

O Direito Aplicável ao Mérito da Causa na Arbitragem de Investimento: Considerações sobre a *Lex Causae**

The Applicable Law to the Merits in Investor-State Arbitration: Lex Causae Considerations

HUGO CARDONA¹

MCI Arb, Mestre em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidad Complutense de Madrid. Pesquisador do Centro Internacional de Arbitraje, Mediación e Negociación (Ciamen) da Universidad San Pablo CEU. Advogado Associado do Escritório JM Beneyto & Asociados (Madri, Espanha).

RESUMO: O direito aplicável ao mérito da causa é um importante assunto que não têm recebido a devida atenção no contexto da arbitragem de investimento. Este artigo foca na determinação do direito material aplicável, bem como na identificação dos elementos do litígio que precisam ser avaliados pelo direito interno e os que devem ser tratados pelo direito internacional. Conclui-se que o direito aplicável à arbitragem de investimento mantém uma natureza híbrida e, por conseguinte, apresenta desafios aos tribunais internacionais que devem abordar cautelosamente as três questões identificadas da *lex causae*, como um aspecto indispensável para garantir a segurança jurídica na relação investidor-Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem de investimento; direito internacional; direito aplicável; *lex causae*; investidor; Estado.

ABSTRACT: The substantive applicable law is an important issue that has not received enough attention in the context of investment arbitration. This paper focuses on the determination of the applicable law to the merits of the dispute, as well as on the elements that should be assessed by domestic law and those that ought-to be ruled by international law. It concludes that the law governing the substance in investment arbitration maintains a hybrid nature and, therefore, presents challenges to international arbitral tribunals that must cautiously address the three identified questions of the *lex causae*, as a crucial point to provide legal certainty to foreign investors and host States.

KEYWORDS: Investment arbitration; international law; applicable law; *lex causae*; investor; State.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Relevância e complexidade em torno do direito aplicável à arbitragem de investimento; 2 Métodos de escolha do direito aplicável ao mérito do litígio; 2.1 Escolha do direito substantivo aplicável pelas partes; 2.1.1 Escolha do direito aplicável ao fundo do litígio na legislação nacional ou em contratos de investimento; 2.1.2 Escolha do direito substantivo aplicável aos tratados de investimento; 2.2 Escolha implícita do direito substantivo aplicável; 3 Determinação do direito substantivo aplicável em ausência total de escolha pelas partes; 3.1 O artigo 35 do Regulamento de Arbitragem UNCITRAL; 3.2 O artigo 42 da Convenção ICSID; 4 Demandas decorrentes de contrato *versus* demandas com base em um

* As ideias expressadas neste artigo são estritamente pessoais.

1 E-mail: hugo.cardona@jmbeneytoyosociados.com.

tratado; 5 O papel do direito interno na arbitragem de investimento; 6 O papel do direito internacional e as suas fontes na arbitragem de investimento; 6.1 Padrões de proteção de investimentos como o direito aplicável; Conclusões.

INTRODUÇÃO

Considerando a constante evolução do regime jurídico dos investimentos internacionais e da arbitragem investidor-Estado como corolário, o presente artigo tem como objetivo apresentar um panorama das questões que devem ser avaliadas na determinação do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem de investimento e procura identificar os princípios relativos à *lex causae*², destacando-se a substância sobre o processo.

Por meio da apresentação do diálogo entre os sistemas jurídicos nas disputas relativas a investimentos e as suas possíveis respostas, pretende-se oferecer uma visão da sua natureza jurídica especial e da importância de uma abordagem adequada do direito substantivo, não apenas como base nas decisões dos tribunais arbitrais internacionais, mas como elemento favorável à previsibilidade. Contudo, não se procura esgotar a temática, uma vez que notáveis contribuições incumbiram-se de analisar, de diferentes posições perante o direito, os problemas da lei material aplicável³.

Os seguintes elementos compõem, em primeiro lugar, as regras relevantes para a determinação do direito aplicável em escolha das partes e na ausência desta. Em segundo lugar, distinguem-se as reclamações arbitrais decorrentes de tratados e de contratos, bem como os elementos que devem ser avaliados pelo direito interno e aqueles que devem ser tratados pelo direito internacional. Finalmente, as conclusões são refletidas sobre a análise das questões essenciais em relação à *lex causae* na arbitragem de investimento.

2 MCLACHLAN, Campbell. Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework. In: VAN DEN BERG, Albert (ed.). *50 Years of the New York Convention, ICCA Congress*. Series no. 14. The Hague: Kluwer Law International, 2008, p. 95-108. Tradução pelo autor: "LEX CAUSAE [:] A questão do direito aplicável ao fundo na arbitragem de investimento é um assunto de lei aplicável a dois níveis: (a) a identificação, em uma questão de escolha de lei, do sistema ou sistemas jurídicos aplicáveis às questões perante o tribunal, e b) a determinação, dentro de qualquer sistema designado como aplicável, das regras necessárias para decidir a causa"; sobre a *lex causae* e a *lex arbitri*, ver a nota 15; ver também: LIM, Chin; HO, Jean; PAPANINSKIS, Martins. *International Investment Law and Arbitration; Commentary, Awards and other Materials*. 2. ed. Reino Unido: Cambridge University Press, 2021, p. 154.

3 Para referências de amplos estudos, ver: DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2009; ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2010; ELISABETH KJOS, Hege. *Applicable Law in Investor-State Arbitration; The interplay between national and International Law*. Reino Unido: Oxford University Press, 2013; SASSON, Monique. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*. 2. ed. Reino Unido: Wolters Kluwer, 2017; LINARES CANTILLO, Alejandro. *El Derecho Aplicable en el Arbitraje de inversión*. La tensión con el derecho interno. Colección Derecho Económico Internacional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

1 RELEVÂNCIA E COMPLEXIDADE EM TORNO DO DIREITO APLICÁVEL À ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO

A questão do direito aplicável ao mérito da causa entre um investidor estrangeiro e um Estado de acolhimento de capitais, que é debatida no âmbito da arbitragem internacional é, decerto, um dos aspectos mais complexos e polêmicos do direito internacional dos investimentos.

Cada um dos tribunais arbitrais que assume a responsabilidade de resolver uma controvérsia relativa a investimentos estrangeiros deve enfrentar essa questão-chave, que, em princípio, não está sujeita a regras absolutas, mas ao estrito respeito à autonomia da vontade⁴ expressada por meio de um tratado⁵, um contrato de investimento⁶ ou uma norma jurídica interna do Estado de acolhimento⁷.

Contudo, com frequência a manifestação de vontade das partes sobre o direito material a ser aplicado ao mérito da causa, carece de suficiente clareza na forma ou na substância, não determina a hierarquia entre as normas estabelecidas, ou finalmente é inexistente, incerteza significativa que gera longos debates iniciais no contexto da arbitragem internacional devido à relevância da questão para o resultado da causa⁸. Nesse ponto, apresenta-se o primeiro desafio da *lex causae* aplicável ao fundo do litígio na arbitragem transnacional de investimento, e é o relativo à determinação do direito que será considerado⁹ para abordar o conteúdo das normas legais aplicáveis¹⁰.

Por outro lado, a escolha do direito material aplicável aos possíveis impasses futuros da relação econômica investidor-Estado, normalmente inclui uma combinação de normas de ordem interna e internacional, como forma de equilibrar o vínculo jurídico e como reflexo da natureza das partes.

4 BANIFATEMI, Yas. The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration. *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2010. p. 192.

5 Ver: PAULSSON, Jan. Arbitration without Privity. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, v. 10, n. 2, p. 232-257, 1995.

6 Ver: MOURA VICENTE, Dário. Arbitragem de Investimento: A Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 71, n. 3, p. 751-770, 2011; CRAWFORD, James. Treaty and Contract in Investment Arbitration. *Arbitration International*, v. 24, n. 3, p. 351-374, 2008.

7 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2012. p. 254.

8 BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 192. Assinala Banifatemi que, na arbitragem de investimento, assim como na arbitragem comercial internacional, a escolha do direito aplicável é um processo essencial porque o resultado do litígio pode depender, em grande medida, do direito que é determinado como aplicável.

9 A escolha do direito aplicável, ou *choice of law*, é uma técnica do tríptico de questões jurídicas do direito internacional privado (jurisdição e competência internacional, direito aplicável e reconhecimento e execução de sentenças) que, naturalmente, é útil no campo da arbitragem de proteção de investimentos estrangeiros.

10 Ver: LINARES CANTILLO, Alejandro. *El Derecho Aplicable en el Arbitraje de inversión; La tensión con el derecho interno*. Colección Derecho Económico Internacional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. p. 53.

Enquanto o Estado de acolhimento tende a advogar pela aplicação de sua legislação nacional, o investidor estrangeiro tende a refugiar-se no direito internacional¹¹.

Com efeito, a própria configuração do sistema de proteção de investimentos, que, na essência, julga a conduta estatal para determinar sua possível responsabilidade internacional¹², é o fruto de uma histórica tensão de forças entre a aplicação do direito doméstico¹³, como reafirmação de soberania, e do direito internacional e de suas respectivas fontes¹⁴, como garantia do padrão mínimo de tratamento aos investimentos estrangeiros¹⁵. Nesse sentido, a *lex causae*¹⁶ mantém uma natureza híbrida¹⁷ que reacende o debate sobre a relação hierárquica, de igualdade ou de especialidade entre o direito interno e o direito internacional.

Esse diálogo de normas manifesta-se de forma particular na arbitragem de investimento, cuja decisão resultante pode ser afetada por diversos corpos normativos¹⁸. Por conseguinte, na abordagem do direito material, é necessário avaliar: i) o instrumento invocado; ii) os elementos jurídicos em debate; e iii) suas respectivas fontes, para determinar a aplicabilidade das normas substantivas à controvérsia específica¹⁹.

Adicionalmente, é oportuno analisar as questões que são reguladas pelo direito interno e aquelas que devem ser avaliadas pelo direito internacional, para concluir sobre a maneira como os sistemas devem conjugar de forma coerente e consistente no litígio e perante a decisão arbitral. Nesse ponto, surge o

11 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, p. 254.

12 Ver: MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; WEINIGER, Matthew. *International Investment Arbitration; Substantive Principles*. 2. ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2017. p. 415, 9.07.

13 Neste artigo, os termos direito interno, direito doméstico, direito local, direito municipal ou direito estatal são utilizados como sinônimos. Também os termos lei substantiva, lei material, direito substantivo, direito material ou direito de fundo.

14 Sobre o conteúdo das fontes do direito internacional, analisa-se o art. 38 (1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ).

15 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, p. 254.

16 Sobre esse ponto, é conveniente fazer a distinção inicial sobre as regras aplicáveis na controvérsia arbitral relativa a investimentos: i) O direito aplicável ao processo arbitral ou *lex arbitri*, encarregado de regular os aspectos processuais da arbitragem e questões como a validade, o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais; ii) O direito aplicável aos aspectos jurisdicionais ou às regras para determinar o âmbito da convenção de arbitragem; iii) O direito aplicável ao mérito do litígio ou *lex causae*, que determina o conteúdo dos direitos em disputa, questão que é objeto da presente análise.

17 Ver: DOUGLAS, Zachary. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law*, v. 74, n. 1, p. 151-290, 2003.

18 Ver: ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2010. p. 58.

19 CRAWFORD, *Op. cit.*, nota 5. Em relação a um contrato ou a um tratado; *infra*, nota 28.

segundo desafio da *lex causae* aplicável na arbitragem de investimento, e está relacionado com o processo de aplicação das normas substantivas²⁰.

O exposto motivou autores como o Professor Zachary Douglas a propor uma série de regras sobre o direito aplicável²¹ às diferentes questões que se apresentam na complexidade das arbitragens entre investidores e Estados²². Para contextualizar, faz-se referência a um típico exemplo de relação jurídica sobre investimentos estrangeiros: o investidor é geralmente uma pessoa jurídica constituída ao abrigo de uma legislação estatal, ao passo que seu investimento contempla um conjunto de direitos adquiridos e reconhecidos conforme o direito nacional de outro Estado. O investimento, para ser objeto de proteção jurídica internacional, deve se enquadrar dentro da definição de investimento estabelecida no tratado aplicável. Os atos do Estado de acolhimento podem gerar sua responsabilidade (regulada nos artigos da Comissão de Direito Internacional²³), em caso de violação dos padrões de tratamento contemplados no tratado de investimento, conforme o direito internacional, suas fontes e regras de interpretação. Se o tribunal arbitral tem jurisdição para avaliar os litígios contratuais entre o investidor e uma entidade estatal (no caso de mediar contrato entre ambos), seus direitos serão determinados pelo sistema jurídico que regula o contrato. Em suma, o regime legal substantivo aplicável à arbitragem de investimento envolveria um conglomerado de normas jurídicas que regulam questões distintas ao interior da controvérsia, portanto, é necessário abordá-las com prudência²⁴.

