

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ



DÉBORA DE MELLO MATOS

**O PROBLEMA DA EXPROPRIAÇÃO INDIRETA EM INVESTIMENTOS
TRANSFRONTEIRIÇOS**

RECIFE

2019

DÉBORA DE MELLO MATOS

**O PROBLEMA DA EXPROPRIAÇÃO INDIRETA EM INVESTIMENTOS
TRANSFRONTEIRIÇOS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal de Pernambuco
como requisito para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paul Hugo Weberbauer

RECIFE

2019

DÉBORA DE MELLO MATOS

**O PROBLEMA DA EXPROPRIAÇÃO INDIRETA EM INVESTIMENTOS
TRANSFRONTEIRIÇOS**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Recife, ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Para os meus pais.

AGRADECIMENTOS

É extensa a lista de pessoas que me apoiaram, de uma ou outra forma, ao longo do breve – porém, marcante – período em que produzi este trabalho de conclusão de curso.

De início e, como não poderia deixar de ser, agradeço, sobretudo, aos meus pais, que sempre foram os maiores entusiastas de tudo o que dissesse respeito a minha vida acadêmica. A confiança que depositaram em mim, durante toda a graduação, se manifestou por meio de concessão da mais plena autonomia e, por vezes, de pertinentes e necessárias admoestações.

Gostaria, também, de agradecer ao meu orientador, o professor Paul Weberbauer que, de pronto, se mostrou aberto e disposto a nortear a produção deste trabalho. É, sem dúvidas, um dos mais dedicados docentes com quem tive a sorte de me deparar durante os cinco anos e meio de graduação na Faculdade de Direito do Recife.

Deixo, outrossim, uma lembrança final aos amigos que tornaram esse período de conclusão de curso – que, irremediavelmente, conta com os mais variados tormentos – menos brutal. Sob o risco de cometer uma ou outra injustiça, agradeço particularmente a Camila, Dani, Gabi, Victória e Júlio – este último que, mesmo longe, nunca deixou de se fazer presente.

“It’s not the brains that matter most, but that which guides them – the character, the heart, generous qualities, progressive ideas”.

RESUMO

Este trabalho pretende abordar problemática pertinente à multinacionalização do processo produtivo e à alocação extraterritorial de capital por meio da realização de investimentos transfronteiriços. Especificamente, o foco recairá sobre as diferentes – e, por vezes, contrapostas – perspectivas perfilhadas por investidores, países receptores e, bem assim, países exportadores de capital. Nesse sentido, a questão da expropriação indireta será tratada com protagonismo, assim como o desenvolvimento tanto de mecanismos voltados à proteção do investimento estrangeiro, como de âmbitos adequados à resolução de eventuais disputas emergentes entre investidores e Estados receptores de investimentos. Será assentada, ademais, análise atinente à instituição e funcionamento do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIRDI), bem como à relação entre o conceito de soberania estatal e à jurisdição do Centro. O presente trabalho é encerrado, então, com a investigação de recente caso concreto concernente ao problema da expropriação indireta – qual seja, *UP and C.D. Holding Internationale v. Hungary* - submetido à jurisdição do Centro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito internacional; proteção de investimentos internacionais; expropriação indireta; soberania estatal; Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos.

ABSTRACT

This paper intends to dissert about matters pertinent to the multinationalization of the production process and to the extraterritorial application of capital, undertaken by means of the realization of international investments. Specifically, the focus will fall upon the contrasting – and, by times, opposed – perspectives adopted by private investors, their home states and, moreover, the host states for their investments. In this sense, the problem of indirect expropriation will be placed in a role of preeminence, as well as the development of mechanisms designed to protect transnational investments and the institution of spheres deemed adequate to the resolution of emerging disputes between host state and investors. Furthermore, it will be settled analysis concerning the institution and functioning of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), along with a possible link established between national sovereignty and the ICSID's jurisdiction. This graduation paper is concluded, thus, with the investigation of recent case related to the matter of indirect expropriation – that is, *UP and C.D. Holding International v. Hungary* – submitted to the jurisdiction of the ICSID.

KEYWORDS: international law; protection of international investments; indirect expropriation; national sovereignty; International Centre for the Settlement of Investment Disputes.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DE MECANISMOS VOLTADOS À PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO	13
2.1. O fatiamento da cadeia produtiva internacional	13
2.2. Era colonial.....	14
2.3. Era pós-colonial	15
2.4. Era global	17
3. OS PROCEDIMENTOS DE EXPROPRIAÇÃO ESTATAL	19
3.1. A ideia de expropriação em âmbito de investimentos transfronteiriços	19
3.2. A perspectiva adotada pelos países em desenvolvimento e a Nova Ordem Econômica Internacional	20
3.3. A Doutrina Calvo e a Fórmula Hull.....	21
3.4. A ideia de expropriação indireta	23
3.5. O desenvolvimento dos padrões de compensação.....	24
4. O CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIRDI)	27
4.1. A instituição do CIRDI.....	27
4.2. A composição do CIRDI.....	29
4.3. A jurisdição do CIRDI	30
4.4. As regras aplicáveis aos procedimentos arbitrais.....	32
4.5. Algumas críticas dirigidas ao CIRDI	33
5. O PRECEDENTE FIRMADO PELA DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL NO CASO UP E C.D. HOLDING INTERNATIONALE V. HUNGRIA.....	35
5.1. Os fatos antecedentes ao procedimento arbitral.....	35
5.2. Os argumentos sustentados pelas partes	37
5.3. O entendimento assentado pelo tribunal arbitral.....	39

5.4. O padrão de compensação adequado.....	41
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS.....	44

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe-se a realizar breve análise sobre o problema da expropriação indireta em casos de investimento internacional. Ao longo dos anos, percebe-se que houve uma inflexão no modelo de produção capitalista, em decorrência do fenômeno da internacionalização do processo produtivo.

Assim, com vistas a expandir suas influências e diversificar os mercados consumidores, as empresas passaram a recorrer à alocação de capital em outros países – forjando, pois, uma rede transnacional de investimentos. Tais investimentos estão, com efeito, indelevelmente imbuídos de uma série de interesses particulares que, por outro lado, podem encontrar-se facilmente contrapostos aos desígnios dos países receptores de capital.

O problema da expropriação estatal configura, ressalte-se, uma das mais relevantes preocupações dos investidores, porquanto é capaz de tornar completamente irrelevantes os investimentos empreendidos – e, assim, obliterar os retornos econômicos do particular, não obstante as, por vezes, módicas quantias despendidas.

Nesse sentido, foram estruturados mecanismos de proteção e guarda aos investimentos internacionais. O presente trabalho encerra sintética investigação atinente ao desenvolvimento de tais mecanismos, bem como ao engendramento de âmbitos pertinentes à resolução de conflitos – como o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIRDI).

Busca-se, portanto, a partir deste trabalho, promover a compreensão das atuais relações construídas entre investidores e países eminentemente exportadores ou importadores de capital. Objetiva-se, também, analisar o problema da expropriação indireta em âmbito dos investimentos internacionais e, ademais, a relevância da estruturação do CIRDI em tais questões. Para isso, a historicidade inerente a todo o processo, que permitiu a configuração das relações hoje assentadas, será destacada.

Procura-se, adicionalmente, tangenciar os diferentes padrões de compensação adequados aos casos de expropriação, bem como a aplicação concreta destes pelo CIRDI em controvérsia relativa à expropriação indireta. Serão mencionadas, também, as diferentes e, por vezes, opostas, perspectivas adotadas pelos sujeitos que integram esse vínculo, e como estas influenciaram fortemente o desenvolvimento de mecanismos de resolução de conflitos hoje

existentes. Por fim, este trabalho visa apontar aspectos relevantes à constituição do CIRDI, como organização internacional, e à delimitação de sua jurisdição.

O problema a ser ponderado é: como a questão da expropriação indireta relaciona-se com o conceito de soberania estatal e, em tais circunstâncias, qual a relevância do CIRDI como instituição internacional?

Com vistas a alcançar os objetivos elencados e responder ao problema eleito, o trabalho será dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo, inaugural, propõe-se a perfilar – breve e não exaustivamente – o delineamento de eventos considerados basilares ao desenvolvimento de mecanismos aptos à proteção do investimento estrangeiro. De início, será traçado um panorama geral pertinente à multinacionalização do processo produtivo. Em sequência, será abordada a forma como se moldaram os pactos incipientes de alocação extraterritorial de capital, bem como os desdobramentos ulteriores que acarretaram a possibilidade de configuração de uma relação direta, voltada à resolução de litígios, entre Estado e investidor.

