



**A Arbitragem de Investimento Estrangeiro.
Em especial, a problemática da confidencialidade do procedimento arbitral
nas disputas investidor-Estado.**

DANIELE SOUZA LIMA MARTINS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de Ciências Jurídico-Administrativas, realizada sob orientação do Professor Doutor João Salvador Velez Pacheco de Amorim.

Porto, Julho de 2015.

AGRADECIMENTOS

Confesso que a parte de agradecimentos era, no início, uma página supérflua na qual eu não queria “desperdiçar” o meu precioso tempo. Contudo, ao fim, o meu anseio em tentar expressar em palavras o tamanho da gratidão que guardo em meu peito, transformou em plumas os meus dedos que oram se dedilham por este teclado.

Aos meus pais, agradeço-lhes por me permitirem sonhar. Minha mãe certa vez me disse que desde miúda eu tinha asas, não aquelas de anjos ou de aviões, mas aquelas me permitiam cruzar oceanos e atravessar fronteiras: meus sonhos. Obrigada por sorrirem com a minha partida, mesmo sofrendo com a minha distância.

A toda minha família, especialmente ao meu irmão, agradeço pelo carinho demonstrado em cada simples gesto. Os quilômetros que nos separam não foram capazes de abolir, nem sequer reduzir o sentimento que nos une.

Às minhas amigas no Brasil agradeço pela compreensão. Na busca de nossos objetivos muitas vezes somos obrigados a abdicar da presença das pessoas que amamos. Contudo, saibam que em cada momento especial da vida de vocês o meu coração esteve presente.

Ao Edmar e à sua família agradeço pelo apoio, por me acolherem sempre com tanto carinho. Vocês jamais serão esquecidos.

Ao meu orientador Pacheco de Amorim, por me apresentar este tema que me despertou tanto interesse, me conduzindo levemente ao mundo da investigação, bem como por se mostrar disponível aos meus questionamentos, dedicando seu tempo às minhas ideias.

Aos professores da FDUP, por toda a contribuição para a minha formação profissional e pessoal. Um agradecimento especial ao professor Paulo de Tarso, pelos ensinamentos da sala de aula, pelos conselhos acadêmicos e pela sempre sorridente conversa.

À minha família portuguesa, representada especialmente pela minha irmã de coração, Esmeralda. Um carinho que nasceu do improvável, mas que se petrificou por nossas escolhas. Obrigada por ser minha amiga e por me deixar ser a sua.

Aos meus amigos em Portugal, pelos dias e noites que passamos juntos, fossem na biblioteca, em casa, na praia ou pelas ruas do Porto. Vocês com certeza tornaram a minha estadia no velho continente mais alegre.

Infine, ringrazio la mia famiglia italiana, soprattutto le mie sorelle, Filly e Orny, e i miei genitori, Paola e Peppe. Grazie per aver fatto tutto per me. Mi sono sentita veramente parte della famiglia. Voi sarete per sempre nel mio cuore.

RESUMO

O objetivo da presente dissertação é apresentar primeiro um panorama do mecanismo arbitral de resolução de conflitos decorrentes das relações entre Estados e investidores, discorrendo sobre suas características, para depois tratar, como objeto principal, a controvérsia acerca da confidencialidade nesses procedimentos arbitrais, tendo em conta o envolvimento neles, por definição, de um Estado (ou de outra entidade pública). Nesse sentido, focaremos nossa análise nas principais críticas atribuídas ao mecanismo arbitral, bem como no exame dos dispositivos legais constantes nos instrumentos jurídicos da UNCITRAL e do ICSID que se referem à transparência.

A escolha do tema e o desenvolvimento do estudo partiram da constatação: (i) de uma efervescente discussão internacional acerca dos atributos do procedimento arbitral que impulsionam a sua adoção nas relações de investimento estrangeiro, bem como das falhas que lhes são imputadas, especialmente acerca da confidencialidade; e, (ii) de uma grande carência bibliográfica em língua portuguesa, que tornou-se um elemento desafiador e, ao mesmo tempo, motivador, para a elaboração deste trabalho, que ora se apresenta com o intuito de introduzir a temática na pauta jurídica dos países de língua portuguesa.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to present an overview about the investor-State dispute settlement, with a focus on the issue of confidentiality in these arbitral proceedings. The dissertation will canvass critiques of investor-State arbitration and it will also present an analysis of legal provisions governing transparency in UNCITRAL and ICSID.

The choice and the development of this topic is motivated by: (i) an ongoing international debate regarding advantages and disadvantages of acceding to investor-State arbitration as well as some alleged fails, especially with regard of confidentiality; and, (ii) a lack of bibliography in the Portuguese language on the subject, and the corresponding desire to introduce this topic in the legal framework of Portuguese language countries.

Palavras-Chave: Arbitragem de Investimento Estrangeiro; Confidencialidade; Transparência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO.....	9
1.1 - Contexto político e econômico	9
1.2 - Os litígios emergentes da relação jurídica investidor-Estado	11
CAPÍTULO II – A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO	13
2.1 - Jurisdição interna	13
2.2 - Negociação direta.....	13
2.3 - A proteção diplomática como recurso para a proteção do investidor na ordem jurídica internacional	14
2.4 - Arbitragem	16
CAPÍTULO III – A ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO	17
3.1 - O que é arbitragem de investimento estrangeiro?	17
3.1.1 - <i>A arbitragem internacional e a arbitragem comercial internacional</i>	17
3.2 - Características da arbitragem: os imãs que atraem a sua adoção nas relações de investimento estrangeiro	18
3.2.1 - <i>Imparcialidade dos árbitros</i>	19
3.2.2 - <i>Celeridade</i>	20
3.2.3 - <i>Especialidade dos árbitros</i>	21
3.2.4 - <i>Caráter definitivo da sentença arbitral</i>	22
3.2.5 - <i>Confidencialidade</i>	24
3.3 - As críticas ao procedimento arbitral	24
3.3.1 - <i>A interpretação pró-Estado</i>	25
3.3.2 - <i>As disparidades na interpretação dos tratados</i>	26
3.3.3 - <i>A ausência do pressuposto da imparcialidade dos árbitros</i>	26
3.3.4 - <i>A cúpula de árbitros</i>	28

3.3.5 - <i>Os custos do procedimento arbitral</i>	29
3.3.6 - <i>Ausência da via recursal</i>	30
3.3.7 - <i>Execução da sentença arbitral: um procedimento realizado pelos tribunais nacionais</i> ...	31
3.3.8 - <i>O secretismo procedimental</i>	33
CAPÍTULO IV – A CONFIDENCIALIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL EM CONTRAPOSIÇÃO COM O DEVER DE TRANSPARÊNCIA DO ESTADO	34
4.1 - A problemática da confidencialidade nas disputas arbitrais envolvendo o Estado	34
4.2 - O dever de transparência do Estado	36
4.3 - A materialização do princípio da transparência nos procedimentos arbitrais	36
4.4 - A proteção de informações confidenciais no âmbito da arbitragem de investimento estrangeiro	37
CAPÍTULO V – O MECANISMO DA UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL) E AS REGRAS DE TRANSPARÊNCIA	39
5.1 - As Regras de Transparência	40
5.1.1 - <i>Âmbito de aplicação</i>	41
5.1.2 - <i>Figura do repositório</i>	42
5.1.3 - <i>Registro de casos e publicação de documentos</i>	42
5.1.4 - <i>Amicus Curiae e participação de outros Estados</i>	43
5.1.5 - <i>Audiências</i>	44
5.1.6 - <i>Exceções à transparência</i>	44
5.2 - Considerações acerca das Regras de Transparência	45
5.2.1 - <i>A aplicabilidade das Regras de Transparência - a ausência de força vinculativa obrigatória e suas consequências</i>	45
5.2.2 - <i>A subjetividade por detrás do conceito de informação confidencial</i>	48
5.2.3 - <i>A não concessão de proteção à informação e as suas consequências</i>	49
5.3 - A Mauritius Convention on Transparency - UNCITRAL	49
5.4 - O mecanismo da UNCITRAL: o primeiro passo ao enraizamento da transparência nas arbitragens investidor-Estado?	50

CAPÍTULO VI – A MATÉRIA DA TRANSPARÊNCIA NO INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTE (ICSID)	52
6.1 - Breves considerações	52
6.2 - Os dispositivos relacionados à transparência	53
CONCLUSÕES.....	55
BIBLIOGRAFIA.....	57

INTRODUÇÃO¹

Neste novo contexto do século XXI percebemos claramente que a incessante ambição do homem em alcançar novos mercados, em difundir novas ideias e em concretizar novos e velhos objetivos, jamais se esgota. Contudo, atualmente, assistimos a uma mudança de paradigma. O objetivo desta jornada vai além do lucro: consiste ele também na cooperação e no desenvolvimento econômico, potencializados através da promoção do investimento estrangeiro. Entretanto, a experiência mostrou que, além de ousadia, é necessário se ter uma dose de precaução para que as relações estabelecidas se mantenham estáveis durante toda a sua vigência.

Na presente dissertação, pretendemos apresentar uma visão acerca do instituto jurídico da arbitragem de investimento estrangeiro, centrando-se a análise nas características deste mecanismo de solução de conflitos que estimulam a sua adoção nas relações transfronteiriças, e que, no limite, determinam a (in)eficácia e o (in)sucesso da máquina arbitral, atingindo, como ponto crucial, a confidencialidade do procedimento nas relações entre Estados e investidores.

Em um primeiro momento, será realizado um enquadramento geral do investimento estrangeiro, dissertando sobre o contexto político-econômico no qual ele está incluído, bem como pincelando brevemente as correntes que discutem acerca do seu impacto nos países receptores. Apresentaremos ainda as possíveis origens dos litígios decorrentes da relação jurídica estabelecida entre o Estado e o investidor, fundamental para a construção da concepção do tema a ser abordado neste trabalho.

Posteriormente, analisaremos os meios de resolução de conflitos que são postos à disposição das partes, no intuito de verificar a melhor alternativa a ser adotada para a resolução dos litígios que vierem a se desenvolver na vida da relação jurídica.

Em seguida, ponderaremos minuciosamente todas as características intrínsecas (ou pactuadas) da arbitragem de investimento estrangeiro, que podem constituir o âmago para a disseminação do mecanismo como meio efetivo e seguro na resolução de conflitos, bem como abordaremos as críticas por ela sofridas que questionam a sua aplicabilidade.

Continuaremos nossa análise com a extração de um dos elementos da arbitragem de investimento estrangeiro que constitui (ou constituía) para o mundo empresarial a *crème de la crème* do instituto arbitral: a confidencialidade. Neste momento, traremos à tona os

¹ A presente dissertação foi redigida em conformidade com o português do Brasil.

questionamentos que se defloram na comunidade jurídica internacional, decorrentes da legitimidade da confidencialidade do procedimento arbitral nas relações que envolvam o Estado.

Neste sentido, pinçaremos os dispositivos jurídicos internacionais que procuram afastar o secretismo do procedimento arbitral, visando a sua transparência no âmbito das relações com o ente estatal. Em decorrência da relevância do tópico, discutiremos acerca da proposta alavancada pela United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) em 2013 no sentido de tornar os procedimentos arbitrais mais transparentes, bem como sobre as normas jurídicas do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) que dispõem sobre o tema.

Por fim, lançaremos nossas conclusões acerca dos pontos abordados neste trabalho, especialmente no que tange à importância do procedimento arbitral no âmbito das relações entre Estados e investidores, bem como em relação ao embate acirrado existente entre o interesse privado, demarcado pela confidencialidade do procedimento arbitral, e o interesse público, consubstanciado pela transparência.

CAPÍTULO I – O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Este capítulo se dedica a apresentar e a situar a temática do investimento estrangeiro, discorrendo sobre o ambiente no qual ele está inserido e ponderando as posições alavancadas sobre o impacto do investimento estrangeiro no desenvolvimento econômico dos países.

Por fim, far-se-á uma breve análise das controvérsias que emergem deste cenário jurídico promissor e ao mesmo tempo conflituoso, provenientes da relação jurídica entre Estados e investidores.

1.1 - Contexto político e econômico

Com a integração cada vez maior das nações, proporcionada inclusive com a criação dos blocos econômicos, constata-se uma intensificação do comércio e uma liberalização do mercado, verificada também por meio da intensa movimentação de investimentos estrangeiros².

A demasiada dependência do mercado interno, a necessidade de expandir o consumo dos produtos especializados através da captação de novos clientes, o aumento dos custos de produção no país de origem, a escassez de matéria-prima, as pressões competitivas exercidas pelos grandes exportadores de mercadorias e o interesse em superar as barreiras burocráticas impostas ao comércio exterior, encorajam a navegação dos investidores por mares internacionais.

Por outro lado, a ausência de tecnologia de ponta, a falta de qualidade dos produtos ofertados, a abundância de recursos naturais, a ausência de um mercado competitivo, a disponibilidade de mão-de-obra, entre outros fatores, estimulam, sob a perspectiva do Estado hospedeiro, o recebimento de investimentos provenientes de países terceiros, uma vez que atuam sob a promessa de potencializar o mercado interno, através da geração de empregos, do uso de alta tecnologia, da competitividade dos preços, da criação de infraestrutura, etc.

² O conceito de investimento estrangeiro não é unânime na doutrina e na jurisprudência. Contudo, vem se firmando um entendimento no ambiente jurídico que diferencia o investimento da transação comercial comum segundo a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) aporte de recursos do investidor, em dinheiro ou outros bens, em país estrangeiro; (ii) caráter duradouro do contrato; (iii) suscetibilidade de angariar lucros ou rendimentos através de um resultado positivo do investimento; (iv) assunção de riscos da operação por parte do investidor; e, (v) expectativa de desenvolvimento econômico do Estado receptor em decorrência do investimento.

Percebemos que há uma forte corrente pró-liberalização dos investimentos, sob a argumentação de que a abertura das economias nacionais ao mercado global possibilita o desenvolvimento econômico, finalidade perseguida pelos Estados. Nesse sentido, nota-se um grande esforço de alguns países em promoverem, através de reformas que incluem um pacote de políticas econômicas e jurídicas, a ampliação do fluxo de investimentos estrangeiros³.

Inserida no conjunto de medidas jurídicas adotadas pelo Estado com o intuito de atrair o capital estrangeiro nos deparamos com o método de resolução de conflitos denominado arbitragem que, conforme veremos mais adiante, aos olhos do investidor, constitui um grande incentivo ao depósito de seu capital no país terceiro.

Um dos fatores cruciais que impulsionam os fluxos de investimento estrangeiro, constituindo uma válvula de vazão para o capital estrangeiro, é o ambiente de liquidez internacional, assegurado inclusive através da segurança jurídica concedida pelos Estados. Contudo, outros fatores também podem gerar uma atração gravitacional, por exemplo, a distância geográfica entre os países, o idioma, os laços coloniais pré-existentes e o próprio sistema jurídico, atuando de forma a minimizar o custo de adaptação das empresas ao novo país.

Na década de 90 houve uma intensificação maciça das relações de investimento estrangeiro⁴, consubstanciada especialmente pela entrada de capital estrangeiro em países em desenvolvimento, eclodindo, portanto, um aumento significativo no grau do fenômeno da internacionalização da economia.

³ Entende-se que “The desire of both capital exporters and importers to establish a legal regime that would keep capital flowing resulted in occasional attempts to conclude an appropriate framework agreement, or to resolve a particular set of investment-related disputes. The legacy of these attempts is to some degree reflected in the present system of investor-State arbitration.” - Cfr. DUGAN, CHRISTOPHER F [ET AL.] - *Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 34.