Com efeito, o Professor Salacuse identificou a interação entre três sistemas jurídicos aplicáveis aos investimentos estrangeiros, que se refletem nos processos de arbitragem internacional: i) o direito nacional do Estado de acolhimento e o direito do Estado onde o investidor foi constituído; ii) o direito de contratos acordado entre o investidor e o Estado; e iii) o direito internacional,

20 LINARES CANTILLO, Alejandro. *Op. cit.*, nota 19, p. 53.

21 Ver: DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2009. p. 39 e ss.

22 Superados os obstáculos de jurisdição, normalmente invocados na arbitragem de investimento, a análise foca-se no direito aplicável às questões materiais em *stricto sensu*. Para fins desse artigo, consideram-se as questões de mérito, deixando de lado os aspectos sobre a jurisdição, a admissibilidade, a legitimação ativa/passiva e as questões processuais. DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, p. 39.

23 Resolução aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas 56/83 sobre a Responsabilidade do Estado pelos Fatos Internacionalmente Ilícitos [sobre a base do relatório da Sexta Comissão (A/56/589 y Corr.1)]. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

24 DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, p. 40.

que engloba os tratados de investimento²⁵, o direito internacional consuetudinário²⁶ e os princípios gerais de direito²⁷.

No caso de uma demanda ao abrigo de um tratado²⁸, requer-se uma especial atenção ao direito internacional público, cujas fontes tornam-se parte da análise²⁹, e o direito dos investimentos apresenta-se imponente por meio dos padrões de proteção contemplados nos tratados bilaterais de investimento (doravante designados BITs)³⁰, que se colocam no ponto mais alto do debate e da decisão arbitral. O aspecto referido salienta o terceiro problema da *lex causae*, que é o relativo à interpretação ou ao valor que o tribunal arbitral vai outorgar a cada elemento jurídico material e a seu conjunto, em consideração dos fatos e de sua respectiva subsunção ao direito.

Em consequência, o direito aplicável ao mérito do litígio em matéria de investimentos estrangeiros apresenta uma série de questões cujas respostas nem sempre são pacíficas³¹, mas sua abordagem permite observar os princípios que governam a determinação e aplicação da *lex causae* no contexto da arbitragem de investimento.

2 MÉTODOS DE ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO DO LITÍGIO

Para determinar o direito aplicável à arbitragem de investimento, inicialmente deve-se avaliar se o instrumento que outorga autoridade ao tribunal para resolver a causa. Nesse aspecto, foram geradas duas teorias principais: a teoria da sede e a teoria da deslocalização³².

25 Pode tratar-se de tratados bilaterais de investimento (TBIs-BITs), também conhecidos como Tratados de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (BITs), tratados multilaterais de investimento, como o Tratado sobre a Carta da Energia (TCE), ou tratados de livre comércio com previsões sobre investimentos, como o tratado USMCA ou T-MEC.

26 Ver: DUMBERRY, Patrick. *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2018. p. 351 e ss.

27 Ver: SALACUSE, Jeswald. *The Three Laws of International Investment*. Reino Unido: Oxford University Press, 2013. p. 47.

28 Ver: CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David. Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Investment Disputes. In: HORN, Norbert; KRÖLL, Stefan M. (eds.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*. The Hague: Kluwer Law International, p. 325-351, 2004, p. 325-328.

29 Em particular, as fontes estabelecidas no art. 38 do Estatuto da CIJ, como conclui o Professor Dolzer em: DOLZER, Rudolf. *Contemporary Law of Foreign Investment; International Investment Law for the 21st Century*. Essays in honor of Christoph Schreuer. Reino Unido: Oxford University Press, 2009.

30 SALACUSE, Jeswald. *Op. cit.*, p. 47. Como assinala o Professor Salacuse em referência a Schreuer, quando se aborda a questão das obrigações substantivas contempladas nos tratados de investimento, faz-se referência aos padrões de proteção presentes na maioria dos tratados bilaterais ou tratados multilaterais de investimento. Esse ponto é relevante para determinar se se trata de uma demanda ao abrigo de um tratado (*treaty claim*) ou baseada em um contrato (*contractual claim*). Sobre esse ponto, ver a Seção 4 deste artigo.

31 ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, nota 18, p. 22.

32 Ver: ELISABETH KJOS, Hege. *Applicable Law in Investor-State Arbitration*. Reino Unido: Oxford University Press, 2013. p. 19.

A primeira fundamenta-se no princípio da territorialidade e da revisão judicial das sentenças arbitrais e estabelece que a autoridade dos árbitros provém da lei do Estado em que se encontra a sede da arbitragem, mesma que pode outorgar a liberdade de escolher o regulamento de arbitragem aplicável à causa. Esse é o caso, por exemplo, das arbitragens internacionais regidas pelo regulamento de arbitragem UNCITRAL³³.

A segunda teoria é baseada na ordem jurídica internacional. Esse é o caso, por exemplo, dos conflitos arbitrais sob a Convenção e Regras ICSID³⁴, por meio da qual o processo mantém mínimo contato com os órgãos judiciais. Nesse caso, a autoridade dos tribunais arbitrais internacionais flutua, por uma parte, na adesão dos Estados à Convenção ICSID, e, por outra, na decisão do investidor de iniciar uma reclamação de arbitragem em contra de um Estado de acolhimento, protegido por um instrumento legal no qual o Estado concordou em conceder jurisdição ao ICSID para resolver os conflitos relativos aos investimentos em questão³⁵.

Tanto para os tribunais com sede territorial quanto para os deslocalizados, distinguem-se duas situações nas quais o direito substantivo aplicável ao mérito do litígio deve ser consolidado: 1) quando as partes tiverem escolhido o direito aplicável; 2) quando o direito aplicável não tiver sido escolhido.

2.1 ESCOLHA DO DIREITO SUBSTANTIVO APLICÁVEL PELAS PARTES

A autonomia da vontade é um pilar central tanto na arbitragem comercial quanto na arbitragem de investimento³⁶, e os tribunais internacionais têm a obrigação de aplicar as normas jurídicas materiais estabelecidas pelas par-

33 Neste artigo, faz-se referência à Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CNUDMI), por meio da sigla UNCITRAL. Também, faz-se referência aos processos realizados por meio do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, sem prejuízo da possibilidade de recorrer a arbitragens administradas por instituições especializadas como a Câmara de Comércio Internacional (CCI), a London Court of International Arbitration (LCIA), o Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) ou a Permanent Court of Arbitration (PCA), por exemplo.

34 A Convenção ICSID é um tratado multilateral em vigor desde 1966, ratificado por 156 Estados atualmente, que fornece a estrutura processual comum para a resolução de controvérsias entre investidores e Estados. Por meio da Convenção, cria-se o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (ICSID) e determina-se seu *status* jurídico (doravante, Convenção ICSID ou Convenção de Washington).

35 PAULSSON, Jan. *Op. cit.*, nota 4.

36 Assinalam Thomas e Dhillon que, no contexto dos tratados de investimento, existem dois tipos de autonomia das partes: a) a autonomia dos Estados exercida ao formular os termos do tratado internacional (incluindo o mecanismo arbitral com base no qual o reclamante formalizará sua vontade no momento da apresentação da reclamação arbitral); e b) a autonomia das partes em litígio, depois de concordar o direito aplicável, considerando as previsões do tratado. Nesse ponto, os autores enfatizam que a escolha resulta geralmente do exercício da autonomia dos Estados que estabeleceram o direito aplicável no tratado, embora alguns tribunais basearam-se na concepção do direito aplicável determinado pelas partes em disputa, quando os Estados partes não o designaram inicialmente. Ver: THOMAS, Christopher; DHILLON, Harpreet. *Applicable Law under International Investment Treaties*. *Singapore Academy of Law Journal*, n. 26 SAclJ, p. 975-998, 2014, p. 977.

tes³⁷. Nesse aspecto, tanto a Convenção ICSID, no seu art. 42 (1), quanto o Regulamento de Arbitragem UNCITRAL de 2010, no seu art. 35 (1), preveem a faculdade da livre escolha do direito aplicável ao litígio pelas partes e, na sua ausência, estabelecem as regras para sua respectiva determinação.

Quando os Estados ou as partes em litígio escolhem com clareza a lei substantiva aplicável, inicialmente os tribunais arbitrais não encontram maiores dificuldades para superar os problemas da *lex causae*. No entanto, em que pese a importância do rigor na linguagem utilizada nos contratos e tratados³⁸, nem sempre as cláusulas são redigidas com a suficiente atenção, dando origem a imprecisões que devem ser avaliadas no contexto do processo arbitral³⁹. Contudo, a escolha das partes do direito aplicável ao mérito da *litis* é expressada, essencialmente, por meio das normas legais internas do Estado de acolhimento, nos contratos de investimento ou nos tratados internacionais de investimentos⁴⁰.

2.1.1 Escolha do direito aplicável ao fundo do litígio na legislação nacional ou em contratos de investimento

Existe a possibilidade de que os Estados determinem as normas substantivas aplicáveis aos conflitos com os investidores estrangeiros, por meio do seu direito interno⁴¹, por exemplo, através de leis de investimento, de arbitragem ou outras normas setoriais⁴². A prescrição legal, regulamentar ou, em alguns casos, constitucional, torna-se um acordo arbitral e uma escolha válida do direito aplicável no momento da confirmação escrita pelo investidor, como é a apresentação do requerimento de arbitragem⁴³.

No caso dos contratos de investimento, trata-se de acordos, geralmente, entre uma empresa multinacional ou um conglomerado de empresas e um Estado ou uma entidade estatal, para realizar projetos de envergadura, na sua maioria a médio e longo prazo. Inicialmente, foram realizados por meio de contratos de concessão e, posteriormente, foram adquirindo modelos conforme as

37 *Infra*, nota 53. Sobre esse ponto, convém assinalar que a manifesta falta de aplicação do direito aplicável ao litígio pelas partes do litígio pode constituir-se em um excesso de poder do tribunal, que colocaria em risco a sentença arbitral de conformidade com a previsão do art. 52.1 b) da Convenção ICSID.

38 Considera-se apropriado sublinhar a expressão em latim, *in claris non fit interpretatio*, a qual salienta que um texto legal que não mantenha discordância no seu significado, não requer maiores indagações por parte do juiz ou, nesse caso, do tribunal de arbitragem. A sua utilização tem sido constante no Direito continental, assim como no Direito anglo-saxão. Assinala o jurista espanhol Frederico de Castro y Bravo que o primeiro antecedente do termo nos tribunais espanhóis aparece em uma sentença de 19 de novembro de 1891 do Tribunal Supremo. Ver: DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Madri: Civitas, 1984. p. 468.

39 Ver: BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, nota 3, p. 198. Por sua parte, Banifatemi assinala que a escolha deve ser realizada de forma clara e inequívoca. Ver nota 70.

40 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, nota 7.

41 *Ibid.*, nota 39.

42 MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; WEINIGER, Matthew. *Op. cit.*, nota 11, p. 44.

43 PAULSSON, Jan. *Op. cit.*, nota 4.

características do projeto e do setor econômico específico. Por exemplo, contratos de licença, de serviços, de risco compartilhado, contratos de operação conjunta, entre outras formas contratuais modernas⁴⁴.

No que diz respeito à escolha do direito aplicável ao fundo nos contratos de investimento, convém observar a evolução da *lex causae* junto à “internacionalização dos contratos de Estado”⁴⁵. Nessa etapa prévia à Convenção ICSID, o direito doméstico tinha um papel predominante, e o direito internacional limitava-se a cumprir uma função corretiva ou suplementar. Na ausência de escolha da lei aplicável, recorria-se às técnicas do direito internacional privado⁴⁶, como a valorização dos vínculos mais próximos da relação jurídica. Naturalmente, era frequente a remissão ao direito nacional do Estado de acolhimento, por existir mais pontos de contato com o referido sistema jurídico⁴⁷.

Por meio desse método, foi considerado que o risco da modificação do regime legal interno por parte do Estado, como um meio para justificar possíveis quebras contratuais, era latente. A alternativa para proteger o investidor foi a abertura à escolha de sistemas legais transnacionais ou “anacionais”⁴⁸. Dessa forma, poderiam elevar-se as obrigações a um nível supranacional, de modo que o incumprimento de um contrato de investimento fosse suscetível de constituir-se em um ato contrário ao direito internacional⁴⁹, capaz de gerar a responsabilidade do Estado⁵⁰. Em consequência, uma ação estatal contrária às previsões contratuais poderia representar a violação dos padrões de proteção

44 NADAKAVUKAREN, Krista. *International Investment Law; Text, cases and Materials*. Massachusetts: Edward Elgar, 2013. p. 54.

