2001. A decisão ainda teria elencado um quarto critério, qual seja, o da contribuição para o desenvolvimento econômico do Estado-hospedeiro. Nada obstante, esse requisito seria menos seguido pelos tribunais arbitrais hoje. Veja-se: SCHREUER, Christoph; SCHILL, Stefan; SINCLAIR, Antony. Article 25. In: SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; et al. (eds.). *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 178-189.

²¹⁰ Sobre o tema: GAILLARD, Emmanuel. Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice. In: BINDER, Christina; et al. (eds.). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

²¹¹ CIADI. *Ceskoslovenska Obchodni Banka v. Eslováquia*, Caso CIADI n. ARB/97/4, Decisão sobre Jurisdição, 24 de maio de 1999, §66; CIADI. *RSM Production Corporation v. Grenada*, Caso CIADI n. ARB/05/14, Sentença, 13 de março de 2009, §§ 213-266; CIADI. *Elsamex S.A. v. Honduras*, Caso CIADI n. ARB/09/4, Sentença, 16 de novembro de 2012, §§ 239-283.

²¹² SCHREUER, Christoph; SCHILL, Stefan; SINCLAIR, Antony. Article 25. In: SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; et al. (eds.). *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 164.

²¹³ *E.g.* CIADI. *Global Trading Resource Corp. e Globex International Inc. v. Ucrânia*, Caso CIADI n. ARB/09/11, Sentença, 1 de dezembro de 2010, pp. 17-20.

²¹⁴ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment*. Haia: Kluwer Law International, 2009, pp. 28-29.

²¹⁵ Convenção de Washington, Art. 25(4): “Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1)”.

*domestic commercial arbitration rules, was now arbitrable under international (ICSID) arbitration*²¹⁶. E logo, como nota mais uma vez Schreuer:

“Since the early years of ICSID proceedings, the question of justiciability [arbitrability] and sovereign prerogative has not posed any major problems in the practice of ICSID tribunals. Tribunals have examined the legality of expropriations and of other typical governmental actions without hesitation.

The consistent practice of ICSID tribunals thus confirms that the ICSID Convention, unlike some domestic legal systems (...) does not provide for limitations to the justiciability [arbitrability] of certain claims or types of disputes, as long as they are of a legal nature²¹⁷.

No mais, considerações de direito doméstico somente poderiam ser pertinentes para a jurisdição do tribunal na medida em que impactassem diretamente a validade do consentimento das partes a arbitrar²¹⁸. Na maior parte dos casos, contudo, os tribunais tenderiam a afastar alegações de invalidade da cláusula compromissória formuladas pelos Estados com base no seu próprio direito doméstico²¹⁹ – em geral, sob a ideia de que “*a State is prohibited from invoking its own domestic law in order to avoid arbitration and its capacity to enter into arbitration clauses*”²²⁰.

Relembre-se, ainda, que a Convenção de Washington estruturou um sistema internacional fechado para a anulação e o reconhecimento e/ou a execução dos laudos, limitando qualquer interferência das cortes estatais²²¹. Primeiro, com relação aos pedidos de

²¹⁶ PAUWELYN, Joost. Rational Design or Accidental Evolution? The Emerge of International Investment Law. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 34.

²¹⁷ SCHREUER, Christoph; SCHILL, Stefan; SINCLAIR, Antony. Article 25. In: SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; et al. (eds.). *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 3^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 131-132. Ver ainda: VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 55-57.

²¹⁸ SCHREUER, Christoph; SCHILL, Stefan; SINCLAIR, Antony. Article 25. In: SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; et al. (eds.). *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 3^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 131-132. Ver ainda: VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 247-248: “A jurisdictional effect can only arise under narrow circumstances, namely if noncompliance of the investment or the investor’s conduct with the law affects the validity of the host State’s consent to the jurisdiction of the Centre”.

²¹⁹ SCHREUER, Christoph; SCHILL, Stefan; SINCLAIR, Antony. Article 25. In: SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; et al. (eds.). *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 3^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 131-132. Ver ainda: VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 427-431.

²²⁰ CIADI. *Millicom International Operations BV e Sentel GSM S.A. v. Senegal*, Caso CIADI n. ARB/08/20, Decisão sobre Jurisdição, 16 de julho de 2010, §103.

²²¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 239.

anulação, que seriam sempre apreciados internamente por comissões *ad hoc* no Centro, o Art. 52(1) da normativa elenca hipóteses taxativas, dentre as quais: (i) constituição imprópria do tribunal arbitral; (ii) excesso de poderes (jurisdicionais) pelo tribunal; (iii) corrupção; (iv) inobservância do devido processo legal; (v) falta de fundamentação da decisão. A Convenção não faz qualquer referência à possibilidade de anulação dos laudos com base na inarbitrabilidade das matérias sob um ou outro direito doméstico. Ademais, as comissões tenderiam a adotar interpretações bastante restritivas do Art. 52, evitando revisar quaisquer aspectos substanciais nas decisões²²².

O processo de reconhecimento e/ou execução, por sua vez, deveria se dar de maneira automática perante as cortes estatais, uma vez confirmado o laudo no âmbito interno do CIADI²²³. Em outras palavras, não acatados os pleitos pela anulação dos laudos, eles adquiririam caráter definitivo, não mais podendo passar por quaisquer controles pelas cortes dos países em que as partes buscassem reconhecê-los e/ou executá-los. Nos termos do Art. 54(1) da Convenção, cada Estado-signatário deveria conferir aos laudos CIADI tratamento equivalente a julgamentos definitivos de suas cortes domésticas²²⁴.

De um modo geral, portanto, percebe-se que, diferentemente do que ocorreria sob a Convenção de Nova Iorque, discussões de direito doméstico acabariam assumindo papel mínimo no sistema CIADI, e quando tanto, estariam circunscritas à apreciação por uma comissão *ad hoc* internamente no Centro. Mesmo nas arbitragens contratuais, o espectro de litígios arbitráveis pelos investidores seria potencialmente mais amplo sob sistema da Convenção de Washington, mitigados os riscos de que os laudos fossem anulados ou tivessem seu reconhecimento/execução recusados pelas cortes estatais²²⁵.