⁴ Potencializada especialmente através dos denominados Bilateral Investment Treaties (BITs) que constituem acordos bilaterais entre Estados, firmados com a finalidade de promover o investimento estrangeiro recíproco, assegurando determinadas garantias fundamentais, entre as quais destacam-se: (i) o tratamento nacional, no qual se estabelece que o tratamento concedido pelo Estado hospedeiro aos investidores estrangeiros deve ser igual ou não menos favorável que aquele concedido em relação aos seus nacionais; (ii) o tratamento justo e equitativo; (iii) o tratamento da nação mais favorecida, no qual confere-se ao investidor estrangeiro a garantia de que seu tratamento será, no mínimo, igual aquele concedido a qualquer outro investidor de um país terceiro; (iv) a proibição de expropriação ou nacionalização sem direito a devida indenização; (v) a livre transferência das importâncias relacionadas ao investimento; (vi) a proibição de discriminação não razoavelmente justificada; e, o que mais nos interessa neste trabalho, (vii) a adoção da arbitragem como meio de resolução de conflitos. Conforme dados da UNCTAD, disponível em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, consulta em 26/06/2015, do total de 2.927 BITs existentes, somente na década de 90 foram firmados 1.629, assinados especialmente pelos países da América do Sul.

Partindo de uma abordagem fenomenológica deste processo de abertura econômica e financeira, insta pincelar que a questão, evidentemente, comporta análises multifacetadas acerca do impacto dessas transações econômicas no país hospedeiro.

Se, para alguns, o crescimento econômico sustentável esperado pela entrada de novos atores na economia interna foi (e é) realmente constatado, para outros constitui uma mera promessa que tem falhado no seu propósito⁵.

Isto porque, para os defensores desse posicionamento, o capital estrangeiro traz consigo uma gama virótica que contamina a economia nacional. A remessa de lucros ao país de origem, o emprego de tecnologias inadequadas ao desenvolvimento do país, a influência política que as empresas estrangeiras podem exercer sobre o país hospedeiro, a exploração da mão-de-obra barata, a utilização indevida dos recursos naturais, o esmagamento da concorrência com os empresários locais, constituem alguns dos argumentos que fundamentam este posicionamento.

Impossível negar que ambos os discursos são provenientes de uma carga política-ideológica que não lhes permite avaliar neutralmente as consequências do investimento estrangeiro. Fato inegável é que a inserção de capital proveniente do exterior provoca alterações, inclusive sociais, políticas e econômicas nos países hospedeiros.

1.2 - Os litígios emergentes da relação jurídica investidor-Estado

O ambiente propício ao fomento do investimento estrangeiro não constitui a regra. Os capitais estrangeiros muitas vezes encontram barreiras políticas, jurídicas e econômicas para se instalarem nos países terceiros. Em parte, isso ocorre devido ao fenômeno, até hoje presente, do protecionismo que, principalmente em épocas de crise econômica, se aflora.

O investimento estrangeiro é realizado em um ambiente político e regulatório que nem sempre é favorável aos investidores, constituindo-se muitas vezes em uma atmosfera conturbada e instável, na qual os empresários estrangeiros se sujeitam a riscos empresariais superiores àqueles que estão acostumados a enfrentar em seus países de origem, bem como são expostos aos riscos não comerciais, incluídos aqueles de origem política⁶.

⁵ Cfr. GRUPO DE TRABALHO EM DESENVOLVIMENTO E MEIO-AMBIENTE NAS AMÉRICAS - *Globalização, Investimento Estrangeiro e Desenvolvimento Sustentável*, p. 5ª do documento e seguintes, disponível em https://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/FDI_WG_Oct08_Portug_Full.pdf, consulta em 06/05/2015.

⁶ Pode-se afirmar que “The degree of political risk is inversely proportional to the strength of the government institutions and the rule of law in a jurisdiction: the weaker the institutions and rule of law, the greater the political risk.” - Cfr. ANZORENA, C. IGNACIO SUAREZ; PERRY, WILLIAM K. - *Protecting Foreign Investments and*

Constata-se uma grande vulnerabilidade do investimento estrangeiro face às ingerências do Estado no qual se pretende investir, uma vez que este pode adotar medidas que prejudiquem o investidor, por exemplo, a nacionalização, expropriação, restrições aos lucros do investidor, ou ainda, alterações legislativas, verificadas especialmente no âmbito tributário.

Tendo em vista que, em princípio, os investidores e investimentos submetem-se ao direito interno do país receptor, verifica-se um problema de dimensão jurídica que muitas vezes inviabiliza a concretização do negócio, pois traz à tona questões complexas como foro competente e direito aplicável para a solução de controvérsias entre investidor estrangeiro e país receptor.

Os litígios que se emergem nesse contexto não se baseiam apenas na relação direta entre o Estado e o investidor (e aqui queremos dizer as relações contratuais mais comumente disseminadas através dos contratos de concessão, bem como aquelas provenientes de benefícios fiscais, incentivos financeiros, co-financiamento, etc., que constituem-se como apoio aos investimentos estrangeiros). As pretensões justicáveis⁷ do investidor podem ser decorrentes de uma atuação *jus imperii* do Estado, que através do exercício (ou não) de seus poderes legislativo, administrativo ou jurisdicional, cause prejuízos ao investimento estrangeiro, inclusive aquele de caráter essencialmente unilateral.

É preciso ter em mente que os investidores privados realizam a injeção de capital com o intuito precípua de captação de lucros futuros e não por razões de benevolência e altruísmo. Sendo assim, se o retorno financeiro for seguro, naturalmente ocorrerá a manutenção e/ou a ampliação do fluxo de investimentos. Desse modo, ver-se-á adiante que a segurança jurídica pleiteada pelos investidores, roldana propulsora do investimento estrangeiro, poderá ser alcançada através de uma resolução de conflitos justa e eficiente.

Arbitration. Summer 2010, p. 1^a do documento, disponível em <http://www.chadbourne.com/files/Publication/f1898f01-febc-4fba-bb94-87ff36d1b1a2/Presentation/PublicationAttachment/8c6065d3-c22f-4a1e-a187-8c94079e98bc/IDQ-2010-03-SuarezAnzorenaPerry.pdf>, consulta em 07/06/2015.

⁷ Nesse sentido, cfr. SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL - *A resolução dos litígios sobre investimento estrangeiro no direito arbitral comparado* - Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Edição Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora: 2010. Disponível em <http://arbitragem.pt/conselhos/arb-investimento/doutrina/nacional/resolucao-litigios-investimento-estrangeiro--2010--servulo-correia.pdf>, consulta em 15/03/2015.

CAPÍTULO II – A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

O direito internacional geral não prevê a existência de nenhum mecanismo especial de proteção aos investidores face à violação de seus direitos pelo Estado hospedeiro. A lacuna normativa sobre as garantias e responsabilidades relativas aos investimentos estrangeiros impõe a adoção de determinadas precauções por parte dos investidores.

Este capítulo tem por intuito fazer uma breve e compreensiva explicação sobre os métodos de solução de conflitos que encontram-se à disposição dos Estados e investidores, que se dividem em modos jurisdicionais, dentre os quais destacamos as cortes nacionais e a arbitragem, e em meios não jurisdicionais, nos quais priorizamos a negociação direta e a proteção diplomática, esclarecendo, contudo, que a matéria não se esgota nestes mecanismos, existindo, portanto, outros meios que não nos interessa para fins deste trabalho.

Insta apenas salientar, que não há qualquer hierarquia entre eles, cabendo às partes escolhê-los, segundo os critérios de avaliação da situação de fato e de direito envolvida, adotando aquele método que melhor lhes convier.

2.1 - Jurisdição interna

Como visto acima, *a priori*, os investidores serão submetidos ao ordenamento jurídico do Estado hospedeiro e, conseqüentemente, a competência para julgar os litígios decorrentes das relações investidor-Estado ficará a cargo dos tribunais nacionais, regra geral.

Nesta hipótese, ocorrerá a aplicação da lei nacional, tanto para questões processuais quanto para matéria do direito aplicável, que comumente empregará apenas a legislação interna, não levando em consideração o Direito Internacional não transposto para a ordem jurídica interna.

Sendo assim, o Estado, após manifestação das partes, realizará a prestação da tutela jurisdicional, pondo fim ao litígio através da efetivação dos dispositivos jurídicos nacionais.

2.2 - Negociação direta

É o método através do qual os Estados e investidores por meio de concessões mútuas (transação), reconhecimento da pretensão de uma das partes (aquiescência) ou renúncia, celebram o acordo que finda a controvérsia existente.

2.3 - A proteção diplomática como recurso para a proteção do investidor na ordem jurídica internacional

A proteção diplomática consiste na ação de um Estado perante outro Estado estrangeiro para reclamar, em favor de seus nacionais, o cumprimento do Direito Internacional, efetivando a responsabilidade do Estado por danos causados aos nacionais de outro Estado.

Observa-se neste caso a existência de um amparo jurídico concedido por um Estado em relação ao seu nacional, cujos direitos foram violados por atos contrários ao Direito Internacional, praticados por outro Estado, e em relação aos quais a satisfação pretendida não pode ser alcançada por vias ordinárias⁸.

Consoante entendimento de parte da doutrina, só os Estados, e não as pessoas (aqui se incluindo, quer os indivíduos, quer as pessoas coletivas internas, de Direito Público ou de Direito Privado) possuem capacidade jurídica⁹ para submeterem suas pretensões perante as jurisdições internacionais. Portanto, para que seus direitos sejam resguardados e efetivados, deve o nacional de um Estado, nessa qualidade, requerer, ao respectivo Estado que o mesmo intervenha em seu favor perante as entidades competentes, tomando todas as medidas cabíveis para o ressarcimento dos danos sofridos.

Geralmente, o exercício da proteção diplomática ocorre, primeiramente, através dos meios de resolução pacífica de conflitos oferecidos pelo Direito Internacional. Entretanto, caso a tentativa não seja bem sucedida, ou ainda, caso uma das partes não manifeste o interesse em se buscar a solução da controvérsia por vias pacíficas, o Estado da parte

⁸ A proteção diplomática “was developed as a consequence of the nonavailability of international remedies to individuals and corporations under traditional international law.” - Cfr. SCHREUER, CHRISTOPH H. - *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 397.

⁹ Para PEREIRA, ANDRÉ GONÇALVES; QUADROS, FAUSTO DE - *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 407, os indivíduos possuem claramente personalidade internacional (tema controvertido na doutrina). Contudo, a proibição ou a restrição do acesso aos meios de direito internacional que lhes permitam efetivar os direitos e obrigações conferidos pela ordem jurídica internacional constitui um problema de capacidade internacional, não de personalidade internacional. Nesse mesmo sentido, BROWNLIE, IAN - *Princípios de Direito Internacional Público*. trad. de Maria Manuela Farrajota [et al.]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 82, afirma que “em determinados contextos, o indivíduo é considerado como uma pessoa jurídica e, no entanto, é óbvio que não pode concluir tratados”.

supostamente lesada pode requerer, perante um tribunal internacional, judicial ou arbitral, a resolução do diferendo por via contenciosa.

No âmbito do investimento estrangeiro, a proteção diplomática traduz-se na possibilidade de o Estado defender a reivindicação de seu nacional, o investidor, face ao Estado receptor do investimento, contra atos por este praticados, perseguindo-a em seu próprio nome¹⁰. Deverão ser observados o princípio da nacionalidade, que dispõe sobre a obrigatoriedade da existência de um vínculo de nacionalidade entre o sujeito lesado e o Estado que lhe concederá a proteção, e o princípio da exaustão prévia dos remédios legais internos, segundo o qual o nacional deve primeiramente esgotar todos os mecanismos legais existentes e disponíveis na ordem jurídica do Estado supostamente responsável pela violação das obrigações internacionais.

Percebe-se, pois, que a concessão de proteção diplomática constitui um poder discricionário do Estado de que é nacional o investidor, ou seja, não há qualquer garantia de que aquele aceitará se envolver na relação jurídica conflituosa de forma a proteger os seus interesses (dele investidor) em face do Estado receptor do investimento.

Importante destacar que a operação de endosso atribui ao Estado a qualidade de parte no processo, o que lhe confere poderes para tomar todas as providências¹¹ que julgar necessárias, podendo, inclusive, atuar em discordância com a pretensão do investidor.

Constata-se que o recurso à proteção diplomática é um mecanismo fundamentalmente político e, dessa maneira, a análise da pretensão do nacional por parte de seu Estado ultrapassa as questões meramente de direito, ou seja, para além da verificação da existência de uma efetiva violação de direitos, o Estado examina a conveniência de se iniciar uma lide contra outro Estado soberano.

A nosso ver, tal fato pode se justificar uma vez que o Estado, regra geral, não pode, em detrimento da defesa de um seu nacional, colocar em risco o interesse público, consubstanciado na permanência de boas relações políticas e econômicas com o Estado causador do dano¹².

¹⁰ Ao exercer a proteção diplomática, o Estado encontra-se, na verdade, a defender o seu próprio direito, assegurando, na pessoa dos seus nacionais, o respeito pelas normas do Direito Internacional.

¹¹ “The government may refuse to take up the claim. It may discontinue diplomatic protection at any time. It may waive the national’s claim or agree to a reduced settlement. As soon as the national State has taken up the claim, it becomes part of the foreign policy process with all the attendant political risks.” - Cfr. SCHREUER, CHRISTOPH H. – *Investment Protection and International Relations*. p. 1ª do documento, disponível em http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/87_investment_protect.pdf, consulta em 04/02/2015.

¹² Não queremos aqui sustentar que o direito de um nacional (pessoa física ou jurídica), por se tratar de um interesse singular, não merece a tutela do Estado. Apenas dizemos que a preservação do interesse público

Constata-se, destarte, a existência de um jogo de interesses por detrás da decisão do Estado, o que inevitavelmente influencia a pretensão do investidor. Portanto, o primeiro obstáculo a ser enfrentado pelo investidor consiste na incerteza do acolhimento de seu requerimento à proteção diplomática, uma vez que, constituindo uma prerrogativa do Estado, o seu exercício não pressupõe um dever correlativo.

Superada esta questão, isto é, concedida a proteção diplomática, outras preocupações podem vir a emergir neste cenário.

Conforme acima proferimos, o Estado, no exercício da proteção diplomática, faz valer um direito que lhe é próprio, ou seja, ele não atua como um mero representante do lesado: pelo contrário, ele se veste com todos os direitos e obrigações inerentes ao ofendido. Assim sendo, na qualidade de parte o Estado pode transacionar, renunciar, desistir, bem como adotar todas e quaisquer medidas que julgar apropriadas para o caso em questão. Contudo, é neste irrestrito acesso que o investidor deposita seus receios, pois o Estado pode, inclusive, agir contrariamente aos seus pleitos.

Como vimos acima o caminho da proteção diplomática é pedregoso e, portanto, deve ser analisado com cautela. Comungamos da ideia segundo a qual a proteção diplomática constituirá a *ultima ratio*¹³ no caso da existência de outros mecanismos de solução pacífica de conflitos. Ao invocar este instituto a parte deve estar ciente dos seus benefícios, mas principalmente deve ter consciência sobre dos riscos que lhe são inerentes.

2.4 - Arbitragem

Este tema constitui o cerne da presente dissertação, motivo pelo qual será abordado exhaustivamente durante todo o decorrer deste trabalho. Por ora, vale adiantar que a arbitragem constitui um modo héterocompositivo de resolução de litígios, alternativo à justiça estatal, na qual duas ou mais partes, através de um acordo de vontades recíprocas, concede, a uma ou mais pessoas, poderes reconhecidos por lei para a resolução dos diferendos¹⁴. No âmbito do investimento estrangeiro a arbitragem é invocada para pôr fim aos litígios existentes entre Estados e investidores, decorrentes de uma relação jurídica direta, ou indireta, desencadeada pela adoção de medidas estatais que prejudiquem o investidor.

coletivo pode constituir um argumento de refutação do Estado, que deverá ponderar o sobrepeso de interesses envolvidos na disputa.

¹³ Conforme previsto no artigo 27.º, do ICSID, a proteção diplomática constitui a *ultima ratio*, no sentido de que a sua invocação é aceitável apenas na hipótese de incumprimento da sentença proferida pela corte arbitral.

¹⁴ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA - *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 31.