45 ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, nota 18, p. 84 e ss.

46 Ver: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. 3. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 461 e ss.

47 Outros aspectos a ter em consideração são o assunto em disputa e a confluência de elementos ou fontes de direito aplicáveis que requerem ser considerados conforme as técnicas de determinação do direito internacional privado, tais como a “caracterização” ou qualificação da relação jurídica. Ver: DOUGLAS, *op. cit.*, nota 21, p. 45-52. Sobre esse ponto, cabe sublinhar que as normas da sede da arbitragem sobre a determinação da lei aplicável, constituem o ponto de partida para os tribunais com base territorial. Porém, salienta-se que os regulamentos de arbitragem, sob os quais as partes decidiram resolver suas controvérsias, desempenham um papel essencial, por que esses podem conter os métodos de determinação da lei aplicável ante a omissão de escolha. Ver: KJOS, Elisabeth. *Op. cit.*, p. 65-66.

48 ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, nota 18, p. 85.

49 Como é analisado no subtítulo 4 deste artigo, no atual regime de proteção de investimentos, fundamentalmente por meio de BITs, uma vulneração contratual não constitui necessariamente uma violação de um Tratado de Investimento que possa representar a responsabilidade internacional do Estado. Contudo, persiste a possibilidade de que, em alguns casos, a quebra grave de contrato pode constituir, por sua vez, uma violação do BIT. Por exemplo, em virtude de uma cláusula guarda-chuva ou *umbrella clause*. Esta representa uma previsão de respeito às obrigações contratuais adquiridas com um investidor estrangeiro, que transforma a vulnerabilidade do contrato em vulnerabilidade do Tratado, a ser julgada sob o direito internacional. Ver: JAIME RAMÍREZ, Margie-Lys. De la distinción entre *treaty claims* y *contract claims* dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones. *Revista Peruana de Arbitraje* 4/2007, Lima: Magna Edições, p. 157-181, 2007; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Sistema de Derecho Económico Internacional*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010. p. 406; BOTTINI, Gabriel. *Admissibility of Shareholder Claims under Investment Treaties*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020. p. 215-217.

50 Ver: CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility; Introduction, texts and Commentaries*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2002.

contemplados nos tratados de investimento⁵¹. Essas extensões do padrão mínimo de tratamento do direito internacional consuetudinário, seriam úteis para fornecer maior proteção aos investimentos estrangeiros e, quando apropriado, demonstrar a responsabilidade internacional do Estado perante um tribunal externo a seu próprio poder judicial. Dessa forma, como assinala o Professor Cremades, a arbitragem se converteu na resposta da globalização dos contratos administrativos, e a jurisprudência arbitral em um verdadeiro catalisador do novo direito internacional econômico⁵².

Na atualidade, a escolha do direito substantivo aplicável ao mérito de causa em contratos de investimento pode remeter a distintas ordens jurídicas, que vão desde a referência ao direito do Estado de acolhimento, até a escolha exclusiva do direito internacional, ou aos princípios gerais de direito⁵³.

De acordo com a resolução do Instituto de Direito Internacional sobre a Arbitragem entre Estados, Empresas Estatais ou Entidades Estatais e Empresas Estrangeiras de 1989, a liberdade de escolha do direito aplicável ao mérito da controvérsia na arbitragem de investimento estaria garantida e seria possível escolher normas jurídicas de origem estatal ou supranacional⁵⁴. Por exemplo, as partes poderiam prescrever a aplicação do direito municipal do Estado de acolhimento, o direito nacional junto a uma cláusula de estabilização⁵⁵, parcialmente a lei local com exclusão de determinados âmbitos da regulação interna⁵⁶, o direito de um terceiro Estado, o direito local combinado com o direito internacional junto aos princípios gerais de direito ou o direito internacional como parte integrante do direito interno do Estado de acolhimento⁵⁷. Para além

51 SCHREUER, Christoph. *Investments, International Protection*. Max Planck Encyclopedias of International Law. Reino Unido: Oxford Public International Law, 2011. par. 48-95.

52 CREMADES, Bernardo. El arbitraje internacional em la encrucijada de la crítica. *Revista Argentina de Arbitraje* [em linha], n. 2, 2018. p. 28. Disponível em: <<https://www.cremades.com/pics/contenido>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

53 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, nota 7, p. 81.

54 ELISABETH KJOS, Hege. *Op. cit.*, nota 32, p. 70. Em referência à sessão do Instituto de Direito Internacional de 1989, ver: Disponível em: <https://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_01_en.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

55 Ver: DE LIMA PINHEIRO, Luis. Introdução à arbitragem de investimentos no setor da energia perante as ordens jurídicas portuguesa e angolana. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 75, n. 1, p. 17-38, jan.-jun. 2015. p. 29. as cláusulas de estabilização nos contratos de investimento consistem na própria proibição do Estado de acolhimento de alterar o regime jurídico interno em uma determinada área. Como assinalam Dolzer e Schreuer, normalmente a intenção do investidor centra-se na estabilidade do contrato celebrado com o Estado e, por isso, procura prever que as modificações na legislação do Estado não sejam aplicadas ao contrato. Outra forma das cláusulas de estabilização são as *freezing clauses*, conforme as quais se estabelece como lei aplicável ao contrato o direito estatal, como se encontra em vigor no momento da celebração do contrato. Ver: DOLZER; SCHREUER, *Op. cit.*, p. 83.

56 Ver: UNCTAD. *Course on Dispute Settlement, Module 2.6*. ICSID Applicable Law. New York and Geneva: United Nations, 2003. p. 11; Como assinala o Professor Tawil, as partes podem acordar pela aplicação de regras de origens distintas. Por isso, as cláusulas de escolha da lei podem referir-se a vários sistemas jurídicos cumulativos ou submeter partes do contrato a diferentes sistemas jurídicos; processo chamado *dépeçage*. Assim também, podem deixar de lado determinados aspectos de um sistema legal escolhido para reger a relação jurídica. Igualmente, podem escolher a aplicação de instrumentos de *soft law*.

57 ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, nota 18, p. 230-233.

disso, seria possível optar pelos princípios UNIDROIT, a nova *lex mercatória* ou o direito transnacional⁵⁸.

Ainda que o espectro descrito corresponda a uma visão geral das possibilidades da lei aplicável aos contratos de investimento, é certo que a prática mostra uma preferência pela escolha do direito interno, juntamente com as disposições do direito internacional e suas respectivas fontes.

2.1.2 Escolha do direito substantivo aplicável em tratados de investimento

A partir da entrada em vigor da Convenção ICSID, adquiriu preponderância o sistema dos tratados de investimento⁵⁹, refletindo que os tribunais de arbitragem internacional desde então têm recorrido, cada vez com maior frequência, aos textos dos BITs como lei material para resolver as controvérsias relativas a investimentos.

Embora a Convenção ICSID não contemple previsões de direito substantivo, os BITs tornaram-se instrumentos importantes que fornecem o desenvolvimento moderno do direito internacional dos investimentos, em grande medida, por meio das cláusulas de resolução de controvérsias. Essas incorporam, em muitas ocasiões, mas não em todas, preceitos sobre o direito substantivo aplicável da causa e geralmente incluem referências ao próprio tratado, ao direito estatal, ao direito internacional juntamente com suas normas e seus princípios e, ocasionalmente, às disposições dos contratos de investimento⁶⁰. Como exemplo, o art. 8 do BIT entre o Reino Unido e a República Argentina estabelece:

(4) O tribunal arbitral decidirá a disputa de acordo com as disposições deste tratado, com o direito da parte contratante envolvida na disputa – incluídas suas normas relativas a conflito de leis – com os termos dos tratados especiais con-

58 Ver: JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 113. Em 1956, o Professor Philip Jessup fez referência ao termo “direito transnacional” em três importantes conferências proferidas na Universidade de Yale. O professor relatou o caráter transnacional das situações jurídicas do mundo moderno, que podem incluir a indivíduos, empresas, organizações, Estados e outros grupos. Referiu-se ao direito aplicável à complexa inter-relação da comunidade global. No lugar de referir-se ao direito internacional, cujo significado seria limitado a situações internacionais, utilizou o termo direito transnacional, de modo que incluíse todo direito que regule os eventos e as transações jurídicas transfronteiriças que envolvam sujeitos de direito público e privado; ver: ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 154. No campo do direito dos investimentos, a escolha do direito transnacional como o direito aplicável ao litígio é abordada pelo Professor espanhol Zambrana Tevar, quem cita inicialmente a Berthold Goldman como impulsionador da ideia de uma nova *Lex Mercatoria* como norma substantiva aplicável aos contratos internacionais.

59 A era moderna do direito internacional dos investimentos começou com a subscrição do BIT entre Alemanha e Paquistão no ano de 1959. A partir deste contexto histórico, Alemanha começou um programa de negociação e conclusão de tratados bilaterais com o objetivo de proteger as empresas nacionais com investimentos no exterior. Essa iniciativa foi importante para que diferentes nações europeias, os Estados Unidos e a China, seguissem a mesma tendência. Ver: DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, p. 9.

60 UNCTAD. *Op. cit.*, nota 56, p. 11.

cluídos com relação ao investimento e com os princípios do direito internacional aplicáveis. A decisão arbitral será definitiva e obrigatória para ambas partes.⁶¹

Em relação ao conteúdo textual dessas disposições, conforme foi mencionado anteriormente, é evidente que o trabalho dos tribunais arbitrais é facilitado quando os Estados refletem no tratado uma opção de sistema jurídico aplicável, em termos claros. Cita-se como exemplo o revogado Tratado de Livre Comércio da América do Norte (TLCAN)⁶², que no seu art. 1131 (1) assinalava: “1. Um tribunal estabelecido de acordo com esta seção decidirá as controvérsias submetidas à sua consideração de conformidade com este tratado e com as regras aplicáveis do direito internacional”.

Outros tratados adotam uma abordagem diferente, escolhendo um modelo de normas aplicáveis sem dar necessariamente uma orientação sobre sua hierarquia ou ordem de aplicação⁶³. Por exemplo, o art. 8 do BIT entre os Países Baixos e a República Checa estabelece:

(6) O tribunal arbitral decidirá sobre a base da lei, tendo em conta em particular, mas não exclusivamente:

- O direito em vigor da parte contratante em questão
- As disposições do presente tratado, e outros tratados pertinentes entre as partes contratantes;
- As disposições dos tratados especiais relativos a investimentos;
- Os princípios gerais de direito internacional.⁶⁴

A cláusula denota a amplitude e ausência de menção à ordem de aplicação das referidas normas, razão pela qual, em situações semelhantes, os tribunais aplicaram o próprio tratado.

De acordo com o Professor Douglas, existem três fontes jurídicas substantivas para a resolução de toda controvérsia sobre investimentos estrangeiros: i) o direito interno do Estado de acolhimento (incluindo os tratados internacionais como parte do seu sistema jurídico interno); ii) o próprio tratado de investimen-

61 Tratado entre o Governo do Reino Unido e Irlanda do Norte e o Governo da República Argentina para a Promoção de Investimentos, de 11 de dezembro de 1990. Tradução pelo autor. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/161/argentina---united-kingdom-bit-1990>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

62 O Tratado foi substituído pelo atual Tratado entre o México, o Canadá e os Estados Unidos (T-MEC).

63 THOMAS, Christopher; DHILLON, Harpreet. *Op. cit.*, nota 36, p. 989.

64 Art. 8 do Tratado de Investimentos entre os Países Baixos e a República Checa de 1991. Tradução pelo autor. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/968/download>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

to; iii) os princípios gerais de direito internacional⁶⁵. Essas fontes se tornariam o denominador comum da maioria das disposições sobre a escolha expressa do direito aplicável às disputas decorrentes de tratados de investimento.

2.2 ESCOLHA IMPLÍCITA DO DIREITO SUBSTANTIVO APLICÁVEL

Outra forma de definir o direito material aplicável à arbitragem investidor-Estado consiste em observar uma possível escolha implícita nos contratos ou no comportamento posterior das partes. Por exemplo, em suas alegações e apresentações escritas perante o tribunal arbitral como a confirmação da sua própria determinação do sistema substantivo aplicável⁶⁶.