²²² BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023, §11.135.

²²³ BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, p. 493.

²²⁴ Convenção de Washington, Art. 54(1): Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.

²²⁵ VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 55-57; SCHREUER, Christoph; SCHILL, Stefan; SINCLAIR, Antony. Article 25. In: SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; et al. (eds.). *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 131-132.

2.2.2 A Arbitrabilidade de Disputas de Investimento sob Sistemas Domésticos: A Experiência das Arbitragens com a Administração Pública no Brasil

Tendo-se endereçado o tratamento conferido à arbitrabilidade nos principais sistemas internacionais disponíveis aos investidores, propõe-se, nesta sede, um breve exame material da questão no contexto de um sistema doméstico em particular, qual seja, o do Direito brasileiro. Já há algum tempo, o Brasil teria estruturado um modelo de arbitragens investidor-Estado próprio, submetido à moldura da Lei de Arbitragem nacional (LArb), que essencialmente permite que disputas envolvendo *direitos patrimoniais disponíveis* com a Administração Pública (AP) sejam submetidas à jurisdição arbitral. Nesse sentido, o estudo do modelo brasileiro de arbitragens com a AP aqui proposto visa a oferecer uma visão alternativa àquela que supõe que a arbitrabilidade de matérias envolvendo assuntos de soberania nacional seria um requisito necessário para a tutela dos interesses dos investidores no caso concreto.

Antes de passar-se à análise das arbitragens com a AP, no entanto, impende sejam feitas algumas considerações gerais sobre a posição do Brasil no cenário dos investimentos estrangeiros.

Notadamente, o Brasil é um conhecido *outsider* no sistema de arbitragens investidor-Estado baseado em tratados internacionais, jamais tendo ratificado qualquer TBI que fizesse alusão ao mecanismo, tampouco assinado a Convenção de Washington²²⁶. E, nada obstante, desafiando a premissa de que os TBIs seriam indispensáveis para a atração de capital externo, o Brasil assume hoje a posição de 5º maior destinatário de investimentos estrangeiros no planeta²²⁷. Nesse ínterim, enquanto alternativa de um foro neutro para resolução de disputas envolvendo os investidores no país e as autoridades públicas brasileiras, o instituto da arbitragem com a AP acabou ganhando crescente destaque em tempos mais recentes²²⁸. De

²²⁶ AUN, Daniel; BARALDI, Eliana; GIUSTI, Gilberto; AYMONE, Priscila. Arbitragem Como Meio de Solução de Controvérsias em Investimento: Aspectos Processuais. *A Proteção do Investimento Estrangeiro – Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAR & IOB*, pp. 61-106, 2011, pp. 69-70; MOROSINI, Fábio; XAVIER JR., Ely Caetano. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de Direito Internacional*, vol. 12, n. 2, pp. 420-447, 2015, pp. 426-432; 218, CASTRO, André Zanatta Fernandes; CUNHA, Camila Biral Viera da; PEPPI, Natália. O Futuro da Arbitragem de Investimentos: uma perspectiva brasileira. *A Proteção do Investimento Estrangeiro – Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAR & IOB*, pp. 215-234, 2011, 222-223.

²²⁷ UNCTAD. *World Investment Report 2023*. Investing in Sustainable Energy for All. Overview. Genebra: ONU, 2023, p. 5.

²²⁸ Basta ver, por exemplo, a quantidade de trabalhos comparando essa modalidade de arbitragem com as tradicionais arbitragens de investimento: BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two Sides of the Same Coin: To What Extent Is Arbitration with the Brazilian Administration Similar to Investment-Treaty Arbitration?

acordo com certas pesquisas, em 2019, quase 17% das novas arbitragens instauradas no ano contaram com a participação de entidades da AP²²⁹. À vista disso, alguns autores apontam para um relevante papel do mecanismo na estratégia nacional de captação de investimentos estrangeiros²³⁰.

Em que pese a inexistência de qualquer vedação à pactuação de um compromisso arbitral entre as partes, virtualmente todas as arbitragens com a AP seriam instituídas com base em uma cláusula compromissória constante em um contrato²³¹. No Direito brasileiro, tornou-se prática difundida a inclusão de cláusulas compromissórias no âmbito dos contratos administrativos em geral²³² – especialmente em concessões de serviços públicos²³³ e PPPs²³⁴. Nessa linha, embora nem todo o contrato administrativo venha a ser um contrato de investimentos, em muitos casos, haveria uma sobreposição entre as suas funções²³⁵. Daí que a via da arbitragem apresentar-se-ia como opção interessante para a garantia dos *standards* de proteção negociados pelos investidores, não se limitando, ademais, apenas a *disputas* estritamente *contratuais* com a AP²³⁶.

In: LEVY, Daniel; MERCEREAU, Ana Gerda de Borja; et al. (eds.). *Investment Protection in Brazil*. Kluwer Law International, 2013; PEREIRA, Cesar; SOUZA-McMURTRIE, Leonardo F. *O modelo brasileiro de arbitragem com o Estado: proteção de investidores estrangeiros e nacionais*. Versão no prelo, 2023; QUINTÃO, Luísa. Breves Notas sobre a Arbitragem com a Administração Pública no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59, pp. 121-146, 2018.

²²⁹ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em Números e Valores*. Período de 2018 (jan./dez.) - 2019 (jan./dez.), p.4.

²³⁰ PEREIRA, Cesar; SOUZA-McMURTRIE, Leonardo F. *O modelo brasileiro de arbitragem com o Estado: proteção de investidores estrangeiros e nacionais*. Versão no prelo, 2023, item 2.1.

²³¹ PEREIRA, Cesar; SOUZA-McMURTRIE, Leonardo F. *O modelo brasileiro de arbitragem com o Estado: proteção de investidores estrangeiros e nacionais*. Versão no prelo, 2023, itens 2.1, 5.1.