O segundo capítulo deste trabalho pretende ocupar-se do procedimento de expropriação, tratando-o tanto em sua forma direta como indireta. Nesse sentido, também abordará as perspectivas – por vezes, contrapostas - adotadas pelos países desenvolvidos e por aqueles em desenvolvimento no que concerne às ações de expropriação estatal, assim como ao eventual vínculo destas últimas com o conceito de soberania. Versará, outrossim, brevemente, sobre o desenrolar teórico que embasa aspectos e requisitos atribuídos à expropriação, perpassando, ademais, por discussões afetas aos distintos métodos de valoração da compensação derivada do instituto.

Em sequência, o terceiro capítulo pretende perfilar sintética análise pertinente ao CIRDI. Serão expostas certas inovações trazidas pela Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (Convenção de Washington), que abaliza o funcionamento e estruturação do Centro, além de delimitar a jurisdição deste. É de basilar relevância, também, o apontamento de críticas direcionadas ao CIRDI, tangenciadas ao final do capítulo.

O quarto e último capítulo deste trabalho traz o recente precedente firmado pelo CIRDI no caso UP e C.D. Holding v. Hungria. Intenta, assim, expor a fundamentação que amparou a decisão do tribunal arbitral, bem como abordar, de forma mais palpável, a questão

da expropriação indireta e suas repercussões – tal qual o método de aferição da compensação cabível perante o caso concreto.

2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DE MECANISMOS VOLTADOS À PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

2.1. O fatiamento da cadeia produtiva internacional

A literatura econômica defende a existência, hoje, de uma “cadeia global de valor”. Tal conceito resta associado a uma atividade produtiva cujas etapas, ainda que articuladas à produção de um único bem, ultrapassam as fronteiras nacionais, forjando, assim, um multifacetado processo de internacionalização. Implica dizer, pois, que, desde a captação de insumos básicos até o desenvolvimento da estratégia de marketing de um bem, haverá a contribuição de Estados nacionais distintos¹.

A fragmentação do processo produtivo encerra uma especialização inerente à cadeia industrial e tecnológica contemporânea, de modo a permitir que os países participantes – e, de igual forma, as empresas – concentrem suas atividades nos ramos em que são detentores de maior competitividade. Tal dispersão das etapas produtivas possibilita o fenômeno de *offshoring* ou deslocalização industrial² que, por sua vez, importa na existência de um ininterrupto fluxo global de capital.

Esse complexo sistema transnacional, que engloba interações múltiplas – tanto entre Estados e empresas como entre empresas diversas –, tem como consequência quase que inexorável a alocação de recursos particulares em país outro que não o natural de uma determinada pessoa física ou jurídica. Tais aplicações de capital, fatalmente incutidas de um maior ou menor potencial de risco, podem ser designadas de investimentos internacionais.

Nessas operações, revela-se uma indelével contradição marcada pela presença de interesses fundamentalmente opostos. Ainda que, desde a década de 1980, seja observado, por parte tanto de Estados desenvolvidos como em desenvolvimento, o perfilhamento de tendências liberalizantes de privatização e desregulamentação econômica – comumente associadas à ascensão de cadeias de produção transnacionais³ –, foi trilhado um longo caminho para a solidificação deste cenário. Houve, pois, uma inflexão da conjuntura, bem como uma reforma dos remédios hábeis a proteger o patrimônio do investidor.

¹ CARNEIRO, Flavio L. **Fragmentação internacional da produção e cadeias globais de valor**. P. 8-9. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4376/1/td_2097.pdf. Acesso em: 13 ago. 2019.

² DA CAMARA, Pedro B. **Gestão de pessoas em contexto internacional: um livro essencial para as mais de 5000 empresas portuguesas internacionalizadas**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008, p. 21.

³ MUCHLISNKI, Peter (Ed.); ORTINO, Federico (Ed.); SCHREUER, Christoph (Ed.). **The Oxford Handbook of International Investment Law**. New York: Oxford University Press, 2008, n. p.

Vandavelde, em investigação sobre a evolução histórica do comércio multilateral e dos investimentos internacionais – em especial, no que tange à proteção do investimento estrangeiro –, indica que podem ser rastreados acordos que buscam resguardar a propriedade do particular desde o final do século 18. Sob essa perspectiva, o autor traça uma categorização que subdivide a proliferação do fenômeno em três eras distintas, quais sejam, colonial, pós-colonial e global⁴. Me servirei da discriminação temporal abalizada pelo autor para fins de maior acuidade histórico-comparativa.

2.2. Era colonial

Durante a era colonial, que se estende desde o final do século 18 até o encerramento da Segunda Guerra Mundial, já existe uma preocupação com o desenvolvimento de mecanismos, ainda que incipientes, que servissem ao anteparo da propriedade estrangeira em um terceiro país. Nesse sentido, no tocante a pactos bilaterais engendrados, por meio de acordos de *Friendship, Commerce and Navigation (FCN)*, pelos Estados Unidos da América, Vandavelde elucida que:

They also required payment of compensation for expropriation and guaranteed to nationals of one party most favored national (MFN) and national treatment with respect to the right to engage in certain business activities in the territory of the other party. Occasionally, they even provided limited protection for currency transfers. The focus was on protecting property, as opposed to investment.⁵

A forma de implementação de tais salvaguardas, por outro lado, excluía o real engajamento do particular. Emergindo controvérsia atinente aos ativos privados e ao país receptor de investimentos – *host state* –, seria acionada proteção diplomática no Estado do investidor – *home state*. Tal instrumento típico de resolução de conflitos advinha da interpretação de que, por meio de ações perniciosas dirigidas à propriedade estrangeira, o país receptor estaria, em verdade, agindo em desconformidade com disposições de caráter internacional⁶.

O acolhimento de pretensão do particular pelo *home state*, também designada de *espousal*, capaz de transmutar a controvérsia em uma questão diplomática, apenas se tornaria

⁴ VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. **U.C. Davis Journal of International Law & Policy** 157, Vol. 12, No. 1, 39 f., 2005. Thomas Jefferson School of Law Research Paper No. 1478757, p. 158. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1478757>. Acesso em: 18 ago. 2019.

⁵ VANDEVELDE, Kenneth J., op. cit., p. 159.

⁶ MUCHLISNKI, Peter (Ed.); ORTINO, Federico (Ed.); SCHREUER, Christoph (Ed.), op. cit., n. p.

uma opção após o esgotamento, pelo particular, dos remédios legais cabíveis no país receptor. A partir da intervenção do *home state* em uma eventual disputa, seria lícito a este resolvê-la em quaisquer termos que reputasse adequados – sendo descabidas, pois, interferências do investidor. O recurso a forças militares também não era descartado, configurando-se, em verdade, como alternativa viável no escopo da relação interestatal⁷.

2.3. Era pós-colonial

Subsequentemente, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, a era pós-colonial seria inaugurada. A predita possibilidade de invocação de forças militares seria, desde então, suprimida, por força de disposição proibitiva da ameaça e uso da força nas relações internacionais constante da Carta das Nações Unidas⁸. Esta última, assinada e ratificada pela maior parte de seus signatários em 1945, assim dispõe:

Artigo 2

A organização e seus membros, para a realização dos propósitos mencionados no artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

[...]

4. Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas.⁹

Notável, pois, a necessidade de adaptação dos métodos antes elegidos à solução de controvérsias. Ademais, o advento de uma tendência liberalizante culmina na assinatura, em 1947, do *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*, cujo objetivo primeiro seria “a diminuição das barreiras comerciais entre os países e a garantia de acesso equitativo aos seus respectivos mercados”¹⁰. Com efeito, tem início um ciclo de revigoração econômico incitado pela internacionalização produtiva, conforme enuncia Luís Antônio Paulino:

Uma nova onda de globalização surgiu no “período de ouro” dos pós-guerra, durante os anos 50 e 60. Sob a liderança americana, da hegemonia do dólar e das instituições criadas em Bretton Woods, o mundo assistiu o florescimento do comércio mundial, a multinacionalização das corporações americanas e a internacionalização das empresas européias em

⁷ VANDEVELDE, Kenneth J, op. cit., p. 160.