No caso *AAPL c. Sri Lanka*, o tribunal observou que as partes não tiveram a oportunidade de escolher a lei aplicável por não ter celebrado a convenção de arbitragem de forma direta. Entretanto, a determinação do direito aplicável ao litígio materializou-se na conduta das partes no processo arbitral⁶⁷. Essa observação levou ao tribunal a concluir o seguinte: “[...] ambas as partes agiram de maneira a demonstrar seu mútuo acordo em considerar as disposições do tratado bilateral de investimento Sri Lanka/Reino Unido como a principal fonte de normas legais aplicáveis”⁶⁸.

Igualmente, no caso *Amco c. Indonésia*⁶⁹, o tribunal arbitral determinou que, uma vez que as partes não chegaram a um acordo sobre o sistema jurídico aplicável, o direito indonésio devia ser aplicado ao caso, juntamente com as normas do direito internacional, de acordo com as disposições do art. 42 da Convenção ICSID. O tribunal arbitral considerou a confirmação dessa escolha implícita da lei aplicável, no fato de que ambas as partes não somente não tinham negado a aplicabilidade desses sistemas jurídicos, mas tivessem referido constantemente a ambos os sistemas legais nos seus escritos e alegações⁷⁰.

Não pode, contudo, minimizar-se a importância desse método, mas deve ser abordado com cautela. Com efeito, de acordo com o princípio da liberdade de escolha da lei aplicável, a determinação implícita não pode ter lugar sem a verificação de uma intenção clara das partes de submeter-se a um determinado sistema ou sistemas jurídicos. Nesse sentido, na sentença arbitral do caso

65 Ver: DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, nota 16, p. 194.

66 UNCTAD. *Op. cit.*, nota 56, p. 17.

67 UNCTAD. *Op. cit.*, nota 56, p. 13.

68 UNCTAD. *Op. cit.*, nota 56, p. 13. Tradução pelo autor.

69 Caso *Amco Asia Corporation e outros c. República de Indonésia*, Caso ICSID no. ARB/81/1. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/3475>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

70 *Ibid.*, nota 56, p. 13. Caso *Amco Asia Corporation e outros c. República de Indonésia*, Caso ICSID no. ARB/81/1. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/3475>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena (CDSE) c. República de Costa Rica, o tribunal arbitral determinou:

63. O art. 42 (1) da Convenção ICSID não exige que o acordo das partes sobre a lei aplicável seja por escrito, nem que seja indicada expressamente. No entanto, para que o tribunal considere que o referido acordo foi implícito, deve primeiro verificar que a substância do acordo, independentemente de sua forma, é clara. Havendo revisado e considerado os argumentos orais e escritos da respondente sobre este assunto, e analisado os documentos a que fomos remetidos, incluindo, em particular, a Emenda Helms e documentos relacionados, o Tribunal não pode concluir que as partes chegaram a um acordo claro e inequívoco de que a sua disputa seria decidida pelo Tribunal unicamente de conformidade com o direito internacional.⁷¹

Portanto, ainda que o método de determinação da lei aplicável ao mérito do litígio por escolha implícita das partes seja válido, deve ser analisado pelos tribunais arbitrais com razoável certeza, de acordo com as circunstâncias do caso⁷².

3 DETERMINAÇÃO DO DIREITO SUBSTANTIVO APLICÁVEL EM AUSÊNCIA TOTAL DE ESCOLHA PELAS PARTES

Uma vez verificada a ausência de escolha (expressa ou implícita) do direito aplicável ao mérito da causa⁷³, o tribunal deve resolver a situação e garantir a proteção arbitral efetiva. Nesse sentido, deverá aproximar-se ao regulamento de arbitragem do caso, para avaliar quais são as disposições a respeito da lei aplicável⁷⁴. Nesse campo, as regras de arbitragem cumprirão duas funções:

71 *Caso Compañía del Desarrollo de Santa Elena (CDSE) c. República de Costa Rica*. Tradução pelo autor. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/3413>. Acesso em: 13 mar. 2022. Como assinala Banifatemi, a escolha da lei aplicável deve ser feita de forma clara e inequívoca, e a escolha implícita não pode ser determinada sem uma intenção clara das partes para esse fim. Ver: BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 198.

72 UNCTAD. *Op. cit.*, nota 56, p. 12.

73 GRAHAM, James. El décimo aniversario de la Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje. Algunas breves observaciones sobre el pasado, presente y futuro del arbitraje en América Latina. *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, v. X, n. 1, p. 7-22, 2010. p. 15. Sobre esse ponto, Graham levanta a seguinte pergunta: “Qual a lei aplicável em matéria de investimentos estrangeiros, quando as partes não preveem cláusula de *electum juris*? A questão existe desde a criação do ICSID e acreditamos que hoje mais do que nunca a pergunta merece toda a atenção, dada a diversidade e variedade de fontes invocadas perante os árbitros”. Tradução pelo autor.

74 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Op. cit.*, p. 461 e ss.

1. Fornecer autoridade legal aos árbitros para “caracterizar”⁷⁵ ou qualificar as questões em litígio⁷⁶.
2. Servir de fonte para determinar a *lex causae* aplicável.

Em relação à primeira função, os regulamentos de arbitragem legitimam o tribunal para articular a *lex causae* aplicável ao mérito da disputa por meio de fontes formais como os princípios do direito internacional privado ou os princípios derivados da arquitetura particular do tratado de investimento em questão, no caso de uma demanda baseada em um BIT⁷⁷. Sobre este último aspecto, o Professor Douglas aponta:

91. O direito aplicável às questões suscitadas no contexto de um litígio sobre investimentos deve ser determinado pelo tribunal arbitral através de um processo de caracterização da questão, selecionando uma escolha adequada da regra de direito, determinando o sistema jurídico aplicável por referência ao fator de conexão relevante.⁷⁸ O tribunal deve, na medida do possível, tentar caracterizar a disputa por referência a categorias jurídicas de aplicação universal [...].⁷⁹

No que diz respeito à segunda função sobre a determinação do direito aplicável ao abrigo dos regulamentos de arbitragem, devem ser observadas as diferenças entre os procedimentos baseados nas Regras de Arbitragem da UNCITRAL e o sistema de arbitragem internacional ao abrigo da Convenção ICSID, como poderá ser observado.

3.1 O ARTIGO 35 DO REGULAMENTO DE ARBITRAGEM UNCITRAL

Segundo o art. 35 (1) do Regulamento de Arbitragem UNCITRAL de 2010⁸⁰, “o tribunal arbitral aplicará as normas do direito que as partes tenham indicado como aplicáveis ao fundo do litígio. Se as partes não indicarem as normas aplicáveis, o tribunal arbitral aplicará a *lei que estimar apropriada*”⁸¹.

75 A caracterização é um conceito do direito internacional privado anglo-saxão, que se refere ao processo de qualificação jurídica. É utilizado para determinar as regras de escolha da lei aplicável, com base nos elementos e nas circunstâncias do caso. O presente artigo refere-se ao termo em várias ocasiões. Como é apontado pelo Professor Zambrana Tevar: “Antes da determinação do direito aplicável, alguns tribunais consideram necessário analisar a natureza da reclamação e a relação jurídica entre o Estado e o investidor, para posteriormente escolher a norma de conflito apropriada” (ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 184. Tradução pelo autor); ver o assunto *Macmillan Inc c. Bishopsgate Investment Trust Plc* (n. 3) 1996, 1 WLR 387; decisão de anulação do Comitê *ad hoc* no caso *MTD Equity Sdn. Bhd. e MTD Chile S.A. c. República de Chile*, ICSID Caso no. ARB/01/7; DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, nota 20, p. 45.

76 Ver: DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, nota 21, p. 45.

77 DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, nota 21, p. 44.

78 UNCTAD. *Op. cit.*, nota 56.

79 DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, nota 21, p. 46.

80 THOMAS; DHILLON, *op. cit.*, nota 36.

81 Art. 35 de Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, versão de 2010. Disponível em: <<https://docs.pca-cpa.org/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CNUDMI-de-2010.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

Em contraste, a versão de 1976 do Regulamento estabelece no seu art. 33 (1): “O tribunal arbitral aplicará a lei que as partes indicarem como aplicável ao mérito da controvérsia. Se as partes não indicarem a lei aplicável, o tribunal arbitral aplicará o direito determinado pelas normas de conflito de leis que considera aplicáveis”⁸².

Como pode apreciar-se, em ambas as disposições os árbitros têm competência para determinar a *lex causae* aplicável ao litígio em caso de ausência total de escolha⁸³. No entanto, identificam-se duas diferenças relevantes:

Em primeiro lugar, conforme as Regras de Arbitragem UNCITRAL de 1976, os árbitros tiveram de recorrer a um método de determinação da *lex causae* ao abrigo das regras de conflito de leis pertinentes, em vez de designar diretamente as regras de direito aplicáveis, como é previsto na versão do regulamento de 2010, no seu art. 35, sendo este último considerado um método que confere maior flexibilidade aos árbitros.

Sobre esse aspecto, como bem aponta Zambrana Tevar, coincidindo com Douglas, embora a flexibilidade pudesse favorecer os tribunais arbitrais para chegar a soluções adequadas sobre as normas de direito que devem ser aplicadas ao mérito da controvérsia na total ausência de escolha, às vezes se observaria um nível de desatenção pelos tribunais arbitrais ao deixar de lado o processo de caracterização, e a utilização das regras de conflito na determinação do direito aplicável⁸⁴. É evidente que tal prática não seria saudável para o sistema de arbitragem de investimento, uma vez que um tribunal poderia optar, sem mais, por um sistema jurídico cuja aplicação não seja plenamente justificada pelas normas do direito internacional privado. Nesse ponto, é relevante sublinhar a importância da evidente conexão do direito internacional privado com a arbitragem de investimento.

Em segundo lugar, a modificação do art. 35 do Regulamento Arbitral da UNCITRAL tem relação com uma revisão que vem a confirmar que as partes são livres para concordar a aplicação das “normas de direito”, e não simplesmente da “lei” para reger sua relação jurídica⁸⁵. Com isso, se teria procurado esclarecer que as partes podem reger sua relação jurídica por meio de regras extraestatais como a *lex mercatoria*, os Princípios UNIDROIT sobre os Contra-

82 Art. 33 do Regulamento de Arbitragem de UNCITRAL, versão de 1976. Disponível em: <<https://docs.pca-cpa.org/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CNUDMI-de-1976.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

83 UNCTAD. *Op. cit.*, nota 56, p. 13.

84 ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, nota 18, p. 290.

85 A disposição foi aprovada por proposta do Grupo de Trabalho II de Arbitragem da UNCITRAL, em sua 49ª sessão realizada em Viena em 15 de setembro de 2009.

tos Comerciais Internacionais, a Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias, entre outros instrumentos substantivos supranacionais⁸⁶.

3.2 O ARTIGO 42 DA CONVENÇÃO ICSID

Com a entrada em vigor da Convenção de Washington de 1965, que deu origem à criação do ICSID, foi concretizada a visão do seu principal promotor, Aron Broches⁸⁷, quem defendeu uma posição pragmática de “processo antes que substância”⁸⁸.

Embora a Convenção de Washington omita a incorporação de normas substantivas e foque em estabelecer as bases processuais de um mecanismo neutro e despolitizado para a resolução de disputas internacionais por meio do qual os investidores podem propor ação arbitral direta contra os Estados de acolhimento de capitais estrangeiros, o art. 42 (1) do referido instrumento estabelece regras de caráter subsidiário sobre o direito material aplicável ao mérito da causa na ausência de escolha pelas partes. Especificamente, o art. 42 da Convenção ICSID estabelece:

(1) O Tribunal decidirá a disputa de acordo com as regras de direito acordadas pelas partes. *Na falta de acordo, o Tribunal aplicará a legislação do Estado parte no litígio, incluindo as suas regras de direito internacional privado e as regras de direito internacional eventualmente aplicáveis.*⁸⁹

A característica distintiva da norma de conflito da Convenção ICSID é que determina diretamente os sistemas legais a serem aplicados pelo tribunal arbitral na ausência total de escolha; nesse caso, o ordenamento interno juntamente com suas regras de conflito e o direito internacional.

É precisamente a segunda frase do art. 42 (1) que originou posições opostas na doutrina e na jurisprudência arbitral internacional, merecendo diferentes interpretações quanto à hierarquia ou prevalência dos sistemas que contempla. Nesse cenário, a competição entre a aplicação do direito interno e o internacional torna-se evidente.

86 A modificação foi sugerida a fim de proporcionar flexibilidade para a aplicação de regras supranacionais, se as partes assim o desejarem, e para tornar as Regras de Arbitragem coerentes com o art. 28, parágrafo (2), da Lei Modelo da UNCITRAL.