²³² BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, Art. 151: Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

²³³ BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Art. 23-A: O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

²³⁴ BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, Art. 11, III: O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

²³⁵ Relembre-se: conforme categorização proposta, contratos de investimentos seriam todos aqueles contratos celebrados entre investidores estrangeiros e o Estado-hospedeiro (ou entes a ele subordinados), que formalizassem um vínculo duradouro entre as partes, por meio do qual o investidor realizasse uma contribuição no território do país, assumindo um certo risco. Vide 2.1.1.

²³⁶ Nesse sentido, a Lei de Arbitragem brasileira permite o emprego de arbitragem para a resolução de quaisquer conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis – de origem contratual ou não (BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, Art. 1, 1º: A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis). Ver também: PEREIRA, Cesar; SOUZA-

Contudo, uma vez que, via de regra, esses procedimentos acabam se submetendo integralmente ao sistema jurídico brasileiro – e, de modo particular, sendo o Brasil a sede dessas arbitragens –, as partes deveriam observar os limites da arbitrabilidade (objetiva) definidos pelo Direito brasileiro. Mais especificamente, impõe-se o respeito ao disposto pela LArb em seu Art. 1º, §1º, segundo o qual: “a Administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*”²³⁷. Aí estaria, em essência, a moldura da arbitrabilidade de disputas (de investimento ou não) sob o sistema doméstico nacional.

Há anos a doutrina nacional vem se debruçando sobre o conceito de *direitos patrimoniais disponíveis* no contexto das controvérsias com a AP. Trata-se de uma questão um tanto espinhosa, já que, sob uma perspectiva teórica clássica, a AP atuaria sempre em nome de um interesse público, por definição indisponível²³⁸. De modo a vencer essa aparente barreira à arbitrabilidade de litígios com o Estado, alguns autores sugeriram distinções entre *interesses públicos primários* e *interesses públicos secundários* – que seriam, em verdade, interesses da AP –, defendendo que apenas os primeiros teriam caráter indisponível²³⁹. Outros prefeririam separar a atuação da AP em *atos de império*, relativos ao exercício do poder soberano, e *atos de gestão*, de essência comercial, argumentando pela possibilidade de serem arbitradas as disputas derivadas desse segundo grupo²⁴⁰. No âmbito dos contratos administrativos (de investimento), todavia, essas distinções nem sempre seriam claras. Disso decorre que a postura mais sensata, ao que parece, seria focar-se mais sobre a noção de *patrimonialidade* dos direitos, do que propriamente sobre a sua *disponibilidade* (i.e., a sua caracterização como algo transacionável ou alienável)²⁴¹. Nessa linha, seria possível diferenciar um direito supostamente

McMURTRIE, Leonardo F. *O modelo brasileiro de arbitragem com o Estado: proteção de investidores estrangeiros e nacionais*. Versão no prelo, 2023, item 2.1.

²³⁷ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, Art. 1, 1º. Conforme lição clássica de Carlos Alberto Carmona, “Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um Comentário à Lei 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38).

²³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, pp. 59-64.

²³⁹ GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação da cláusula compromissória. *Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação*, vol. 4, pp. 811-826, 2014, Acesso RTOonline, §2.3; GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, pp. 60-72, Acesso RTOonline, 2004, §2.

²⁴⁰ MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, pp. 90-101, Acesso RTOonline, 2004, §2;

²⁴¹ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 542.

indisponível – e logo, inarbitrável – dos seus efeitos patrimoniais – passíveis de serem remetidos ao juízo arbitral²⁴².

Como regra, nos contratos administrativos, os direitos indisponíveis da AP estariam refletidos em chamadas cláusulas exorbitantes²⁴³. Sobre essas, os árbitros não teriam jurisdição material (p.e., não poderiam determinar que uma cláusula de alteração unilateral do contrato seria inválida)²⁴⁴. Nada obstante, se, a partir do cumprimento dessas cláusulas exorbitantes, surgissem certas consequências de cunho patrimonial (p.e., o cálculo da compensação a que o particular faria jus), tais questões estariam dentro do escopo de análise do tribunal arbitral²⁴⁵. Dito de maneira simples, na maior parte das vezes, a arbitragem estaria à disposição dos investidores para demandar compensação pela atuação estatal, mas não para questionar essa atuação *per se*.

Dessarte, esse modelo não impediria que as disputas arbitradas com a AP pudessem se aproximar, sob uma perspectiva fática ou funcional, daquelas que investidores submeteriam ao CIADI²⁴⁶. Pense-se, por exemplo, na arbitragem entre *Newfield v. ANP*, perante a CCI, em que uma investidora norte-americana alegou que o indeferimento de uma licença ambiental pelas autoridades brasileiras teria tornado impossível o objeto do seu contrato de concessão para exploração de petróleo²⁴⁷. Nesse caso, por mais que a investidora não questionasse diretamente

²⁴² LEMES, Selma Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 144.

²⁴³ NUNES PINTO, José Emílio. *A arbitralidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*, Jus.com, publicado em 23 de novembro de 2004, §21, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5971/a-arbitralidade-de-controversias-nos-contratos-com-o-estado-e-empresas-estatais>; FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 566-567.

²⁴⁴ LEMES, Selma Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 144; NUNES PINTO, José Emílio. *A arbitralidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*, Jus.com, publicado em 23 de novembro de 2004, §24, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5971/a-arbitralidade-de-controversias-nos-contratos-com-o-estado-e-empresas-estatais>.

²⁴⁵ A título exemplificativo, o Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019, que dispõe sobre arbitragem com a AP nos setores portuário, transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, elenca como direitos patrimoniais disponíveis: (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo (BRASIL. Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019, Art. 2). Ver ainda: QUINTÃO, Luísa. *Breves Notas sobre a Arbitragem com a Administração Pública no Brasil*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59, pp. 121-146, 2018, RTPreview.

²⁴⁶ YURGEL, Ana Paula Olinto. *Arbitragem comercial como forma de resolução de controvérsias entre investidor estrangeiro e o Estado brasileiro: um comparativo com a arbitragem de investimento ICSID*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, UFRGS, 2015, p. 107-108; PEREIRA, Cesar; SOUZA-McMURTRIE, Leonardo F. *O modelo brasileiro de arbitragem com o Estado: proteção de investidores estrangeiros e nacionais*. Versão no prelo, 2023, item 5.1.