⁸ Ibid., p. 160.

⁹ Carta das Nações Unidas, ONU, 1945, p. 6. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Charta-das-Nações-Unidas.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

¹⁰ RÊGO, Elba Cristina Lima. **Do GATT à OMC: como funciona e para onde caminha o sistema multilateral de comércio**. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1996, p. 6. Disponível em: < <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/15682>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

resposta ao “desafio americano”. Ao final desse período assistiu-se igualmente o processo de “deslocalização industrial” com inúmeras empresas multinacionais americanas e européias instalando-se em regiões de baixos salários em resposta ao encolhimento do lucro e queda na produtividade que marcara o final desse período.¹¹

Sob tal conjuntura, pertinentes inovações são adicionadas a pactos internacionais cujo objeto recaía sobre trocas comerciais e investimentos. Acordo bilateral forjado entre Estados Unidos e Japão, moldado à já disseminada forma de *FCN*, traz, de modo vanguardeiro, a inclusão de cláusula que atribui à Corte Internacional de Justiça (CIJ) competência para a resolução de disputas envolvendo a interpretação ou aplicação dos dispositivos acordados. Ressalte-se, entretanto, que, a fim de acionar a cláusula para submissão da controvérsia à Corte Internacional de Justiça, o particular ainda restaria obrigado a esgotar os meios de solução de conflitos disponíveis no *host state*. A exigência de *espousal* da pretensão, por parte do *home state* do investidor, também persistia¹².

Não obstante os passos miúdos, é basilar atentar no delineamento de uma tendência que, atualmente, figura como paradigmática no seio das relações firmadas entre investidor e Estado. É, ressalte-se, precisamente em tal contexto que serão assinados os primeiros *Bilateral Investment Treaties – BITs*, sendo o inaugural aquele assentado entre Alemanha e Paquistão, em 1959.

Estes surgem, primordialmente, como reação a uma cultura protecionista assumida pelos países em desenvolvimento¹³, cuja veemente resistência – que será mencionada no capítulo subsequente - à mais remota ameaça de ingerência estrangeira afligia tanto os investidores internacionais naturais de Estados desenvolvidos como estes últimos, que temiam o risco de arbitrária expropriação sem compensação.

Até os dias atuais, os *BITs* são acordos assinalados, majoritariamente, entre um país desenvolvido – que figura no polo de *home state* – e um país em desenvolvimento – *host state*. Em decorrência do próprio objetivo subjacente a sua articulação, tal modalidade de tratados contém, tipicamente, cláusulas que regulam as condições sob as quais o mecanismo

¹¹ PAULINO, Luís Antônio. **O Brasil no leito de procusto**: uma análise sob a ótica neo-schumpeteriana da Rodada Uruguai do GATT. Campinas: UNICAMP, 1997, 208 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1997, p. 75.

¹² VANDEVELDE, Kenneth J., op. cit., p. 165.

¹³ GINSBURG, Tom. International substitutes for domestic institutions: bilateral investment treaties and governance. **International Review of Law and Economics**, Vol. 25, 30 f., 2005. University of Illinois Law & Economics Research Paper No. LE06-027, p. 3. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=916351>. Acesso em: 19 ago. 2019.

de expropriação pode ser acionado pelo *host state*, bem como um padrão que direciona a aferição da compensação cabível¹⁴.

A precípua inovação, entretanto, diz respeito à inclusão de disposições que submetiam eventuais disputas a julgamento por um tribunal arbitral. Na esteira de tal desdobramento, em 14 de outubro de 1966, entrou em vigor a Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, responsável por instituir o Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRDI). Esta organização – sobre a qual recai o enfoque do terceiro capítulo –, vinculada ao Banco Mundial, foi articulada com o intento de se estabelecer uma entidade internacional autônoma que servisse à conciliação e arbitragem de litígios entre Estados e investidores estrangeiros¹⁵.

Assim, opera-se uma mudança significativa no que tange ao papel do investidor internacional possuidor de bens alocados em país diverso. Resta suprimida a necessidade de *espousal* de sua pretensão pelo *home state* e, outrossim, a resolução das controvérsias abandona o antes forçoso recurso a intervenções diplomáticas. Ademais, o esgotamento dos remédios legais ofertados pelo *host state* torna-se, então, prescindível, devendo o particular perseguir soluções locais apenas por um período determinado para, posteriormente, encontrar-se livre para acionar a cláusula arbitral. Nesse sentido, Vandeveld leciona que:

In providing the investor with a legal remedy that did not depend upon espousal, these BIT provisions depoliticized investment disputes. That is, they placed investment protection under the realm of law rather than politics.¹⁶

2.4. Era global

Ao final dos anos 1980, tem início a era global. Uma maior estabilidade decorrente do desenvolvimento de modelo dos *BITs*, bem como da instituição do CIRDI como órgão internacional responsável pela solução de controvérsias concernentes a investimentos extraterritoriais, cria um ambiente favorável à disseminação de tais acordos – com efeito, o

¹⁴ OECD. Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties. **International Investment Perspectives**, 2006, OECD Publishing, p. 160. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/international-investment-perspectives-2006/novel-features-in-recent-oecd-bilateral-investment-treaties_iip-2006-7-en#page1. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹⁵ PARRA, Antonio R. **The History of ICSID**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1.

¹⁶ VANDEVELDE, Kenneth J., op. cit., p. 175.

número de *BITs* firmados entre 1980 e 1989 consistiu em mais que o dobro que os pactuados na década antecedente¹⁷.

Houve, então, um desvio no que concerne à posição ocupada pelo investidor estrangeiro em tais empreendimentos. A relação estabelecida entre particular e *host state*, antes necessariamente intermediada pelo *home state*, agora poderia ser articulada de forma direta. Assim, o investidor torna-se sujeito ativo na busca pela proteção de seus investimentos. Nesse sentido, Peter Muchlinski assinala que:

This is in line with developments in other areas of international law, notably the law of human rights, where the individual may be granted treaty-based rights of action against the state¹⁸.

Ressalte-se, ademais, a facilitação econômica resultante da abertura de mercado dos países em desenvolvimento que, assim, passam a pactuar não apenas com países desenvolvidos, mas, da mesma forma, a estabelecer acordos entre si.

Assentada, pois, a perspectiva geral sobre a qual recairá este trabalho, o capítulo que segue tratará do instituto da expropriação, bem como das doutrinas protecionistas que embasaram, no início do século XX, o parcial isolamento dos mercados de países em desenvolvimento.

¹⁷ Ibid., p. 179.

¹⁸ MUCHLINSKI, Peter. Policy Issues. In: MUCHLINSKI, Peter (Ed.); ORTINO, Federico (Ed.); SCHREUER, Christoph (Ed.). **The Oxford Handbook of International Investment Law**. New York: Oxford University Press, 2008, n. p.

3. OS PROCEDIMENTOS DE EXPROPRIAÇÃO ESTATAL

3.1. A ideia de expropriação em âmbito de investimentos transfronteiriços

A noção de expropriação encontra-se inerentemente vinculada àquela de propriedade. Tal ligação pode ser atribuída ao próprio desenvolvimento de ambos os conceitos, que deriva da doutrina e jurisprudência alemãs¹⁹. Conforme elucida Sundfeld: “Passou-se a entender por expropriação a mutilação, em qualquer grau, do direito de propriedade, mesmo quando procedida pela lei”²⁰.

No que tange à esfera de investimentos internacionais, o instituto da expropriação refere-se à ação estatal que se apropria de propriedade do investidor estrangeiro em benefício governamental ou de terceiros²¹. É esse o conceito de expropriação direta.

Percebe-se, pois, que se trata de drástica medida aplicada pelo Estado face ao investimento internacional. Há uma conspícua restrição ao direito de propriedade do particular, fator fortemente hábil a desestimular a transferência e alocação de capital estrangeiro. Com efeito, para Dolzer e Schreuer:

The rules of international law governing the expropriation of alien property have long been of central concern to foreigners in general and to foreign investors in particular. Expropriation is the most severe form of interference with property. All expectations of the investor are destroyed in case the investment is taken without adequate compensation²².

