

**A REFORMA DO SISTEMA DE ARBITRAGENS INVESTIDOR-ESTADO E A PROPOSTA EUROPEIA DE UM TRIBUNAL MULTILATERAL DE INVESTIMENTOS**

*THE REFORM OF THE INVESTOR-STATE ARBITRAL SYSTEM AND THE EUROPEAN PROPOSAL OF A MULTILATERAL INVESTMENT COURT*

**Joana Stelzer**

Pós-Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professora Associada I na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professora credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - PPGD/CCJ/UFSC, Santa Catarina (Brasil).  
E-mail: contatojoana@yahoo.com.br.  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5604521988646530>.

**Aline Beltrame de Moura**

Doutora em Direito Internacional pela Università degli Studi di Milano (Itália), com Bolsa CAPES Doutorado Pleno no Exterior. Foi Pesquisadora Visitante do Max Planck Institute for Comparative and International Private Law em Hamburgo (Alemanha). Professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Coordenadora do Módulo Jean Monnet CCJ/UFSC, financiado pela Comissão Europeia. Coordenadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC/CNPq e do Grupo de Estudos em Arbitragem GEArb/UFSC, Santa Catarina (Brasil).  
E-mail: [aline.moura@ufsc.br](mailto:aline.moura@ufsc.br).  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5219207178109035>.

**Alisson Guilherme Zeferino**

Mestrando em Direito Internacional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - PPGD/CCJ/UFSC. Bacharel em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - Unochapecó. Membro do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento - CEJEGD/UFSC, Santa Catarina (Brasil).  
E-mail: [alisson.zeferino@posgrad.ufsc.br](mailto:alisson.zeferino@posgrad.ufsc.br).  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9082356012572507>.

Submissão: 27.08.2019.

Aprovação: 16.03.2020.

**RESUMO**

Buscou-se identificar as particularidades das iniciativas de reformulação do sistema de arbitragens por meio do qual Estados e investidores estrangeiros litigam perante tribunais *ad hoc* e a proposta da União Europeia de criação de um tribunal multilateral para a solução de

controvérsias relativas a investimentos. O estudo abordou o cenário europeu relativamente ao fluxo de investimentos estrangeiros, o sistema obrigacional que vincula os países à arbitragem de investimentos e a proposição do bloco para sediar um tribunal especializado permanente. A pesquisa caracterizou-se como qualitativa, de método indutivo e técnica descritiva, com recurso à análise bibliográfica. Concluiu-se que a proposta da administração supranacional europeia é no sentido de romper com o regime vigente de arbitragens investidor-Estado na sistemática *ad hoc* e substituí-lo por instituição permanente capaz de suprir certas deficiências do sistema tradicional, como o risco de parcialidade dos árbitros, imprevisibilidade dos julgamentos, restrição de vias recursais e falta de transparência.

**PALAVRAS-CHAVE:** União Europeia. Investimento Estrangeiro Direto. Resolução de Controvérsias Investidor-Estado.

### **ABSTRACT**

*The aim was to identify the particulars of the proposals for the reform of the arbitral system by which States and foreign investors litigate in ad hoc tribunals, and the initiative of the European Union to create a multilateral court system for the settlement of investment disputes. The study exposes the European climate and flows of foreign investment, the legal system which binds countries to investment arbitration and the bloc's proposal to host a specialized, permanent court. It is a qualitative research, conducted through the inductive method which employs descriptive analysis and bibliographical review. We conclude that the proposal led by the supranational administration of the European Union is intended to break the current trend of ad hoc investor-state arbitrations and replace them with a permanent institution that will eliminate certain deficiencies of the traditional system, such as the risk of arbitrator partiality, judgement unpredictability, limitation of revision requests and lack of transparency.*

**KEYWORDS:** European Union. Foreign Direct Investment. Investor-State dispute settlement.

## **INTRODUÇÃO**

A inserção da via arbitral em substituição ao sistema judicial estatal sob o capítulo de resolução de controvérsias de acordos internacionais de investimento é prática observada há pelo menos seis décadas. O afastamento da jurisdição nacional do país anfitrião como foro para dirimir controvérsias relativas a investimentos estrangeiros diretos revelou, entretanto, um sistema tão complexo quanto problemático.

A sistemática de arbitragens segundo o regime *ad hoc*, pelo qual o estabelecimento da competência e a expressão do consentimento para remeter as disputas aos painéis arbitrais passaram a ser definidos caso a caso. Com isso, evidenciou-se – pela experiência internacional com litígios desta natureza – olhares cada vez mais críticos sobre aspectos sensíveis à administração desses procedimentos, tais como a falta de transparência, a imprevisibilidade das decisões emitidas, o risco de parcialidade e atuação dos julgadores sem

a devida independência, além da impossibilidade de revisão das sentenças.

Os desafios apresentados somaram-se a uma preocupação em especial, no sentido de que a via arbitral pudesse ser utilizada pelos agentes do investimento estrangeiro como meio de avançar seus interesses mercadológicos sobre os interesses públicos das coletividades, representadas pelos governos dos países anfitriões de empreendimentos e indivíduos de outras nacionalidades.

Nessa esteira é que as críticas ao atual sistema de arbitragens investidor-Estado ganharam relevância e deram base às propostas de reforma do regime. Enquanto uma vertente pretende aprimorar suas configurações atuais, sanando os pontos de obscuridade e ineficiência; outra, defende o abandono da prática hodierna para criar órgão jurisdicional multilateral, livre dos vícios já experimentados pela comunidade internacional.

Diante desse cenário, o problema de pesquisa gira em saber como os países europeus integrados economicamente, especialmente quando submetidos à legislação comum em vertente supranacional, pretendem sanar as deficiências do sistema de arbitragens investidor-Estado verificadas no regime *ad hoc*? A hipótese reside na UE (e de países parceiros) viabilizar um Tribunal Multilateral de Investimentos, como alternativa de solução de controvérsias. O objetivo geral do estudo é identificar as particularidades de cada proposta que introduz mudanças ao *status quo* no universo de arbitragens investidor-Estado: em primeiro lugar, a reforma do sistema que trabalha com o edifício já erguido e pondera sua melhoria; e, em segundo, o abandono da construção atual em prol da criação de um Tribunal Multilateral de Investimentos, em discussão no plano internacional por iniciativa da União Europeia (UE).

Os objetivos específicos consistem em: apresentar o panorama europeu para os investimentos estrangeiros; expor as características e a reforma das arbitragens investidor-Estado, e; detalhar iniciativa liderada pela UE para a criação de uma Convenção que estabeleça um tribunal multilateral para a resolução de controvérsias relativas aos investimentos estrangeiros.

A abordagem é justificada pela relevância do estudo do sistema arbitral que é bastidor da transnacionalização do capital na modalidade de investimento estrangeiro direto (IED) e das propostas pensadas para solucionar suas deficiências, mantendo-se a eficiência econômica dos agentes privados e as atividades típicas dos Estados menos suscetíveis a técnicas procedimentais inadequadas na resolução de seus conflitos.