CAPÍTULO III – A ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Este capítulo tem por intuito apresentar a concepção da arbitragem de investimento estrangeiro, bem como toda a sistemática deste meio de resolução de conflitos que ora se deflora na comunidade internacional, trazendo seus elementos característicos e a discussão acerca das críticas que lhes são imputadas.

3.1 - O que é arbitragem de investimento estrangeiro?

A arbitragem de investimento estrangeiro constitui uma espécie do gênero arbitragem. Contudo, apresenta algumas especialidades que a difere das demais arbitragens, principalmente no que toca à matéria arbitrável, aos sujeitos participantes das disputas e ao direito aplicável.

Primeiramente, cabe destacar que a arbitragem de investimentos estrangeiros caracteriza-se pela existência de interesses público-privados divergentes, envolvendo um Estado receptor de investimento (e entidades por ele controladas), e um nacional de outro Estado, que poderá ser pessoa física ou coletiva, investidora no Estado litigante.

Em segundo lugar, frisa-se que o objeto do litígio consiste em controvérsias acerca do investimento realizado, ou mais precisamente das consequências econômicas decorrentes de um ato praticado pelo Estado que afete as condições inicialmente pactuadas, como uma alteração legislativa acerca de um tributo, ou ainda, um ato expropriatório.

Finalmente, temos o direito aplicável, que dependerá do que for pactuado entre as partes. Porém, para se garantir um patamar mínimo de proteção, geralmente serão observados os princípios de Direito Internacional Público que norteiam especialmente as relações e conflitos entre Estados.

3.1.1 - A arbitragem internacional e a arbitragem comercial internacional

A arbitragem internacional constitui um meio privado e voluntário de dirimção de conflitos, de caráter contratual ou não, cujo objeto seja suscetível de resolução mediante a via arbitral e na qual verifica-se, na relação jurídica constituída, a existência de elementos de estraneidade envolvendo mais de um Estado.

Conforme prevê a Lei Modelo da UNCITRAL uma arbitragem é internacional se: (i) as partes num acordo de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; (ii) as partes tiverem pactuado expressamente que o objeto do acordo de arbitragem envolve mais do que um país; e (iii) o local da arbitragem ou o local onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações convencionadas estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede¹⁵.

No ordenamento jurídico português, os artigos 49º e seguintes da Lei de Arbitragem Portuguesa dispõem acerca da arbitragem internacional, adotando-se o conceito de que todas as questões que põem em jogo os interesses do comércio internacional entendem-se tratar de uma arbitragem internacional.

Consoante este conceito a arbitragem de investimentos estrangeiros não constituiria, por si só, uma arbitragem internacional, visto que o objeto da relação jurídica estabelecida entre as partes litigantes não é entendido como sendo de caráter de comércio internacional em sentido *stricto sensu*. Entretanto, ao vocábulo *Comercial* deve ser dada uma interpretação *lata*, seguindo a Lei Modelo da UNCITRAL¹⁶.

Sendo assim, a arbitragem de investimento estrangeiro, juntamente com a arbitragem comercial internacional, que compreende interesses estritamente privados envolvendo mais de um país, caracterizados pela existência de elementos de conexão internacional relevantes no sistema de normas de conflitos de leis no âmbito do Direito Internacional Privado e cujo litígio não deva ser submetido aos tribunais específicos, seja por disposição legal interna ou por meio de tratados internacionais, constituem espécies do gênero arbitragem internacional.

3.2 - Características da arbitragem: os imãs que atraem a sua adoção nas relações de investimento estrangeiro

Conforme analisado acima o investimento estrangeiro possui uma característica muito peculiar que consiste na dinâmica imposta pela relação entre o Estado e o investidor. A fim de promover a segurança jurídica internacional, que constitui um elemento capaz de expandir os fluxos econômicos internacionais através da redução dos riscos empresariais, inclusive não

¹⁵ Vide artigo 1(3) da Lei Modelo da UNCITRAL.

¹⁶ Vide artigo 1(1), nota de rodapé nº2, da Lei Modelo da UNCITRAL que dispõe que "...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...**" (*grifo nosso*)

comerciais, muitos Estados vêm utilizando a arbitragem como método de resolução de conflitos apropriado para se garantir a eficiência e, em alguns casos, a própria continuidade da relação jurídica estabelecida. Face ao meio tradicional da justiça estatal, o procedimento arbitral garante ao investidor determinados benefícios que ora passamos a analisar.

3.2.1 - Imparcialidade dos árbitros

Conforme é cediço, no procedimento arbitral, regra geral, cada parte seleciona um árbitro e os dois (ou mais) árbitros assim indicados, por sua vez, nomeiam o árbitro presidente (podendo ainda este último, na arbitragem institucionalizada, ser nomeado pelo presidente do centro de arbitragem, caso os dois árbitros não se entendam na escolha do terceiro árbitro).

Nesse sentido, impende ter-se uma concepção precisa de que a escolha dos árbitros pelas partes não os vincula ao proferimento de uma sentença favorável à parte que lhes nomeou, nem ao menos pressupõe uma conduta tendenciosa. Após a constituição do tribunal arbitral, o árbitro deve se esquecer de quem o indicou, pois o seu compromisso é apenas com o seu livre convencimento, evidenciado através das provas apresentadas no processo.

Nesse sentido, o papel que o árbitro desempenhará no exercício de sua função deve estar revestido, para além da qualidade técnica, de um comportamento moral e ético capaz de estimular a confiança dos investidores e Estados em relação à imparcialidade e à efetividade do mecanismo arbitral.

O árbitro deve adotar uma posição de equidistância em relação às partes litigantes, isto é, a sua atividade deve ser exercida sem qualquer interesse no escopo do conflito¹⁷. Uma conduta livre de intenções garante às partes a seriedade do julgamento e, conseqüentemente, amplia a segurança depositada neste meio de resolução de conflitos.

Em decorrência desta característica, a arbitragem tem assumido um papel de relevância na resolução de litígios decorrentes do investimento estrangeiro, uma vez que, sob o ponto de vista do investidor, a lide será resolvida por um órgão imparcial, que aplicará as normas jurídicas substantivas e processuais convocadas para regular o conflito sem ter

¹⁷ Apenas a título de curiosidade, na Conferência intitulada “The Arbitration Agreement”, promovida pela ICCYAF, no dia 15/05/2015, na cidade de Napoli, Itália, na qual tivemos a honra de participar, o árbitro Amir S. Ghaffari discorreu sobre a imparcialidade dos árbitros afirmando que o procedimento arbitral pode ser conduzido por árbitros parciais, desde que as partes, de comum acordo, afastem o pressuposto da imparcialidade. Conforme o seu discurso, essa prática é reconhecida nos EUA sendo, entretanto, vedada no continente europeu. Contudo, o julgamento de um litígio sob a presença de árbitros parciais pode gerar precedentes para o não reconhecimento da sentença arbitral no país de execução da mesma já que, conforme visto acima, a imparcialidade constitui um elemento de validade da sentença? Esta é uma reflexão que devemos nos propor...

qualquer interesse na causa, o que, para muitos, não ocorreria caso o litígio fosse resolvido pelos tribunais nacionais competentes.

Infelizmente, por uma razão histórica, está impregnado na cultura das relações internacionais a convicção de que atuação dos juízes nacionais está condicionada à vontade e ao interesse econômico do Estado, isto é, sempre que há uma disputa envolvendo, de um lado, os interesses de um particular estrangeiro e, do outro lado, os interesses do Estado, a decisão judicial será tendenciosa no sentido do favorecimento deste último¹⁸.

Convém recordar que muitas vezes a fim de se conferir a máxima imparcialidade do processo arbitral, é definido entre as partes, ou ainda, previsto nos regulamentos de arbitragem¹⁹ que os árbitros do procedimento arbitral não poderão ser nacionais dos países envolvidos nas disputas. Visa o dispositivo precaver qualquer invocação de parcialidade pelas partes em razão da simples conexão com a nacionalidade do julgador.

3.2.2 - Celeridade

Como é sabido, a morosidade na prolação das sentenças judiciais constitui um dos piores e mais frequentes pesadelos enfrentados pelas partes envolvidas em litígios, constituindo um entrave à efetivação de direitos.

Não basta às partes que a sentença lhes seja favorável, deve também ser proferida em tempo hábil, sob pena de se tornar ineficaz.

Nesse diapasão, repousam também os receios do investidor. A protelação no proferimento de uma sentença pode gerar danos irreversíveis que afetem substancialmente o investimento realizado.

Constata-se que o procedimento arbitral tem se mostrado mais eficiente neste quesito. Além dos prazos serem comumente fixados pelas partes, ou ainda, estarem previstos nos Regulamentos das Câmaras de Arbitragem, acreditamos que há um grande interesse dos árbitros e das próprias câmaras em proferir as decisões em tempo apto, pois a eficiência do

¹⁸ Neste ponto acreditamos que a parcialidade dos juízes nos regimes democráticos de direito constitui uma exceção que não tem o condão de colocar em xeque a aplicação do princípio básico da imparcialidade. Ademais, enfatizamos que a imparcialidade pressupõe a própria validade da sentença, que poderá ser contestada caso se verifique que a decisão foi tomada com base em critérios subjetivos decorrentes da relação do árbitro com uma das partes. Impende esclarecer que este posicionamento, contudo, não contradiz o nosso pensamento acerca dos benefícios do mecanismo arbitral.

¹⁹ Nesse sentido, *vide* regra 1.3 das Arbitration Rules do ICSID que dispõe que “The majority of the arbitrators shall be nationals of States other than the State party to the dispute and of the State whose national is a party to the dispute...”

procedimento contribui para a sua credibilidade e, conseqüentemente, quanto maior a procura por este meio de resolução de conflitos, maior o volume de procedimentos arbitrais e, conseqüentemente, mais dinheiro se avulta na remuneração daqueles profissionais investidos para decidir a controvérsia.

A celeridade é, indubitavelmente, bastante atrativa aos olhos do mundo empresarial, uma vez que a instabilidade econômica dos mercados internacionais, juntamente com outros fatores, como a volatilidade de capitais e preços de mercadorias, pode tornar mais onerosa às partes a manutenção da disputa do que, até mesmo, uma solução antagônica aos seus interesses, pois a ausência de uma certeza quanto às posições credoras e devedoras da relação jurídica estabelecida pode se tornar um obstáculo ao planejamento e ao desenvolvimento empresarial.

3.2.3 - Especialidade dos árbitros

Fato é que, conforme acima descrito, no procedimento arbitral, diferentemente do que ocorre nos tribunais estatais, cabe às partes litigantes a nomeação dos terceiros que julgarão o litígio. Observa-se, inequivocamente, que esta escolha será pautada por critérios baseados no perfil técnico e pessoal dos árbitros de forma a adequá-los às características do conflito.

A evidente dificuldade dos magistrados em se manifestarem acerca de assuntos tecnicamente complexos (e aqui ponderamos que, se não se pode exigir desses meros mortais a plena sabedoria sobre todos os campos do conhecimento, porém, também não se pode calar face às anomalias verificadas em decorrência da falta de saber), abre campo à penetração do instituto arbitral, que se mostra mais eficiente em decorrência da especialidade dos árbitros, demonstrada não apenas com suas qualificações técnicas, mas também através de seus conhecimentos sobre as práticas comerciais, o direito aplicável, os costumes de determinado país ou setor econômico, etc.

Os litígios decorrentes do investimento estrangeiro são dotados de um caráter multifacetário que cria uma rede complexa de questões capaz de obstaculizar ou, ao menos, dificultar a prestação da atividade jurisdicional.

Nesse diapasão, a expertise dos árbitros constitui para o investidor e para o Estado a garantia de que o conflito será avaliado por profissionais altamente competentes na matéria em causa, que detêm as habilidades necessárias para entender e decidir a questão, proferindo um julgamento substancialmente correto.

3.2.4 - *Caráter definitivo da sentença arbitral*

Outro fator de incentivo para a expansão da arbitragem como meio de resolução de conflitos consiste no fato de ser a sentença arbitral definitiva²⁰, tal como uma sentença judicial transitada em julgado, vinculando as partes ao seu integral cumprimento.

Embora seja definitiva e compulsória, a sentença arbitral carece de uma executoriedade por parte do tribunal arbitral, isto porque o não cumprimento de boa-fé dos termos da sentença obriga a parte vencedora a acionar o aparato judicial para o seu cumprimento coercitivo pela parte sucumbente, uma vez que o árbitro não dispõe de uma milícia que garanta o cumprimento forçado de sua sentença caso o Estado sucumbente opte pelo caminho ilícito da desobediência²¹.

Na seara internacional, na qual o investimento estrangeiro encontra-se inserido, apesar da sentença arbitral manter o seu caráter definitivo, conforme dispõem os diplomas legais, dentre os quais citamos os artigos 53 e seguintes da Convenção do ICSID e artigo 34(2) das Arbitration Rules da UNCITRAL, ressalta-se que a sua executoriedade está condicionada à legislação interna do país no qual se pretende fazer cumprir os termos da sentença.

No que tange a este aspecto é de suma relevância diferenciar as regras do ICSID das regras dos demais instrumentos de arbitragem, especialmente da UNCITRAL.

Por força do artigo 54 da Convenção de Washington os Estados contratantes reconhecem a obrigatoriedade da sentença proferida pelo tribunal arbitral constituído sob os auspícios do ICSID, assegurando a execução no seu território como se fosse uma decisão final emitida por um tribunal interno, independentemente de qualquer revisão ou confirmação prévia – fenômeno denominado reconhecimento automático. Para este efeito, a parte interessada deve munir o tribunal competente de uma cópia da sentença autenticada pelo Secretário-Geral do ICSID.

Em relação à UNCITRAL e demais instrumentos não há qualquer previsão nesse sentido. Portanto, as partes se submetem inteiramente ao ordenamento jurídico da parte contra a qual foi proferida a sentença. A fim de facilitar a execução das sentenças arbitrais

²⁰ Assim sendo, “O produto final da arbitragem não é, como ficou claro, um parecer de aceitação subordinada à benevolência das partes. É uma decisão de índole jurisdicional, rigorosamente obrigatória... Mas o fundamento dessa obrigatoriedade não é qualquer virtude mística do árbitro ou imposição de forças superiores: é, sim, o compromisso antes assumido pelas partes, onde se prometeram executar a sentença, cientes, embora, de que uma delas propenderia a ser vitoriosa e a outra a sucumbir, Assim, em última análise, esse fundamento assenta sobre o princípio *pacta sunt servanda*.” - Cfr. REZEK, JOSÉ FRANCISCO - *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 400.

²¹ Cfr. REZEK, *Direito Internacional...*, p. 400.

estrangeiras, se desvinculando o máximo possível da ordem jurídica interna de cada país, que poderia obviamente obstaculizar a efetividade da sentença arbitral, firmou-se um tratado multilateral sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, conforme se verá no tópico a seguir.

3.2.4.1 - O Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

Em 1958 foi firmado um acordo multilateral em Nova Iorque, denominada Convenção de Nova Iorque de 1958, ou também como é conhecida, Convenção da ONU sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, com o intuito de tornar a arbitragem um modo eficaz de solução dos litígios internacionais nas intensas relações econômicas surgidas no período pós Segunda Guerra Mundial.

O que se pretende com este diploma é garantir aos seus signatários a efetividade das decisões arbitrais estrangeiras por meio de procedimentos conhecidos e simplificados de reconhecimento e execução de sentenças, constituindo tal regime, portanto, um instrumento jurídico propulsor da adoção da via arbitral para a resolução de litígios²².

A Convenção já foi assinada e ou ratificada por mais de 156 países de todo o mundo²³, vigorando na ordem jurídica portuguesa desde 1995, sendo que Portugal aderiu com expressa reserva de reciprocidade, ou seja, este diploma só se aplica em relação às decisões arbitrais proferidas em Estados que também sejam partes signatárias desta Convenção. O Brasil a ratificou apenas em 2002.