Nesse sentido, os autores consideram, ainda, que o paradigma mínimo de proteção do investimento, estabelecido por costumes de direito internacional, além de servir ao resguardo da propriedade estrangeira, implicam, forçosamente, em uma certa limitação da soberania territorial do *host state*²³.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos A. Revisão da desapropriação no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Vol. 192, 10 f., abr./jun., 1993, p. 39.

²⁰ Ibid, p. 39.

²¹ MUCHLISNKI, Peter (Ed.); ORTINO, Federico (Ed.); SCHREUER, Christoph (Ed.), op. cit., n. p.

²² DOLZER, R.; Schreuer, C. **Principles of International Investment Law**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 89.

²³ Ibid, p. 89.

3.2. A perspectiva adotada pelos países em desenvolvimento e a Nova Ordem Econômica Internacional

Tais tentativas de contenção da soberania estatal, no entanto, restaram vigorosamente repudiadas, em meados do século XX, pelos países em desenvolvimento. O processo de descolonização que sucedeu à Segunda Guerra Mundial, em especial nos continentes africano e asiático, proveu de independência novos mercados que, em consequência de suas histórias recentes, recebiam com desconfiança quaisquer ensaios de admissão, em suas economias, de capital estrangeiro – ainda que em forma de investimentos.

O receio de uma possível interferência estrangeira, advinda, sobretudo, de países reputados desenvolvidos, favoreceu o estreitamento de mercados dos países recém-independentes – além daqueles cuja independência deu-se anteriormente, porém, que ainda poderiam ser qualificados como em desenvolvimento -, que passaram não somente a investir fortemente em suas indústrias domésticas mas, outrossim, a conduzir expropriações e nacionalizações de bens estrangeiros sem pagamento de devida compensação²⁴. Pugnavam, portanto, para além de uma independência política, por uma independência econômica.

Assim, em conjunto com os países pertencentes ao bloco socialista, tais países vislumbraram, em sede da Assembleia Geral das Nações Unidas, a oportunidade de terem seus interesses representados por meio da salvaguarda tanto de suas soberanias como do direito de expropriação e nacionalização de bens²⁵ – já que frequentemente entrevista, entre estes, indelével correlação. Restou, então, inaugurada, em maio de 1974, a Nova Ordem Econômica Internacional, cuja implementação se deu, de saída, por meio da adoção de dois documentos, quais sejam, a Declaração de Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial e o Plano de Ação para o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial.

A então recente tendência, que almejava uma transmutação no âmbito das relações estruturadas, primordialmente, entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, restará concluída com a adesão, em dezembro do mesmo ano, à Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados. Sobre o tema, assim discorre Antônio Augusto Cançado Trindade:

Os três documentos, em conjunto, revelam ao menos um nítido propósito normativo. Afirmam claramente o direito de todo Estado de regular e controlar o capital estrangeiro e as atividades das empresas multinacionais (estas sob o dever de não-intervenção nos assuntos internos dos Estados) da maneira que melhor lhe aprouver. Afirmam ademais que nenhum Estado

²⁴ VANDEVELDE, Kenneth J., op. cit., p. 166.

²⁵ VANDEVELDE, Kenneth J., op. cit., p. 167.

pode ser compelido a conceder tratamento preferencial ao capital estrangeiro, e indicam **standards** a reger expropriações e nacionalizações. [...] e advertem os Estados a atentar para os efeitos danosos que sua política nacional econômica possa ter sobre os interesses e as economias de outros países, particularmente os menos desenvolvidos (grifo do autor).²⁶

Ressalte-se, ademais, que, através da Nova Ordem Econômica Internacional, restou assentado o já concebido conceito de soberania permanente, segundo o qual o *host state* era dotado de completa autoridade para, por intermédio de medidas legislativas ou administrativas, regular as atividades desenvolvidas pelo investidor estrangeiro na circunscrição territorial daquele. Incontornável, pois, a exigência de que os investimentos aplicados em países estrangeiros se amoldassem às políticas vigentes no país receptor²⁷.

3.3. A Doutrina Calvo e a Fórmula Hull

Conforme previamente ressaltado, porém, as expropriações não poderiam ser empreendidas de modo inteiramente arbitrário. Com efeito, era necessário atentar em certos padrões consolidados pelas práticas de direito internacional em vigor. Destarte, a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 1.803, que data de 1962, apontava, desde então, que:

Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reason of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication.²⁸

Alguns aspectos podem, portanto, ser ressaltados a partir de tal transcrição. Percebe-se, de início, o delineamento, em seio internacional, dos fundamentos hábeis a estear uma expropriação – respaldada, pois, em uma prevalência do interesse público em detrimento daquele puramente privado. Da mesma forma, há uma tentativa de conciliação entre o

²⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As Nações Unidas e a nova ordem econômica internacional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, Vol. 21, N. 81, 19 f., jan./mar., 1984, p. 218.

²⁷ ANDRADE, Thiago Pedroso de. **Expropriação no direito internacional do investimento**: ponto de vista do direito brasileiro. Santos: Universidade Católica de Santos, 2008. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos, Universidade Católica de Santos, Santos, 2008, p. 110.

²⁸ Assembleia Geral da ONU, Resolução nº 1.803, 1962, p. 15. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/1803\(XVII\)](https://undocs.org/en/A/RES/1803(XVII)). Acesso em: 08 set. 2019.

pagamento do que se denomina apropriada compensação e a deferência à soberania do Estado, que não pode ser desdenhada. A Resolução traça, ainda, em caso de disputa cujo objeto recaia sobre questões concernentes à expropriação, mecanismo geral atinente à resolução de controvérsias.

No que tange ao devido padrão de compensação, necessário assinalar, para fins de contextualização, o entrechoque de teorias espalhadas durante os séculos XIX e XX, precisamente entre a Doutrina Calvo e a Fórmula Hull. A Doutrina Calvo, cujo desenvolvimento data de 1868 e é atribuído ao jurista argentino Carlos Calvo, nutre especial preocupação com a soberania dos países receptores de investimentos internacionais. Nesse sentido, prega por uma aplicação de tratamento igualitário à propriedade de investidores estrangeiros, quando em cotejo com aquele dispensado à propriedade dos nacionais do Estado receptor. Assim, tal doutrina, recepcionada e adotada constitucionalmente por diversos países latino-americanos, sustenta que, ainda que cabível compensação adequada quando da expropriação de bens estrangeiros, esta deve ser pugnada por meio da jurisdição local – como ocorreria caso os bens objetos da medida fossem propriedade de nacionais²⁹.

A Fórmula Hull, por sua vez, restou engendrada, a partir de 1938, pelo então Secretário de Estado dos Estados Unidos da América, Cordell Hull. Esta teoria inovou ao propor, em caso de expropriação, a necessidade de compensação imediata, adequada e efetiva. A fim de perseguir tal solução, poderia o investidor estrangeiro voltar-se para resoluções de disputas por intermédio de mecanismos internacionais³⁰, contornando, portanto, eventuais barreiras impostas pela jurisdição do *host state*. Urge assinalar, aqui, que a solução sugerida pode ser qualificada como bastante favorável aos interesses, à época, dos Estados Unidos da América, eminente país exportador de capital.

Em tempos recentes, porém, não se pretende que qualquer das teorias supraditas, ainda que de basilar significância para o desenvolvimento das tendências contemporâneas, tenha conservado sua absoluta dominância na esfera das relações internacionais de investimentos. Após a Segunda Guerra Mundial, observa-se o florescimento de fórmulas de compensação casuísticas flexíveis que atentam, para além das pertinentes circunstâncias específicas, em

²⁹ LUÍS, Daniel Tavel. **Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 30.

³⁰ Ibid, p. 31.

relevantes fatores políticos e econômicos, sem olvidar a forçosa ponderação das pretensões conflituosas³¹.

3.4. A ideia de expropriação indireta

Em que pese a noção habitual de expropriação restar vinculada ao conceito de expropriação direta, já apresentado neste capítulo, a forma indireta de manifestação da ação estatal possui, hodiernamente, preponderância em termos de exequibilidade. Em tais casos, embora não seja realizada, pelo *host state*, uma investida direta em desfavor dos investimentos estrangeiros – por intermédio, por exemplo, da transferência de titularidade de um bem –, ocorre uma interferência de tamanha magnitude que ultrapassa os limites da razoabilidade e tem como decorrência a efetiva perda de uso e controle dos investimentos por parte do particular – ou, de outro modo, a significativa depreciação de seus valores³².