Quanto à metodologia, a natureza da investigação retratou pesquisa pura, iniciada na

compreensão do cenário europeu para os investimentos estrangeiros, passando pela reforma do sistema de resolução de controvérsias entre Estado e investidor estrangeiro, até a proposta europeia de um Tribunal Multilateral de Investimentos. Quanto à abordagem do problema, refletiu estudo qualitativo orientado precipuamente pelos Relatórios e Estudos *do Council of the European Union* e da *European Commission*. Quanto aos fins foi estudo descritivo, no qual se detalhou o uso e a importância da organização interna da UE para participar ativamente na composição de uma alternativa às questões entre Estado e Investidores, sem desconsiderar as demandas internacionais. O método de abordagem foi indutivo crítico, pautado por recentes acontecimentos do bloco perante os desafios na área de investimentos que, efetivamente, induzem um olhar para o futuro. Os procedimentos técnicos utilizaram doutrina de reconhecidos autores (destaque para Sornarajah, Lowenfeld, Palchetti e Brabandere), documentação da União Europeia e da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). Os resultados foram apresentados em forma de texto.

## **1 O CENÁRIO EUROPEU PARA OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS**

Tópicos destacáveis da vertente financeira da globalização envolvem a complexidade dos fluxos, a inovação em instrumentos negociais e a alteração do ritmo com que as transações internacionais passaram a ser efetivadas. A bem operacionalizada estruturação das atividades comerciais num sistema institucionalizado tornou os agentes financeiros integralmente disponíveis aos câmbios entre fronteiras e, a par dos desenvolvimentos em telecomunicações, também novos e mais diversificados instrumentos foram responsáveis pelo aumento do volume das atividades de transferência de capitais (HELD, 1999, p. 189-190).

Na organização geral do comércio além fronteira, duas vias de interação mercadológica se destacam, nomeadamente as transações e os investimentos estrangeiros. Enquanto as práticas comerciais sugerem a atuação de diversas partes na negociação de bens e serviços entre fronteiras, os investimentos estrangeiros compreendem a assunção de riscos por investidores ao vincularem capital próprio a outros países (CHASE, 2015).

Dentre as definições de investimento estrangeiro, de maneira abrangente, diz-se que esse conforma operação de aquisição transfronteiriça de direitos, quando um indivíduo ou uma pessoa jurídica assume direitos externamente ao seu país de origem segundo certos interesses e acobertados por pressupostos legais de validade (BRUM; HECK, 2005).

Duas são as vertentes pelas quais esses direitos são transacionados e classificados, quais sejam, a do Investimento Estrangeiro Direto (IED) e do Investimento de Carteira. Quanto à primeira modalidade, o Fundo Monetário Internacional (FMI) remarca que por meio dela o agente econômico adquire direitos e prerrogativas gerenciais, consubstanciada na administração empresarial comumente conferida aos investidores – os adquirentes dos direitos – que detenham 10% ou mais da propriedade do investimento. O exercício do direito de voto e a voz efetiva na condução dos negócios é expressão gerencial do agente sobre o capital empregado no IED.<sup>1</sup> Diferentemente, na modalidade de Carteira, o investidor assume papel menos ativo e geralmente fica limitado à expectativa de lucro pelo sucesso do empreendimento tendo em vista evoluções no cenário econômico, como câmbio e taxas de juros que afetam o valor acionário (IMF, 1993; BRUM, HECK, 2005).

Enquanto a negociação de títulos de capital, títulos de dívida na forma de obrigações, notas e outros instrumentos do mercado monetário, é relegada aos portfólios, o IED abarca lucros advindos da propriedade de empreendimentos.

Do ponto de vista dos investidores diretos, empresas geralmente representam unidades numa operação multinacional, da qual a lucratividade total depende das vantagens a serem obtidas pela alocação dos vários recursos disponíveis aos investidores em unidades localizadas em diferentes economias. Investidores diretos estão assim em posição para obter benefícios em adição à renda do investimento que podem acumular sobre o capital que investem [...] (IMF, 1993, p. 86).

Tais operações vinculam, em sua maioria, sucursais e subsidiárias a uma instituição maior e essas, como critério para enquadramento legal como investimento estrangeiro devem ser organizadas pelo sistema jurídico local, além de sua propriedade ser detida total ou majoritariamente por indivíduos de nacionalidade estrangeira. É corolário da associação desses indivíduos e empreendimentos a conexão entre agentes localizados no exterior e o negócio – investimento estrangeiro – estabelecido no país anfitrião. Um investidor estrangeiro pode ser, assim, um indivíduo, uma associação de indivíduos, empresas públicas ou privadas tanto singularmente quanto associadas, bem como um governo central e agências estatais (IMF, 1993).

---

<sup>1</sup> Critica-se, nesse sentido, a imposição de um critério tão objetivo quanto o lançamento de um percentual de propriedade para determinar os sujeitos considerados investidores estrangeiros sem que se conjuguem outras informações acerca do controle efetivo nas decisões adotadas pelo empreendimento sob análise, porquanto diversos indivíduos de nacionalidade estrangeira podem, exemplificativamente, deter menos de 10% da propriedade da atividade empresária cada e exercer voz efetiva e direito de voto, situação na qual o registro das operações não se daria como investimento estrangeiro pela falta de interesse permanente do agente, na ótica atual, obtido, nesse particular, com a propriedade de 10% do empreendimento (CHESNAIS, 1996).

Em termos de registro dessas operações, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) destaca o cálculo dos fluxos de entrada e de saída do IED. Enquanto a entrada cobre a aquisição de direitos por estrangeiros em determinado país, a saída compila os investimentos realizados por seus nacionais em outros países (OECD, 2008).

Como já se defendeu, “desse duplo movimento de concentração (do capital) e descentralização (das cadeias de produção), permite-se observar como foi intensificado o domínio financeiro, ao mesmo tempo que se expandiu a exploração de oportunidades locais de mercado e de lucro” (STELZER, 2004, p. 48).

O registro desses fluxos se realiza na balança de pagamentos e dela são extraídas contas positivas ou negativas para a economia dos países, de regiões e blocos econômicos. Nela, por recapitulação periódica, contabilizam-se movimentações relativas ao comércio e às finanças (BRUM, HECK, 2005).

Acerca da circulação de IED nas economias do globo, segundo a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), em 2017 houve queda de 23% nos fluxos em relação a 2016. Ainda assim, por meio da modalidade foram transacionados US\$ 1,43 trilhão, somadas entradas e saídas (UNCTAD, 2018b).

O relatório de 2018 indicou que os países em desenvolvimento mantiveram entrada estável com relação ao ano anterior, em US\$ 671 bilhões. A Ásia foi a região que mais recebeu IED. Os países desenvolvidos, por sua vez, receberam 37% menos IED que em 2016, com entrada de US\$ 712 bilhões. Economias consideradas em transição abrigaram US\$ 47 bilhões. Para a UNCTAD, a queda acentuada de ingresso de IED nos países desenvolvidos ocorreu em razão do “retorno a níveis anteriores no Reino Unido e nos Estados Unidos, após altas em 2016” e também pela queda no número de fusões e aquisições, as *Mergers & Acquisitions* (M&As) (UNCTAD, 2019a, p. xi).