Conforme disposto na Convenção o Estado signatário reconhecerá a sentença arbitral estrangeira como obrigatória e providenciará a sua execução de acordo com os procedimentos adotados no território no qual a sentença é invocada, devendo a parte solicitante do reconhecimento e execução fornecer a sentença original autenticada ou uma cópia devidamente certificada, bem como o acordo escrito (ou cópia autenticada) no qual as partes

²² “A Convenção de Nova Iorque destina-se a assegurar internacionalmente, e com vocação universal, o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, ou seja, as decisões arbitrais que resolvam, total ou parcialmente, um litígio objecto de uma convenção válida de arbitragem, de modo definitivo e vinculativo para as partes.” - Cfr. BARROCAS, *Manual de arbitragem*, p. 698.

²³ Dados disponíveis em

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, consulta em 25/06/2015. Nesse sentido, “The 1958 New York Convention is the most widely ratified international treaty. Bilateral and, sometimes, regional agreements abound. Not surprisingly, then, it may be said that arbitration has triumphed in international relations.” - Cfr. CREMADES, BERNARDO M. – “*Third Party Funding in International Arbitration.*” In CELLI JÚNIOR, U; BASSO, M; AMARAL JÚNIOR, Ad. - *Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.763.

se comprometeram a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que poderiam vir a surgir entre si decorrentes da relação jurídica existente. Ademais, caso a sentença original não esteja redigida na língua oficial do país no qual se pleiteia o reconhecimento e a execução, a parte deverá fornecer uma versão traduzida e certificada da mesma.

O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras consiste em um procedimento que analisa apenas os requisitos extrínsecos de validade da sentença, sem que haja reexame do mérito debatido. A demandada no processo poderá requerer o seu indeferimento mediante comprovação da incapacidade das partes para a celebração do acordo de instituição da arbitragem ou mesmo da sua invalidade, ausência de notificação apropriada referente à designação da arbitragem, extrapolação da matéria julgada, anulação ou suspensão da sentença por autoridade competente, contrariedade à ordem pública, enfim, todas as causas previstas no artigo V da Convenção de Nova Iorque poderão ser invocadas, constituindo, entretanto, um rol taxativo.

Destarte, percebe-se que os efeitos da sentença arbitral estrangeira não são em nada modificados pelo processo de homologação, pois seu objeto é, tão-somente, a verificação dos requisitos legais de validade e eficácia para a ordem jurídica nacional.

3.2.5 - Confidencialidade

Questões acerca desta característica serão discutidas ao longo deste trabalho pelo que ora só nos cabe ressaltar que a confidencialidade do procedimento arbitral é um atributo que ocupa uma disposição nuclear na seara do instituto arbitral.

Contudo, contrariamente ao que é frequentemente presumido, não lhe é inerente, ou seja, ocorre apenas quando uma lei ou tratado, um regulamento arbitral escolhido pelas partes ou um acordo expresso entre as mesmas, a impõe.

3.3 - As críticas ao procedimento arbitral

Nos últimos tempos constatou-se um autêntico surto arbitral, através da difusão generalizada do mecanismo para a resolução de litígios provenientes do investimento estrangeiro, demonstrando o mérito alcançado na escala de preferência dos Estados e

investidores. Todavia, concomitantemente, desenvolveram-se também as críticas que rodeiam este instrumento de efetivação da justiça²⁴.

Conforme visão disseminada pelos críticos, a arbitragem apresenta algumas falhas colossais que ameaçam a existência de sua estrutura, questionando aqueles a sua aplicabilidade ou (designadamente a corrente menos radical dos ditos críticos) apontando defeitos que precisariam ser corrigidos, especialmente no âmbito do investimento estrangeiro.

3.3.1 - A interpretação pró-Estado

Ouvem-se muitos murmurinhos acerca da interpretação dos tratados internacionais em prol do investidor, no sentido de que as decisões arbitrais são, em grande parte, desfavoráveis aos argumentos do Estado, existindo, por conseguinte, uma assimetria do sistema arbitral através de um prévio e tácito favorecimento dos interesses do particular.

Contudo, esta alegação está na contramão dos dados apresentados pela UNCTAD. Conforme relatório de 2014, do total de 356 casos concluídos, 37% foram decididos em favor do Estado, 25% em favor do investidor e em 28% as partes transacionaram, mantendo sob estrita confidencialidade os termos acordados²⁵.

Portanto, a alegação de uma leitura complacente aos interesses do investidor não pode ser corroborada com os dados que nos são disponíveis. Para que cheguemos à conclusão de que de fato há um favoritismo na apreciação das causas que são submetidos ao tribunal arbitral, tal deverá basear numa evidência empírica, motivo pelo qual refutamos a alegação acima referida.

O que se pode e deve questionar é se, neste ou naquele no caso concreto houve ou não uma interpretação parcial, distorcida dos elementos apresentados no processo, hipótese na qual se configurará a predileção no exame da causa. Contudo, a censura de uma conduta

²⁴ “...with the recent explosion of activity in the area the conclusion of investment treaties and the resulting proliferation of disputes-investment arbitration faces a host challenges. The number, size, and scope of recent arbitrations have attracted attention from civil society groups, socially minded non-governmental organizations (NGOs), legal scholars, and governments themselves. Several groups have been increasingly vocal in decrying the shortcomings of investment arbitrations in meeting various needs. Some have been upset with investment arbitration’s impact on sensitive issues, from environmental to social. Concern has been expressed over perceived inconsistencies in investment arbitrations awards. Additionally, various states and other governmental organizations have responded negatively when faced with the difficulties that can come from investment arbitrations.” - Cfr. DUGAN, *Investor-State Arbitration*, p. 701.

²⁵ Cfr. UNCTAD - *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014*, nº 2, May 2015, disponível em http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_WEB_DIAE_PCB_2015_%20%20IIA%20ISSUES%20NOTES%2013MAY%20.pdf, consulta em 12/06/2015.

arbitral só deverá ter lugar em análises pontuais, não podendo ser objeto de abusivas generalizações descredibilizadoras de todo o instituto arbitral.

3.3.2 - As disparidades na interpretação dos tratados

Outra reclamação acerca da máquina arbitral refere-se às divergentes interpretações conferidas aos tratados de investimento, que contém, na maior parte, provisões idênticas ou similares, bem como à emissão de avaliações de méritos diversas para casos que envolvam os mesmos fatos.

Esta inconsistência das decisões apontada pelos críticos, para além de prejudicar as partes em si, inibe a criação de um corpo jurisprudencial capaz de conceder um mínimo de previsibilidade às questões de direito decorrentes dos litígios de investimento estrangeiro.

Contudo, primeiramente há de se ressaltar que a proteção ao investimento estrangeiro não é baseada em um tratado único; pelo contrário, existem milhares de instrumentos, especialmente tratados bilaterais, que dispõem sobre o assunto. Ademais, a interpretação dos dispositivos não é realizada através de uma leitura fria e distanciada. Portanto, a análise do caso concreto perpassa conjuntamente com a exploração de todo o contexto no qual o tratado foi desenvolvido. Isto é, a existência de dispositivos iguais ou parecidos não insinua uma realidade análoga, justificando, em certa medida, a existência de posições diversas acerca do mesmo assunto. Ademais, como bem se sabe, as decisões em sede de direito internacional vinculam apenas as partes envolvidas na disputa, não estendendo seus efeitos a terceiros. Assim sendo, não há qualquer obrigatoriedade de estreita convergência entre as decisões.

É importante frisar que se, *prima facie*, a interpretação e aplicação de dispositivos idênticos ou similares devem ter o mínimo de compatibilidade entre si, podem, porém, sofrer drásticas variações conforme o caso concreto.

Por fim, vale destacar que a crítica ao sistema arbitral realizada sob este fundamento não é auto-sustentável, pois a dimensão deste problema se estende para as cortes estatais que, não raras as vezes, interpretam de maneira diferenciada questões similares que lhes são apresentadas.

3.3.3 - A ausência do pressuposto da imparcialidade dos árbitros

Os críticos têm questionado o posicionamento dos árbitros, argumentando a existência de uma pré-disposição ao acolhimento da pretensão da parte que os indicou. Contudo, não há qualquer suporte empírico que baseie esta alegação e, além disso, as regras de arbitragem protegem a manutenção da imparcialidade dos árbitros ao disporem que a corrupção de um membro do tribunal constitui causa de anulação da sentença.

Não obstante, o que observamos, e aí pode repousar a preocupação do investidor e dos Estados, é que há no ordenamento jurídico uma lacuna acerca da definição nítida dos parâmetros para a fixação da imparcialidade dos árbitros.

Citamos, por exemplo, a situação em que um árbitro publicamente manifeste uma opinião contrária às leis de determinado Estado, e que, posteriormente, é nomeado para integrar o tribunal arbitral que julgará uma causa de investimento estrangeiro intentada por um investidor contra este mesmo Estado. Poder-se-á dizer que a imparcialidade do árbitro está comprometida em decorrência de seu posicionamento, *a priori*, contrário a uma questão legislativa do país?

Ademais, a prática de “changing of hats”²⁶ é legítima? Isto é, pode o profissional atuar como advogado em alguns casos e ser indicado como árbitro em outros? Há, nesta hipótese, um conflito de interesses?

A ausência de um critério objetivo para se qualificar a parcialidade ou imparcialidade dos árbitros ovaciona a polêmica em torno desta questão. Percebe-se, portanto, que a situação deverá ser apurada no caso concreto. Contudo, acreditamos que, regra geral, para se afirmar a parcialidade de um árbitro, a conduta do mesmo deverá estar envolvida com o litígio em debate, isto é, a sua manifestação acerca de assuntos que não estejam, direta ou indiretamente, interligados com a controvérsia em análise, não tem o condão de criar a suspeita de sua atuação parcial.

Assim ponderamos, pois o comportamento do árbitro deve estar calcado em um princípio axiológico capaz de lhe direcionar o pensamento, isto é, o senso de justiça e, principalmente, o tratamento igual das partes, devem basear a sua atuação, o que não ocorreria caso já houvesse uma pré-disposição ao argumento de determinada parte.

Creemos ainda que pelo fato da atuação arbitral constituir uma verdadeira prestação de serviços, decorrente de uma justiça privada, o árbitro não se sujeitará à parcialidade, pois sabe que a oferta de um serviço de qualidade lhe garantirá mais causas, evitando a sua preterição

²⁶ Cfr. UNCTAD - *Reform of Investor-State Dispute Settlement: in search of a roadmap*, n° 2, June 2013, p. 4ª do documento, disponível em http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf, consulta em 12/06/2015.

em face de outro árbitro. A conduta livre de suspeitas, juntamente com outros aspectos do procedimento arbitral, pode lhe angariar uma cartela de clientes e, conseqüentemente, um maior volume de honorários.

Apesar da falta de um mecanismo regulatório objetivo relacionado à imparcialidade dos árbitros, percebe-se que há uma preocupação, principalmente das Câmaras de Arbitragem, em estabelecer, através dos seus Códigos de Ética, as regras de conduta e de proceder a servirem como guia para o exercício da profissão de árbitro.

Os norteios éticos que envolvem a atuação desses profissionais buscam a excelência do instituto arbitral, servindo, para a comunidade internacional, como um dos pontos nevrálgicos para a sua sustentabilidade perante as relações de investimento estrangeiro.

3.3.4 - A cúpula de árbitros

Segundo os críticos a máquina arbitral está dominada por uma pequena elite de árbitros que conduzem grande parte das disputas de investimento estrangeiro, transformando o mecanismo arbitral em uma empresa familiar, e dificultando nessa medida a integração de outros profissionais no ramo arbitral.

Verídica é a existência de um grupo seletivo de árbitros²⁷ que atuam constantemente nos procedimentos arbitrais. Contudo, jamais se pode esquecer que a nomeação constitui uma manifestação de vontade das partes que, através de seu livre arbítrio, optam pela escolha de determinado profissional.

Contudo, de fato pode existir alguma maquinação na seleção de árbitros que não sejam indicados pelas partes, como é o caso do árbitro presidente, geralmente escolhido pelos árbitros nomeados pelos litigantes, ou ainda, na hipótese de designação pelo tribunal arbitral (conforme casos previstos nos regulamentos de arbitragem).

A nosso ver, a presença contínua desses árbitros nos procedimentos arbitrais constitui, sobretudo, um indicativo de suas diferenciadas competências, capazes de contribuir significativamente para a resolução da disputa.

Entretanto, caso ainda se persevere no argumento da “panelinha” de árbitros, facilmente pode-se driblar o suposto complô. No que tange à escolha das partes, acreditamos

²⁷ Cfr. EUROPEAN FEDERATION FOR INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (EFILA) - *A response to the criticism against ISDS*. 17 May 2015, p. 21^a do documento e seguintes, disponível em http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the-criticism_of_ISDS_final_draft.pdf, consulta em 10/06/2015.

que nada pode ser feito, sob pena de se interferir drasticamente na esfera de poder decisório que lhes cabe. Porém, no que concerne aos árbitros indicados por terceiros, podem ser criadas regras que limitem a participação dos mesmos grupos de árbitros, propiciando uma rotatividade na nomeação dos profissionais.

3.3.5 - Os custos do procedimento arbitral

O aparato arbitral tende a ser mais dispendioso do que a justiça comum, constituindo, inclusive um entrave para a sua implementação em algumas áreas do direito.

Segundo estimativa, os custos totais de um procedimento arbitral em litígios relativos a investimento estrangeiro, incluindo as despesas administrativas do tribunal, honorários e taxas legais, excedem em média 8 milhões de dólares por cada parte²⁸.

Nesse sentido, os críticos alfinetam o impacto que a onerosidade do procedimento arbitral possa causar aos cofres públicos, especialmente daqueles Estados mais pobres, bem como as dificuldades enfrentadas pelos pequenos investidores para o acesso aos tribunais arbitrais.

Concordamos que as quantias desembolsadas pelas partes para a solução deste tipo de litígios são absurdamente elevadas. A fixação dos valores é realizada por entidades privadas que não têm uma preocupação “social” para com o acesso à arbitragem, tendo, portanto, um viés extremamente lucrativo. Contudo, vale ressaltar que grande parte dos custos do procedimento arbitral deriva de despesas legais, a que há lugar também nos processos judiciais, e cujos montantes são também nestes processos muito elevados, em razão igualmente do avultado valor da causa.

Apesar de ser inegável o alto custo de uma arbitragem, ponderamos que a sua análise não deve ser feita em uma verificação meramente calculista do *quantum* dispendido na resolução do litígio. É necessário se ter em consideração, por exemplo, o tempo para a o proferimento de uma decisão, a efetividade da sentença, a atratividade de investimentos estrangeiros gerada em decorrência da adoção do meio arbitral, etc. Isto é, ainda que mais dispendioso, ao final, a relação custo-benefício de uma arbitragem pode ser melhor do que a da justiça estatal, devendo, portanto, haver uma análise comparativa caso a caso.

²⁸ Cfr. UNCTAD - *Reform of Investor-State...*, disponível em http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf, consulta em 12/06/2015.

3.3.6 - Ausência da via recursal

Opostamente ao que ocorre no processo judicial, no qual as partes, após a decisão de primeira instância, têm o direito de recorrer à instância superior, o procedimento arbitral não prevê a existência do duplo grau de jurisdição, isto é, não é concedido à parte prejudicada o direito de apresentar um recurso contra a sentença arbitral.

O que se garante na maior parte dos regulamentos internacionais de arbitragem é a possibilidade do pedido de interpretação, revisão ou anulação da sentença proferida.