²⁴⁷ CCI. *Newfield Brasil LTDA. v. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis*, Caso CCI n. 14.543/CCO/JRF, Sentença, 05 de agosto de 2008. A título ilustrativo, a disputa guardaria certas semelhanças com

a *legalidade* do indeferimento em si, ela teve a possibilidade de buscar – ainda que sem sucesso – a declaração de que o contrato teria sido extinto por ato imputável à AP e a consequente condenação da ANP ao pagamento de volumosa indenização.

No mais, com relação às hipóteses de anulação dos laudos, tendo as arbitragens com a AP sua sede no Brasil, as cortes do país seriam competentes para apreciar a questão. Nesse sentido, vale ressaltar que a LArb, em linha com a Lei Modelo da UNCITRAL, adota uma postura conservadora quanto às bases para anulação dos laudos²⁴⁸. Apesar de a normativa não referir expressamente a possibilidade de anulação por motivos de inarbitrabilidade das disputas, entende-se que essa hipótese inserir-se-ia sob o manto da *invalidade da convenção de arbitragem*, prevista no Art. 32(I) da LArb²⁴⁹. Isso posto, ressalte-se que o Judiciário brasileiro teria uma postura pró-arbitragem, seja com relação à interpretação restritiva das hipóteses de anulação, seja com relação a interferências nos procedimentos arbitrais de um modo geral²⁵⁰.

Logo, conforme coloca Lauro Gama, a circunstância de as arbitragens com a AP terem sua sede obrigatória no Brasil “não representa qualquer ameaça para o investidor estrangeiro”²⁵¹. As sentenças arbitrais domésticas seriam imediatamente exequíveis em todo o território nacional, afastando-se o controle aplicável sob o regime da Convenção de Nova Iorque para as sentenças estrangeiras. Uma possível desvantagem, nesse ponto, diria respeito

aquela em *Metalclad v. México*, em que um investidor norte-americano instaurou uma arbitragem perante o CIADI para também questionar o indeferimento de uma licença ambiental, mas sob a ótica do NAFTA. O investidor teria adquirido um aterro para o tratamento de resíduos no México e, após o início das construções, as autoridades mexicanas teriam suspenso o projeto e, ato contínuo, indeferido uma licença ambiental indispensável para continuidade do projeto. O investidor instaurou uma arbitragem CIADI contra o México com base em disposições do NAFTA, alegando que as medidas teriam sido expropriatórias e teriam violado obrigações de trato justo e equitativo (CIADI. *Metalclad Corporation v. México*, Caso CIADI n. ARB(AF)/97/1, Sentença, 30 de agosto de 2000).

²⁴⁸ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, Art. 32: É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

²⁴⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um Comentário à Lei 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp.175-176.

²⁵⁰ LEVY, Daniel. As interações entre poder judiciário e arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). Curso de Arbitragem. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, Acesso RTPreview, Capítulo 9, item 6; YARSHELL, Flávio Luiz. Ação Anulatória. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). Curso de Arbitragem. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, Acesso RTPreview, Capítulo 12, item 7.

²⁵¹ GAMA, Lauro. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. II, n. 8, pp. 7-42, 2005, p. 31.

somente à sujeição dos pagamentos pela AP ao regime dos precatórios públicos, que poderia provar-se um tanto moroso para os investidores²⁵².

Assim, sustenta-se que, no mais das vezes, os limites – de fato existentes – à arbitrabilidade de determinadas disputas com o Estado sob o Direito brasileiro, em princípio²⁵³, não impediriam que os investidores discutissem medidas estatais semelhantes àquelas contestadas sob os modelos clássicos de arbitragens de investimentos. Como regra, discussões sobre o cabimento de tais medidas, ou sobre a sua legalidade à luz do direito internacional, não teriam lugar. Isso não comprometeria, no entanto, a tutela dos interesses dos investidores nessas situações sob os termos do próprio contrato. Nesse contexto, conforme notam alguns autores, o modelo de arbitragem com a AP despontaria como verdadeira *arbitragem de investimentos à brasileira*, balanceando a eficácia da escolha pelo juízo arbitral com a preservação de um certo controle do Estado sobre as matérias que poderiam ser apreciadas pelos árbitros²⁵⁴.

²⁵² BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two Sides of the Same Coin: To What Extent Is Arbitration with the Brazilian Administration Similar to Investment-Treaty Arbitration? In: LEVY, Daniel; MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja; et al. (eds.). *Investment Protection in Brazil*. Kluwer Law International, 2013, p. 56; QUINTÃO, Luísa. Breves Notas sobre a Arbitragem com a Administração Pública no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59, pp. 121-146, 2018, §3.7.

²⁵³ Em princípio, pois qualquer afirmação categórica nesse sentido demandaria um estudo aprofundado do objeto das arbitragens com a AP no Direito brasileiro, o que fugiria do escopo do presente trabalho.

²⁵⁴ PEREIRA, Cesar; SOUZA-McMURTRIE, Leonardo F. *O modelo brasileiro de arbitragem com o Estado: proteção de investidores estrangeiros e nacionais*. Versão no prelo, 2023; SESTER, Peter. *Business and Investment in Brazil: Law and Practice*. Oxford: Oxford Press, 2022, p. 448; YURGEL, Ana Paula Olinto. *Arbitragem comercial como forma de resolução de controvérsias entre investidor estrangeiro e o Estado brasileiro: um comparativo com a arbitragem de investimento ICSID*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, UFRGS, 2015, p. 107-108.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do Século passado, Jan Paulsson escreveu que um *novo mundo da arbitragem* havia sido descoberto: um mundo em que partes demandantes não mais precisariam ter uma relação contratual prévia com partes demandadas para requerer a instauração de um procedimento arbitral²⁵⁵. Era o início da era das arbitragens sob tratados internacionais, que representariam uma ruptura na adjudicação de disputas entre investidores estrangeiros e Estados-hospedeiros. Se, por um lado, esse modelo de arbitragens teria ampliado consideravelmente a proteção conferida aos investidores, garantindo-lhes o acesso à jurisdição arbitral nas mais variadas situações, por outro, ele teria aumentado a exposição dos Estados-hospedeiros a litígios, que, cada vez mais, envolveriam matérias sensíveis e de interesse da coletividade. Em tempos recentes, conforme analisado, essa maior exposição dos países teria motivado o crescimento de um sentimento de oposição ao sistema de arbitragens sob tratados, que passou a ser visto, de forma justificada ou não, como desequilibrado em favor dos investidores.