Ao tratar do cenário europeu para os investimentos, faz-se referência ao conjunto de países que conforma a UE, atualmente composta por vinte e oito países,<sup>2</sup> e ao movimento de entrada e saída dessa modalidade de operação econômica. Nesse diapasão, a UNCTAD demonstrou em seus relatórios a queda, no biênio 2016-2017, de fluxo de entrada de investimento externo direto na UE de US\$ 524 bilhões para US\$ 304 bilhões, o que representa redução de 42%, em grande medida vinculada ao insucesso de negociações multilaterais que anteriormente haviam injetado otimismo nas atividades do IED no bloco. A projeção é de que no próximo relatório o investimento externo direto atinja US\$ 380 bilhões,

---

<sup>2</sup>Ao tempo de submissão do manuscrito para publicação, o Reino Unido permanece sendo membro da UE.

representando um acréscimo de 15% (UNCTAD, 2019a).

Ainda que voláteis, as finanças internacionais fazem prova de que as circunstâncias globais criadas pelas interações entre agentes e oportunidades negociais são inerentes ao IED, sendo relevante o alinhamento, por exemplo, dos objetivos de abertura para receber mais investimentos e a política regulatória sobre as atividades dos investidores, com a garantia de tratamento conforme o direito internacional e sua tradição.

Nesse palmilhar, muitas das relações jurídicas do IED são amparadas em Acordos Internacionais de Investimento (AIIs) que determinam o conjunto de ações possíveis e governam a carga obrigacional atribuível a agentes estatais e do mercado, reflexo do direito internacional dos investimentos.

No que concerne aos instrumentos internacionais por meio dos quais se estabelecem regras para o compromisso de incentivo e proteção de investimentos, os países da UE realizaram 1619 ratificações nacionais de Tratados Bilaterais de Investimento (BITs), aqui considerados os acordos vigentes. O número efetivo de BITs, entretanto, é menor, considerando-se que há, dentre esses, uma parcela intra bloco, ou seja, o mesmo tratado gerou duplicidade de ratificação, porquanto internalizado por dois membros da organização supranacional. Já no caso de acordos ratificados pelo bloco com outros parceiros negociais, há registro de 70 AIIs, 55 dos quais se encontram vigentes (UNCTAD, 2019a).

Os cinco países do bloco que mais receberam capital investido em 2017 por não residentes, em montantes expressos em bilhões de dólares, foram Países Baixos (57,9), França (49,7), Alemanha (34,7), Irlanda (28,9) e Espanha (19). De outro lado, as cinco economias mais destacadas no investimento no exterior foram, na mesma lógica, Reino Unido (99,6), Alemanha (82,3), França (58,1) Luxemburgo (41,1) e Espanha (40,7). Ademais, contra o cenário verificado de retração acima dos 40% em 2017, a UNCTAD prospecta recuperação do IED na UE pelo incremento de 15% no fluxo de ingresso de investimentos (UNCTAD, 2019a).

O interesse da UE em receber investidores estrangeiros consiste primariamente na riqueza produzida anualmente, pela garantia de emprego e a provisão de aumento da competição, da pesquisa e da inovação europeias por meio da tecnologia e do capital. Semelhantemente, a administração do bloco sustenta seu interesse em investir no exterior em razão dos lucros captados, do emprego viabilizado e porque assim as companhias sediadas na Europa têm a oportunidade de aperfeiçoar seus processos produtivos, em parte devido ao maior acesso a matérias primas e componentes, além de “melhor servir aos mercados

internacionais” (EUROPEAN COMMISSION, 2017a).

Remarca-se que na linha de defesa da eficiência econômica, os objetivos da política europeia de investimentos consistem em: promover a abertura de mercados para sociedades empresárias europeias, assegurando a sua não discriminação no exterior; criar um ambiente de negócios transparente e previsível; atrair investidores estrangeiros para o território supranacional; clarificar as regras concernentes ao investimento estrangeiro e exigir seu cumprimento com consistência; proteger os investimentos de pessoas físicas ou jurídicas nacionais dos países da UE no estrangeiro; e, assegurar, conforme a necessidade ditada pelo investimento, a livre circulação de proventos, capital e pessoal cruciais à manutenção desse ambiente (EUROPEAN COMMISSION, 2017a).

Toca-se, portanto, em outros aspectos além da regulação das atividades de empreendimentos e pessoas vinculadas às modalidades de investimento quando o assunto é a oferta de determinado espaço de jurisdição atrativo aos agentes do mercado e das finanças, o que de fato não remove a relevância do poder regulatório no sentido de avançar políticas mais elevadas de controle, como anunciadas pela Comissão Europeia, Alemanha, Itália e Reino Unido (UNCTAD, 2019a).

No ponto, é de se notar ter recentemente chegado ao fim um processo de discussão sobre a implementação de um quadro de análise do investimento estrangeiro, iniciado em setembro de 2015. No dia 20 de novembro de 2018, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão consentiram na proposta de pacote que garantirá à UE e aos seus Estados-membros a proteção de seus interesses essenciais ao passo que assegura “um dos regimes de investimento mais abertos do mundo” (EUROPEAN COMMISSION, 2018a).

Foi por meio do Tratado de Lisboa (2009) que a competência sobre o IED se tornou exclusiva da UE, removendo-a das unidades nacionais e, nesse sentido, a Comissão passou a propugnar, de início, reformas sobre o tema do direito de regular. A partir dessa diretiva, os membros dariam ênfase à proteção de interesses públicos na edição normativa, em oposição às necessidades exaradas por agentes mercadológicos (EUROPEAN COMMISSION, 2017a).

Não obstante a alteração promovida sobre a competência legislativa, a UE também trabalhou no sentido de esclareceras regras de proteção de investimentos e, substancial sob a ótica deste estudo, a inauguração de um sistema público de tribunal de investimentos (EUROPEAN COMMISSION, 2017a).

O cenário passa, então, a ser conjunção de esforços no âmbito europeu para que se mantenha o crescimento econômico promovido pelo IED, porém, com robustecida

preocupação governamental em matérias de segurança e ordem pública. Com o quadro de análise do IED, a UE: (a) adota um mecanismo de cooperação e informação entre Estados-membros e a Comissão; (b) confere à Comissão a capacidade de emitir pareceres nos casos que dizem respeito a vários Estados-membros ou naqueles casos em que determinado investimento possa afetar um de seus projetos ou interesses; (c) fomenta a cooperação internacional em matéria de análise do investimento; (d) garante que a segurança é de interesse e responsabilidade dos Estados-membros e que não interferirá na decisão de continuar sem mencionados mecanismos, de manter os existentes ou, eventualmente, adotar novos; (e) mantém sob o crivo dos Estados-membros a decisão acerca de uma operação específica, se esta deve ou não ser autorizada no seu território; e (f) reconhece a necessidade de funcionar observando prazos e níveis de confidencialidade favoráveis aos interesses empresariais (EUROPEAN COMMISSION, 2018a).