A título de ilustração, as Arbitration Rules do ICSID (artigos 50 e seguintes) prevê a existência dos mecanismos citados acima. No pedido de interpretação a parte requer o esclarecimento de algum ponto da sentença que seja obscuro ou a correção de erros materiais, ou ainda, o pronunciamento acerca de algo que foi discutido durante o procedimento arbitral, mas que não consta na sentença. Na revisão, a parte, em decorrência de um fato novo que por sua natureza possa afetar decisivamente na decisão arbitral e da qual não tinha conhecimento no momento da sentença, solicita a revisão da sentença. Nestes dois primeiros casos, os pedidos deverão ser avaliados preferencialmente pelo mesmo tribunal que originalmente julgou a causa. Na terceira hipótese, que consiste na anulação do procedimento arbitral, a parte, tendo em vista: (i) vício na constituição do tribunal; (ii) manifesto excesso de poder do tribunal; (iii) corrupção de um membro do tribunal; (iv) inobservância grave de uma regra de processo fundamental; ou (v) vício de fundamentação, solicita a anulação da sentença arbitral²⁹, que neste caso será avaliada por um comitê *ad hoc*.

No que tange à anulação da sentença arbitral, a UNCITRAL, por sua vez, dispõe que o pedido deverá ser embasado conforme rol taxativo do artigo 34(2) da Lei Modelo, dentre as quais destacamos: (i) a invalidade do acordo de arbitragem; (ii) a ausência de notificação da instauração do procedimento arbitral; (iii) a extrapolação de matéria objeto do litígio; e, (iv) a violação da ordem pública.

Importa aqui salientar que as sentenças arbitrais proferidas nos casos não abrangidos pelo ICSID serão objeto de discussão perante os tribunais nacionais, salvo disposição em contrário.

²⁹ Apenas a título de curiosidade no ano de 2014 foram proferidas 5 decisões pelo comitê *ad hoc*, todas rejeitando o pedido de anulação de sentença. - Cfr. UNCTAD - *Investor-State Dispute Settlement...*, p. 5^a do documento, disponível em http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_WEB_DIAE_PCB_2015_%202%20IIA%20ISSUES%20NOTES%2013MAY%20.pdf, consulta em 12/06/2015.

A partir da abordagem acima feita constata-se que os instrumentos referidos são utilizados para refutar causas específicas da sentença, o que não engloba o mero descontentamento com os termos da decisão.

Nesse sentido, parte dos juristas defende que a inexistência da recorribilidade da sentença arbitral afeta direta e negativamente o direito das partes, pois não permite que haja uma nova apreciação, por um órgão julgador diverso, das questões tratadas no procedimento, imperando, portanto, uma decisão única que pode, contudo, ser equivocada.

Apesar de entendermos se tratar de uma supressão de uma garantia que, no processo judicial, é de fundamental importância, proclamado, muitas vezes, em sede constitucional, comungamos da ideia de que a não previsão do duplo grau de jurisdição nos processos arbitrais não tem o condão de questionar o instituto arbitral.

É que se a ausência de recurso contra a sentença arbitral pode, por um lado, criar algum embaraço no que tange à questão da não conformidade de uma das partes com os termos da decisão, por outro lado, ela constitui uma das causas de sucesso em termos de celeridade do procedimento arbitral, pois como se sabe, nos corredores estatais os processos se engavetam também em decorrência da maciça utilização de recursos, com caráter muitas vezes meramente protelatório.

Na verdade, este mecanismo é instituído pelo *pacta sunt servanda*, no qual as partes podem dispor acerca das regras a serem aplicadas no decorrer do procedimento, especialmente no que tange à arbitragem *ad hoc*. Sendo assim, acreditamos que as partes, caso julguem que a existência de uma instância recursal é de suma importância para a resolução de seus litígios, podem assim pactuar.

Por fim, convém ressaltar que, a fim de sanar de vez esta questão, a doutrina vem sugerindo a criação de um tribunal permanente de apelação³⁰, formado por membros de renomada reputação, indicados pelos Estados.

3.3.7 - Execução da sentença arbitral: um procedimento realizado pelos tribunais nacionais

³⁰ “Confronted with these perceived problems, suggestions have been made to improve the system. These include a permanent trial court or, less radically, a permanent roster of arbitrators. Presumably, it is thought that either suggestion would lead to great consistency in awards and their rationales. The most prominent set of suggestions calls for the creation of some type of appellate body.” - Cfr. DUGAN, *Investor-State Arbitration*, p. 712.

Ainda nesta linha de crítica severa ao procedimento arbitral, temos outra característica da arbitragem que não passou incólume às duras palavras da corrente opositora: a falta de executoriedade da sentença pelo tribunal arbitral.

Conforme explanado no item 3.2.4, o tribunal arbitral não detém poderes para executar a sentença arbitral, necessitando, neste caso, do auxílio das cortes nacionais, o que ocasionaria um retrocesso à celeridade proposta pela arbitragem.

Não podemos negar que o recurso aos tribunais nacionais para a execução da sentença constitui algo que se deverá ao máximo evitar. Contudo, dois aspectos se tornam relevantes neste cenário.

O primeiro consiste no fato de que no âmbito do investimento estrangeiro as sentenças são, em mais de 95%³¹ dos casos, cumpridas voluntariamente pelas partes³², especialmente pelos Estados, pois o incumprimento da decisão carrega consigo uma carga negativa capaz de abalar a credibilidade internacional da parte devedora, constituindo, portanto, uma sanção não jurídica. Ademais, outros efeitos colaterais podem ser sentidos, como represálias pela comunidade internacional no que tange à celebração de acordos internacionais, concessão de empréstimos e participação em procedimentos licitatórios.

Para além desse aspecto, ressaltamos que, ainda assim, caso as partes não cumpram a sentença, em grande parte dos países a execução se dará nos moldes da Convenção de Nova Iorque, citada no subitem 3.2.4.1, que consiste em um procedimento simplificado e, portanto, a delonga no judiciário não é tão duradoura quanto aquela originária do processo judicial comum.

A execução da sentença pelas cortes nacionais gera, sem qualquer dúvida, um atraso na satisfação dos direitos declarados nos termos da decisão. Contudo, é inconcebível a manifestação no sentido de que a falta de executoriedade da sentença arbitral pelo próprio tribunal constitua uma falha na espinha dorsal do procedimento arbitral de forma tão insuperável que inviabilize por completo o seu emprego na solução de litígios decorrentes do investimento estrangeiro.

³¹ Estimativa apresentada por DUGAN, *Investor-State Arbitration*, p. 675.

³² “Enforcement is discussed less frequently than other arbitration topics because it is usually not necessary to compel compliance with an arbitration award. In the vast majority of cases, the rendering of an arbitral award is promptly followed either by payment or by a negotiation process between winner and loser to define the mode of payment (i.e., in installments, through asset transfers, or other mutually beneficial mechanisms).” - Cfr. DUGAN, *Investor-State Arbitration*, p. 675.

3.3.8 - O secretismo procedimental

Por fim, destacamos que a confidencialidade é severamente criticada na arbitragem de investimento estrangeiro, pois a presença do interesse público impõe, como se verá, a transparência do procedimento. Este tópico será minuciosamente discutido no próximo capítulo.

CAPÍTULO IV – A CONFIDENCIALIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL EM CONTRAPOSIÇÃO COM O DEVER DE TRANSPARÊNCIA DO ESTADO

Este capítulo destina-se a fazer um enquadramento jurídico da controvérsia existente acerca da confidencialidade do procedimento arbitral nas relações jurídicas que envolvem o Estado, tendo em vista a presença do interesse público, analisando, especialmente, as regras previstas na UNCITRAL, em decorrência de sua recente normatização em relação à transparência nos procedimentos arbitrais envolvendo Estados e investidores, bem como no ICSID, pelo fato de ser uma instituição dedicada especialmente à arbitragem em matéria de investimentos estrangeiros.

4.1 - A problemática da confidencialidade nas disputas arbitrais envolvendo o Estado

A confidencialidade tomou proporções significativas no mundo *business*, constituindo uma mais-valia para a escolha deste método de resolução de litígios. Isso se deve ao fato de que, em grande parte das disputas, se discutem segredos de negócios das empresas, incluindo tecnologia, logística, sistemas, clientes, estratégias de negócio, entre outros, que, se revelados, podem causar drásticos prejuízos aos empresários. Essas informações podem constituir o âmago do sucesso do empreendimento e, portanto, a sua disponibilidade para terceiros pode ser desastrosa.

A confidencialidade, além de proteger as partes contra o impacto direto da divulgação das informações, pode, ainda, preservar a imagem das empresas, que não se veem expostas à opinião pública em circunstâncias que afetem a sua credibilidade.

A premissa é a de que o conflito, todo ele, desde o seu surgimento até o seu encerramento, na maioria das vezes, constitui um interesse das partes e entre elas deve ser resolvido.

Entretanto, hodiernamente, emerge na ciência arbitral moderna, sobretudo em virtude das transformações que se espalham neste novo século, a problemática da confidencialidade nos procedimentos arbitrais que envolvam o Estado.

A arbitragem de investimento estrangeiro, caracterizada pela presença de um ator público no polo litigante da disputa, deverá também gozar da benesse da confidencialidade? Isto é, poderão os litígios envolvendo o Estado se manterem escondidos sob o véu do procedimento arbitral?

Cabe-nos salientar que tem havido um acréscimo significativo da utilização da arbitragem na resolução de conflitos entre Estados e investidores³³. Por conseguinte, vieram à tona decisões arbitrais, originadas de procedimentos estritamente confidenciais, que impactaram nas atividades do Estado. Tal situação desaguou em uma gama de questionamentos acerca da compatibilidade do procedimento arbitral com o interesse público.

Primeiramente, a presença do Estado como parte litigante do procedimento arbitral, provoca, por si só, uma efervescência do interesse público, tendo em vista que os nacionais e residentes do Estado, de acordo com o princípio da boa governança, têm o direito de acompanhar os atos do Estado, analisando o comportamento do mesmo durante o procedimento arbitral.

Em segundo lugar, temos que as pretensões dos investidores contemplam geralmente um pedido de indenização pelos danos causados em decorrência da atuação estatal. Portanto, as sentenças arbitrais, quando favoráveis aos investidores, se traduzem na confirmação da responsabilidade do Estado e na condenação ao pagamento das quantias arbitradas. Esta faceta do procedimento arbitral atrela-se diretamente com as finanças do Estado³⁴, podendo a sentença afetar significativamente o *budget* estatal, o que, incontestavelmente, é relevante para o interesse público.

Finalmente, temos que as relações decorrentes do investimento estrangeiro geralmente envolvem setores sensíveis da economia nacional e dos serviços sociais, como água, gás, petróleo, eletricidade, meio ambiente, telecomunicações e transportes, constituindo, portanto, matérias, por si mesmas, de relevante interesse público.

Todos os fatores acima elencados demonstram a presença incontestável do interesse público nas relações jurídicas decorrentes do investimento estrangeiro. Por conseguinte, as decisões tomadas por árbitros privados têm um impacto expressivo sobre as vidas de populações inteiras, motivo pelo qual, começaram, há algum tempo, as pressões para que a confidencialidade do procedimento arbitral fosse sendo atenuada em prol da transparência.

Por se tratar de uma alternativa privada de resolução de conflitos, a arbitragem não estaria sujeita, *a priori*, ao princípio da transparência e da publicidade, que constituem a regra geral do processo judicial. Contudo, apesar de perfeitamente legais, os procedimentos arbitrais passaram a ser questionados em termos de sua legitimidade, sempre que uma das partes seja o (um) Estado ou outro ente público.

³³ Especialmente através dos Bilateral Investment Treaties.

³⁴ Cfr. DUGAN, *Investor-State Arbitration*, p.710.

4.2 - O dever de transparência do Estado

A transparência nas atividades que envolvem a Administração Pública representa uma conquista para todos os cidadãos, tendo em vista que em tempos ainda não muito distantes imperava o mais absoluto secretismo estatal.

O princípio da publicidade constitui um importante meio de controle, para a sociedade, das ações realizadas pela Administração Pública, constituindo um mecanismo que busca inibir a prática de condutas veladas ou furtivas dos agentes públicos.

É importante, neste momento, a lúcida reflexão de que a transparência não só constitui um direito dos cidadãos, mas ao mesmo tempo um dever do Estado que, em decorrência de sua finalidade social, deve, no exercício das respectivas atividades, prestar contas aos seus cidadãos.

Neste particular, é importante ressaltar que a arbitragem investidor-Estado, sendo tipicamente internacional, se relaciona diretamente com o direito interno dos Estados envolvidos nas disputas, pois em alguns ordenamentos jurídicos pode-se verificar que o acesso, pelos cidadãos, às informações decorrentes de atos da Administração, constitui parte integrante do rol de direitos e garantias fundamentais³⁵.

4.3 - A materialização do princípio da transparência nos procedimentos arbitrais

A ideia de transparência assume diversas acepções dependendo do contexto na qual é empregue. Contudo, quando se fala de transparência em matéria de arbitragem de investimento estrangeiro³⁶ normalmente quer-se referir: (i) ao acesso à informação e aos documentos concernentes as disputas; (ii) a abertura ao público das audiências realizadas durante o procedimento; e (iii) a participação de *amicus curiae*, bem como dos Estados membros do tratado na qual se funda a controvérsia.

No que se refere ao primeiro aspecto, destacamos que a transparência abrange, na sua forma básica, a informação ao público acerca da própria existência da controvérsia, das partes envolvidas e do tema em discussão. Em uma análise mais profunda a transparência

³⁵ Nesse sentido, *vide* arts. 5º, XXXIII e 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁶ Em 2002, a empresa United Parcel Service (UPS) requereu que o procedimento arbitral intentado contra o Canadá com base no NAFTA fosse totalmente aberto ao público. O governo canadense concordou tornando a UPS v. Canadá a primeira arbitragem investidor-Estado a ser concluída de modo verdadeiramente transparente. - Cfr. DUGAN, *Investor-State Arbitration*, p. 707.

consubstancia-se na disponibilização ao público de todos os documentos do procedimento arbitral, incluindo a sentença arbitral.

Em relação ao segundo ponto, pode-se dizer que consiste em um aprofundamento do acesso à informação. Neste cenário, a concessão ao público do direito de assistir a uma audiência *in loco*, ou ainda, através de transmissão televisiva ou outro meio qualquer, permite uma maior interação com o processo arbitral, gerando uma maior responsabilidade dos árbitros e das partes envolvidas no procedimento, em decorrência do contato direto e da mobilização do público.

No que tange ao *amicus curiae*, cabe lembrar que o termo deriva de origem latina, que significa “amigo da corte”, designando o instituto jurídico através do qual uma pessoa, entidade ou órgão, com interesse na questão jurídica debatida, sem ter, contudo, qualquer pretensão concreta quanto ao conteúdo e sentido da decisão a ser proferida, intervém no processo com a finalidade precípua de enriquecer a discussão jurídica, contribuindo efetivamente para o desenvolvimento do processo.

Por fim, temos a participação de Estados que, embora não sejam partes da controvérsia, são signatários do tratado sobre o qual se baseia a disputa e, portanto, tem interesse em conhecer (e até mesmo defender) a interpretação dada aos tratados em determinadas situações jurídicas, podendo contribuir significativamente para o desfecho do litígio, através de suas tomadas de posição.

4.4 - A proteção de informações confidenciais no âmbito da arbitragem de investimento estrangeiro

É preciso ter presente que a transparência do procedimento arbitral, pode, em contrapartida, ferir o direito de privacidade e de propriedade do Estado e do investidor, pois as informações reveladas podem conter caráter confidencial.

No âmbito do investimento estrangeiro, as informações que merecem ser protegidas consistem geralmente nos segredos comerciais (*trade secrets*) detidos pelos investidores, que constituem métodos, fórmulas, técnicas de fabricação e de execução, procedimentos, desenhos industriais, etc., que são considerados elementos estratégicos para a empresa, agregando valor na operação de um negócio ou de uma atividade empresarial, sendo por isso capazes de propiciar uma vantagem econômica, efetiva ou potencial, com relação aos terceiros que não possuam a informação.

Há vários dispositivos legais na seara nacional e internacional que retratam a proteção concedida a essas informações. O intuito dessas normas jurídicas consiste sempre em proteger a confidencialidade dos negócios, evitando a difusão de informações que possam causar prejuízos aos interesses comerciais das empresas, bem como o de garantir a concorrência leal³⁷ no respectivo mercado.