Na medida em que a crise tomou novas proporções, colocando, pela primeira vez, em xeque o futuro das arbitragens sob os TBIs, o presente trabalho propôs-se a analisar a alternativa das arbitragens de matriz contratual na adjudicação de disputas investidor-Estado. Em outras palavras, a pesquisa voltou-se à redescoberta do *velho mundo das arbitragens contratuais* nas controvérsias de investimento estrangeiro²⁵⁶. Essa modalidade de arbitragem apresenta características fundamentalmente diferentes daquelas das arbitragens baseadas em tratados, algumas das quais poderiam ser percebidas como vantajosas, outras como limitadoras.

De um modo geral, as arbitragens instauradas a partir dos contratos de investimentos garantiriam uma maior previsibilidade e controle sobre o escopo da jurisdição dos árbitros. Tendo-se em conta que o consentimento a arbitrar sob as cláusulas compromissórias estaria restrito a disputas oriundas de uma relação jurídica específica e predeterminada, as partes teriam

²⁵⁵ PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n. 2, pp. 232-257, 1995, p. 232.

²⁵⁶ Faça-se a ressalva de que, com o emprego da expressão *velho mundo*, não se sugere que esse modelo de arbitragens tenha deixado de ser utilizado na prática. Pelo contrário, como se viu, as arbitragens contratuais continuariam mantendo uma expressiva relevância na adjudicação de disputas de investimento, ainda que a atenção esteja mais voltada à arbitragem sob tratados.

melhores condições de antecipar quais os tipos de litígios que poderiam eventualmente ser submetidos ao juízo arbitral. Por mais que essas disputas não se limitassem somente àquelas relativas a violações do contrato, podendo apresentar diferentes naturezas, elas deveriam, em todos os casos, guardar alguma conexão relevante com a relação contratual em questão. Por outro lado, isso impediria que eventuais abusos cometidos pelos Estados-hospedeiros, não reconduzíveis diretamente ao contrato, pudessem ser apreciados pelos tribunais arbitrais. E assim, na ausência de uma oferta a arbitrar genérica sob os TBIs, os investidores ver-se-iam sob domínio da jurisdição das cortes domésticas do país nessas situações, constantemente reputadas como inadequadas na resolução de disputas de investimento.

Além disso, em especial quando sujeitas ao sistema da Convenção de Nova Iorque, as arbitragens investidor-Estado de matriz contratual poderiam encontrar obstáculos fundados em noções domésticas de arbitrabilidade. Sob a Convenção de Nova Iorque, os países conservaram a prerrogativa de esquivar-se das suas obrigações de reconhecimento/execução de convenções de arbitragem e laudos arbitrais com base em concepções internas sobre quais matérias seriam suscetíveis de serem apreciadas pelos árbitros. Tal circunstância tornar-se-ia um problema quando as disputas de investimento envolvessem interesses públicos – como frequentemente é o caso –, vez que, em certas jurisdições, a arbitragem estaria restrita àquelas matérias que envolvessem direitos *disponíveis, transacionáveis, patrimoniais*, ou oriundas de *relações comerciais*. Nada obstante, conforme ilustra a experiência brasileira, a partir das arbitragens contratuais com a AP, nem sempre a existência de limites à arbitrabilidade de litígios de natureza pública impediria que os investidores discutissem em arbitragem os efeitos de medidas soberanas dos Estados-hospedeiros sobre os seus investimentos. Nesses casos, em vez de decidir sobre a legitimidade da atuação estatal, os árbitros seriam chamados a definir a compensação devida aos investidores consoante condições pré-estabelecidas nos contratos de investimentos. Ademais, na maior parte das jurisdições, em especial quando existente uma distinção entre arbitragens domésticas e internacionais, as cortes estatais tenderiam a adotar interpretações bastante flexíveis da noção de arbitrabilidade.

Seja como for, a proteção oferecida pela arbitragem contratual continuaria sempre ficando aquém daquela que hoje os investidores gozam sob os TBIs. Inicialmente, ela estaria condicionada à própria existência de um contrato entre o investidor e o Estado-hospedeiro – o que, na prática, apesar de comum, não seria garantido. Por outro lado, ainda quando o investidor tivesse um contrato com as autoridades locais, nem sempre ele teria o poder de barganhar a inclusão de uma cláusula compromissória. Essa dificuldade, notadamente, far-se-ia presente de