Verifica-se, desse modo, que a administração política da atratividade de investidores foi relegada aos Estados-membros, concedendo-se, contudo, a prerrogativa de revisão consultiva dos prospectos empreendimentos a adentrarem o território dos países do bloco por meio da emissão de pareceres e de mecanismo de cooperação, novidade que tenderá a influenciar em grande medida a escolha jurisdicional dos agentes do mercado vinculados ao IED.

À evidência, a UE, enquanto organização supranacional que não ofusca a identidade e os papéis político e econômico de seus membros, permanece focalizando a orientação comum como meio de experimentar com efetividade os objetivos múltiplos da integração.

Em virtude do seu alinhamento temático com a proposta europeia de criação de um tribunal de investimentos em sistema público (Tribunal Multilateral de Investimentos), o arranjo da resolução de controvérsias entre Estado e investidor estrangeiro e sua reforma serão abordados na seção seguinte para, na terceira seção, avançar a identificação das particularidades da proposta de estabelecimento de órgão com uma lógica substancialmente diversa da implementada atualmente pela vontade dos atores responsáveis pela transnacionalização do capital, típica do IED.

## **2 A REFORMA DO SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ENTRE ESTADO E INVESTIDOR ESTRANGEIRO**

A partir das transformações nas relações entre Estados e agentes econômicos, objetiva-

se expor a carga obrigacional tipicamente gravada em instrumentos internacionais por meio dos quais os liames jurídicos são estabelecidos e regidos, o que inclui a solução arbitral de controvérsias, objeto de proposições de reforma.

Por estar presente o risco na atividade dos empreendedores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, esses comumente levam em conta os acontecimentos e indicadores que, por sua vez, influenciam sua disposição para o deslocamento entre jurisdições para a exploração de oportunidades de obtenção de lucro ou expansão. É imperioso ao Estado assegurar ao investidor estrangeiro que a interferência em direitos de propriedade, por exemplo, será passível de compensação pecuniária e mediante acesso e proteção do sistema jurídico do país anfitrião (ELKINS, GUZMAN, SIMMONS, 2006).

Nessa toada, os instrumentos legais conhecidos como acordos internacionais de investimento (AIIs) têm duas funções bastante claras no cenário mundial: a primeira é sinalizar encontrar-se o país anfitrião apto a orientar-se por padrões de tratamento do investimento e de seus agentes, bem como a aceitar a arbitragem para solucionar eventuais controvérsias nesse liame jurídico; e, como segunda função, propugnar paz e prosperidade pela aproximação de parceiros comerciais (SORNARAJAH, 2010; CHASE, 2015).

Dentre os compromissos assumidos por meio de AIIs, quatro são reputados pilares pela ótica dos direitos dos investidores estrangeiros: (a) a garantia de não discriminação pela condição de estrangeiro; (b) a concessão de padrão de tratamento mínimo ditado pelo direito internacional caso necessária a imposição de distinção por origem do agente; (c) o respeito ao devido processo legal e o pagamento de compensação financeira sem demoras nos casos em que o Estado venha a interferir nos direitos de propriedade do investidor, e; (d) a não interferência nas remessas monetárias entre o investimento e o país de origem (CHASE, 2015). Cada um desses compromissos revela um padrão de tratamento aplicável.

O padrão de tratamento nacional (*national standard of treatment*) limita a reserva de vantagens econômicas à indústria doméstica. Em situação semelhante, sem importar a nacionalidade do agente, as mesmas oportunidades e benefícios devem ser estendidos de forma equânime. Diz-se que uma boa razão econômica para a discriminação por nacionalidade muito provavelmente não é suficiente para justificá-la (SORNARAJAH, 2010).

Já o padrão de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable standard of treatment*) diz respeito à proibição de discriminação do investidor estrangeiro quanto ao acesso à justiça e a órgãos da administração no país anfitrião. A base desse padrão comporta a certeza e a clareza exigidas nas relações entre Estado e investidor, não se ignorando o preenchimento das

expectativas das partes (LOWENFELD, 2008). Há quem exponha o padrão de justiça e equidade como deveras maleável e dependente da escolha de palavras que vão formar o acordo dos governos envolvidos, partindo desses a iniciativa de elaborar um texto mais ou menos abrangente, mas que em geral tende a seguir uma racionalidade no sentido de evitar a arbitrariedade e a já comentada discriminação na relação Estado-investidor (KLÄGER, 2011).

Por sua vez, o tratamento da nação mais favorecida (*most-favoured nation treatment*) demanda a extensão das oportunidades ao investidor estrangeiro nacional de um país em igualdade de condições em que ofertadas vantagens a investidores oriundos de outro país parceiro do Estado anfitrião, quer sejam elas econômicas ou jurídicas (SORNARAJAH, 2010).

O quarto padrão de tratamento diz respeito à garantia de total proteção e segurança (*full protection and security*), que emana do direito internacional formado pelo costume, segundo o qual “as forças do Estado não devem ser utilizadas para causar danos à propriedade do investidor estrangeiro ou que o Estado deve conferir segurança diante da violência contra os interesses do investidor estrangeiro se essa violência puder ser razoavelmente antecipada” (SORNARAJAH, 2010, p. 205).

Quando os direitos da pessoa ou empreendimento a ela vinculado sofrem danos em razão da falha estatal na dispensa desses padrões de tratamento, presume-se iniciada a controvérsia e abre-se a possibilidade de convocar um painel de árbitros a se debruçar sobre o conteúdo fático e o conjunto probatório que revolvem as alegações das únicas partes legítimas para abrirem esses procedimentos: os investidores e sociedades empresárias do IED. Por força dos acordos econômicos e cláusulas de resolução de controvérsias investidor-Estado (*investor-state dispute settlement clauses*), os governos centrais não detêm legitimidade ativa nos processos, figurando ordinariamente como demandados.

Ao tornar possível ao investidor estrangeiro a submissão de seus reclamos aos tribunais arbitrais, o que se pretendeu foi levar o julgamento das demandas entre esses sujeitos a um órgão despolitizado e capaz de focalizar questões legais das controvérsias. Embora construído com os auspícios de solucionar mais rapidamente, e sem interferências externas, os conflitos emanados da relação jurídica entre Estados e investidores estrangeiros, o sistema atual apresenta características deficitárias – aqui traduzidas em críticas – que o tornam bastante questionável (UNCTAD, 2014).

As tensões do sistema lançadas a seguir têm fundamento na reunião de obrigações dos Estados por força dos tratados, das quais as disputas recebem seu caráter público, porém

contrastam com a natureza comercial e privada da relação entre os agentes que, por vezes, impõe o desafio de “integrar considerações não relativas a investimentos [...] na jurisdição dos tribunais arbitrais” (BRABANDERE, 2014).