Vale ressaltar que outros tipos de informações, como aquelas que dizem respeito à segurança do Estado, também estão cobertas pelo manto jurídico protetivo da informação confidencial, no sentido de serem preservadas contra o acesso ao público.

³⁷ O que se pretende é “impedir que sejam aproveitadas informações confidenciais e falseadas as regras de concorrência, evitando que certas empresas se informem junto da Administração de segredos detidos por outras empresas, designadamente, técnicas de fabrico, patentes e estratégias comerciais. Independentemente da ilegitimidade desta conduta, a própria relação de confiança entre o sector privado e a Administração seria colocada em causa.” - Cfr. CONDESSO, FERNANDO DOS REIS - *Direito à informação administrativa*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1995, p. 350.

CAPÍTULO V – O MECANISMO DA UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL) E AS REGRAS DE TRANSPARÊNCIA

Ab initio, convém ressaltar que a United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) é um órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), criado com o intuito de elaborar normas jurídicas harmônicas e homogêneas, passíveis de serem adotadas internacionalmente, a fim de mitigar os obstáculos que a pluralidade de legislações causa ao comércio internacional.

Em 1985 foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Lei Modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional, na qual se recomenda a sua utilização em todos os países³⁸. Posteriormente, em 1976, foram publicadas as Arbitration Rules que dispõem sobre as regras processuais a serem adotadas nos procedimentos de arbitragem *ad hoc*.

Em uma situação de conflito no âmbito internacional as partes optam por escolher entre a instituição de um tribunal arbitral *ad hoc* (no qual as próprias partes determinam as regras processuais a serem seguidas durante o procedimento arbitral) ou de um tribunal arbitral institucional (que, neste caso, já prevê em seu regulamento interno as regras que serão adotadas na condução do processo arbitral). Geralmente, as partes que escolhem a arbitragem *ad hoc* optam por aplicar as regras da UNCITRAL em decorrência de sua universalidade e aceitabilidade.

Insta salientar, no que concerne aos ordenamentos jurídicos português e brasileiro não houve uma recepção da Lei Modelo; entretanto, suas primeiras leis de arbitragem, Lei nº 31/86 e Lei nº 9.307/96, respectivamente, foram elaboradas levando-se em consideração o trabalho realizado pela UNCITRAL, justamente pelo fato de que a implementação de um enquadramento jurídico próximo ao adotado por diversos países, com vistas a uma resolução justa e eficiente das controvérsias travadas no âmbito das relações internacionais, garante ao sistema jurídico nacional uma maior credibilidade, capaz de promover o incentivo à adoção da arbitragem nas disputas transfronteiriças.

Após tecer as considerações iniciais sobre a UNCITRAL, nos debruçaremos agora sobre a importância deste instituto que, em decorrência da especificidade das arbitragens

³⁸ Vide Lei Modelo da UNCITRAL que dispõe que "...all States give due consideration to the Model Law on International Commercial Arbitration, in view of the desirability of uniformity of the law of arbitral procedures and the specific needs of international commercial arbitration practice."

investidor-Estado, deu um passo importante na adequação de seu arcabouço normativo no sentido de tornar os procedimentos arbitrais mais transparentes.

5.1 - As Regras de Transparência

Inicialmente, não havia previsão quanto à transparência do procedimento arbitral. Isto porque a Lei Modelo da UNCITRAL e as Arbitration Rules foram preparadas para servir de apoio às arbitragens decorrentes das relações comerciais que, conforme é cediço, são precipuamente confidenciais.

Contudo, reconhecendo o exponencial crescimento da adoção da arbitragem como método de resolução de conflitos no contexto das relações internacionais entre Estados e investidores, bem como a necessidade de disposições em matéria de transparência, devido a presença do interesse público envolvido em tais arbitragens, a UNCITRAL promulgou, em 2013, as Regras de Transparência, alterando a última versão das Arbitration Rules (revisão de 2010).

Começaremos por destacar que a criação do documento deu-se após anos de muito debate e cooperação entre os Estados envolvidos. Neste sentido, é interessante notar as divergentes opiniões que proliferaram durante a discussão para a criação deste cenário de transparência nos procedimentos arbitrais envolvendo Estados e investidores, que ora passamos a analisar.

Iniciamos por citar o caso da China, que se manifestou contrariamente às Regras de Transparência. Apesar de não haver instrumentos jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro³⁹ assinados pelo governo chinês, o Estado considera inapropriada a previsão de transparência dos procedimentos arbitrais. Conforme os valores culturais chineses, a confidencialidade constitui uma característica intrínseca da arbitragem e, portanto, não há hipótese de se conceder transparência ao procedimento⁴⁰.

Diversamente, constatamos o posicionamento da República Checa que, apesar de não prever, nos instrumentos legais de proteção ao investimento, qualquer norma de transparência, já pratica um dos seus desdobramentos, qual seja, a publicação das sentenças arbitrais, o que

³⁹ Vale ressaltar que a China assinou, em 1993, a Convenção de Washington.

⁴⁰ “Given the confidentiality of arbitration, we do not consider it appropriate to impose provisions of publicity and transparency on treaty-based settlement of investor-State investment disputes.” - Cfr. UNCITRAL - *Settlement of commercial disputes* - A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1. p. 12, disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/555/89/PDF/V1055589.pdf?OpenElement>, consulta em 16/05/2015.

se faz no site do Ministério das Finanças. Contudo, conforme o entendimento deste país, a publicação somente seria permitida por meio do consenso entre as partes⁴¹.

Por fim, avultamos o posicionamento dos EUA que foi, em grande parte, baseado na sua experiência em relação ao tema, essencialmente em relação ao North American Free Trade Agreement (NAFTA) que já prevê: audiências abertas ao público, participação de *amicus curiae* e disponibilização ao público dos documentos constantes nas disputas decorrentes do tratado (redigidos e publicados, quando necessário, com a subtração da informação confidencial). Infere-se, por conseguinte, que os EUA se mostraram completamente favoráveis à ideia da criação de um instrumento jurídico que efetivasse a transparência dos procedimentos arbitrais⁴².

Diante das posições alvitradas, passamos ora a analisar o documento que, por fim, vigora na UNCITRAL e que, conforme se verá, foi muito influenciado pelas ideias norte-americanas.

5.1.1 - Âmbito de aplicação

No que tange ao âmbito de aplicação das Regras de Transparência entendemos que houve um grande esforço por parte da UNCITRAL no sentido de englobar todas as possibilidades plausíveis para aplicação da mesma.

Em princípio, as Regras de Transparência serão automaticamente aplicáveis a todos os tratados em matérias de investimento firmados após 1º de abril de 2014 que tenham elegido as Arbitration Rules da UNCITRAL como regra aplicável aos conflitos.

Contudo, o âmbito de aplicação das regras poderá ser alargado ou reduzido conforme acordo entre as partes. Por um lado, para arbitragens regulamentadas sob os auspícios da

⁴¹ “In accordance with the principle of confidentiality, the publication of these awards is possible only with the approval of the other party in the dispute.” - Cfr. UNCITRAL - *Settlement of commercial disputes* - A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1. p. 13, disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/555/89/PDF/V1055589.pdf?OpenElement>, consulta em 16/05/2015.

⁴² “The United States favours the transparent conduct of investor-State arbitration, as reflected in U.S. practice. Such transparency includes timely publication of submissions and decisions in investor-State arbitration, as well as conducting hearings that are open to the public, subject to the non-disclosure of protected information. Such transparency also includes the participation of third parties, where such participation is appropriate and so long as it does not disrupt the proceedings or unduly burden or unfairly prejudice a disputing party.” - Cfr. UNCITRAL - *Settlement of commercial disputes* - A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.3. p. 11, disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/556/01/PDF/V1055601.pdf?OpenElement>, consulta em 16/05/2015.

UNCITRAL e em conformidade com tratados concluídos anteriormente a 1º de abril de 2014, é facultado aos Estados e investidores envolvidos em uma disputa, ou ainda, aos Estados contratantes de determinado tratado bilateral ou multilateral (e neste caso, apenas os Estados envolvidos na disputa), optarem, por mútuo acordo, por incluir as Regras de Transparência no arcabouço normativo institucional aplicável às suas arbitragens. Por outro lado, prevê a UNCITRAL que as partes poderão afastar a incidência das Regras de Transparência, bem como modificá-las⁴³.

Ademais, o artigo 1.9 dispõe expressamente que as Regras de Transparência poderão ser utilizadas em arbitragens investidor-Estado conduzidas de acordo com outras regras institucionais que não as da UNCITRAL, ou ainda, em arbitragens *ad hoc*, ou seja, o âmbito de aplicação das normas não é restrito à UNCITRAL, devendo, contudo, haver expressa pactuação entre as partes neste sentido.

5.1.2 - Figura do repositório

Em segundo lugar, adiantamos que a UNCITRAL criou, a fim de se conceder a transparência almejada, a figura do repositório, desempenhada pelo Secretário-Geral das Nações Unidas por meio do Secretariado da UNCITRAL e que tem como função a publicação das informações disponibilizadas pelas partes⁴⁴.

O repositório deverá disponibilizar, em tempo hábil, todos os documentos que lhe forem enviados pelo tribunal conforme a forma originalmente recebida e no idioma adotado no procedimento.

5.1.3 - Registro de casos e publicação de documentos

As Regras de Transparência determinam em seu artigo 2 que, tão logo o requerimento de arbitragem seja recebido pelo demandado, deve, qualquer das partes, disponibilizar uma cópia ao repositório para a devida publicação, que incluirá o nome das partes litigantes, o setor econômico envolvido e o tratado a que se refere o pleito.

⁴³ Vide artigo 3(a) das Regras de Transparência da UNCITRAL.

⁴⁴ A título de curiosidade, conforme consulta na plataforma da UNCITRAL, até o momento foram publicados documentos referentes a 5 casos, todos envolvendo o estado do Canadá. - Disponível em <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/search.jspx?match=Search+disputes...>, consulta em 18/06/2015.

Este primeiro momento visa apenas dar conhecimento ao mundo da existência da disputa entre as partes. Posteriormente, no decorrer do procedimento, as partes deverão disponibilizar os documentos que serão publicados e, dentre eles, se incluem: (i) o requerimento de arbitragem; (ii) a resposta ao pedido de arbitragem; (iii) as razões do reclamante, do reclamado e quaisquer outras declarações ou petições por escrito feitas por qualquer das partes; (iv) a tabela (se existir) listando todos os anexos aos documentos acima mencionados ou os anexos aos relatórios de especialistas e as declarações de testemunhas; (v) quaisquer documentos por escrito apresentados pelas partes do tratado que não estão diretamente envolvidas na disputa, ou ainda, por terceiros; (vi) transcrições de audiências, quando disponíveis, bem como (vii) todas as decisões do tribunal arbitral.

Ademais, relatórios de especialistas e declarações de testemunhas, sem os anexos que os acompanham, deverão ser postos à disposição do público mediante pedido de qualquer pessoa ao tribunal arbitral. Os anexos aqui referidos, bem como quaisquer outros documentos encaminhados ao tribunal arbitral ou por ele produzidos, também poderão ser objeto de consulta pública, após decisão do tribunal arbitral nesse sentido, mediante prévia consulta com as partes.

5.1.4 - Amicus Curiae e participação de outros Estados

Conforme dispõe o artigo 4.1 o tribunal arbitral pode, após consulta com as partes litigantes, permitir que terceiros apresentem petições escritas. Contudo, para se qualificar como *amicus curiae*, o terceiro deve prover uma concisa declaração escrita, na língua utilizada pelo procedimento arbitral e com um número de páginas delimitado pelo tribunal, descrevendo seu *status* legal, seus objetivos gerais, a natureza de suas atividades, se possui alguma conexão com quaisquer organizações que tenham ligação com uma das partes envolvidas na disputa, quais os fatos ou aspectos legais que pretende endereçar em sua petição, bem como fornecendo as demais informações listadas no artigo 2.

O tribunal, na sua decisão em relação ao pretenso *amicus curiae*, para além de outros fatores, levará em consideração o interesse do mesmo na disputa, bem como a possibilidade de sua contribuição para determinado fato ou questão jurídica relacionada ao procedimento arbitral, através de um particular conhecimento ou insight que forneça uma perspectiva diversa daquela que é apresentada pelas partes. O tribunal deverá assegurar que a participação do terceiro não causará injustamente qualquer prejuízo às partes litigantes, bem como não

tumultuará o procedimento⁴⁵. Além do mais, o tribunal deve conceder às partes a oportunidade de se manifestarem acerca do pedido do *amicus curiae*.

As Regras de Transparência preveem ainda a possibilidade de o tribunal permitir ou, após consulta com as parte litigantes, convidar, outros Estados partes do tratado sobre o qual se fundamente a controvérsia, mas que não sejam partes da disputa, para que se manifestem acerca das questões relativas à interpretação do tratado, ou ainda, sobre os pontos que constituem objeto de discussão do procedimento arbitral.

5.1.5 - Audiências

Conforme o artigo 6.1 as audiências serão públicas, regra geral, devendo o tribunal arbitral tomar todas as medidas necessárias para facilitar o acesso ao público. Contudo, quando necessário para se proteger a informação confidencial e preservar a integridade do procedimento arbitral, as audiências poderão ser realizadas sob portas fechadas. Assim como quando por motivos de logística ou outras circunstâncias não previstas anteriormente o acesso do público às audiências se torne inviável.

5.1.6 - Exceções à transparência

As Regras de Transparência foram elaboradas com o intuito de englobarem os principais pontos discutidos na doutrina de forma a assegurarem a transparência exigida pelos princípios que regem a Administração Pública, bem como de maneira a protegerem os interesses dos investidores, criando, portanto, um instrumento balizador de interesses, capaz de satisfazer os anseios de ambas as partes.

Neste sentido, cabe-nos agora analisar a proteção concedida principalmente aos investidores, ou seja, as exceções à transparência. Segundo o artigo 7, apesar da transparência constituir a regra que permeará todo o procedimento arbitral, é assegurado tratamento especial às informações confidenciais ou protegidas. Para tanto, necessário faz-se esclarecer que estes conceitos consistem, conforme artigo 2, em: (i) informação comercial confidencial; (ii) informação que o tratado aplicável estabeleça ser protegida; (iii) informação acerca do Estado

⁴⁵ Conforme defende SABATER, ANÍBAL - *Towards Transparency in Arbitration (A cautious approach)*, p. 5^a do documento, disponível em http://bjil.typepad.com/sabater_final.pdf, consulta em 10/06/2015, a participação de terceiros na arbitragem pode causar grandes problemas ao procedimento e, conseqüentemente, às partes litigantes, pelo que o tribunal deve assumir um papel ativo nessa questão, recusando qualquer pedido de intervenção que não contribua manifestamente “to the just, timely, and cost-efficient resolution of the dispute.”

respondente que seja considerada protegida pelas leis desse mesmo Estado e, no caso de outras informações, aquelas que sejam consideradas protegidas por quaisquer leis ou regras que o tribunal arbitral entenda aplicáveis; e, (iv) informação cuja divulgação impediria a aplicação da lei.

O tribunal arbitral, após consulta com as partes, deverá tomar as medidas necessárias para preservar a informação, de tal modo a não torná-la acessível a terceiros. Isto inclui: (i) a concessão de um prazo para que as partes do procedimento ou até mesmo terceiros possam se manifestar acerca da existência de documentos que merecem a devida proteção; (ii) a adoção de procedimentos para a rápida e diligente designação e redação dos documentos confidenciais ou da informação protegida; e, (iii) procedimentos para a realização de audiências em modo privado.

O artigo 7.5 esclarece que nada nas Regras de Transparência exige que o Estado respondente conceda acesso ao público de informações que considere essenciais para a defesa de seus interesses de segurança.