87 Ver: CREMADES, Bernardo. *Op. cit.*, nota 51, p. 9. Como aponta o Professor Cremades, Broches foi o pai da arbitragem de proteção de investimentos e redator da Convenção de Washington de 1965.

88 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, nota 7, p. 9.

89 Art. 42 (I) da Convenção de Washington, em vigor desde o 14 de outubro de 1966. Tradução pelo autor. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

O Professor Lowenfeld afirmou que uma das questões centrais na negociação e redação da Convenção ICSID girou em torno da lei que os tribunais arbitrais internacionais devem aplicar para resolver os litígios decorrentes de investimentos estrangeiros. Especificamente, referiu-se ao art. 42, objeto de amplo debate entre os seus redatores, que, na ausência de consenso, chegaram a um acordo que contempla a escolha do direito interno, em primeiro lugar, incluindo as normas de direito internacional⁹⁰.

Nesse ponto, o segundo problema da *lex causae* torna-se aparente e corresponde à aplicação do direito, uma vez identificadas as normas aplicáveis. Destaca-se a competência dos tribunais para decidir o modo em que as diferentes fontes devem ser aplicadas ao mérito da controvérsia, uma vez que a Convenção ICSID é omissa em regular a forma como os direitos nacional e internacional devem dialogar.

A primeira interpretação do art. 42 (1) sobre a interação dos sistemas jurídicos é descrita pelo Professor Reisman, que coloca a aplicação do direito internacional apenas em circunstâncias específicas: 1) por acordo das partes; 2) se o sistema jurídico do Estado de acolhimento estabelece a aplicação do direito internacional; 3) se a matéria é regulada diretamente pelo direito internacional, como é no caso da existência de um BIT; e, finalmente, 4) para “suplementar” o direito interno, se esse é omissivo sobre um assunto específico ou ocasionalmente “corrigir” o direito interno quando resulte violatório do direito internacional⁹¹.

A segunda interpretação do preceito legal mantém o sistema jurídico local como a fonte principal, mas atribui maior importância ao direito internacional em comparação à posição anteriormente descrita⁹². Segundo Dugan, Wallace, Rubins e Sabahi⁹³, essa interpretação coincidiria com a proposta de Broches, que argumentou:

O tribunal examinará primeiro o sistema legal do Estado de acolhimento e esse direito será aplicado em primeira instância ao mérito do litígio. O resultado será comparado com o direito internacional. Este processo não envolverá a confirmação ou negação da validade do direito do Estado de acolhimento, mas pode resultar na sua inaplicabilidade quando esse sistema legal, ou a ação tomada em consequência, resultar violatória do direito internacional. Neste sentido, como

90 Ver: LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. 2. ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2008. p. 458-459.

91 REISMAN, Michael. The regime for lacunae in the ICSID Choice of Law provisions and the Questions of its Threshold. *ICSID Review, in Essays in Honor of Ibrahim F.I. Shihata*, vol. 15, n. 2, 2000, p. 362-375.

92 Essa posição foi adotada no caso *Klockner c. Cameroon*, assim como no caso *Amco c. Indonesia*.

93 DUGAN, Christopher; WALLACE, Don; RUBINS, Noah; SABAHI, Borzu. *Investor-State Arbitration*. Reino Unido: Oxford University Press, 2008. p. 211.

já sugeri, o direito internacional é hierarquicamente superior ao direito nacional nos termos do art. 42 (1).⁹⁴

A terceira posição atribui importância igualitária ao direito internacional e ao direito interno, e, na ausência de escolha, deixa a função de interpretação ao critério do tribunal arbitral. Sobre esse ponto, a Comissão de Anulação do processo *Wena Hotels c. Egito* apresentou a seguinte argumentação relevante sobre a interação entre ambos os sistemas jurídicos:

38. Este debate traz à luz as várias opiniões expressas sobre o papel do direito internacional no contexto do art. 42 (1). A opinião acadêmica, os escritos oficiais e algumas decisões do ICSID trataram desse assunto. Certas opiniões têm defendido um amplo papel do direito internacional, que inclui não apenas as normas consagradas nos Tratados, mas também a definição bastante ampla das fontes contidas no art. 38 (1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Outras opiniões expressaram que o direito internacional é chamado a complementar o direito interno aplicável em caso de lacunas. No caso *Klockner I*, um comitê *ad hoc* introduziu o conceito do direito internacional como complementar ao direito aplicável no caso de lacunas e como corretivo no caso de que o direito interno aplicável não estiver em conformidade com os princípios do direito internacional. Também é da opinião de que o direito internacional tem uma função de controle sobre o direito interno aplicável na medida em que exista conflito entre o referido direito e as normas fundamentais do direito internacional consideradas *ius cogens*.

39. Algumas dessas opiniões têm em comum o fato de buscarem restringir o papel do direito internacional e realçar o do direito do Estado de acolhimento. Pelo contrário, a opinião que defende uma ampla aplicação do direito internacional pretende restringir o papel do direito do Estado de acolhimento. Não parece haver uma única resposta para qual dessas abordagens é a correta. As circunstâncias de cada caso podem justificar uma ou outra solução [...] a Convenção não traça uma linha clara para a delimitação dos respectivos alcances do direito internacional e interno e, conseqüentemente, tem o efeito de dar ao Tribunal uma certa margem e poder de interpretação.

40. O que é claro é que o significado e a importância das negociações que conduziram à segunda frase do art. 42.1, permitiram que ambos os sistemas jurídicos desempenhassem um papel. Na verdade, o direito do Estado de acolhimento pode ser aplicado em conjunto com o direito internacional se for justificado. Da mesma forma, o direito internacional pode ser aplicado por si mesmo, se a norma apropriada for encontrada nesta outra esfera.⁹⁵

94 BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States. Vol. 136, p. 331-410. *Recueil Des Cours de L'Academie de Droit Int'l*, 1972. p. 331-332.

95 Caso ICSD *Wena Hotels Ltd. c. Republica de Egito*. Sentença arbitral de 8 de dezembro de 2000. Tradução pelo autor. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

Finalmente, o Professor Tawil descreve a aplicabilidade do direito internacional mesmo que sua menção seja omitida, ou no caso em que o direito interno seja escolhido de forma exclusiva. De acordo com sua interpretação, a exclusão total do direito internacional acarretaria consequências indesejáveis e contrárias ao propósito da Convenção ICSID, uma vez que poderia representar que atos arbitrários sejam praticados pelo Estado contra os investimentos estrangeiros, podendo argumentar-se que tais ações seriam legais de acordo com o direito interno. De acordo com a apreciação do professor, as normas imperativas do direito internacional⁹⁶ que fornecem um padrão mínimo de proteção seriam aplicadas independentemente de qualquer escolha de ordenamento legal aplicável⁹⁷.

4 DEMANDAS DECORRENTES DE CONTRATOS *VERSUS* DEMANDAS COM BASE EM UM TRATADO

Outra questão relevante na arbitragem de investimento é a distinção entre uma reclamação baseada em um contrato daquela invocada na presença de um tratado de investimento, uma vez que a *lex causae* aplicável ao fundo do litígio variará de acordo com o instrumento jurídico de base para a resolução da causa⁹⁸.

Uma análise destacada entre os dois tipos de demandas é realizada pelos Professores Cremades e Cairns⁹⁹, que apontam que, em um litígio sobre investimentos estrangeiros, a parte demandante deve determinar a invocação, seja a direitos de natureza contratual (na presença de um contrato de investimento) ou a normas contempladas no tratado (na presença de um BIT aplicável)¹⁰⁰. Neste contexto, os professores destacam os seguintes aspectos distintivos entre ambos os tipos de demandas:

- Quando as bases da reclamação são cobertas por um BIT, trata-se de direitos inerentes ao tratado. Quando são extraídas de um contrato, trata-se de direitos contratuais. Como aponta o Professor Crawford,

96 A noção de direito internacional é analisada no ponto 6 do artigo.

97 Descrição do Professor Guido Tawil em: UNCTAD. *Op. cit.*, nota 56, p. 10.

98 O Professor Crawford corretamente aponta que “nenhuma questão em arbitragem de investimento é mais fundamental, ou mais disputada do que a distinção entre um tratado e um contrato”. Ver: CRAWFORD, *op. cit.*, nota 6, p. 1; o debate sobre esse aspecto no direito dos investimentos é permanente, em particular no que diz respeito à possível presença de reclamações arbitrais paralelas de natureza (contratual e internacional), pelos mesmos fatos. Ver: BOTTINI, Gabriel. *Admissibility of Shareholder Claims under Investment Treaties*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020. p. 262-264.

99 CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David. *Op. cit.*, nota 28.

100 BIGGS, Gonzalo. Bernardo Cremades Contribution to the development of arbitration Law in Latin America. In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. Á.; DAVID, Arias (ed.). *Liber Amicorum*. Bernardo Cremades. Madri: La Ley, p. 211-241, 2010. p. 220.

até certo ponto essa afirmação pode ser considerada lógica, mas é evidente que o debate doutrinal prossegue¹⁰¹.

- Os direitos contemplados no tratado são genéricos e definidos pelo direito internacional. Por outra parte, os direitos decorrentes dos contratos são específicos do investimento em questão e são definidos pelo direito interno. Ambos podem sobrepor-se, por exemplo, no caso de uma expropriação ilegal¹⁰².
- As partes do litígio com base em um tratado são o Estado de acolhimento e o investidor estrangeiro. Nessa relação, as regras sobre a responsabilidade do Estado da Comissão de Direito Internacional devem ser consideradas¹⁰³. Na presença de um contrato de investimento, as partes são as entidades que estabelecem diretamente os seus direitos e as suas obrigações no acordo concluído. Uma delas será naturalmente uma entidade de natureza pública.
- Em um BIT, o direito aplicável será o próprio tratado, os princípios gerais do direito internacional e o direito interno do Estado. Em uma reclamação contratual, a lei aplicável será o direito interno do Estado de acolhimento ou a lei estabelecida no próprio contrato¹⁰⁴.
- Uma demanda ao abrigo de um tratado pode dar origem à responsabilidade do Estado de conformidade ao direito internacional. Uma reclamação contratual sobre investimentos pode dar origem a responsabilidades nos termos da legislação escolhida, geralmente a legislação do Estado de acolhimento¹⁰⁵.

O caso *Vivendi c. República Argentina* é um exemplo ilustrativo para observar que a transgressão de um contrato ou de um tratado são questões que precisam ser avaliadas por seu próprio direito aplicável¹⁰⁶, ainda que a prática da arbitragem reflita que as reclamações podem sobrepor-se, em alguns casos,

101 Ver: CRAWFORD, James. *Op. cit.*, nota 6, p. 10.

102 CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David. *Op. cit.*, nota 28.

103 Ver: CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 9. ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2019, p. 523.

104 BIGGS, Gonzalo. *Op. cit.*, nota 100. Embora a escolha do direito do próprio Estado de acolhimento seja comum nos contratos de investimento, nada impede que o direito de um terceiro Estado ou outras normas jurídicas sejam acordadas.

105 BIGGS, Gonzalo. *Op. cit.*, nota 100.

106 *Compañía de Aguas del Aconquija SA e Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso ICSID no. ARB/97/3). Decisão de anulação de 3 de julho de 2002, 5 ICSID Reports 340. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0211.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

como aconteceu no caso de referência¹⁰⁷. O caso revelou claramente o risco da confusão entre o conteúdo do direito, a escolha do foro e a *lex causae*¹⁰⁸.

O caso tratou sobre duas empresas francesas que operavam sistemas de água e saneamento em Tucumán, província da República Argentina, com base em um contrato de concessão que conferia jurisdição exclusiva aos tribunais judiciais locais para resolver as controvérsias jurídicas entre as partes. Depois de vários conflitos contratuais perante os tribunais judiciais, as empresas apresentaram uma reclamação de arbitragem argumentando a violação do BIT *França-Argentina*, alegando que os seus direitos como investidoras tinham sido violados pelo Estado argentino, após a imposição de novas obrigações e regulamentações de tarifas, e níveis de serviços obrigatórios.

O tribunal arbitral considerou que o contrato não impedia ao investidor reclamar ao Estado, nos termos da Convenção ICSID, apesar do fato de que, nesse caso, todas as reclamações tinham surgido de disputas contratuais, e as empresas reclamantes manifestaram a vontade de resolver as controvérsias exclusivamente na jurisdição dos tribunais locais de Tucumán.

Por essa razão, o tribunal arbitral teria deixado de decidir sobre o mérito da questão, bem como de resolver as alegações relacionadas com o tratado¹⁰⁹. Como enfatiza o Professor Crawford, o tribunal arbitral do caso teria confundido as reclamações contratuais com as decorrentes do tratado e, nesse sentido, teria decidido não abordar as reclamações com base no BIT, por entender que não tinha jurisdição para ingressar a avaliar o fundo do contrato¹¹⁰.