Justamente nessa esteira, a primeira crítica trata da legitimidade e transparência no sistema. Em diversos casos os investidores estrangeiros utilizam o procedimento para desafiar medidas adotadas por anfitriões para regular a saúde pública, a proteção ambiental e suas políticas sociais. Nesses termos, contesta-se a legitimidade de um tribunal *ad hoc* formado por indivíduos distantes para emitir parecer definitivo sobre a validade de uma medida estatal implementada para regular interesses públicos. Ademais, os traços similares ao da arbitragem comercial internacional determinam que a demanda pode permanecer em sigilo, ou seja, restrita aos litigantes, se assim requerido (UNCTAD, 2014).

Uma segunda característica deficitária do sistema é relativa às decisões proferidas pelos tribunais arbitrais. Por não haver necessidade de observar julgamentos que precederam a instauração da demanda *sub judice*, o tribunal *ad hoc* tem liberdade para apreciar as controvérsias, o que dá lugar a inconsistências de julgamento que se externalizam na: (a) interpretação discrepante dos mesmos dispositivos de acordos internacionais; e, (b) apreciação diversa do mérito de controvérsias relativas a fatos idênticos. Nesses casos, a decisão é imprevisível, e a repetição de argumentos pelas partes pode não convencer o tribunal de posição adotada em caso semelhante. Aliás, decisões emitidas por tribunais são muito dificilmente revistas, porquanto não se abre a possibilidade de reapreciação do mérito. Partes dos laudos arbitrais podem passar por procedimento de anulação, mas igualmente pelo crivo de julgadores livres para verificar a adequação das decisões às normas procedimentais e de direito (UNCTAD, 2014).<sup>3</sup>

O ativismo dos árbitros também é alvo de críticas. Ao repetidamente escolherem certo árbitro, as partes podem fazê-lo por considerá-lo inclinado a determinado sentido de julgamento. Embora formalmente sujeitos à ética, à independência e à imparcialidade, há razões para crer que árbitros interessados em fazer parte de mais procedimentos tendem a ceder a determinadas pressões para decidir a favor dos litigantes mais frequentes do sistema, o que levanta um debate concernente à fidelidade do próprio tribunal à interpretação dos fatos, instrumentos e diplomas legais trazidos à sua atenção (DAVIS, 2015).

A última ponderação cinge-se sobre o custo e a duração das demandas arbitrais. O método sob estudo contraria as asserções do procedimento arbitral por não provar ser mais

<sup>3</sup> Sobre o tema, ver: BISHOP, R. Doak; MARCHILLI, Silvia M. *Annulment under the ICSID Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

célere ou menos custoso que as demandas judiciais estatais. A atividade de um tribunal custa, em média, US\$ 8 milhões para cada parte, o que representa significativa monta para Estados menos desenvolvidos e também investidores de empreendimentos comercialmente menos expressivos. A assistência de *Law firms*, do mesmo modo, gera altas despesas para as partes porque o serviço toma tempo e técnica de litigância de profissionais especializados nesse complexo universo (UNCTAD, 2014).

Com amparo nessas deficiências de legitimidade, transparência, acessibilidade e consistência nas arbitragens investidor-Estado no modelo *ad hoc* é que o tema da reforma ganhou relevância e passou a integrar mais setores na busca de soluções que respondam às necessidades dos litigantes e também as coletividades representadas pelos agentes estatais.

As opções que se apresentam são: manter e reformar as arbitragens investidor-Estado, ou abandoná-las e substituí-las. No contexto de manutenção e reforma do modelo *ad hoc*, trabalha-se com a melhoria do procedimento arbitral, o refinamento do acesso dos investidores à arbitragem, a opção de relegar casos sensíveis à discussão entre Estados e a possibilidade de exigir litigância local antes do recurso a um painel internacional. A referência à melhoria do procedimento atual inclui ações que visam a incrementar a legitimidade do modelo, a aumentar o controle dos sujeitos processuais sobre a interpretação de suas avenças e a simplificar os trâmites de modo a sobrelevar a eficiência, o que, a seu turno, pode ser alcançado com acesso público às demandas, introdução de regras de imparcialidade, remuneração e escolha de árbitros, vinculação de interpretação à construção jurídica conjunta das partes, descontinuidade antecipada diante de demandas frívolas – inclusive mediante a introdução de penalidade pecuniária –, melhor distribuição das custas e, por derradeiro, a vedação à busca de solução jurídica, pelos investidores, para o mesmo fato em múltiplos fóruns (UNCTAD, 2015).

O acesso reduzido dos investidores à arbitragem respeitaria uma limitação de situações e matérias adjudicáveis no ímpeto de mitigar os riscos jurídicos e financeiros dos países anfitriões pela concessão de consentimento para a arbitragem caso a caso, ou pela imposição de prazo máximo para formação do painel após alegado o dano. Sobre a possibilidade de paralisar o procedimento investidor-Estado até que os governos centrais do anfitrião e do país de origem do investidor ingressem numa resolução – judicial ou arbitral – de suas diferenças, afirma-se ser adequada a assuntos de importância sistêmica.<sup>4 5</sup>

---

<sup>4</sup> No ponto, não se ignora serem “os processos de revisão, denúncia e não renovação de acordos bilaterais de investimento e o questionamento e rejeição de cláusulas de resolução de controvérsias investidor-Estado em acordos comerciais” considerados esforços da alternativa sistêmica à lógica do capital chamada desglobalização  
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 1, pp. 205-227, Jan.-Abr. 2020. 217

Ainda se tratando da proposta de manutenção do modelo vigente, requerer dos investidores que litiguem primeiramente em nível local para, como último recurso, buscar a formação de um painel arbitral *ad hoc* parece contrariar a lógica despolitizada do fórum internacional, ao passo que visa a igualar, nessas condições jurídicas, investidores nacionais e estrangeiros. É o caso, por exemplo, dos temas "relativos à integridade e estabilidade do sistema financeiro, ao sistema global das relações tributárias internacionais, ou à saúde pública" (UNCTAD, 2015, p. 149).

Já no cenário de abandono e substituição do modelo investidor-Estado, as opções são três: (a) inaugurar um tribunal internacional de investimentos permanente; (b) substituir as arbitragens entre agente público e privado pela resolução de controvérsias exclusivamente entre Estados; (c) confiar unicamente na resolução dessas disputas em nível doméstico. A primeira opção será abordada na terceira seção. Quanto às duas outras, as arbitragens entre Estados tenderiam a devolver a esses agentes a confiança no regime internacional dos acordos de investimento ao tolher dos atores privados certos privilégios legais, porém aumentariam a politização nesses ambientes. Finalmente, abolir do investidor a prerrogativa de ser demandante do Estado internacionalmente e confiar a disputa às Cortes locais seria acima de tudo arriscado fora das jurisdições nas quais há maior confiança no sistema legal, na boa governança e na *expertise* judicial doméstica (UNCTAD, 2015).

Revista a estrutura das propostas de reforma do sistema atual de resolução de controvérsias relativas ao investimento estrangeiro, passa-se ao estudo da proposta europeia para sediar órgão multilateral em resposta aos desafios enfrentados internacionalmente com os procedimentos arbitrais investidor-Estado e suas particularidades.