No que concerne à integridade do procedimento arbitral, o artigo 7.7 estabelece que o tribunal poderá adotar medidas para restringir ou postergar a divulgação de informações que coloquem em perigo o procedimento porque poderiam impedir a coleta ou produção de evidências, intimidar testemunhas, advogados das partes ou membros do tribunal arbitral, bem como quaisquer outras circunstâncias análogas.

5.2 - Considerações acerca das Regras de Transparência

Não obstante o evidente avanço trazido com o surgimento das Regras de Transparência da UNCITRAL, alguns questionamentos emergem neste cenário jurídico.

5.2.1 - A aplicabilidade das Regras de Transparência - a ausência de força vinculativa obrigatória e suas consequências

Primeiramente - e, na verdade, perfilhamos ser este o ponto crucial da questão - convém destacar a ausência de força vinculativa na adoção das Regras de Transparência, isto é, as partes do procedimento arbitral, ainda que se sujeitem às Arbitration Rules da UNCITRAL, não estão compulsoriamente atreladas às Regras de Transparência, podendo, livremente dispor sobre a sua aplicabilidade.

Por não apresentarem caráter vinculatório, muitos poderiam se questionar, assim como nós nos indagamos à primeira vista, sobre as vantagens angariadas pelos Estados e investidores que pudessem incentivá-los a adotarem as Regras de Transparência.

Para os Estados, incluindo aqueles que não estão diretamente envolvidos na disputa, bem como para os investidores, as Regras de Transparência permitem que, através da publicação das decisões arbitrais, constitua-se um corpo jurisprudencial⁴⁶, permitindo que as partes verifiquem o comportamento dos árbitros frente a questões similares, analisando a interpretação dada aos dispositivos jurídicos de determinado tratado, lei ou cláusula contratual, o que, indubitavelmente, constitui um mecanismo de auxílio às partes, que poderão preparar seus argumentos, com base na análise dessas decisões⁴⁷.

Para os investidores, o que acreditamos ser o ponto mais crítico da questão, isto é, aquele mais afetado com a transparência do procedimento arbitral e, que pode, portanto, se obstar de consentir com esta nova realidade, frisamos que o acesso ao entendimento dos tribunais acerca de determinadas questões, permite-lhes uma melhor reflexão sobre as decisões negociais a serem tomadas ao caso concreto. Além disso, a transparência constitui um mecanismo extra de fiscalização de condutas, pois os acionistas podem ter fácil acesso às decisões adotadas pelos administradores, imputando-lhes eventuais responsabilidades pelos atos praticados. É importante ressaltar que, conforme visto acima, a transparência não é absoluta, comportando exceções que visam exatamente a proteção de informações que sejam de substancial relevância para os investidores.

Os benefícios trazidos com a transparência do procedimento arbitral não se restringem às partes litigantes; pelo contrário, seus reflexos se espalham pela sociedade, árbitros, advogados e câmaras arbitrais.

Neste ponto, começaremos pela parte que julgamos ser a mais interessada na transparência do procedimento arbitral: a sociedade. Os anseios por uma justiça mais transparente se manifestaram primeiramente nos tribunais estaduais e, com essa nova sistemática funcional, suscitam-se agora no que respeita também aos tribunais arbitrais. O acesso aos documentos do processo e à participação em audiências permite que os cidadãos tomem conhecimento de processos que possam potencialmente afetá-los, concedendo-lhes um maior controle sobre as atividades desenvolvidas pelo Estado, e permitindo-lhes analisar se a

⁴⁶ Cfr. DUGAN, *Investor-State Arbitration*, p. 710.

⁴⁷ E aqui convém frisar que, conforme explanado no subitem 3.3.2, a existência de um “corpo jurisprudencial” não impõe a adoção de uma mesma interpretação por partes dos árbitros, servindo, contudo, como um manual de estudos para as partes, que estarão em posse das fundamentações das decisões, podendo prepararem melhor seus argumentos.

atuação estatal encontra-se em conformidade com a sua finalidade precípua ou se há vestígios de possíveis irregularidades.

Acreditamos, inclusive, que a participação dos cidadãos possui um caráter preventivo, isto é, em decorrência das pressões públicas, provenientes da disseminação das informações acerca do procedimento arbitral, inibe-se a prática de condutas maliciosas pelas partes, que visam furtar-se das imposições de ordem jurídica e moral. Há, portanto, principalmente por parte do Estado, uma grande preocupação com as medidas a serem adotadas, pois os eventuais desvios podem lhe custar, até mesmo, ações de responsabilidade.

Para os árbitros, a publicação das decisões arbitrais pode constituir a base para a tomada de suas decisões. A análise de outros casos julgados pode esclarecer algumas dúvidas porventura existentes, bem como pode corroborar ou refutar o entendimento previamente firmado. O árbitro, através da premissa básica do livre convencimento, pode concordar com os argumentos explorados pelas decisões arbitrais, ou pode contradizê-los, firmando o seu próprio posicionamento. Ademais, a presença de *amicus curiae* pode ser fundamental para o árbitro, pois pode trazer novas perspectivas às questões fáticas e de direito discutidas na disputa, ajudando-o a desenvolver o seu parecer.

Para os advogados, constata-se que a divulgação das informações concede-lhes um maior conhecimento sobre os pontos pacíficos e controversos que permeiam a seara dos investimentos estrangeiros, permitindo-lhes um aconselhamento profissional pormenorizado, através da instrução de seus clientes e da elaboração de teses que coadunam com o entendimento dos árbitros ou, em caso de posicionamento oposto, através do desenvolvimento de uma argumentação jurídica de caráter extremamente persuasivo e convincente.

Por fim, tem-se que a concessão do direito de acesso do público às audiências e aos documentos do procedimento arbitral, bem como a participação de *amicus curiae*, é importante para a percepção da própria legitimidade das instituições arbitrais que, através de decisões mais consistentes, de participação democrática efetiva, de certa previsibilidade, disseminará a arbitragem como sistema garantidor da almejada segurança jurídica pleiteada pelos investidores e, concomitantemente, como instrumento que permite a transparência de procedimentos que envolvem preocupações públicas vitais contidas nas disputas.

É certo que a transparência não é eivada apenas de características positivas, podendo transportar consigo algumas temeridades.

E é neste contexto⁴⁸ que os Estados e investidores tentam se esquivar de sua introdução nos procedimentos arbitrais.

Em primeiro lugar, sobressaltamos a influência da mídia e da opinião pública que, apesar de constituírem um aspecto positivo da transparência, conforme acima demonstrado, podem, paradoxalmente, exercerem uma pressão obscura sobre a decisão dos árbitros.

Ademais, invocamos que os processos podem ser explorados por adversários políticos. Os opositores do Estado podem acompanhar o desenvolvimento do procedimento arbitral, criticando, de forma veemente, as medidas adotadas pelo mesmo no decurso do procedimento.

É oportuno salientar que, no que se correlaciona aos investidores, a principal preocupação é a revelação de informações confidenciais, e apesar das Regras de Transparência prever todo um arcabouço de proteção às mesmas, fato é, que a confidencialidade do procedimento arbitral, conforme impera na atual estrutura da arbitragem⁴⁹, não abre qualquer brecha para a vazão de informações confidenciais, tendo em vista que os processos são restritos às partes.

5.2.2 - A subjetividade por detrás do conceito de informação confidencial

Conforme visto acima, as Regras de Transparência definem o que será considerado informação confidencial ou protegida para efeitos das garantias contra o acesso ao público. Contudo, percebemos que algumas hipóteses não contemplam um conceito objetivo acerca da questão, como é o caso da informação negocial confidencial.

O artigo 7.2(a) não nos fornece um conceito, o que dá liberdade às partes de classificarem por si mesmas o que será entendido como informação negocial confidencial. Neste ponto repousa um problema de caráter subjetivo, pois ficará ao livre arbítrio dos

⁴⁸ “There has been a great deal of discussion about the openness of investment arbitration proceedings, and it should be said that both private investors and governments have important reasons to oppose unfettered public access. Investors may fear the disclosure of confidential business information, trade secrets, investment strategies, and other sensitive information that could harm their future business. Meanwhile, governments are often reluctant to expose to public view the extent to which narrow interest groups have captured administrative and regulatory structures, fearful of gaining an exaggerated reputation as a poor host for foreign investment. However, these and other arguments appear to be gradually losing ground, replaced by a realization that the vitality of the investor-state arbitration process, and its continued utility as a catalyst for investment flows, to some degree depends on solid legitimacy in the court of public opinion.” - Cfr. DUGAN, *Investor-State Arbitration*, p. 707.

⁴⁹ E aqui importa relembrar o que foi mencionado no subitem 3.2.5, isto é, que a confidencialidade não é intrínseca ao procedimento arbitral e, portanto, deve ser pactuada entre as partes ou estar prevista no regulamento do tribunal arbitral por elas escolhido.

juizadores decidirem se as informações apresentadas pelas partes realmente possuem um viés confidencial, capaz de ensejar a proteção jurídica prevista nas Regras de Transparência.

Tendo em vista que o dispositivo não prevê qualquer tipo de critério para a classificação da informação, as decisões serão tomadas segundo o livre convencimento do árbitro, que poderá ser contrário ao entendimento das partes.

É certo que, conforme subitem 4.4 acima, já existe na doutrina, na jurisprudência e nas legislações nacionais e internacionais, uma predeterminação acerca do que constitua informação comercial confidencial, o que poderá embasar a decisão do árbitro. Entretanto, a liberalidade do juizador é que decidirá no caso concreto se determinada informação merece ou não a proteção contra o acesso ao público.

Neste caso, acreditamos que, para se preservarem os interesses jurídicos das partes, o ideal seria a elaboração de um documento que descrevesse as hipóteses que, indiscutivelmente constituem informações comerciais ou poder-se-ia ainda fazer menção aos documentos já existentes que contemplem essa descrição. Sendo assim, os demais casos seriam avaliados pelos árbitros no caso concreto.

5.2.3 - A não concessão de proteção à informação e as suas consequências

Outra pergunta que nos fazemos refere-se à faculdade concedida às partes ou terceiros de retirarem um documento ou parte dele do registro do procedimento arbitral, após decisão arbitral contrária à proteção da informação, isto é, no sentido de que a informação não possui um viés confidencial e, portanto, o documento deverá ser disponibilizado ao público.

A nosso ver, essa norma questiona a aplicabilidade do sistema de transparência, pois a rejeição do requerimento de concessão de proteção à informação de caráter confidencial, pleiteada pela parte, possibilita uma simples ação furtiva pelas partes, qual seja, a retirada do documento dos registros do procedimento arbitral. Sendo assim, esta cláusula constitui uma válvula de escape no sentido de que as partes, sempre que virem seus pedidos negados, recorrerão ao uso desse dispositivo para manterem a informação longe do alcance do público.

5.3 - A Mauritius Convention on Transparency - UNCITRAL

Conforme dito anteriormente, as Regras de Transparência são automaticamente aplicáveis apenas aos tratados de proteção ao investimento estrangeiro firmados após 1º de

Abril de 2014, podendo, as partes, entretanto, optarem livremente (*opt-in*) por sua aplicabilidade para os tratados já em vigor.

Contudo, a dinâmica desta operação não é de fácil manuseio, pois tendo em vista o quantitativo de mais de 3.000 mecanismos de proteção ao investimento, as partes deveriam manifestar, em cada um destes instrumentos, o interesse de se submeterem às Regras de Transparência.

Nesse sentido, em Dezembro de 2014, a UNCITRAL avançou ainda mais em direção à abertura do procedimento arbitral através da promulgação da Mauritius Convention on Transparency, que visa implementar as Regras de Transparência aos tratados já existentes.

Com a assinatura deste instrumento as partes ficam vinculadas a respeitarem as Regras de Transparência em todos os procedimentos arbitrais investidor-Estado abrangidos pelos tratados de que são signatárias, salvo as reservas que podem ser realizadas conforme artigo 3.

Todavia, a Convenção pode ainda ser aplicável às disputas envolvendo um Estado membro e um investidor nacional de um Estado que não é signatário da Convenção, desde que o investidor concorde com a aplicação das Regras de Transparência.

Percebe-se, com isso, que a finalidade principal da UNCITRAL com a criação desta Convenção, é disseminar as Regras de Transparência através da elaboração de um mecanismo facilitador para a sua adoção.

Apesar de a Convenção ter sido adotada em 2014, a data para sua assinatura iniciou apenas em meados de Março de 2015. Até o momento Canadá, Finlândia, França, Alemanha, Itália, Maurícia, Suécia, Suíça, Síria, Reino Unido e Estados Unidos assinaram a Convenção. Entretanto, para que a mesma entre em vigor é necessária a ratificação de pelo menos três Estados.

Estamos ansiosos por acompanhar a repercussão deste instrumento no ambiente internacional. Constituirão os dados acima referidos (a assinatura por grandes potências) um indicativo de que haverá uma ampla aceitação e difusão das Regras de Transparência neste novo cenário jurídico?

5.4 - O mecanismo da UNCITRAL: o primeiro passo ao enraizamento da transparência nas arbitragens investidor-Estado?

Partindo de uma análise sistêmica das Regras de Arbitragem concluímos que o objetivo primordial da UNCITRAL era fornecer um documento que balanceasse os interesses

envolvidos na relação jurídica de investimento, sem, contudo, impor a adesão ao mecanismo de transparência.

A fim de sanar as dúvidas e os embates existentes entre os profissionais do Direito e aéreas correlacionadas, as Regras de Transparência, para além de disporem sobre a publicidade das informações e documentos produzidos no decorrer do procedimento, que agora constitui a regra geral, fazem referência ainda à participação de Estados não envolvidos na disputa, mas signatários do tratado objeto da controvérsia, ao *amicus curiae*, que ora é expressamente admitido nos procedimentos arbitrais, conforme condições previstas no instrumento em análise, bem como fazem alusão às audiências que, salvo as exceções, serão abertas ao público.

Em relação aos apontamentos realizados, será emocionante ver alguns desenvolvimentos práticos, precisamente no que tange: (i) à adesão às Regras de Transparência em relação aos tratados já vigentes (através da assinatura da Mauritius Convention ou por outro meio de pactuação entre as partes), bem como aqueles que virão a surgir, já que constitui uma faculdade das partes; (ii) à mudança potencial do comportamento dos Estados e investidores em relação à elaboração de seus articulados ou a limitação sobre o número ou tipos de documentos que as partes exibirão, pois como consequência do maior nível de transparência que lhes será imposto, as partes, a fim de evitar possíveis pedidos de divulgação de informações, poderão alterar substancialmente a apresentação dos documentos do processo; (iii) a conduta das partes litigantes em relação ao *amicus curiae*; (iv) ao tempo para a prolação da sentença, já que a participação de terceiros no procedimento pode alterar substantivamente a condução do mesmo; e, (v) ao eventual aumento dos custos da arbitragem.

A questão primordial, que ainda está para ser respondida, é se as Regras de Transparência conseguirão equilibrar o binômio interesse público-interesse particular, de forma a satisfazer plenamente a pretensão da coletividade e ao mesmo tempo manter atrativa a adoção do procedimento arbitral como método de resolução de conflitos oriundos do investimento estrangeiro.

Entendemos que o trabalho realizado constitui uma porta de entrada para o posterior enraizamento de uma nova cultura baseada na ausência de grades que cercam o secretismo arbitral nas relações que envolvam o Estado. A nova postura será gradualmente implementada na medida em que as partes perceberem que os frutos oriundos da transparência são mais doces do que aqueles colhidos com a confidencialidade do procedimento.

CAPÍTULO VI – A MATÉRIA DA TRANSPARÊNCIA NO INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTE (ICSID)

Os anseios por um procedimento arbitral límpido e provido de elementos que possibilitem a satisfação do interesse público têm ultrapassado barreiras e alcançado o principal mecanismo arbitral de resolução de litígios decorrentes do investimento estrangeiro⁵⁰: o ICSID, que conforme se verá neste capítulo, traz em seu bojo alguns dispositivos referentes à transparência.