É o caso das expropriações paulatinas – *creeping expropriations* – e das expropriações regulatórias – *regulatory expropriations*. Aquelas têm efeito quando, ao longo de um determinado período, o Estado promove, continuamente, a diminuição dos direitos do investidor sobre a sua propriedade de tal maneira que, ao fim das inúmeras interferências, o particular já não possui direito significativo sobre o investimento. As expropriações regulatórias, por seu turno, encontram-se muitas vezes associadas ao poder de polícia estatal que, quando da regulamentação de uma atividade específica, promove modificações imprevistas ao exercício da atividade pretendida pelo investidor, podendo, às vezes, chegar a impedi-la³³. Vê-se, portanto, que os efeitos da ação impedem que o investidor usufrua seus bens, ou, por outro lado, estorvam o desenvolvimento da operação antes objetivada.

Não existindo uma conspícua retirada, por parte do Estado receptor, dos bens do investidor estrangeiro, a caracterização de um ato estatal como expropriação indireta pode ser submetida a controvérsia e discussão. A faculdade de expropriar, como elemento indissociável da soberania de um país, é, então, amiúde contemplada por tratados de

³¹ CHOWDHURY, Subrata Roy. **Permanent sovereignty over natural resources**: substratum of the Seoul Declaration. In: WAART, P.; DENTERS, E. (org.). *International Law and Development*. Dodrecht: Martinus Nijhoff, 1988, p. 77.

³² MUCHLISNKI, Peter (Ed.); ORTINO, Federico (Ed.); SCHREUER, Christoph (Ed.), op. cit., n. p.

³³ LUÍS, Daniel Tavela., op. cit., p. 89.

investimentos bilaterais ou multilaterais que dispõem, por sua vez, em que condições pode ser empreendida uma expropriação caracterizada como legal³⁴.

3.5. O desenvolvimento dos padrões de compensação

Destarte, foram desenvolvidos, em âmbito do direito internacional, certos critérios que, frequentemente, devem ser observados para que reste constituída uma expropriação revestida de legalidade. De início, a expropriação deve estar ancorada em um interesse público estatal, podendo estar vinculada a ações regulatórias concernentes às mais diversas questões de relevância pública – como, por exemplo, meio ambiente e saúde pública. Ademais, a expropriação não pode ser empreendida de forma discriminatória – *non-discrimination principle* -, com vistas a prejudicar, arbitrariamente, um indivíduo ou grupo de pessoas – físicas ou jurídicas. Por fim, exige-se, também, o pagamento de compensação imediata, adequada e efetiva³⁵.

O padrão de compensação a ser adotado, bem como a valoração daquilo que seria devido ao investidor, em caso de expropriação, é, entretanto, ponto controvertido que não segue uma fórmula absoluta. Subsiste uma variedade de métodos e padrões de compensação que, a depender da análise do caso concreto e dos termos fixados pelo tratado de investimento, podem ou não vir a ser aplicados. É paradigmático, por outro lado, o Caso da Fábrica de Chórzow, controvérsia submetida aos auspícios do Tribunal Permanente de Justiça Internacional que acabou por assentar base principiológica pertinente para a futura desenvolvimento de distintos métodos de compensação. Restou estabelecido em tal ocasião que:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act [...] is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value of which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.³⁶

³⁴ DOLZER, R.; SCHREUER, C., op. cit., p. 90.

³⁵ DOLZER, R.; SCHREUER, C., op. cit., p. 91.

³⁶ Permanent Court of International Justice. Judgment nº 13, Series A, nº 17, 1928, p. 47. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

Depreende-se, portanto, que a solução preferencial seria, quando possível, a restituição em espécie de um bem, de forma a objetivar a restauração do estado anterior – assim, apenas quando não factível tal alternativa, seria devida a compensação por meio do pagamento de quantia que correspondesse ao valor equivalente à restituição integral.

Por questões práticas, entretanto, a solução voltada à restituição direta da propriedade findou por não prosperar – em parte, inclusive, pela possibilidade de, eventualmente, ser considerada uma afronta à soberania do estado que promove a ação de expropriação³⁷. Diferentes métodos de compensação restaram, então, desenvolvidos, tais como o método de valor de mercado, o método do valor de reposição, o método de valor de liquidação e o método de fluxo de caixa descontável³⁸. Resta apontar, portanto, que cada um destes possui características próprias cuja aferição de adequabilidade deve ser realizada de maneira casuística.

A modalidade de expropriação indireta – que, conforme assinalado, é a mais usual e, ademais, serve como tema objeto da análise empreendida no quarto capítulo deste trabalho –, a inquirição da quantia devida, sob forma de compensação, revela-se sob o aspecto de uma penosa averiguação. Episodicamente, tais casos não dizem respeito a uma completa expropriação do bem, por parte do *host state*, mas, de outro modo, frações da propriedade – ainda que, ao tempo, desvalorizadas – podem continuar em domínio do particular.

São sugeridas, então, soluções diversas. Em caso de expropriação regulatória, uma das alternativas eleitas seria, a título de exemplo, a avaliação do valor do bem antes do início das medidas regulatórias para que, então, fosse aferido o valor que este bem possuiria caso as ordenações regulatórias do estado não houvessem ultrapassado o limite de razoabilidade e, assim, configurado uma forma indireta de expropriação. Adicionalmente, a fim de receber a compensação, deveria o particular renunciar, por inteiro, ao bem, em favor do *host state*³⁹. Thomas Sabahi, em relevante lição sobre o tema, preconiza:

In case of regulatory taking, the compensation issue is more complicated. Requiring the state to pay only the – possibly quite small – difference between the value the property would have had had the state exercised its powers without exceeding the ‘taking’ threshold and the full value will in some cases not encourage the state to think carefully about how its regulation affects private property – one of the purposes of the compensation clause. Requiring the full amount, on the other hand, is likely to cause over-

³⁷ MUCHLISNKI, Peter (Ed.); ORTINO, Federico (Ed.); SCHREUER, Christoph (Ed.), op. cit., n. p.

³⁸ LUÍS, Daniel Tavela., op. cit., p. 115-117.

³⁹ MUCHLISNKI, Peter (Ed.); ORTINO, Federico (Ed.); SCHREUER, Christoph (Ed.), op. cit., n. p.

compensation: the owner is compensated for what the state could not do (the excess-of-threshold portion), but also for what the state could legitimately do (the below-threshold portion). [...] Probably, the proper course is to reduce full compensation (or enhance partial compensation) by taking into account the relative legitimacy of the state's regulation [...] on one hand and the investor's special hardship [...] on the other.⁴⁰

Numerosas controvérsias recentes, que versavam, precisamente, sobre temas referentes à expropriação de bens e sua consequente compensação foram submetidas à jurisdição do CIRDI – como é o caso do precedente analisado no quarto capítulo deste trabalho. Assim, no capítulo subsequente, serão abordadas as circunstâncias que ensejaram a constituição de tal tribunal, bem como seus regramentos precípuos e o modo de funcionamento de seus principais órgãos.

⁴⁰ SABAHI, Thomas. Compensation, damages, and valuation. *In*: MUCHLISNKI, Peter (Ed.); ORTINO, Federico (Ed.); SCHREUER, Christoph (Ed.). **The Oxford Handbook of International Investment Law**. New York: Oxford University Press, 2008, n. p.

4. O CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIRDI)

4.1. A instituição do CIRDI

A instituição do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIRDI) – *ICSID* – é de basilar importância não apenas no que concerne aos investimentos internacionais, mas, ademais, implicou em uma necessária transmutação paradigmática no escopo do direito internacional. Com efeito, a Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (Convenção de Washington), por meio da qual o CIRDI foi estabelecido, inovou, à época de sua ratificação, ao fazer emergir padrões até então desconhecidos em seu âmbito de atuação.

Impõe-se, pois, como necessária, uma curta explanação sobre a história da referida organização, bem como a elucidação geral do funcionamento de seus principais órgãos e, por fim, o apontamento de certas críticas direcionadas ao CIRDI.

O CIRDI foi formalmente instituído, sob os auspícios do Banco Mundial⁴¹, por meio da Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, subscrita em 18 de março de 1965 na cidade de Washington – e, por isso, também denominada Convenção de Washington. Tal Convenção – cujos trabalhos preparatórios se estenderam de 1961 a 1965 –, entretanto, apenas passou a vigorar em outubro de 1966, sucedendo ao depósito de seu vigésimo instrumento de ratificação⁴².