### **3 PARTICULARIDADES DA PROPOSTA EUROPEIA DE UM TRIBUNAL MULTILATERAL DE INVESTIMENTOS**

Ressaltou-se que com o Tratado de Lisboa (2009), o investimento estrangeiro passou a

---

(SOLÓN, 201, p. 177).

<sup>5</sup> Na mesma linha, "O mais recente Paper de Reflexão da Comissão sobre 'Controlar a Globalização' de maio de 2017 também contém uma referência explícita ao expor que 'A UE também continuará seus esforços para estabelecer regras justas para a proteção dos investimentos estrangeiros enquanto permite que os governos persigam seus objetivos políticos legítimos. Disputas não deverão mais ser decididas por árbitros sob o chamado sistema de resolução de controvérsias investidor-Estado. É por isso que a Comissão propôs um tribunal multilateral de investimento que criará um mecanismo justo e transparente; isso está sendo discutido com nossos parceiros" (EUROPEAN COMMISSION, 2017b, p. 25).

ser parte da política comercial comum na UE.<sup>6</sup> A partir de então, a administração do bloco passou a organizar as diretivas comerciais e de gestão de responsabilidades pelo investimento estrangeiro recepcionado. Destaca-se, dentre os temas debatidos, a responsabilidade da UE e dos seus Membros pela promoção da defesa em eventuais disputas investidor-Estado e pelo financiamento das custas ligadas ao patrocínio dos interesses internos nos tribunais *ad hoc*, bem como aos dispêndios dos tribunais na apreciação dos casos.

A condição de organização internacional da UE é ainda debatida, se suas particularidades e o trato com outros sujeitos de direito internacional produziram algum tipo de regra específica e aplicável somente a ela tendo em vista tanto sua responsabilidade quanto capacidade no plano externo. Anota-se que quanto ao investimento estrangeiro, a conduta comissiva ou omissiva do Estado que causa violação das garantias devidas aos investidores pode ser direcionada pela norma comunitária e, nesse cenário, discute-se os limites e possibilidades de responsabilização da UE ou de seus membros, ou mesmo de ambos por atos alegados nocivos ao ambiente de estabilidade, certeza e previsibilidade de tratamento (PALCHETTI, 2019).

A questão do controle normativo pela UE em relação aos seus membros atrairia, assim, o risco de responsabilização da organização nos casos em que, cumulativamente, a matéria seja coberta por norma comunitária, somente o membro tenha assumido obrigação internacional pela assinatura de acordo e haja conduta contrária ao acordado. Nesse cenário, um país membro da UE poderia se eximir da responsabilidade direta, que seria então transferida ao bloco (PALCHETTI, 2019).

Em 2014, o Regulamento UE n. 912/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho criou o regime de gestão da responsabilidade financeira relacionada com os órgãos jurisdicionais de resolução de litígios entre os investidores e o Estado, estabelecidos por acordos internacionais nos quais a UE figura como parte (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Mencionado regulamento apresenta um critério de justiça na medida em que o tratamento desafiado pelo investidor estrangeiro localizado na UE e protegido por um acordo internacional de investimento pode ter origem na conduta da própria UE ou de um Estado-membro. Logo, a ideia basilar é não onerar desnecessariamente a UE quando a conduta praticada em desfavor do investidor for comissiva do país membro anfitrião do investidor,

---

<sup>6</sup> "O Artigo 21(2) do Tratado da União Europeia visa a um número de objetivos que a União Europeia deve perseguir por meio de 'um alto grau de cooperação em todos os campos das relações internacionais' [sendo relevante] 'promover um sistema internacional baseado na cooperação multilateral reforçada e na boa governança global'" (EUROPEAN COMMISSION, 2017b, p. 25).

especificamente quando não se verificar interferência direta de disposições supranacionais no tratamento dispendido ao agente externo (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Situação diversa foi verificada no julgamento do caso *Achmea v República Eslovaca* (*Achmea v Slovak Republic*, Case C-284/16) quando o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que a cláusula de arbitragem de investimentos constante em acordo bilateral formalizado por membros da UE é contrária à norma comunitária e, portanto, inaplicável, sendo que um tribunal arbitral estabelecido de acordo com esta cláusula não possui jurisdição porque a oferta de arbitragem foi inválida no que diz respeito ao consentimento das partes (EUROPEAN COMMISSION, 2019).

Também como resultado do julgamento citado, os membros da UE se comprometeram a revogar todo TBI concluído com outros membros do bloco até 6 de dezembro de 2019. O compromisso foi assumido em declaração assinada em 15 de janeiro de 2019 e essa também desestimula o estabelecimento de novos painéis arbitrais de acordo com as cláusulas reputadas incompatíveis com as normas supranacionais. Ademais, sentenças arbitrais emitidas antes do julgamento do caso *Achmea v República Eslovaca*, ou mesmo as composições dos Estados membros nessas condições não podem ser anuladas, nem se deve buscar sua anulação (EUROPEAN COMMISSION, 2019).

Noutra senda, a UE avançou política diferenciada com parceiros como o México (2001) e o Canadá (2016) em negociações nas quais as partes se comprometem a uma iniciativa multilateral para a criação de tribunal de investimentos de magnitude tal que substitua o sistema arbitral tradicional (UNCTAD, 2019a). O acordo UE-Canadá foi inovador ao prever mecanismo de apelação para a correção de erros do tribunal *ad hoc* e fomentar a consistência nos julgamentos, tudo isso num ambiente monitorado pelos governos e, o que é mais importante, no ímpeto de fornecer as bases para a participação desses países na elaboração da proposta de Tribunal Multilateral de Investimentos de modo a atualizar os acordos bilaterais comuns (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2016; EUROPEAN COMMISSION, 2017a).

Em agosto de 2016, um processo de avaliação de impacto foi aberto pela Comissão Europeia, visando a perquirir no âmbito multilateral as opções disponíveis para a reforma do sistema de arbitragens, o que incluiu o tribunal multilateral e permanente de investimentos (EUROPEAN COMMISSION, 2017b).

Segundo ferramenta da UNCTAD, o número conhecido de procedimentos soma, em junho de 2019, 942 casos, 602 dos quais já tiveram desfecho: 215 (35,7%) decididos em favor

do Estado, 173 (28,7%) em favor do investidor, 137 (22,8%) com encerramento por transação, 64 (10,6%) descontinuados e 13 (2,2%) decididos sem atribuir vencedor – a responsabilidade do Estado foi comprovada, porém os danos não (UNCTAD, 2019b).

No ano de 2017, as disputas arbitrais intra UE responderam por quase um quinto do total de arbitragens de investimento registradas, contra a proporção de um quarto reportada em 2016, ou seja, é manifesto o interesse do bloco integrado em participar ativamente das discussões sobre a reforma do sistema vigente, embora com papéis bastante claros (UNCTAD, 2018a).