6.1 - Breves considerações

Em 1965 foi instituído o International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) através da Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (também conhecida como Convenção de Washington), celebrada em Washington D.C., que resultou de uma iniciativa promovida pelo Banco Mundial, cujo objetivo consistia no estímulo ao desenvolvimento econômico através do fomento ao investimento privado internacional.

Constatou-se à época que os riscos políticos freavam os investimentos estrangeiros, tendo em vista que, em casos de controvérsias contratuais, o investidor se submeteria às cortes do Estado receptor do investimento, sujeitando-se, portanto, ao risco da ausência de sua pressuposta imparcialidade, bem como à aplicação do direito nacional em detrimento do direito internacional, ou então, buscaria a resolução do litígio em cortes de outros países, correndo, neste caso, o risco de o Estado utilizar-se de sua imunidade diplomática. Por esse motivo, procurou-se instituir um procedimento que despertasse a confiança dos investidores, criando uma base de resolução de conflitos, segundo a qual as partes se submeteriam, em eventual litígio, a um órgão dotado de completa imparcialidade, ficando, portanto, em condições de igualdade para a disputa da controvérsia em questão.

O ICSID é uma instituição pública (ao contrário dos demais centros de arbitragens e tribunais arbitrais de caráter privado que operam no âmbito da arbitragem comercial

⁵⁰ Conforme dados apresentados pela UNCTAD, em 2014 foram registradas 42 novas disputas entre Estados e investidores, das quais 33 foram submetidas aos ICSID, o que demonstra a sua hegemonia na resolução de litígios oriundos do investimento estrangeiro. Nesse sentido ver, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014*, nº 2, May 2015, disponível em http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_WEB_DIAE_PCB_2015_%202%20IIA%20ISSUES%20NOTES%2013MAY%20.pdf, acesso em 12/06/2015.

internacional), que tem por objetivo proporcionar os meios de conciliação e arbitragem a serem utilizados em conflitos entre investidores e Estados receptores. É um centro de caráter permanente que contém normas e princípios de natureza exclusivamente processual⁵¹.

Com a adesão à Convenção, prevê-se um prévio consentimento dos Estados membros à instalação do procedimento arbitral. Entretanto, o Estado signatário não fica automaticamente vinculado à adoção da arbitragem como meio para a resolução de um conflito em concreto, ou seja, é ainda necessária, conforme artigo 25º, nº1, uma manifestação expressa, por escrito, da vontade do Estado de submeter o litígio à arbitragem, exigência esta denominada de duplo consentimento. A referida manifestação pode ser realizada caso a caso, através da cláusula arbitral ou do compromisso arbitral existente ente o Estado e o investidor estrangeiro, ou por meio de uma lei nacional sobre investimentos estrangeiros, ou por um tratado bilateral de investimentos, isto é, por meio de disposições jurídicas que compulsoriamente adotem a arbitragem como o meio de resolução de conflitos.

A aquiescência das partes à resolução de litígios por meio da instauração do procedimento arbitral no ICSID gera, automaticamente, salvo disposição em contrário, a renúncia a qualquer outro meio de solução de conflitos, dizendo-se, portanto, que há uma exclusividade da via arbitral para a finalização do conflito, conforme disposto no artigo 26 da Convenção de Washington.

Após estas observações introdutórias que se mostram oportunas na análise legal deste instituto jurídico, dedicaremos nossa atenção às nuances de transparência que podem ser observadas no documento.

6.2 - Os dispositivos relacionados à transparência

No decorrer da análise da Convenção e das Arbitration Rules percebem-se alguns folículos de transparência que tentam se introduzir na cultura arbitral de investimentos estrangeiros.

Conforme prevê o artigo 32(2) das Arbitration Rules o tribunal arbitral poderá, após consultar o Secretário-Geral, e desde que não haja qualquer objeção das partes, permitir que terceiros, isto é, aqueles que não sejam qualificados como partes, agentes, advogados, testemunhas e peritos do procedimento arbitral, participem das audiências ou de parte delas,

⁵¹ "...the Centre's task would be administrative rather than judicial." - Cfr. SCHREUER, *The ICSID Convention...*, p.10.

estabelecidas, contudo, as medidas necessárias para salvaguardar as informações protegidas ou confidenciais.

Outro desdobramento que podemos observar está previsto no artigo 48(4) do referido instrumento, no qual é vedada ao ICSID a publicação da sentença arbitral sem o consentimento prévio das partes, ressalvado o direito do Centro de incluir em suas publicações excertos da sentença. Ademais, convém ressaltar que esta regra é aplicável apenas ao Centro, isto é, qualquer das partes pode, ao seu livre arbítrio, disponibilizar ao público os termos da sentença, uma vez que não está vinculada à aquiescência da outra parte⁵².

No que concerne à participação de *amicus curiae* as Arbitration Rules dispõem, em seu artigo 37(2), similarmente ao que se sucede nas Regras de Transparência da UNCITRAL, que o tribunal, após ouvida as partes, poderá permitir a participação de terceiros no procedimento.

Importa, nesta oportunidade, conceder destaque especial para a novidade presente nas normas previstas no artigo 36(3) da Convenção de Washington e nos Regulamentos 22 e 23 do Administrative and Financial Regulations, que determinam que os requerimentos de arbitragem deverão ser registrados e publicados pelo Secretário-Geral do ICSID, exceto se a disputa não estiver ao abrigo da jurisdição do ICSID. O cumprimento desta regra pode ser constatado através de uma simples busca no site deste órgão, no qual encontram-se disponíveis todos os casos registrados sob os auspícios do ICSID, citando o nome das partes, o objeto da lide, bem como a tramitação processual.

À luz dos dispositivos expostos, vê-se que para o ICSID prevalece a ideia de que o litígio somente diz respeito às partes que, portanto, têm o direito de dispor livremente acerca da sujeição aos dispositivos de transparência previstos no instrumento. Contudo, não se pode olvidar o avanço trazido com a publicação do registro da disputa. Assegurar, ainda que através de uma mera nota informativa, a divulgação da simples existência do litígio constitui um progresso que não está previsto em outros instrumentos dedicados à arbitragem.

⁵² Nesse sentido, "...the question of publication of awards...It was discussed only in terms of the Centre's authority to publish. A party's right to do so was never questioned." - Cfr. SCHREUER, *The ICSID Convention...*, p. 820.

CONCLUSÕES

Como se pôde perceber com a descrição do quadro representativo no qual o investimento estrangeiro está implantado há, por grande parte dos Estados, uma tentativa de expandir, através da inserção de políticas jurídico-econômicas, a promoção ao investimento estrangeiro.

O movimento de internacionalização do mercado fez com que os instrumentos jurídicos tradicionais de solução de conflitos se tornassem insuficientes frente aos anseios e receios dos investidores e Estados, impulsionando o emprego de outra concepção de justiça: a arbitragem.

O mecanismo arbitral apresenta características singulares que o difere dos demais mecanismos de solução de conflitos. A flexibilidade do procedimento, a celeridade no julgamento das causas, a liberdade concedida às partes de escolherem os terceiros que decidirão o litígio, a expertise demonstrada pelos árbitros, o caráter definitivo da sentença arbitral, entre outros, constituem, em sua plenitude, uma conjuntura atrativa para a sua adoção no âmbito do investimento estrangeiro.

Como parte integrante de uma ciência que não é baseada em cálculos e fórmulas mágicas que conduzem a um único resultado, o mecanismo arbitral está em constante evolução. Lhe é inerente, como matéria de Direito, a sua adaptação à sociedade e ao contexto histórico, econômico, político, jurídico, ambiental, etc., no qual lhe é empregue. E assim deve ser para que as normas jurídicas se encaixem como legos nas situações em concreto.

Em decorrência desta característica não se pode fugir da existência de algumas deficiências do sistema que tendem a ser neutralizadas com o aprimoramento das regras.

Não temos uma visão radical a ponto de não enxergar as limitações do mecanismo arbitral, porém, acreditamos que suas falhas são superáveis, ou, ao menos, não condicionam a sua aplicabilidade no âmbito do investimento estrangeiro.

O atributo da confidencialidade, considerado tão essencial nas relações entre sujeitos privados, tem sua aplicabilidade questionada nas disputas investidor-Estado, em decorrência da presença do interesse público.

A conquista do dever de transparência dos atos da Administração Pública constitui uma passagem da Era das Trevas ao Iluminismo. Após anos de luta contra uma justiça estatal cegada pelo sigilo procedimental, os questionamentos ora centram-se na justiça privada. A nosso ver, é latente a relevância da transparência nas arbitragens de investimento estrangeiros,

enquanto elemento intrínseco ao Estado Democrático de Direito e condição precípua para o exercício de direitos. A obscuridade presente no sigilo do procedimento arbitral, prerrogativa característica dos entes privados, não é compatível com o dever de transparência do Estado.

A partir da análise realizada neste trabalho são notórias as vantagens que a transparência do procedimento arbitral carrega consigo. Contudo, serão capazes de suprimir ou, ao menos, atenuar os riscos que a ela são ponderados?

Os dispositivos presentes nos ordenamentos jurídicos internacionais já se manifestam no sentido de propiciar a abertura do procedimento arbitral, seja através da publicação dos documentos, da participação terceiros e *amicus curiae* ou da realização de audiências abertas ao público.

Contudo, será preciso superar um obstáculo: a vontade das partes e, especialmente, do investidor, que pela ausência de uma cultura baseada na transparência arbitral pode estar receoso quanto aos seus efeitos colaterais.

Compartilhamos do princípio de que a transparência, pressuposto essencial da democracia, inevitavelmente, implica a presença das eventuais ameaças acima discutidas. Contudo, os reflexos negativos que a abertura do procedimento arbitral possa conter, além de poderem ser mitigados ou exterminados, constituem um risco ínfimo em relação às vantagens que lhes são depositadas.

Para haver uma inversão radical de rumos é preciso que as partes da disputa acreditem nos efetivos aspectos positivos trazidos com a implementação da transparência.

Creemos que o passo dado pela UNCITRAL, através da criação das Regras de Transparência e da Mauritius Convention, constitui apenas a ponta do iceberg para o enraizamento de uma nova geração pautada na transparência das arbitragens envolvendo o Estado. Contudo, aguarda-se com enorme curiosidade o comportamento dos agentes econômicos frente a esta nova postura.

Esclarecemos que não somos radicais a ponto de acreditar em uma transparência absoluta. A regra comporta exceções. A fim de se garantir o exercício de um direito fundamental se deve mitigar o dever de transparência.

Por fim, percebe-se que a Arbitragem de Investimento Estrangeiro é um instrumento híbrido, no qual mesclam-se normas de direito privado e de direito público, constituindo, portanto, um campo jurídico em desenvolvimento, no qual há imensa matéria para se desbravar.

BIBLIOGRAFIA

- **BARROCAS, MANUEL PEREIRA** - *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. 902 p.
- **BROWNLIE, IAN** - *Princípios de Direito Internacional Público*. trad. de Maria Manuela Farrajota [et al.]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 809 p.
- **CONDESSO, FERNANDO DOS REIS** - *Direito à informação administrativa*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1995. 640 p.
- **CREMADES, BERNARDO M.** – “*Third Party Funding in International Arbitration.*” In **CELLI JÚNIOR, U; BASSO, M; AMARAL JÚNIOR, Ad.** - *Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, 1.237 p.
- **DUGAN, CHRISTOPHER F [ET AL.]** - *Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2011. 791 p.
- **PEREIRA, ANDRÉ GONÇALVES; QUADROS, FAUSTO DE** - *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1995. 691 p.
- **PINHEIRO, LUÍS DE LIMA** - *Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005. 702 p.
- **RASMUSSEN, J. LEWIS (ED.)**. - *Peacemaking in international conflict: methods & techniques*. Washington: United States Institute of Peace, 2007. 412 p.
- **REZEK, JOSÉ FRANCISCO** - *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. 463 p.
- **SCHREUER, CHRISTOPH H.** - *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 1466 p.

LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- Lei nº 31/86, de 29 de Agosto
- Lei nº 9.307/06 de 23 de Setembro

- Convenção de Nova Iorque de 1958, disponível em http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf, consulta em 01/03/2015.
- Convenção de Washington de 1965, disponível em https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf, consulta em 05/02/2015.
- Lei Modelo da UNCITRAL, disponível em http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, consulta em 02/02/2015.
- Arbitration Rules e Regras de Transparência da UNCITRAL, disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>, consulta em 02/02/2015.
- Mauritius Convention on Transparency, disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf>, consulta em 01/06/2015.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

- ANZORENA, C. IGNACIO SUAREZ; PERRY, WILLIAM K. - *Protecting Foreign Investments and Arbitration*. Summer 2010, 4 p. Disponível em <http://www.chadbourn.com/files/Publication/f1898f01-febc-4fba-bb94-87ff36d1b1a2/Presentation/PublicationAttachment/8c6065d3-c22f-4a1e-a187-8c94079e98bc/IDQ-2010-03-SuarezAnzorenaPerry.pdf>, consulta em 07/06/2015.
- CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW (CIEL) AND INTERNATIONAL INSTITUTE SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IISD) -
 - *Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to address investor-State Arbitrations*. Rev. December 2007. 17 p. Disponível em https://www.iisd.org/pdf/2008/investment_revising_uncitral_arbitration_dec.pdf, consulta em 31/05/2015.
 - *“Ensuring Transparency”* in investor-State Dispute Resolution under the UNCITRAL Arbitration Rules*. Disponível em https://www.iisd.org/pdf/2010/unicitral_ensuring_transparency.pdf, 5 p. consulta em 20/05/2015.

- EUROPEAN FEDERATION FOR INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (EFILA) -
 - *A response to the criticism against ISDS*. 17 May 2015. 42 p. Disponível em http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the_criticism_of_ISDS_final_draft.pdf, consulta em 10/06/2015.
- GRUPO DE TRABALHO EM DESENVOLVIMENTO E MEIO-AMBIENTE NAS AMÉRICAS - *Globalização, Investimento Estrangeiro e Desenvolvimento Sustentável*, 68 p. disponível em https://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/FDI_WG_Oct08_Portug_Full.pdf, consulta em 06/05/2015.
- SABATER, ANÍBAL - *Towards Transparency in Arbitration (A cautious approach)*. 7 p. Disponível em http://bjil.typepad.com/sabater_final.pdf, consulta em 10/06/2015.
- SCHLEE, PAULA - *Transparência em Arbitragens Internacionais investidor-Estado*. 19 p. Disponível em <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2015/15365.pdf>, consulta em 30/04/2015.
- SCHREUER, CHRISTOPH H. - *Investment Protection and International Relations*. 14 p. Disponível em http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/87_investment_protect.pdf, consulta em 04/02/2015.
- SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL - *A resolução dos litígios sobre investimento estrangeiro no direito arbitral comparado*. - Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Edição Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora: 2010. 22 p. Disponível em <http://arbitragem.pt/conselhos/arb-investimento/doutrina/nacional/resolucao-litigios-investimento-estrangeiro--2010--servulo-correia.pdf>, consulta em 15/03/2015.
- UNCITRAL - UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW
 - *Settlement of commercial disputes - A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1*. 14 p. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/555/89/PDF/V1055589.pdf?OpenElement>, consulta em 16/05/2015.
 - *Settlement of commercial disputes -A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.3*. 11 p. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/556/01/PDF/V1055601.pdf?OpenElement>, consulta em 16/05/2015.
 - <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/search.jsp?match=Search+disputes...>, consulta em 18/06/2015.

- http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, consulta em 25/06/2015.
- UNCTAD - UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT
 - *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014*, nº 2, May 2015. 32 p. Disponível em http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_WEB_DIAE_PCB_2015_%202%20IIA%20ISSUES%20NOTES%2013MAY%20.pdf, consulta em 12/06/2015.
 - *Reform of Investor-State Dispute Settlement: in search of a roadmap*, nº 2, June 2013. 12 p. Disponível em http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf, consulta em 12/06/2015.
 - Disponível em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, consulta em 26/06/2015.