A sentença arbitral foi parcialmente anulada pelo Comitê *ad hoc* de anulação do ICSID, porque, de acordo com a sua análise, o tribunal teria excedido os seus poderes ao deixar de exercer jurisdição sobre as reclamações com base no BIT, tal como estabelece o art. 52 (1) b) da Convenção ICSID. Nessa lógica, o Comitê de Anulação argumentou:

107 Para evitar a sobreposição de reclamações, alguns BITs estabelecem que a reclamante escolha entre iniciar uma reclamação nos tribunais domésticos, dirigir-se à arbitragem nacional ou recorrer à arbitragem internacional, sem a possibilidade de voltar a iniciar reclamações em outro foro estabelecido no tratado. Essa cláusula foi denominada *fork in the road*, como espécie de condição para recorrer à arbitragem internacional e evitar a duplicação de reclamações em diferentes foros, como aconteceu no caso argentino.

108 *Compañía de Aguas del Aconquija SA e Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República da Argentina* (Caso ICSID no. ARB/97/3). Sentença arbitral de 21 de novembro de 2000, 5 ICSID Reports 299. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022; ver: BOTTINI, Gabriel. *Admissibility of Shareholder Claims under Investment Treaties*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020. p. 218-219.

109 Os autores alegaram, especificamente, a violação dos padrões de tratamento justo e equitativo e expropriação, previsões contidas no tratado bilateral de investimentos França-Argentina.

110 Ver: CRAWFORD, James. *Op. cit.*, nota 6, p. 9.

86. [...] Um tribunal do ICSID excede os seus poderes não apenas se exerce jurisdição que não lhe corresponda conforme ao tratado ou ao tratado relevante e a Convenção ICSID interpretados em conjunto, mas também se deixa de exercer jurisdição que corresponda de acordo aos referidos instrumentos jurídicos [...].¹¹¹

No mesmo sentido, o Comitê enfatizou que uma disputa relativa a investimentos poderia, ao mesmo tempo, envolver questões de interpretação e aplicação do tratado de investimento, e questões contratuais, mas isso não reduziria a jurisdição do tribunal arbitral¹¹², uma vez que se trataria de proteções diferentes. Neste cenário, o tribunal de anulação apontou que uma ação estatal determinada pode infringir um padrão do BIT e uma cláusula do contrato, e vice-versa¹¹³. Sob esse aspecto, o tribunal determinou:

98. No caso em que o fundamento essencial da reclamação apresentada a um tribunal internacional seja a violação de um contrato, o tribunal dará efeito a qualquer cláusula válida de escolha de foro no contrato [...].¹¹⁴

101. Por outro lado, onde a “base fundamental da reclamação” seja um tratado [...], a existência de uma cláusula de jurisdição exclusiva em um contrato entre o investidor e o Estado reclamado ou uma das suas subdivisões não pode atuar como impedimento à aplicação da norma sob o tratado. Como máximo, poderia ser relevante – da maneira que o direito interno muitas vezes será relevante – para avaliar se houve uma violação do tratado.¹¹⁵

103. [...] Um Estado não pode servir-se de uma cláusula de jurisdição exclusiva para evitar caracterizar¹¹⁶ sua conduta como internacionalmente ilícita nos termos de um tratado.¹¹⁷

105. [...] Uma coisa é exercer a jurisdição contratual (possivelmente a jurisdição exclusiva dos tribunais administrativos de Tucumán em virtude do Contrato de Concessão, e outra é ter em consideração os termos de um contrato e determi-

111 *Op. cit.*, nota 106; SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2001. p. 937-938.

112 Sobre esse tema Zambrana Tevar aponta: “Em relação à questão da jurisdição, é necessário analisar se é possível para um tribunal de arbitragem cuja jurisdição provem de um BIT, avaliar uma reclamação por transgressão, não do BIT, mas de um contrato de investimento que pode conter ou não cláusula própria de escolha de foro, com indicação da competência dos tribunais ordinários ou arbitrais, mas de natureza nacional. Apesar do fato de que se trata de um debate focado principalmente em conflitos de jurisdição entre tribunais locais e internacionais ou a-nacionais, também tem uma incidência no direito aplicável à reclamação, no caso de que seja apresentada perante um tribunal local ou internacional e se a reclamação é considerada baseada na quebra de um contrato ou na violação de uma obrigação do BIT”. Ver: ZAMBRANA TEVAR, *op. cit.*, nota 18, p. 452-453. Nessa linha de análise, Bottini destaca a relevância da “base fundamental da ação”, conceito jurídico levantado pelo Comitê de Anulação do Caso *Vivendi I*. Ver: BOTTINI, Gabriel. *Admissibility of Shareholder Claims under Investment Treaties*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020. p. 223.

113 *Op. cit.*, nota 106.

114 *Op. cit.*, nota 106, par. 98.

115 *Op. cit.*, nota 106, par. 101.

116 *Op. cit.*, nota 74.

117 *Op. cit.*, nota 106, par. 103.

nar se houve uma violação por parte do Estado a uma norma independente do direito internacional [...].¹¹⁸

Nessa perspectiva, observa-se a relevância da distinção dos direitos subjetivos derivados do tratado e aqueles contidos no contrato de investimento, que o tribunal arbitral deve considerar com base nos elementos da reclamação. De acordo com o instrumento invocado e o direito aplicável, deverão ser esclarecidos também os aspectos jurisdicionais e, por fim, as consequências jurídicas.

Apesar de tratar-se de uma questão debatida e ainda não resolvida pelo direito internacional dos investimentos, uma vez constatadas as diferenças entre as *treaty claims* e as *contractual claims* em relação com a variação do direito aplicável ao mérito do litígio, é necessário observar qual papel o direito local e o direito internacional devem desempenhar na resolução dos litígios internacionais.

5 O PAPEL DO DIREITO INTERNO NA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO

Em um conflito relativo a investimentos estrangeiros, os tribunais arbitrais devem analisar vários elementos materiais, pessoais e jurídicos para dirimir a controvérsia substantiva. Nesse sentido, não são apenas responsáveis por avaliar a responsabilidade internacional do Estado, mas, em primeiro lugar, deverão avaliar a existência, a natureza e o alcance dos direitos patrimoniais que integram o investimento.

Essas questões excedem as possibilidades do direito internacional, uma vez que o mesmo não pode regular de forma abrangente todos os aspectos derivados da relação jurídica entre o investidor estrangeiro e o Estado de acolhimento¹¹⁹. Em outras palavras, como assinala o Professor De Brabandere, o direito internacional não pode ser considerado uma ordem jurídica autossuficiente no campo dos investimentos estrangeiros¹²⁰.

Para determinar a existência de um direito de natureza econômica, antes deve ser reconhecido como tal pelo sistema jurídico de um Estado, uma vez

118 *Op. cit.*, nota 106, par. 105.

119 Por exemplo, no caso de *AAPL c. Sri Lanka*, o tribunal constatou que os BITs não são sistemas jurídicos fechados e autônomos que se limitam a estabelecer as regras substantivas de aplicação direta, mas devem ser vistos dentro de um contexto jurídico mais amplo, no qual as regras de outras fontes são integradas por meio de métodos de incorporação implícita ou direta. Ver: *Caso AAPL c. Sri Lanka*. Caso ICSID no. ARB/3.

120 DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*. Procedural aspects and implications. Reino Unido: Oxford University Press, 2015. p. 126.

que os tratados de investimento não pretendem estabelecer normas para a aquisição de direitos privados de propriedade sobre ativos tangíveis ou intangíveis. Em consequência, é precisamente o ordenamento legal interno que determina e reconhece a existência de direitos patrimoniais específicos¹²¹, o seu âmbito de aplicação e a titularidade da pessoa física ou jurídica a quem pertencem. Por esse motivo, considera-se que o sistema jurídico interno e o direito privado são a base para a construção do conteúdo dos direitos subjetivos que demandam proteção jurídica internacional por meio da arbitragem de investimento¹²².

Na medida em que os BITs¹²³ requerem um nexo territorial entre o investimento e um Estado parte do tratado, o sistema jurídico que regula a propriedade continuará a ser o direito estatal¹²⁴. Além disso, alguns BITs estabelecem que o investimento deve ser realizado em conformidade com a legislação interna do Estado de acolhimento¹²⁵ para estar sujeito à proteção jurídica supranacional¹²⁶.

No caso da existência de contratos de investimento, a regulação nacional será igualmente relevante, uma vez que será o sistema jurídico para avaliar a possível quebra de uma obrigação contratual¹²⁷. Perante os fatos em litígio, a análise contratual do tribunal arbitral pode ser necessária em duas situações:

- a) Se o próprio contrato lhe confere jurisdição.

121 Por exemplo, no caso *EnCana Corporation c. República do Equador*, o investidor argumentou a expropriação de suas empresas subsidiárias considerando que tinham direito ao reembolso do imposto sobre o valor agregado (IVA) por parte da Administração Tributária do Equador. O direito aplicável estabelecido no BIT era o próprio tratado, juntamente com as regras aplicáveis do direito internacional. Apesar da ausência de referência ao direito interno do Estado de acolhimento, o tribunal caracterizou o litígio em duas questões diferentes: a) as sociedades subsidiárias da *EnCana* tinham direito ao reembolso do IVA para compras de bens e serviços durante os períodos [relevantes], de acordo com a legislação equatoriana?; e, no caso afirmativo, b) esse direito foi expropriado pelo Equador? Ver: *Caso EnCana Corporation c. República do Equador*. Caso ICSID nº 427.

122 Entre outras questões, o Professor Schreuer destaca que o direito interno regula uma série de questões técnicas como admissão, licenciamento, relações laborais, impostos, moeda, imobiliário, entre outras. Ver: SCHREUER, Christoph. *International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID. Austrian Review of International and European Law*, p. 89, 1996.

123 Nesse ponto, o artigo refere-se aos BITs em particular, mas o termo é usado para referir-se aos tratados bilaterais, multilaterais e outros que contemplam disposições relativas a investimentos.

124 DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*, p. 126.

125 Essa regra, de acordo com a legislação do Estado receptor, pode ser incluída na definição de investimento protegido pelo tratado, ou por meio de uma disposição especial denominada *conformity clause*. Também pode levar à exclusão de reclamações envolvendo elementos de corrupção ou outros atos ilegais. Ver: HERDEGEN, Matthias. *Principles of International Economic Law*. 2. ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2016, p. 446; FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. *La Lucha contra la Corrupción desde el Arbitraje*. In: BENEYTO, José María (ed.). *Arbitraje: Presente y Futuro; Las Conferencias Hugo Grocio*. Navarra: Aranzadi, 2021. p. 133-149.

126 Por exemplo, no caso *Vallisoletana SL c. República do Salvador*, a competência do tribunal estava condicionada à exigência de que o investimento fosse feito de acordo com a legislação salvadorenha, o que, segundo o tribunal do caso, incluiria o requisito de boa-fé. Ao abordar os fatos, a empresa teria violado o princípio de boa-fé desde o momento em que fez o investimento e, portanto, não o teria realizado em conformidade com a legislação salvadorenha. Perante essa situação, o tribunal declarou-se incompetente, uma vez que o investimento não poderia se beneficiar da proteção internacional do BIT. Ver: *Caso Vallisoletana SL c. República do Salvador*, Caso ICSID no. ARB/3/26. Sentença arbitral de 2 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0425_0.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

127 Como assinala Banifatemi, a lei do contrato aplicável não é o contrato, mas é o regime jurídico em que o contrato encontra a sua validade. Ver: BANIFATEMI, *op. cit.*, nota 4, p. 207.

- b) Se a avaliação de uma violação das proteções do tratado requer prévia análise da existência de uma quebra contratual.¹²⁸

Contudo, uma vez que os direitos de propriedade do investidor são reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional e estão dentro da definição de investimento estabelecida no tratado invocado, a proteção do direito internacional entra em vigor. Esse aspecto é relevante, uma vez que, perante uma reclamação arbitral baseada em um padrão de tratamento do BIT, o Estado que previamente reconheceu *ipso jure ou ipso facto* a validade e conformidade com o seu sistema jurídico de um contrato de investimento, ou de um conjunto de ativos do investidor, não pode mais negar, *a posteriori*, o reconhecimento legal do investimento como forma de evitar obrigações contratuais ou justificar possíveis violações ao tratado¹²⁹.