forma acentuada para investidores de menor porte. Nesse cenário, a ausência de TBIs poderia tornar a arbitragem de investimentos um privilégio concedido pelos Estados a multinacionais poderosas. Por fim, há também que se reconhecer que, diante da pluralidade de contratos de investimentos, por mais que os investidores garantissem acesso à jurisdição arbitral, os *standards* de proteção material de seus investimentos poderiam ser insuficientes. E, em tais circunstâncias, não haveria muito o que os árbitros pudessem fazer.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que a alternativa da arbitragem contratual, em seus moldes atuais, não seria capaz de suprir, por completo, a existência do sistema de arbitragens investidor-Estado sob os TBIs. Isso não significa, por certo, que o mecanismo não seja adequado para tutelar os interesses dos investidores em uma vasta gama de situações. Os resultados da presente pesquisa servem para tranquilizar aqueles que acreditam que, diante de um possível abandono do sistema de TBIs, os investidores estariam em posição de vulnerabilidade nas suas disputas de investimento. Na maior parte das vezes, esse não seria o caso. Em diversas ocasiões, as arbitragens contratuais apresentar-se-iam como uma via igualmente adequada para a resolução de disputas de investimento, de um lado, assegurando a eficácia da escolha pela jurisdição arbitral, de outro, garantindo um controle mínimo dos Estados com relação à sua exposição a litígios com os investidores.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Gloria Maria; BLASIKIEWICZ, Blazej; HOOLWERFF, Tabe van; et al. A Response to Criticism against ISDS by EFILA. *Journal of International Arbitration*, vol. 33, n. 1, pp. 1-36, 2016.
- ALVAREZ, Jose Enrique. ISDS Reform: the long view. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, n. 2, pp. 253-277, Versão KluwerOnline, 2021.
- AUN, Daniel; BARALDI, Eliana; GIUSTI, Gilberto; AYMONE, Priscila. Arbitragem Como Meio de Solução de Controvérsias em Investimento: Aspectos Processuais. *A Proteção do Investimento Estrangeiro – Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAR & IOB*, pp. 61-106, 2011.
- BANCO MUNDIAL. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, datado de 18 de março de 1965.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two Sides of the Same Coin: To What Extent Is Arbitration with the Brazilian Administration Similar to Investment-Treaty Arbitration? In: LEVY, Daniel; MERCEREAU, Ana Gerda de Borja; et al. (eds.). *Investment Protection in Brazil*. Kluwer Law International, 2013.
- BERGER, Klaus Peter. Contractual Arbitration Clauses and Non-contractual Claims. *Journal of International Arbitration*, vol. 40, n. 2, pp. 105-124, 2023.
- BERMANN. George A. International Arbitration and Private International Law: General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 381, pp. 41-496, 2015.
- BERNARDINI, Piero. Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts. *Journal of World Investment*, vol. 2, 2, pp. 235-248, 2001.
- BISHOP, Doak R.; CRAWFORD, James R.; REISMAN, Michal W. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2ª ed. Kluwer Law International, 2014.
- BLACKABY, Nigel. Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphin and the Shark). In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D.M. (eds.). *Pervasive Problems in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol. 15, pp. 217-233, 2006.
- BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al (eds.). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7ª ed. Kluwer Law International, 2023.

BORN, Gary B. *International Arbitration: law and practice*. 3^a ed. Kluwer Law International, 2021.

BOTTINI, Gabriel. *Admissibility of Shareholder Claims under Investment Treaties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

BP Exploration Company Limited v. Líbia, arbitragem ad hoc, sentença, 11 de outubro de 1973.

BRASIL. Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1^o de abril de 2021.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

BRASIL. Modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, de 2015, disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

BREKOULAKIS, Stravos. On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009.

BROCHES, Aron. International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICCA Congress Series*, vol. 7, pp. 221-222, 1996.

BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 331, pp. 331-410, 1972.

BROCHES, The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 5, n. 2, pp. 263-280, 1966.

BROWER, Charles N.; KUMAR, Shashank P. Investomercial Arbitration: Whence Cometh It? What Is It? Whither Goeth It? *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 30, n. 1, 2015.

BROWER, Charles; AHMAD, Jawad. Why the “Demolition Derby” that Seeks to Destroy Investor-State Arbitration? *Southern California Law Review*, vol. 91, n. 6, pp. 1139-1196, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um Comentário à Lei 9.307/96. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Appellate Arbitral Rules in International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, vol. 33, n. 2, pp. 185-216, 2016.

CASTRO, André Zanatta Fernandes; CUNHA, Camila Biral Viera da; PEPPI, Natália. O Futuro da Arbitragem de Investimentos: uma perspectiva brasileira. *A Proteção do Investimento Estrangeiro – Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAR & IOB*, pp. 215-234, 2011.

CCI. *Newfield Brasil LTDA. v. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis*, Caso CCI n. 14.543/CCO/JRF, Sentença, 05 de agosto de 2008.

CHOUDHURY, Barnail. Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit. *Vanderbilt Law Review*, vol. 41, n. 3, pp. 775-832, 2008.

CIADI. *Abaclat at al. v. Argentina*, Caso CIADI n. ARB/07/5, Decisão sobre Jurisdição e Admissibilidade, 4 de agosto de 2011.

CIADI. *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) v. Zaire*, Caso CIADI n. ARB/93/1, Sentença, 21 de fevereiro de 1997, em especial §§ 5.17-5.23.

CIADI. *Asian Agricultural Products Ltd. v. República da Sri Lanka*. Caso CIADI n. ARB/87/3, Sentença, 27 de junho de 1990.

CIADI. *Asian Agricultural Products Ltd. v. República da Sri Lanka*. Caso CIADI n. ARB/87/3, Sentença, 27 de junho de 1990.

CIADI. *Azurix Corp. v. Argentina*, Caso CIADI n. ARB/01/22, Sentença, 14 de julho de 2006.

CIADI. *Biwater Gauff Limited v. Tanzânia*, Caso CIADI n. ARB/05/22, Sentença, 24 de julho de 2008.

CIADI. *Ceskoslovenska Obchodni Banka v. Eslováquia*, Caso CIADI n. ARB/97/4, Decisão sobre Jurisdição, 24 de maio de 1999.

CIADI. *CME Gas Transmission Company v. Argentina*, Caso CIADI n. ARB/01/8, Decisão sobre Anulação, 25 de setembro de 2007.

CIADI. Denunciation of ICSID Convention, ICSID News Releases, 16 de maio de 2007, disponível em: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/denunciation-icsid-convention>.

CIADI. *Elsamex S.A. v. Honduras*, Caso CIADI n. ARB/09/4, Sentença, 16 de novembro de 2012.

CIADI. *Franck Charles Arif v. Moldávia*, Caso CIADI n. ARB/11/23, Sentença, 8 de abril de 2013.

CIADI. *Global Trading Resource Corp. e Globex International Inc. v. Ucrânia*, Caso CIADI n. ARB/09/11, Sentença, 1 de dezembro de 2010.

CIADI. *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et al. v. Ucrânia*, Caso CIADI n. ARB/08/8, Decisão sobre Jurisdição, 8 de março de 2010.