Uma reforma multilateral da resolução de controvérsias do investimento não poderia ser carreada ao nível dos Estados-membros pela simples razão de que não se poderia alcançar a cobertura de todos os tratados de investimentos, deixando de fora todos os acordos concluídos pela UE. Os Estados-membros não possuem competência para todas as matérias abordadas nessa iniciativa. As matérias ou são de competência exclusiva da, ou compartilhada com, a União Europeia (EUROPEAN COMMISSION, 2017b, p. 24).

A propósito, em 20 de março de 2018, o Conselho adotou diretivas no sentido de autorizar a Comissão a negociar, em caráter público e em nome da UE, uma convenção para estabelecer um tribunal multilateral para a resolução de controvérsias do investimento, sendo certo que a proposta almeja a criação de órgão permanente para adjudicar disputas futuras entre Estados e investidores tanto originárias de acordos vindouros de investimento quanto daqueles que já se encontram vigentes. No caso da UE, o plano é encerrar o sistema de tribunais de investimento ditados pelos acordos contemporâneos eivados das deficiências já abordadas. Chamar para o bloco a responsabilidade de elevar discussões e tornar a proposta realidade é ação eminentemente política, em resposta às reservas sinalizadas pelo público com relação ao revés da legitimidade impregnado no modelo atual (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018a).

O mandato do Conselho abre à Comissão o espaço de ação necessário à negociação que integrará elementos de jurisdição doméstica e internacional à arbitragem de investimentos, com a reunião dos parceiros econômicos da UE no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018a). Do mandato se extrai a obrigação europeia de convidar todos os países interessados que possuam delegações orientadas por governos e também organizações internacionais a tomarem parte nas negociações, de maneira transparente (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018b).

De acordo com a Comissão Europeia do Comércio, na UE, Cecilia Malmström, a reforma sistêmica cabe, no caso, para aplicar o direito internacional por um órgão permanente e que tratará dos litígios relativos a investimentos com previsibilidade e consistência, considerando ainda que a adequada solução para os casos somente será garantida pela abertura de uma via de apelação, inexistente no modelo atual. Sua jurisdição deverá, portanto, ser flexível para acobertar a recepção dos litígios originados de relações comandadas por tratados já existentes e, aparte disso, ser capaz de acompanhar a evolução das obrigações inseridas em novos acordos. Atingir esses objetivos, em sua visão, urge multilateralismo (EUROPEAN COMMISSION, 2018b).

Assim, tanto a UE quanto terceiros países deverão, sob a Convenção em discussão, ser capazes de acordar a remessa de suas disputas à jurisdição do tribunal idealizado, a qual contará com tribunal de primeira instância e tribunal de apelação, esse último com a competência para revisar erros de apreciação de fatos, falhas e impropriedades procedimentais e de direito e devolver a matéria ao primeiro. Não obstante, o tribunal deverá ter sua independência assegurada pela composição de corpo de julgadores qualificado e imparcial, com mandato duradouro e remuneração exclusivamente provida pelo órgão multilateral, observadas regras de conflito de interesse e código de conduta (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018b).

O que o Conselho entregou à Comissão, em termos do que se constitua como de desejável implementação na Convenção, é a não exclusão, de imediato, da possibilidade de o tribunal criado se valer do apoio técnico de pessoal de outra organização internacional e ainda, deste, futuramente, ser integrado a outro órgão de maior tradição. Finalmente, assuntos como a transparência procedimental, que inclui abertura à intervenção de terceiros nos casos iniciados (tais como entidades ambientais ou trabalhistas), a implementação de efetiva vinculação das partes às decisões emitidas no âmbito do órgão e a forma de divisão, entre os membros da convenção, dos custos de operação e rateio de custas finais nos procedimentos também integraram a pauta (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018b).

Resumindo-se a proposta em princípios, o tribunal deverá ser instituição internacional permanente; seus juízes, empossados, qualificados e de remuneração permanente de modo a assegurar a imparcialidade e independência, além da previsibilidade e consistência nas decisões emitidas; os procedimentos obedecerão a transparência; haverá previsão de apelação contra as decisões; será vital respeitar regime efetivo de vinculação das partes às decisões emitidas e, por derradeiro; o tribunal terá competência para receber disputas tanto de acordos

existentes quanto futuros, sendo bastante a sinalização de consentimento jurisdicional pelos envolvidos (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018a).

Importa ressaltar que, no plano geral, não há como afirmar que a qualidade das decisões será melhor porque os julgadores serão vinculados a uma instituição multilateral. Em verdade, considera-se corolário das disputas arbitrais a *expertise* e disponibilidade dos profissionais escolhidos para formar um painel apto a emanar a decisão que vinculará as partes. No caso da proposta europeia, a liberdade das partes para escolher os julgadores certamente será afetada.

A abordagem, verifica-se, é no sentido de abandonar a formação de tribunais *ad hoc*, eliminar o risco de imparcialidade, tornar o resultado da disputa previsível, permitir a revisão das decisões, mitigar custos procedimentais e de negociação e apagar do sistema a regra do sigilo de tramitação processual (EUROPEAN COMMISSION, 2017c).

A iniciativa demonstra a preferência da UE pelo multilateralismo em detrimento do bilateralismo e do estabelecimento de órgão de solução de conflitos que atenda as necessidades específicas das disputas entre investidores e Estados, diferentemente do tradicional mecanismo da arbitragem comercial, destinada à resolução de controvérsias entre entes privados.

Como exposto, trata-se de proposta em discussão e os delineamentos ou a realidade a ser verificada futuramente pode diferir bastante das ideias propugnadas pelos órgãos da administração supranacional da UE. De qualquer modo, justifica-se, no presente contexto, a ação europeia na busca de solução para as deficiências de um sistema vigente há pelo menos seis décadas e que impacta diretivas públicas e interesses coletivos legítimos numa esfera jurisdicional pouco transparente e ainda menos consistente.

## CONCLUSÃO

Embora vigente desde a assinatura alargada de acordos bilaterais de investimentos por países entre as décadas de 1950 e 1960, o sistema de resolução de controvérsias entre Estados e investidores estrangeiros ganhou relevância somente a partir de 1990, com a abertura de mais procedimentos e com a atenção pública voltada ao conteúdo das discussões entre governos centrais e agentes estrangeiros responsáveis pela transnacionalização do capital.

Da litigância em sistema herdado das arbitragens privadas entre agentes comerciais, à evidência, a experiência estatal advinda não foi positiva ou efetiva, e a conjugação de novas

pautas às atividades estatais legítimas com propensão a interferir diretamente nas atividades dos investidores estrangeiros cobertos por acordos internacionais de investimento somente focalizaram os embates entre o capital estrangeiro e a condução da política regulatória interna.

Nessa linha, diversas deficiências do sistema arbitral criado para solver controvérsias relativas ao investimento estrangeiro foram apontadas e serviram de base para o início das reflexões acerca da necessidade de modificar o *status quo*. A preocupação era prosseguir a boa operacionalização da proteção jurídica do estrangeiro detentor de propriedade e de interesses permanentes na economia doméstica dos países anfitriões, além da manutenção do poderio estatal para nortear o desenvolvimento de atividades econômicas em seu território.