Essas questões excedem a avaliação fática e, em contrapartida, exigem uma consideração legal por parte do tribunal arbitral de investimentos. A posição é compartilhada pelo Professor Douglas, que defende de modo crítico que a proposta de considerar o direito interno como “fato”, em vez do que como direito, na melhor das hipóteses, é claramente discutível¹³⁰. A respeito, o autor sublinha que qualquer controvérsia sobre a existência ou o alcance dos direitos de propriedade deve ser decidida de conformidade com a legislação interna do Estado de acolhimento, sendo que não se trataria de um debate sobre provas ou “fatos”, mas de um debate sobre direitos subjetivos¹³¹.

Em suma, o direito interno seria responsável pela regulação da existência, da natureza e do alcance dos direitos patrimoniais que integram o investimento, dos aspectos inerentes à validade, à eficácia, à interpretação, à execução, ao cumprimento e à extinção dos contratos, bem como da responsabilidade contratual resultante da relação jurídica.

6 O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL E SUAS FONTES NA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO

Como foi destacado, a prática contemporânea do direito dos investimentos evoluiu, em primeiro lugar, com a internacionalização dos contratos de Estado e, posteriormente, com a assinatura de tratados bilaterais e multilaterais

128 DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*, nota 120, p. 127.

129 DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, nota 21, p. 53. Sobre o primeiro ponto do parágrafo, é importante assinalar que é o tratado o que prevê a definição dos investimentos protegidos, sem prejuízo do debate entre as posições que defendem um conceito limitado de investimento, por meio do teste de *Salini*. Ver: NADAKAVUKAREN, *op. cit.*, nota 44, p. 76.

130 DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, nota 21, p. 69.

131 DOUGLAS, Zachary. *Op. cit.*, nota 21, p. 69.

de investimento, que, juntamente com a Convenção ICSID, representam a arquitetura jurídica do fluxo transnacional de capitais.

A hegemonia do sistema de tratados, junto com a celebração de contratos de investimento, tem demonstrado, por meio da arbitragem, que o direito internacional tem um papel fundamental perante qualquer mecanismo de combinação de normas jurídicas, sejam escolhidas por legislação interna, contratos ou tratados.

A prática atual também reflete uma inviável abstração total do direito internacional quando se trata de investimentos estrangeiros¹³². Em primeiro lugar, observou-se que o direito internacional tem um papel corretivo e complementar do direito interno¹³³ e, no caso de contradição, a jurisprudência arbitral optou pela prevalência do primeiro¹³⁴. Na mesma linha, o direito internacional está presente como parte do direito interno do Estado de acolhimento que, em alguns casos, tem um *status* jurídico superior à lei¹³⁵. Por outro lado, o direito internacional pode ser escolhido como direito aplicável pelos Estados (nos tratados de investimento); pelas partes (nos contratos de investimento) ou pelos árbitros (no caso de uma escolha implícita), e mesmo na ausência total de escolha¹³⁶.

Em outras palavras, independentemente do fato de que um tratado de investimentos escolha o direito internacional como o ordenamento aplicável ao mérito da causa, este será o sistema que regulará a interpretação e aplicação do tratado que serve de base à reclamação arbitral, no caso de uma *treaty claim*¹³⁷. Portanto, para analisar uma cláusula de direito aplicável em um tratado, bem como o alcance de seus termos e suas proteções, os árbitros devem recorrer ao direito internacional público¹³⁸.

Note-se que, em matéria de investimentos estrangeiros, nem os contratos nem os tratados por si mesmos podem resolver todas as questões jurídicas

132 DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*, nota 120; no caso *LG&E c. República Argentina*, o tribunal decidiu o seguinte: "O fato de não haver contrato entre a Argentina e a empresa favorece, em primeiro lugar, a aplicação do direito internacional, na medida em que se trata de uma verdadeira disputa de investimento que está especialmente sujeita às disposições do BIT complementado pela legislação nacional". Ver: Caso *LG&E Energy Corp. e outros c. República Argentina*. Caso ICSID no. ARB/02/1. Decisão de 3 de outubro de 2006, par. 98. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

133 DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*, nota 120, p. 125.

134 LINARES CANTILLO, Alejandro. *Op. cit.*, nota 10, p. 238.

135 Ver: Sinopsis do art. 96 da Constituição Política Espanhola. Disponível em: <<http://app.congreso.es>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

136 UNCTAD. *Op. cit.*, nota 56, p. 12.

137 BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, nota 4, p. 210.

138 SALACUSE, Jeswald. *Op. cit.*, nota 27.

substantivas, razão pela qual normalmente requerem o amparo das normas do direito internacional geral.

No caso das controvérsias baseadas em tratados, o Professor Mclachlan argumenta que os BITs não são regimes autônomos e, portanto, o significado dos seus termos operativos deve ser orientado pelas normas pertinentes do direito internacional aplicáveis às relações entre as partes. Nessa linha, o professor assinala que deve considerar-se que nenhum tratado pode existir isolado do direito internacional geral¹³⁹.

Dada a falta de autonomia dos tratados e a insuficiência do direito interno para resolver transversalmente todas as questões jurídicas substantivas sobre investimentos estrangeiros, o direito internacional revela-se decisivo, uma vez que o julgamento dos árbitros vai avaliar os fatos à luz de um instrumento supranacional ou de uma situação jurídica transfronteiriça.

Continua, contudo, pendente a determinação do que deve ser entendido como direito internacional. Para estabelecer seu conteúdo, deve-se recorrer ao art. 38 (I) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que estabelece:

1. A Corte, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
 - a) As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b) O costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como direito;
 - c) Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d) Com ressalva das disposições do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

Os quatro parágrafos do preceito jurídico são relevantes na arbitragem de investimento e podem ser classificados em fontes primárias e subsidiárias. No presente artigo, a ênfase será colocada nas fontes primárias: as convenções (ou tratados), o direito consuetudinário internacional e os princípios gerais de direito¹⁴⁰. Embora a questão não seja abordada em profundidade, as fontes subsidiárias, como as decisões dos tribunais e a doutrina, também são invocadas no

139 MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; WEINIGER, Matthew. *Op. cit.*, 12, p. 17, 1.63; Art. 31 (3) (c) da Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados. *Infra*, nota 147.

140 NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, nota 44, p. 17.

foro arbitral de investimentos, como apoio dos argumentos das partes e servem como referência às decisões dos tribunais arbitrais internacionais¹⁴¹.

O direito internacional primário no campo dos investimentos estrangeiros¹⁴² está enraizado no próprio tratado aplicável como *lex specialis*¹⁴³. Isso significa que o BIT invocado é aplicado como uma regra especial¹⁴⁴ antes do que o direito internacional geral¹⁴⁵.

Contudo, em relação à aplicação do tratado, existe um nexo entre as suas disposições e os princípios jurídicos para avaliar seu conteúdo¹⁴⁶. Nesse ponto, faz-se referência não apenas aos arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹⁴⁷, relativos às regras de interpretação, mas também aos elementos que fundamentam a aplicação das normas de proteção contempladas nos tratados¹⁴⁸, em particular o direito consuetudinário e os princípios gerais de direito.

Quanto ao primeiro, seu significado refere-se àquele conjunto de princípios profundamente arraigados na prática generalizada e espontânea do direito internacional que rege as relações entre as nações, nesse caso, em matéria de investimentos estrangeiros. Isso é consistente com a definição do art. 38 do Estatuto da CIJ, que consolida o costume como a prática realizada por sujeitos internacionais, geralmente por eles aceitos como direito¹⁴⁹. Nesse sentido, não há dúvida de que a arbitragem, como meio para a efetiva aplicação do direito dos investimentos, tem destacado o impacto do amplo número de BITs e a similaridade das suas disposições substantivas, como fatores que contribuem à

141 *Ibid.*, nota 140.

142 A Comissão de Direito Internacional tem analisado a segmentação progressiva do direito internacional devido à expansão de seus ramos, como é o caso do direito dos investimentos, e tem organizado um grupo de trabalho liderado pelo Professor Koskeniemi, cujo resultado foi o relatório: "Fragmentação do direito Internacional: Dificuldades Derivadas da Diversificação e Expansão do direito Internacional", apresentado em 2006 em Genebra, na 58ª sessão da Comissão de Direito Internacional. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

143 BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, nota 3, p 205; no caso *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, o tribunal arbitral concluiu que ambas as partes concordaram a aplicação do BIT *Sri Lanka/Reino Unido* como *lex specialis* e o direito internacional ou os regulamentos locais, como fonte suplementar sob as disposições do próprio tratado. Consultar o caso, *Azurix c. República Argentina*.

144 DUGAN; WALLACE; RUBINS; SABAHI, *op. cit.*, nota 93, p. 214.

145 ENDARA, Francisco. Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de Tratados de inversión. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 3, n. 1, ano 2, p. 110, 2011.

146 Os BITs devem ser entendidos e interpretados como todos os tratados no contexto das regras gerais do direito internacional. Em particular, o art. 31.º, n.º 3, c), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece que, no contexto dos tratados internacionais, deve-se ter em conta "todas as formas relevantes de direito internacional aplicável às relações entre as partes".

147 Concretamente, o art. 31.3 c) de la Convención de Viena sobre o direito dos Tratados de 23 de maio de 1969. Disponível em: <https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

148 NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, nota 44, p. 38.

149 Art. 38.1, b), do Estatuto da CIJ.

evolução do direito consuetudinário dos investimentos estrangeiros¹⁵⁰. Da mesma forma, o crescente número de decisões arbitrais tem permitido que as fontes gerais do direito internacional ocupem um lugar cada vez mais significativo.

Como apontam os Professores Dolzer e Schreuer, o direito consuetudinário continua altamente relevante na arbitragem de investimentos que se manifesta, por exemplo, nas regras de atribuição de responsabilidade do Estado, nas regras sobre danos, sobre expropriação e sobre denegação de justiça, e nos aspectos relacionados à nacionalidade do investidor¹⁵¹.

Para Dumberry, as duas principais regras consuetudinárias reconhecidas pela maior parte da doutrina são o padrão mínimo de tratamento e a proibição de expropriação sem justa compensação¹⁵². Adicionalmente, podem ser citados conceitos jurídicos centrais, como o tratamento justo e equitativo, entre outros de debate permanente, que estão contemplados na maioria dos BITs e fazem parte da prática quotidiana do direito internacional dos investimentos¹⁵³.

No entanto, essa categoria pode ser considerada a mais debatida na matéria por estar ligada a conceitos jurídicos que estão na base das decisões, cuja determinação adquiriu conteúdo na prática arbitral, mas que não estão isentos de diferentes interpretações. Essa é uma das críticas atuais sobre a falta de consistência no direito internacional dos investimentos, entendida como a ausência de uma linha interpretativa vertical sobre as regulamentações semelhantes nos tratados, mas que estão dentro do universo de BITs existentes e são aplicadas pelos tribunais arbitrais, escolhidos *ad hoc* para cada procedimento, perante as diferentes circunstâncias fáticas. Não existe, contudo, a obrigação dos tribunais de arbitragem de seguir as interpretações de outros tribunais anteriores. Em outras palavras, na arbitragem de investimento é inexistente uma doutrina formal de *stare decisis*¹⁵⁴.

Quanto aos princípios gerais de direito internacional aplicados especificamente no campo dos investimentos estrangeiros, sua definição tem sido

150 Graham chamou a aplicação do direito consuetudinário na matéria como uma espécie de *lex inversionis* (*Op. cit.*, nota 73, p. XV).

151 Ver: DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, nota 7, p. 17. Como destacam Dolzer e Schreuer, a consequência do crescimento da jurisprudência arbitral como nicho das normas gerais do direito internacional, significa que, para se obter um entendimento completo dessas fontes normativas, se precisa de um conhecimento amplo e atualizado da sua interpretação e aplicação no contexto das disputas de investimento.

152 DUMBERRY, Patrick. *Op. cit.*, nota 26, p. 407.

153 HERDEGEN, Matthias. *Op. cit.*, nota 125, p. 411.

154 Ver: THOMAS; DHILLON, *op. cit.*, nota 36, p. 975-998. Ver: BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern, and Hunter on International Arbitration; Student version*. 6. ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2015. p. 469, 8.76; *Caso SGS Générale de Surveillance SA c. República de Filipinas*. Caso ICSID no. ARB/01/13, 6 de agosto de 2003 (2003) 42 I.L.M. 1290 y *SGS Générale de Surveillance SA c. República de Filipinas*. Caso ARB/02/6.

objeto de ampla consideração doutrinária, mas pode-se deduzir que essa categoria é o produto de um processo jurídico comparado pelo qual as características essenciais comuns dos principais sistemas jurídicos nacionais são estabelecidas¹⁵⁵.