Destarte, o CIRDI passou a ser uma das organizações que restam compreendidas na esfera do Banco Mundial, em conjunto com o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), a Associação de Desenvolvimento Internacional (ADI), a Corporação Financeira Internacional (CFI) e a Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA)⁴³. Ressalte-se que a constituição do CIRDI pode ser enquadrada no

⁴¹ PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – *ICSID*). **Revista de informação legislativa**, Brasília, Vol. 35, N. 140, 6 f., out./dez., 1998, p. 87. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/420/r140-09.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴² COSTA, Larissa Maria Lima. **A arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006, p. 69. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/88365/228127.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴³ PEREIRA, Celso de Tarso, op. cit., p. 87.

escopo de desenvolvimento do Banco Mundial, já que este configura-se como uma agência internacional de desenvolvimento⁴⁴ cujo Convênio Constitutivo ressalta, em seu ensejo, o intento de “estimular o fluxo de capital privado, doméstico e estrangeiro, para investimento nos países membros, assim como criar condições favoráveis a esse fluxo”⁴⁵.

Em que pese a estruturação vinculada ao Banco Mundial, basilar destacar que o CIRDI constitui instituição autônoma, regida por organização administrativa própria cuja sede está localizada em Washington⁴⁶.

Nesse sentido, o CIRDI - como organização multilateral independente facilitadora de conflitos atinentes a investimentos internacionais - restou instituído com vistas a promover o desenvolvimento econômico por meio da criação de um ambiente propício ao fluxo de investimentos extranacionais⁴⁷. A ideia subjacente era a de que tais investimentos pressupunham uma conjuntura internacional esteada sobre a segurança jurídica e esta garantia, principalmente ao se tratar dos países em desenvolvimento, seria oferecida por intermédio da arbitragem internacional⁴⁸.

Ressalte-se, ademais, que o Centro não pretende padronizar normas substantivas voltadas à proteção do investimento internacional⁴⁹ mas, de outro modo, busca prover a estrutura necessária à realização das arbitragens e conciliações cujo objeto de disputa recai sobre o mencionado tema. Daniel Tavela Luís enumera:

As atividades de facilitação e de administração desses procedimentos são diversas, dentre as quais se destacam: (i) a adoção de regulamentos detalhados sobre os procedimentos; (ii) a elaboração de cláusulas modelo a serem utilizadas em contratos entre governos e investidores; (iii) a manutenção de um painel de conciliadores e árbitros; (iv) a verificação e registro de requerimentos de conciliação e arbitragem; (v) a assistência na constituição de comissões de conciliação e de tribunais arbitrais; (vi) o provimento de serviços e de locais adequados para a condução dos procedimentos, e (vii) a comunicação de documentos e informações relevantes para as partes.⁵⁰

⁴⁴ SCHREUER, Christoph H. et al. **The ICSID Convention: A Commentary**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 8.

⁴⁵ Cooperação Financeira Internacional: Convênio Constitutivo (conforme alterações introduzidas até 27 de junho de 2012). P. 1. Disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/en/991551541184281591/IFCArticles-of-Agreement-Portuguese.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁶ LUÍS, Daniel Tavela., op. cit., p. 82.

⁴⁷ SCHREUER, Christoph H. et al., op. cit., p. 11.

⁴⁸ COSTA, Larissa Maria Lima, op. cit, p. 74.

⁴⁹ Ibid., p. 5.

⁵⁰ LUÍS, Daniel Tavela., op. cit., p. 83.

A fim de empreender as atividades compreendidas em seu escopo, o CIRDI é subdividido-se em dois órgãos, quais sejam, o Conselho Administrativo e o Secretariado.

4.2. A composição do CIRDI

O Conselho Administrativo figura como o órgão decisório da organização - estruturado em modelo de plenário - e é composto por um delegado de cada Estado parte, representantes estes que têm direito a voto. O presidente do BIRD, por sua vez, é quem preside o Conselho – este, no entanto, sem direito a voto⁵¹. Dentre as competências do órgão, restam assinalados o estabelecimento de regulamentos administrativos e financeiros do CIRDI, a adoção de regras procedimentais para a realização de conciliações e arbitragens – designadas Regras de Conciliação e Regras de Arbitragem –, e, outrossim, o exercício de demais poderes e desempenho de quaisquer outras funções necessárias ao implemento das provisões constantes da Convenção de Washington⁵².

O Secretariado, de caráter eminentemente administrativo, possui como integrantes o secretário geral – eleito pelo Conselho Administrativo, representante legal e principal colaborador do CIRDI⁵³ -, secretários adjuntos e demais agentes administrativos. No escopo das funções atribuídas ao secretário geral, estão englobados o apontamento de funcionários e a autenticação das sentenças arbitrais exaradas pelo CIRDI⁵⁴.

Ressalte-se, ainda, que os árbitros e conciliadores que servem ao Centro devem, necessariamente, ser detentores de idoneidade moral e possuir reconhecida competência nos ramos de direito, comércio, indústria ou finanças. Compete aos Estados contratantes, individualmente, indicar quatro nomes, dentre seus nacionais ou não, para compor cada uma das listas de conciliadores e árbitros. O presidente do Conselho Administrativo possui, também, a faculdade de designar dez pessoas para cada uma das listas, sendo que, em tal caso, os nomes apontados para uma mesma lista devem ter nacionalidades distintas⁵⁵. Após suas

⁵¹ COSTA, Larissa Maria Lima, op. cit., p. 78.

⁵² ICSID Convention, Regulation and Rules. International Centre for Settlement of Investment Disputes. P. 13. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

⁵³ Ibid., p. 14.

⁵⁴ Ibid., p. 14-15.

⁵⁵ ICSID Convention, Regulation and Rules. International Centre for Settlement of Investment Disputes. P. 15. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

indicações, os árbitros e conciliadores devem servir ao CIRDI por seis anos, com possibilidade de renovação de suas funções para outros períodos.

4.3. A jurisdição do CIRDI

No que tange à jurisdição do CIRDI, a Convenção de Washington estabelece, em seu artigo 25, que:

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally⁵⁶.

De saída, é basilar ressaltar que a Convenção de Washington não abarca, em seu teor, uma definição de investimento. Assim, subsiste uma margem interpretativa que delega às partes a função de classificar o objeto da disputa, de modo a atribuir – caso sirva aos seus desígnios – ao CIRDI a competência para conciliar ou arbitrar o litígio. A brecha concedida pela indefinição terminológica não é, entretanto, absoluta. Com efeito, os conflitos submetidos aos auspícios do CIRDI devem guardar um tangível grau de correlação com o escopo do Centro, sob pena de fugirem aos propósitos enunciados pela Convenção de Washington⁵⁷.

Em detida análise sobre o tema, Delaume sustenta que a jurisdição do CIRDI restaria assentada sobre três postulados: o consentimento das partes, as identidades destas e a natureza da disputa submetida ao Centro⁵⁸.

O consentimento das partes é reputado a pedra angular para a ativação da jurisdição do CIRDI. Assim, a mera ratificação da Convenção de Washington, por parte do Estado, não acarreta, de modo inarredável, a submissão de eventual disputa à esfera do Centro. A fim de acionar a jurisdição deste, é imprescindível o consentimento escrito das partes hábil a manifestar o intento de remeter um conflito, já existente ou não, ao CIRDI. Tal

⁵⁶ Ibid., p. 18.

⁵⁷ BROCHES, 1973, p. 362 apud COSTA, Larissa Maria Lima, op. cit, p. 84.

⁵⁸ DELAUME, G.R. Convention on the Settlement of International Disputes Between States and Nationals of Other States. **The International Lawyer**. Texas, Vol. 1, N. 1, 16 f., out., 1966, p. 66-67.

consentimento, então, pode restar consignado tanto em um *investment treaty* como em acordo posterior ao surgimento do conflito⁵⁹.

Em relação à identidade das partes, preconizou a Constituição de Washington, em seu artigo 25(2), que devem constar, em polos opostos, um Estado contratante – contemplando-se a possibilidade de representação por subdivisão ou agência estatal - e um investidor particular – pessoa natural ou jurídica - nacional de outro Estado contratante. Estão excluídas, pois, da jurisdição do Centro, quaisquer disputas intergovernamentais ou entre particulares⁶⁰. Situações específicas em que uma pessoa jurídica possui, ao tempo em que as partes concordaram em submeter o conflito à arbitragem em seio do CIRDI, nacionalidade do Estado contratante, mas que, em virtude de controle estrangeiro, as partes decidiram tratar como nacional de outro Estado são, outrossim, englobadas pelo escopo jurisdicional do Centro⁶¹.