CIADI. *Malicorp Limited v. Egito*, Caso CIADI n. ARB/08/18, sentença, 7 de fevereiro de 2011.

CIADI. *Metalclad Corporation v. México*, Caso CIADI n. ARB(AF)/97/1, Sentença, 30 de agosto de 2000.

CIADI. *Millicom International Operations BV e Sentel GSM S.A. v. Senegal*, Caso CIADI n. ARB/08/20, Decisão sobre Jurisdição, 16 de julho de 2010.

CIADI. *Nova Scotia Power Incorporated v. Venezuela*, Caso CIADI n. ARB(AF)/11/1, Sentença, 30 de abril de 2014.

CIADI. *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. v. Uruguai*, Caso CIADI n. ARB/10/7, Sentença, 8 de julho de 2016.

CIADI. *Quiborax S.A. Non Metallic Minerals S.A. e Allan Fosk Kaplún v. Bolívia*, Caso CIADI n. ARB/06/2, Decisão sobre Jurisdição, 27 de setembro de 2012.

CIADI. *RSM Production Corporation v. Grenada*, Caso CIADI n. ARB/05/14, Sentença, 13 de março de 2009.

CIADI. *Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.p.A. v Marrocos*, Caso CIADI n. ARB/00/4, Decisão sobre Jurisdição, 31 de julho de 2001.

CIADI. Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention, ICSID News Releases, 26 de janeiro de 2012, disponível em: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/venezuela-submits-notice-under-article-71-icsid-convention>.

CIADI. *Wena Hotels Limited v. Egito*, Caso CIADI n. ARB/98/4, Sentença, 8 de dezembro de 2000.

CME Czech Republic B.V. v. República Tcheca, arbitragem ad hoc, Sentença, 14 de março de 2003.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, José Augusto Fontoura. Tentações, Reputação e Cultura: imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 21, p. 30-63, 2009.

CREMADES, Bernardo M; CAIRNS, David. Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian (eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 3, pp. 13-41, 2005.

DELAUME, Georges R. State Contracts and Transnational Arbitration. *American Journal of International Law*, vol. 75, n. 4, pp. 784-819, 1981.

DI PIETRO, Domenico. General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DOUGLAS, Zachary. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law*, vol. 74, n. 1, pp. 151-289, 2003.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FISS, Owen M. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, pp. 1-59, 1979.

FRANCK, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions Public International Law Through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, vol. 73, n. 4, pp. 1521-1625, 2005.

GAILLARD, Emmanuel. Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice. In: BINDER, Christina; et al. (eds.). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999.

GAMA, Lauro. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. II, n. 8, pp. 7-42, 2005.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *Foundations of Public Contracts. A Comparative View*. Northampton: Elgar Publishing, 2022.

GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação da cláusula compromissória. *Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação*, vol. 4, pp. 811-826, 2014.

GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, pp. 60-72, Acesso RTOnline, 2004.

HANOTIAU, Bernard. The Law Applicable to Arbitrability. *ICCA Congress Series*, vol. 9, pp. 146-167, 1999.

HODGSON, Matthew; KRYVOIAND, Yarik; HRCKA, Daniel. 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration. *British Institute of International Comparative Law*, n. 1, 28, 2021.

IISD. Ecuador denounces its remaining 16 BITs and publishes CAITISA audit report, IISD News, 12 de junho de 2017, disponível em: <https://www.iisd.org/itn/en/2017/06/12/ecuador-denounces-its-remaining-16-bits-and-publishes-caitisa-audit-report/>.

IISD. Pakistan terminates 23 BITs, IISD News, 7 de outubro de 2021, disponível em: <https://www.iisd.org/itn/en/2021/10/07/pakistan-terminates-23-bits/>.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; POTESÀ, Michele. *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and Roadmap*. Genebra: CIDS, 2016.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; POTESÀ, Michele. Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options. *European Yearbook of International Economic Law*. Cham: Springer, 2020.

KENNARD, Matt; PROVOST, Claire. *The obscure legal system that lets corporations sue countries*, The Guardian, 10 de junho de 2015, disponível em: <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>.

KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. *NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 09-46*, 2009.

KRÖLL, Stefan M. The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts. *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*. Studies in Transnational Economic Law, vol. 19, pp. 425-470, 2004.

KURTZ, Jürgen. Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration: On Consistency, Coherence, and the Identification of the Applicable Law. In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LALONDE, Marc. The Evolving of Arbitration and Arbitrability. *ICCA Congress Series*, vol. 9, pp. 189-196, 1999.

LEBEN, Charles. La Théorie du Contrat D'État et L'Évolution du Droit International des Investissements. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, pp. 197-386, 2003.

LEMES, Selma Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em Números e Valores*. Período de 2018 (jan./dez.) - 2019 (jan./dez.), 2020.

LEVY, Daniel. As interações entre poder judiciário e arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de Arbitragem*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Líbia, arbitragem ad hoc, sentença, 12 de abril de 1977.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAUPIN, Julie. Differentiating Among International Investment Disputes. In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MISTELIS, Loukas A. Arbitrability: International and Comparative Perspectives. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds.). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009.

UNCTAD. Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, datado de 28 de dezembro de 2015, disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

MONBIOT, George. The Lies Behind this Transatlantic Trade Deal, *The Guardian*, publicado em 2 de dezembro de 2013, disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/dec/02/transatlantic-free-trade-deal-regulation-by-lawyers-eu-us>.

MOROSINI, Fábio; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, Anastacia. Solução de Controvérsias em Acordos de Investimento: as experiências do CPTPP, CETA e dos ACFIs. *Revista de Direito Internacional*, vol. 17, n. 1, pp. 292-309, 2020.

MOROSINI, Fábio; PERRONE, Nicolás M.; SANCHEZ-BADIN, Michelle R. Strengthening multi-stakeholder cooperation in the international investment regime: The Brazilian model. *Columbia FDI Perspectives*, n. 263, 2019.

MOROSINI, Fábio; XAVIER JR., Ely Caetano. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de Direito Internacional*, vol. 12, n. 2, pp. 420-447, 2015.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, pp. 90-101, 2004.