A esse respeito, o Professor Tawil destaca que os princípios gerais do direito são considerados uma importante fonte de direito internacional em casos processados perante o ICSID¹⁵⁶. Em particular, refere-se aos princípios gerais do direito contratual, que incluiriam: “O princípio *pacta sunt servanda* e o *exceptio non adimpleti contractus*, o *estoppel*, a doutrina do enriquecimento sem causa, a indenização total do dano resultante da quebra das obrigações contratuais, os princípios gerais do devido processo e a coisa julgada”¹⁵⁷.

Por sua vez, Dolzer e Schreuer citam os princípios de “boa fé, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, *onus probandi* e o direito de ser ouvido”¹⁵⁸. Esses princípios, enunciados de forma enunciativa e não limitativa, adquirem importância no caso de lacunas no texto dos tratados¹⁵⁹ e na interpretação de determinados termos ou frases¹⁶⁰.

A título de exemplo, no processo *Amco c. Indonésia*, o tribunal arbitral baseou-se nos princípios gerais de direito para resolver uma disputa relativa à forma de compensação por danos. Em sua decisão, o tribunal de arbitragem observou o seguinte:

268. [...]. Seguindo os mesmos princípios, o tribunal concederá, no presente caso, indenização por danos e prejuízos calculada para compensar totalmente pelo dano sofrido. Antes de proceder a este cálculo, o Tribunal deve indicar que, também neste caso, *de acordo com os princípios e normas comuns aos principais sistemas jurídicos nacionais e ao direito internacional*¹⁶¹, a indemnização deve cobrir apenas os danos diretos e previsíveis. A exigência de “diretos” é nada mais do que uma consequência da exigência do nexo de causalidade entre

155 EVANS, Malcolm. *International Law*. 5. ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2018. p. 98.

156 Por exemplo, o caso *Amco c. Indonésia*. Sentença arbitral de 20 de novembro de 1984. ICSID Repors 461 *et seq.* Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/3475>. Acesso em: 13 mar. 2022; *Amco c. Indonésia*. Decisão sobre jurisdição de 10 de maio de 1988. Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6357_0.pdf; Caso *AAPL c. Sri Lanka*. Sentença arbitral de 27 de junho de 1990. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

157 UNCTAD. *Op. cit.*, nota 56, p. 20. Tradução pelo autor.

158 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, nota 7, p. 18.

159 PARRA, Antonio. Applicable substantive law in ICSID Arbitrations. *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, v. 74, Submissão 1, p. 21; considerando que o Tratado é um instrumento de direito internacional, Antonio Parra sustenta que estaria implícito que os árbitros deveriam recorrer aos princípios gerais do direito internacional para complementar as disposições do BIT.

160 *Ibid.*, nota 158.

161 O sublinhado no texto é nosso.

a violação e o dano; e o requisito de previsibilidade é cumprido em praticamente em todo o lado [...].¹⁶²

6.1 PADRÕES DE PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS COMO O DIREITO APLICÁVEL

As obrigações de proteção, mais conhecidas como padrões de tratamento, são o coração das garantias que o tratado confere aos investidores estrangeiros durante a vida do investimento¹⁶³. Essas disposições têm sido a matéria-prima para o desenvolvimento do direito internacional dos investimentos por meio de um significativo número de decisões arbitrais que refletem sua evolução¹⁶⁴, seu alcance¹⁶⁵ e seu conteúdo.

Conforme foi observado no início do artigo, as obrigações de proteção representam o ponto mais alto do debate arbitral e são o elemento mais relevante do terceiro problema da *lex causae* na arbitragem de investimento. Após ter determinado e considerado o direito aplicável aos diferentes aspectos da *litis*, e de acordo com a avaliação dos fatos da causa, o tribunal arbitral procederá à interpretação das normas invocadas para decidir sobre a conformidade com o direito ou a determinação da conduta vulneratória estatal em razão do impacto sobre os padrões de tratamento dos investimentos internacionais contemplados no BIT aplicável. Em essência, são os seguintes:

- Proteção contra as medidas arbitrárias ou discriminatórias;
- Tratamento nacional;
- Tratamento da nação mais favorecida;
- Tratamento justo e equitativo;
- Obrigação de fornecer proteção e segurança (total);
- Proibição de expropriação ilegal (direta ou indireta);
- Garantia de transferência livre de capitais.¹⁶⁶

Nesse ponto, é necessário considerar se o sistema jurídico aplicável ao mérito da causa são os próprios padrões contemplados nos BITs ou, em contrapartida, são os tratados os que estabelecem o direito que deve ser aplicado

162 Caso *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*. *Op. cit.*, nota 156.

163 Considerando a existência de um tratado de investimento aplicável.

164 Ver: REINISCH, August; SCHREUER, Christoph. *International Protection of Investments: The Substantive Standards*. Reino Unido: Oxford University Press, 2020.

165 ORTINO, Federico. *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards*. Reino Unido: Oxford University Press, 2019. p. 2.

166 SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, nota 51, par. 48-95.

para avaliar se os padrões de proteção foram transgredidos¹⁶⁷. Essa questão não é trivial, uma vez que a interpretação e aplicação desses fatores legais podem sofrer variações de acordo com o sistema jurídico de base.

Sobre esse ponto, o Professor Parra argumentou que o direito aplicável aos litígios decorrentes dos BITs são as disposições substantivas dos próprios tratados¹⁶⁸. Contudo, apesar da existência de uma possível transgressão dos padrões de tratamento ao investimento estrangeiro, não significa que estejam constituídos, por si mesmos, como o direito aplicável ao mérito do litígio. Nesse caso, é apropriado distinguir entre as obrigações contempladas nos tratados e a lei substantiva aplicável¹⁶⁹.

Por exemplo, em uma cláusula de escolha de direito aplicável ao conteúdo das controvérsias decorrentes do tratado, suas disposições poderiam estabelecer o direito internacional como o ordenamento aplicável à controvérsia. Os padrões de proteção do investimento, que se encontram ao interior do tratado, seriam os parâmetros para definir a legalidade da conduta do Estado, enquanto as normas de direito internacional constituiriam o sistema jurídico aplicável para determinar o alcance e a interpretação dos padrões de proteção¹⁷⁰.

Em suma, dada a oposição das posições doutrinárias, a prática reflete que na arbitragem de investimentos existe um diálogo constante entre o tratado, como fonte principal, e as fontes do direito internacional, como elementos de apoio no campo dos investimentos estrangeiros. Nesse cenário, o direito internacional na arbitragem de investimentos será responsável por tratar das seguintes questões: 1) avaliar se os direitos econômicos que são objeto da reclamação se enquadram na definição de investimento do BIT aplicável; 2) complementar ao direito interno em caso de lacunas ou corrigi-lo em caso de transgressão de normas imperativas do direito internacional; 3) fornecer as regras de interpretação e as fontes que ajudam a determinar o conteúdo dos direitos subjetivos do tratado (direito consuetudinário e princípios gerais de direito); 4) examinar e interpretar o cumprimento dos padrões de tratamento aos investimentos estrangeiros; e 5) julgar a responsabilidade internacional do Estado, se for o caso.

167 BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, nota 4, p. 204-205.

168 PARRA, Antonio. Applicable law in Investor-State Arbitration. In: *Contemporary issues in arbitration and mediation*. New York: The Fordham papers, Brill/Nijhoff, 2007. p. 1-12.

169 PARRA, Antonio. *Op. cit.*, p. 1-12.

170 BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, nota 4, p. 204-205.

CONCLUSÕES

A abordagem analítica do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem de investimento demonstra que a *lex causae* mantém uma natureza híbrida entre o direito local e o direito internacional, excluindo o seu isolamento, uma vez que nenhuma ordem jurídica é considerada autossuficiente no domínio dos investimentos estrangeiros. Essa análise corresponde a uma visão geral das demandas relativas a investimentos baseadas em tratados e em contratos.

Como assinala o Professor Crawford, a quem se oferece reconhecimento nessas linhas, uma característica intrínseca da arbitragem de investimento é a sobreposição e interação de sistemas jurídicos. Por conseguinte, o direito aplicável ao mérito da causa deve ser observado com prudência e requer a análise do instrumento legal invocado pela demandante, os elementos jurídicos em debate ao interior da controvérsia e as suas respectivas fontes, para identificar as normas legais que regem cada aspecto do litígio¹⁷¹.

Em consideração ao princípio fundamental da autonomia da vontade, a função arbitral obedece à disposição das partes quanto às regras substantivas escolhidas, e apenas no silêncio ou na obscuridade o tribunal procederá à determinação da *lex causae* com base no princípio territorial, por meio do regulamento de arbitragem escolhido, e das técnicas de direito internacional privado, com exceção das arbitragens baseadas na Convenção ICSID, que vão ser regidas pela determinação direta do sistema jurídico aplicável ao mérito da causa. Contudo, deve distinguir-se entre o processo de determinação da *lex causae* e o processo de apreciação do conteúdo das normas que o tribunal considerou aplicáveis ao caso, bem como a sua posterior interpretação.

Especificamente, o direito aplicável ao mérito da controvérsia geralmente contempla o direito interno do Estado de acolhimento, incluindo as suas regras de conflito de leis, o próprio tratado de investimento e os princípios gerais do direito internacional. A natureza de *lex specialis* do tratado faz com que os padrões de proteção estejam no ponto mais alto do debate arbitral de investimentos¹⁷².

171 Schreuer observou acertadamente: “A lei aplicável em disputas de investimento provou ser uma área perigosa. Grande habilidade náutica é necessária para manter o equilíbrio adequado [...]. Vários casos, de fato, afundaram nas rochas de uma lei própria ou imprópria lei [...]” (SCHREUER, Christoph. *Investment Arbitration: a Voyage of Discovery*. Londres, 4, 2004. Tradução pelo autor. Disponível em: <https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/74_cspubl_74.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022).

172 Ver: DE LIMA PINHEIRO, *op. cit.*, nota 55.

Sem abordar a hierarquia ou relação de prevalência entre os sistemas jurídicos¹⁷³, este artigo centrou-se em observar as questões que cada um dos sistemas deve regulamentar. Nesse sentido, o direito interno será responsável por regular os aspetos relativos à aquisição, à existência, à natureza e ao alcance dos direitos patrimoniais que integram o investimento e, da mesma forma, contribuirá com a interpretação e aplicação das provisões contratuais. Dir-se-ia que, em geral, o direito privado tem um papel relevante nessa instância e reclama por um maior espaço no direito internacional dos investimentos.

Por sua vez, o direito internacional tratará a determinação dos investimentos protegidos pelo tratado aplicável, as regras de interpretação do tratado e as suas fontes, que ajudam a determinar o conteúdo dos direitos subjetivos, a aplicação dos padrões de proteção e a responsabilidade do Estado, no caso de ser procedente. Além disso, terá um papel corretivo e complementar do direito local em caso de lacunas ou contradições com as normas de ordem pública do direito internacional.

Embora na prática atual da arbitragem de investimento os aspectos processuais e jurisdicionais tenham adquirido relevante atenção, é pertinente desenvolver as questões materiais, os quais na última instância serão a base para a efetiva aplicação do direito. Neste contexto, a abordagem adequada dos elementos materiais aplicáveis às diferentes questões do litígio pode considerar essencial para dar coerência e previsibilidade às decisões arbitrais. Desse modo, o presente artigo apresentou uma galeria de questões que permite observar os princípios básicos da *lex causae* aplicável ao mérito do litígio na arbitragem de investimento, enfatizando a sustância sobre o processo.

Contudo, se for adotada uma visão prospectiva da arbitragem transnacional de investimento, independentemente das possíveis mutações que são objeto de debate atual, pode-se afirmar que os aspectos materiais adquirirão um papel preponderante na nova relação jurídica investidor-Estado. Provavelmente, colocando-se maior ênfase no direito substantivo, e desde dentro¹⁷⁴, os pilares do novo direito internacional econômico serão fortalecidos.

173 Como o Professor Kirby observou: “Não é exagero mencionar que a interação entre o direito nacional e o internacional constitui um dos maiores desafios para o direito no século que está por vir. Seu resultado é crítico para o futuro do direito internacional [...]. Não resolveremos esses problemas definitivamente em nossa vida. Na verdade, não é nosso dever terminar a tarefa. Mas não estamos livres da obrigação moral de tentar-lo” (KIRBY, Michael. *International Law: The Impact on National Constitutions. 7th Annual Grotius Lecture, Delivered to the Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, DC, 30 de março de 2005 (2006). Tradução pelo autor); Ver: ELISABETH KJOS, Hege. *Op. cit.*, nota 32, p. 1.

174 SHILL, Stephan. *The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within. Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL)*, Working Paper, no. 2014/02. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2446918>. Acesso em: 13 mar. 2022.