O funcionamento do CIRDI como organização internacional pode ser considerado vanguardeiro ao possibilitar e, mais ainda, estimular o estabelecimento de uma relação direta entre investidor e Estado no ensejo do desenlace de controvérsias⁶². Ademais, uma vez que as arbitragens desenvolvidas em âmbito do CIRDI envolvem, irremediavelmente, um agente estatal, estas estampam um caráter particular derivado da própria estruturação do CIRDI. Nesse sentido, é vedado aos Estados contratantes, por exemplo, evocar a imunidade da soberania ao contestar a jurisdição de tribunal arbitral formado sob os auspícios do Centro⁶³. Destaque-se, ainda, que o CIRDI incentiva as partes a consentirem com a publicidade das decisões proferidas por seus tribunais arbitrais⁶⁴ – peculiaridade que foge ao padrão assentado em arbitragens comerciais, já que, nestas últimas, o sigilo da sentença arbitral figura como um dos principais atrativos para os litigantes.

No tocante ao terceiro postulado proposto por Delaume – qual seja, a natureza da disputa submetida ao CIRDI -, o autor destaca que, ao eleger como requisito para ativação da jurisdição do Centro a natureza jurídica do conflito, o artigo 25 da Convenção de Washington

⁵⁹ Ibid, p. 67.

⁶⁰ Ibid., p. 68.

⁶¹ ICSID Convention, Regulation and Rules. International Centre for Settlement of Investment Disputes. P. 18. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

⁶² COSTA, Larissa Maria Lima, op. cit, p. 80.

⁶³ LUÍS, Daniel Tavela., op. cit., p. 84.

⁶⁴ Ibid., p. 84.

almeja excluir litígios eminentemente políticos ou conflitos de interesses que tenham por finalidade, por exemplo, renegociar os termos de acordo de investimentos preexistente⁶⁵.

Fundamental ressaltar, ainda, que, em setembro de 1978, o Conselho Administrativo do Centro adotou regras adicionais – *Additional Facility Rules* –, de modo a autorizar o Secretariado a administrar certos procedimentos que fogem ao escopo original gravado na Convenção de Washington. Estão englobados por tais disposições suplementares os designados *fact-finding proceedings* – pertinentes a episódicas investigações relativas a um investimento –, bem como conciliações e arbitragens em que uma das partes não é um Estado contratante ou nacional de Estado contratante ou, ainda, conciliações e arbitragens que não são diretamente derivadas de investimentos – desde que, neste caso, a transação que baseia o acordo firmado não seja ordinária relação comercial⁶⁶.

4.4. As regras aplicáveis aos procedimentos arbitrais

Questão de significativa importância é a atinente às regras procedimentais e materiais aplicáveis pelos tribunais arbitrais constituídos sob a administração do Centro. É conferida ampla liberdade às partes para elegerem como pertinentes as diretrizes que reputarem cabíveis e convenientes à natureza do litígio, entretanto, no tocante às regras procedimentais, a própria Convenção de Washington estipula certas limitações e estabelece regramento, de maneira direta, em relação a aspectos específicos – como, a título de ilustração, no que concerne à produção de provas⁶⁷.

Já quanto às regras materiais, é concedida, às partes, a possibilidade de integral submissão destas a seus desígnios. Assim dispõe o artigo 42(1) da Convenção de Washington:

(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.⁶⁸

⁶⁵ DELAUME, G.R., op. cit., p. 69.

⁶⁶ ICSID Additional Facility Rules. International Centre for Settlement of Investment Disputes. P. 5. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/AFR_English-final.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

⁶⁷ PEREIRA, Celso de Tarso, op. cit., p. 90.

⁶⁸ ICSID Convention, Regulation and Rules. International Centre for Settlement of Investment Disputes. P. 23. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

Depreende-se, pois, que, em caso de silêncio das partes, é admissível o recurso do tribunal às leis do Estado parte e às normas de direito internacional. Ainda sobre o tema, Aaron Broches – principal idealizador e articulador do Centro – explana que:

O Tribunal primeiro considerará a lei do Estado parte na disputa e em princípio será esta lei a ser aplicada ao mérito da questão. O resultado será, então, testado frente ao direito internacional. O processo não envolve confirmação ou negativa da validade do direito do Estado receptor, mas pode resultar na sua não aplicação quando aquele direito violar o direito internacional. Neste sentido [...], o direito internacional é superior hierarquicamente ao direito nacional conforme o art. 42.⁶⁹

Por fim, o artigo 42(3) da Convenção de Washington permite ao tribunal arbitral decidir, desde que assim consintam as partes, *ex aequo e bono* – isto é, em conformidade com a equidade⁷⁰.

4.5. Algumas críticas dirigidas ao CIRDI

Em que pese as importantes inovações trazidas em âmbito do direito internacional, o CIRDI não é organização isenta de críticas. As decisões proferidas pelos tribunais arbitrais são acusadas de, por vezes, interferir com a autonomia regulatória dos Estados e, assim, limitar o exercício de suas soberanias – problema que, conforme mencionado nos capítulos anteriores, parece acompanhar de forma perene a questão dos investimentos internacionais⁷¹.

Outrossim, as arbitragens desenvolvidas sob os auspícios do Centro são tachadas de custosas e morosas, o que confere ao sistema assentado um caráter excludente. Ainda nesse sentido, não obstante os litígios levados à jurisdição do CIRDI ostentem, o mais das vezes, discussões pertinentes a temas de ordem pública, os terceiros interessados enfrentam obstáculos de difícil transposição ao tentar participar da controvérsia jurídica⁷².

A crítica mais contundente, no entanto, talvez seja aquela que questiona a legitimidade do CIRDI como organização internacional imparcial. Destarte, diz-se que o Centro, em decorrência de características próprias a sua estruturação, sofre uma captura pelos interesses de investidores ou Estados desenvolvidos precipuamente exportadores de capital. Assim, aspectos basilares como a nomeação de árbitros aos tribunais restariam maculados – e estes,

⁶⁹ BROCHES, 1973, p. 392 apud PEREIRA, Celso de Tarso, op. cit., p. 90.

⁷⁰ ICSID Convention, Regulation and Rules. International Centre for Settlement of Investment Disputes. P. 23. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

⁷¹ LUÍS, Daniel Tavela., op. cit., p. 115.

⁷² Ibid., p. 116.

muitas vezes, serviriam eles próprios à criação de precedentes hábeis a beneficiá-los em suas atuações como advogados de partes também implicadas em questões de investimentos internacionais⁷³. Tais apontamentos, e, ainda mais, a inconsistência das decisões exaradas pelos tribunais arbitrais constituídos sob o CIRDI, representam grave ameaça ao pretenso primado da segurança jurídica que abalizou, de forma substancial, a instituição do Centro.

A fim de vislumbrar, de modo mais objetivo, a atuação do Centro e, ademais, a questão da expropriação indireta em âmbito dos investimentos internacionais, o capítulo subsequente apresentará recente caso sobre o tema cujo julgamento desenrolou-se sob os auspícios do CIRDI.

⁷³ Ibid., p. 118.

5. O PRECEDENTE FIRMADO PELA DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL NO CASO UP E C.D. HOLDING INTERNATIONALE V. HUNGRIA

5.1. Os fatos antecedentes ao procedimento arbitral

Este capítulo, que encerra a investigação empreendida, propõe a análise de recente caso submetido à jurisdição do CIRDI. Assim, serão abordados os fatos que ativaram a competência do Centro e, outrossim, a decisão do tribunal arbitral e uma síntese dos argumentos que a esteiam⁷⁴.

O precedente do CIRDI aqui analisado versa sobre, dentre outras questões, o problema da expropriação indireta. Esse, então, será o principal tema abordado pelo presente capítulo, em virtude do enfoque pretendido por este trabalho.