MUSTILL, Michael. Arbitration: History and Background. *Journal of International Arbitration*, vol. 6, n. 2, pp. 43-56, 1989.

NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment*. Haia: Kluwer Law International, 2009.

NUNES PINTO, José Emílio. *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*, Jus.com, publicado em 23 de novembro de 2004, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5971/a-arbitrabilidade-de-controversias-nos-contratos-com-o-estado-e-empresas-estatais>.

ONU. *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) – Cost and Duration*. Note by the secretariat. A/CN.9/WG.III/WP.153. Datado de 31 de agosto de 2018.

ONU. *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*. Appellate and Multilateral Court Mechanisms. Note by the Secretariat. A/CN.9/WG.III/WP.185, datado de 29 de novembro de 2019.

ONU. *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*. Appellate and Multilateral Court Mechanisms. Note by the Secretariat. A/CN.9/WG.III/WP.185, datado de 29 de novembro de 2019.

ONU. *Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards*. E/AC.42/4/Rev.1. Datado de 28 de março de 1955.

PARRA, Antonio R. *The History of ICSID*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n. 2, pp. 232-257, 1995.

PAUWELYN, Joost. Rational Design or Accidental Evolution? The Emerge of International Investment Law. DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014.

PCA. *Guaracachi America, Inc. e Rurelec PLC v. Bolívia*, Caso PCA n. 2011-17, Sentença, 31 de janeiro de 2014.

PCA. *Romak S.A. v. Uzbequistão*, Caso PCA n. AA280, Sentença, 26 de novembro de 2009.

PCA. *Serafín García Armas e Karina García Gruber v. Venezuela*, Caso PCA n. 2013-3, Decisão sobre Jurisdição, 15 de dezembro de 2014.

PCIJ. Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France. *Publications of the Permanent Court of International Justice*, series A, n. 20/21. Leida: Sijthoff, 1929.

PEREIRA, Cesar; SOUZA-McMURTRIE, Leonardo F. *O modelo brasileiro de arbitragem com o Estado: proteção de investidores estrangeiros e nacionais*. Versão no prelo, 2023.

PERRONE, Nicolás M. *Investment Treaties and the Legal Imagination*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

POLANCO, Rodrigo. *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: bringing back diplomatic protection?* Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

POLONSKAYA, Ksenia. Frivolous and Abuse of Process Claims in Investor-State Arbitration: can rules on cost allocation become solution? *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 11, n. 4, pp. 589-613, Versão KluwerOnline, 2020.

PUIG, Sergio. No right without a remedy: foundations of investor-state arbitration. In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

PUIG, Sergio; SHAFFER, Gregory. Imperfect Alternatives: institutional choice and reform of investment law. *American Journal of International Law*, vol. 112, n. 3, pp. 361-409, 2019.

QUINTÃO, Luísa. Breves Notas sobre a Arbitragem com a Administração Pública no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59, pp. 121-146, 2018.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

ROBERTS, Anthea. Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration. *American Journal of International Law*, vol. 112, n. 3, pp. 410-432, 2018.

Ronald S. Lauder v. República Tcheca, arbitragem ad hoc, Sentença, 3 de setembro de 2001.

SCHILL, Stephan W. The Multilateralization of International Investment Law: emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. *Trade, Law and Development*, vol. II, n. 1, pp. 59-86, 2010.

SCHOKKAERT, Jan; HECKSCHER, Yvon. Investment Contracts between Sovereign States and Private Companies - Link between BITs and State Contracts. *Journal of World Investment and Trade*, vol. 11, n. 6, pp. 903-964, 2010.

SCHREUER, Christoph; SCHILL, Stefan; SINCLAIR, Antony. Article 25. In: SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; et al. (eds.). *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

SESTER, Peter. *Business and Investment in Brazil: Law and Practice*. Oxford: Oxford Press, 2022.

SÖDERLUND, Christer. The State as party in arbitration and issues of sovereign immunity. *Revista Română de Arbitraj*, vol. 1, n. 3, pp. 41-53, 2007.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000.

Texaco Overseas Petroleum Co. e California Asiatic Oil Company v. Líbia, arbitragem ad hoc, sentença, 19 de janeiro de 1977.

THE ECONOMIST, How some International Treaties Threaten the Environment, 5 de outubro de 2020, disponível em: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2020/10/05/how-some-international-treaties-threaten-the-environment>.

TIBURCIO, Carmen; ALBUQUERQUE, Felipe. Convenção de Nova York e a Lei de Arbitragem: Algumas Considerações sobre a Lei Aplicável ao Consentimento das Partes. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem*. Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: GEN, 2017.

UNCTAD. Investor-State Dispute Settlement: a sequel. *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. Genebra: ONU, 2014.

UNCTAD. *World Investment Report 2023*. Investing in Sustainable Energy for All. Overview. Genebra: ONU, 2023.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, Fourth Circuit, *J.J. Ryan Sons v. Rhone Poulenc Tex., S.A.*, 863 F.2d 315 (4th Cir. 1988), datado de 13 de dezembro de 1998.

VAN DEN BERG, Albert Jan. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *Introductory Note*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008.

VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

VAN HARTEN, Gus. The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n. 2, pp. 371-394, 2007.

VAUDANO, Maxime. *L'arbitrage international, une justice sur la sellette*, Le Monde, 28 de agosto de 2018, disponível em: <https://www.lemonde.fr/international/article/2018/08/24/l-arbitrage-d-investissement-une-justice-sur-la-sellette>;

VEEDER, V. V. The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, n. 4, pp. 747-792, 1998.

WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha; et al. (eds.). *The Backlash Against Investment Arbitration*. Kluwer Law International, 2010.

YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, n. 1, pp. 121-146, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação Anulatória. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de Arbitragem*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

YOUSSEF, Karim A. The Death of Inarbitrability. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos (eds.). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, 2009.

YURGEL, Ana Paula Olinto. *Arbitragem comercial como forma de resolução de controvérsias entre investidor estrangeiro e o Estado brasileiro: um comparativo com a arbitragem de investimento ICSID*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, UFRGS, 2015.