As verificadas deficiências do sistema, traduzidas em críticas, foram marcadas pelo seguinte: caráter *ad hoc* dos tribunais e os efeitos decorrentes da singularidade de formação dos painéis, riscos de parcialidade dos julgadores, falta de previsibilidade do sentido de julgamento e inobservância de precedentes, bem como a inexistência de possibilidade de recurso e revisão legal das decisões. Tudo isso, aliado ao alto custo procedimental, tornaram mais que desejável a implementação de regime de solução de controvérsias renovado e distanciado dessas inconveniências.

Assim, confirma-se a hipótese de trabalho no sentido de que a iniciativa europeia de propor – por meio de sua administração supranacional – um espaço para a discussão de um Tribunal Multilateral de Investimentos favorece a inauguração de novas práticas no âmbito das arbitragens entre Estados e investidores estrangeiros.

Em primeiro lugar, por responder às necessidades verificadas pelos agentes estatais que litigam no sistema hodierno. Em segundo lugar, porque o bloco complementou a proposta de reforma do sistema de arbitragens investidor-Estado porquanto integrava a segunda vertente defendida internacionalmente (um tanto mais radical), não de aprimorar a construção existente, mas de trazê-la abaixo para construir regime de disputas novo e isento das deficiências já conhecidas.

Eventualmente estabelecido, um tribunal com a competência para apreciar esses reclamos levará certo tempo até fazer prova de sua eficiência com relação ao regime que pretende substituir, interregno comum nos casos de alteração da prática jurídica.

## REFERÊNCIAS

BRABANDERE, Eric de. *Investment Treaty Arbitration and Non-Investment Considerations*. United Nations Audiovisual Library of International Law, Jan. 29, 2014. Disponível em: <http://webtv.un.org/watch/player/3422633383001> . Acesso em: 22 jul. 2019.

BRUM, Argemiro L.; HECK, Cláudia R. *Economia internacional: uma síntese da análise teórica*. Ijuí: Unijuí, 2005.

CHASE, Peter H. TTIP, investor-state dispute settlement and the rule of law. *European View*. Vol. 14, n. 2, p. 217-229, 2015. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007/s12290-015-0377-z> . Acesso em: 22 jul. 2019.

CHESNAIS, François. *A Mundialização do Capital*. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States*. Brussels: General Secretariat of the Council, 2016. Disponível em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf> . Acesso em: 8 dez. 2016.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Multilateral investment court: Council gives mandate to the Commission to open negotiations*. Press release. European Council, 2018a. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/> . Acesso em: 22 jul. 2019.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*. European Council, 2018b. Disponível em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf> . Acesso em: 22 jul. 2019.

DAVIS, Christina L. The political logic of dispute settlement: Introduction to the special issue. *The Review of International Organizations*. Vol. 10, n. 2, p.107-117, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10.1007/s11558-015-9220-1> . Acesso em: 22 jul. 2019.

ELKINS, Z.; GUZMAN, A.; SIMMONS, B. (2006). Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960–2000. *International Organization*, 60(4), p. 811-846. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0020818306060279> . Acesso em: 22 jul. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *Accessing markets: Investment*. EC, 2017a. Disponível em: <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/> . Acesso em: 22 jul. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission Staff Working Document Impact Assessment: Multilateral reform of investment dispute resolution accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*. Brussels: European Council, 2017b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/LV/TXT/?uri=CELEX:52017SC0302> . Acesso em: 22 jul. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *State of the Union 2017: A Multilateral Investment Court*. European Commission, 2017c. Disponível em: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc\\_156042.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf) . Acesso em: 22 jul. 2019.

## A REFORMA DO SISTEMA DE ARBITRAGENS INVESTIDOR-ESTADO E A PROPOSTA EUROPEIA DE UM TRIBUNAL MULTILATERAL DE INVESTIMENTOS

EUROPEAN COMMISSION. *Comissão congratula-se com o acordo sobre o quadro de análise do investimento estrangeiro*. Comunicado de imprensa, 20 nov. 2018. Brussels: EC, 2018a. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-6467\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6467_pt.htm) . Acesso em: 22 jul. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *A Multilateral Investment Court: a contribution to the conversation about reform of investment dispute settlement*. Brussels: EC, 2018b. Disponível em: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc\\_157512.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc_157512.pdf) . Acesso em: 22 jul. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *Declaration of the representatives of the governments of the member states, of 15 January 2019, on the legal consequences of the judgment of the court of justice in Achmea and on investment protection in the European Union*. Brussels: EC, 2019. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf) . Acesso em: 22 jul. 2019.

HELD, David; MCGREW, Anthony; GOLDBLATT, David e PERRATON, Jonathan. *Global transformations: Politics, economics and culture*. Stanford: Stanford University Press, 1999.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Balance of Payments Manual*. IMF, 1993. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf> . Acesso em: 22 jul. 2019.

KLÄGER, Roland. *'Fair and equitable treatment' in international investment law*. New York: Cambridge University Press, 2011.

LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2008.

ORGANISATION FOR CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. Fourth ed. OECD, 2008. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf> . Acesso em: 22 jul. 2019.

PALCHETTI, Paolo. Unique, special, or simply a primus inter pares? The European Union in international law. *The European Journal of international law*, (2018), vol. 29, n. 4, p. 1409-1426. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chy081> . Acesso em: 22 jul. 2019.

SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3rd ed. New York: Cambridge University Press, 2010.

STELZER, Joana. *Mercado Europeu: Direito e análise jurisprudencial*. Curitiba: Juruá, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) n. 912/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014*. Estabelece um regime de gestão da responsabilidade financeira relacionada com os órgãos jurisdicionais de resolução de litígios entre os investidores e o Estado, estabelecidos por acordos internacionais em que a UE é parte. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2014/912/oj> . Acesso em: 22 jul. 2019.

UNCTAD (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT). *Investor State-Dispute Settlement*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva: United Nations, 2014. Disponível em: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

UNCTAD (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT). *World Investment Report 2015: Reforming international investment governance*. New York and Geneva: United Nations, 2015. Disponível em: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf) . Acesso em: 22 jul. 2019.

UNCTAD (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT). *World Investment Report 2018: investment and new industrial policies*. United Nations: New York and Geneva, 2018a. Disponível em: <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2130> . Acesso em: 22 jul. 2019.

UNCTAD (INVESTMENT POLICY HUB). *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017*. IIA Issues Note, International Investment Agreements. United Nations: UNCTAD, 2018b. Disponível em: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2_en.pdf) . Acesso em: 22 jul. 2019.

UNCTAD (INVESTMENT POLICY HUB). *International investment agreements navigator: EU (European Union)*. UNCTAD, 2019a. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/groupings/28/eu-european-union-> . Acesso em: 22 jul. 2019.

UNCTAD (INVESTMENT POLICY HUB). *Investment Dispute Settlement Navigator*. United Nations: UNCTAD, 2019b. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> . Acesso em: 22 jul. 2019.