Trata-se de investimento internacional amparado pelo *bilateral investment treaty* firmado entre França e Hungria em 1987. Figuram como reclamantes as empresas francesas UP e C.D. Holding Internationale. A UP, empresa cooperativa previamente conhecida como Le Chèque Déjeuner (LCD), controla integralmente a C.D. Holding Internationale – que consiste em uma sociedade por ações. No polo oposto do litígio, como reclamada, está a Hungria⁷⁵.

De início, forçoso apresentar breve explanação sobre os fatos que antecedem e provocam a ativação do tribunal arbitral. As reclamantes iniciaram operações no mercado húngaro em 1997, através de empresa emissora de *vouchers* constituída sob a jurisdição húngara – CD Hungary -, cujo enfoque recaía, primordialmente, sobre *vouchers* de

⁷⁴ A análise do caso utiliza como fonte a própria decisão, proferida em 9 de outubro de 2018 pelo tribunal arbitral composto por Professor Dr. Karl-Heinz Böckstiegel, L. Yves Fortier e Sir Daniel Bethlehem.

⁷⁵ International Centre for Settlement of Investment Disputes. UP and C.D Holding Internationale v. Hungary. ICSID Case No. ARB/13/35. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

alimentação. Ressalte-se, aqui, que, na Hungria, percentual considerável da remuneração dos empregados era pago por intermédio de tais *vouchers*.

Em 2011, entretanto, uma série de reformas legais e tributárias promovidas pelo governo húngaro – cujo objeto era, precisamente, os *vouchers* emitidos para fins de remuneração – culminaram na denominada Reforma de 2011 – *2011 Reform*. Por meio desta reforma, a Hungria, além de forjar um novo tratamento tributário, criou os *SZÉP Cards* e o *Erzsébet voucher*. Aqueles seriam uma alternativa aos *vouchers* de papel e, ressalte-se, as empresas requerentes não seriam qualificadas a emití-los, por força dos estritos critérios legais fixados pelo governo húngaro. O *Erzsébet voucher*, de outro lado, consistiria em um novo *voucher* de alimentação emitido exclusivamente pelo *Hungarian National Recreation Fund*, órgão governamental – representando, pois, uma competição direta às UP e C.D. Holding Internationale. Em 2011, antes da entrada em vigor da reforma, os *vouchers* de alimentação correspondiam a 97% da totalidade de cupons emitidos pelas empresas requerentes.

Em adição a tais medidas, também se fez uma inflexão no que concerne à tributação dos *vouchers*. De acordo com as empresas requerentes, antes de 2011, os tributos incidentes sobre a emissão de *vouchers* de alimentação totalizavam 19,04% sobre o valor destes – e a aplicação da tributação só seria realizada quando ultrapassado o teto de 18.000 florins por funcionário, em função de uma isenção concedida. Após a reforma, houve supressão da isenção e a tributação passou a ser, em relação aos *vouchers* emitidos pela empresa requerente, de 51,17% - de outra forma, aos *SZÉP Cards* e aos *Erzsébet vouchers* foi outorgado tratamento diferenciado, porquanto a tributação aplicável era de 30,94%.

De acordo com o governo húngaro, a reforma pretendia coibir o uso errôneo dos *vouchers* que havia, supostamente, se espalhado pelo país e, assim, afetado negativamente a utilidade social e efetividade do sistema. O argumento baseou-se, portanto, em uma questão de interesse público. O *Erzsébet voucher*, em específico, teve seu lançamento amparado pelos objetivos de melhorar a saúde e nutrição de húngaros economicamente vulneráveis e, outrossim, de financiar programas de bem-estar social que, depois de 2011, em função da reorganização do sistema de *vouchers*, careceriam de novas fontes de custeio.

Afirmam as requerentes que, em virtude das novas condições estabelecidas, que refletiram direta e negativamente no exercício da atividade empresarial, o escritório da CD Hungary em Budapeste teve seu funcionamento encerrado em 2013. Em dezembro do mesmo ano, as empresas submeteram a disputa para arbitragem sob os auspícios do CIRDI.

5.2. Os argumentos sustentados pelas partes

De saída, as empresas requerentes propugnaram pelo reconhecimento, por parte do tribunal arbitral, de existência de uma expropriação, empreendida pelo governo húngaro, concernente aos investimentos realizados pelas empresas. Nesse sentido, as empresas defenderam que houve a quebra do preconizado pelo artigo 5(2) do *BIT*, que dita:

The Contracting Parties shall not take any expropriation or nationalization measures or any other measures which could cause the investors of the other Party to be dispossessed, directly or indirectly, of the investments belonging to them in its territory and maritime zones, except for reasons of public necessity and on condition that these measures are not discriminatory or contrary to a specific undertaking⁷⁶.

As requerentes pediram, também, que o tribunal considerasse que o governo húngaro não concedeu aos investimentos tratamento justo e igualitário e, ademais, adotou medidas injustificadas e discriminatórias que impediram o gerenciamento, manutenção, uso, gozo ou liquidação do investimento realizado – violando, então, o artigo terceiro do pertinente *BIT*.

A compensação pleiteada pelas empresas foi calculada no montante de €39.465.434, corrigidos monetariamente até o dia do pagamento. As UP e C.D. Holding Internationale requereram, também, que a Hungria arcasse com todos os custos derivados do procedimento arbitral, incluindo as despesas legais.

A Hungria, por sua vez, pediu pelo não reconhecimento dos pleitos da empresa – em relação à expropriação –, pleitos estes fundamentados no artigo 5(2) do *bilateral investment treaty*. Já quanto às queixas de violação ao artigo terceiro do *BIT*, o país desafiou a jurisdição do tribunal arbitral, não a reconhecendo. Pugnou, também, pela atribuição do pagamento das custas arbitrais e despesas advocatícias às UP e C.D. Holding Internationale. Em um momento posterior, no mesmo procedimento, a Hungria rejeitou, por completo, a jurisdição do tribunal arbitral por força de uma suposta preclusão do artigo 9(2) do *BIT* aplicável.

Em que pese a pluralidade de aspectos controvertidos e postos em discussão para decisão do tribunal arbitral, o enfoque deste capítulo, conforme previamente assinalado, recaía sobre o problema da expropriação em sua modalidade indireta. Destarte, serão mencionados, no que concerne à tal questão, os principais argumentos expostos tanto pelas

⁷⁶ International Centre for Settlement of Investment Disputes. UP and C.D Holding Internationale v. Hungary. ICSID Case No. ARB/13/35. P. 72. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

UP e C.D. Holding Internationale como pela Hungria e, da mesma forma, as fundamentações que estearam a decisão proferida pelo tribunal arbitral.

As requerentes defenderam que, quando da análise de um caso de expropriação indireta, o fator determinante consistiria na determinação de existência ou não de privação substancial do investimento realizado – independentemente, portanto, da real intenção do *host state*. Por conseguinte, a apreciação objetiva dos efeitos decorrentes das medidas estatais adotadas prevaleceria em relação à averiguação de um eventual desígnio de expropriar. As empresas assinalaram, também, que o termo “*dispossession*”, empregado na redação do artigo 5(2) do *bilateral investment treaty*, carregaria significado funcional equivalente ao vocábulo “*expropriation*”.

Ademais, para as UP e C.D. Holding Internationale, seria suficiente demonstrar que a Hungria as privou do valor econômico de seu investimento, ainda que as requerentes não tenham sido, efetivamente, destituídas do controle da CD Hungary. Em que pese a persistência da existência formal de tal empresa – com a manutenção, por exemplo, de seus bens constituídos -, restaria suprimida a viabilidade de exercício das atividades empresariais. Afirmaram as empresas requerentes, ainda, que precedentes anteriores do CIRDI reconheciam a possibilidade de reformas tributárias acarretarem o perfazimento de uma expropriação indireta.

Por fim, embora tenham afirmado que a análise da intenção do governo húngaro não deve prevalecer em relação aos reais efeitos das medidas adotadas e, assim, não está provida de caráter determinante, as empresas requerentes apontaram que a requerida possuía, de fato, conspícua intenção de expropriar. A fim de fundamentar suas afirmações, as UP e C.D. Holding Internationale aludiram a declarações públicas de políticos húngaros – de natureza protecionista - que manifestavam o intento de obliterar as atividades de empresas estrangeiras emissoras de *vouchers*.

A Hungria, por outro lado, insistiu que as terminologias “*dispossession*” e “*expropriation*” não guardariam significado semelhante ou equivalente. Para a requerida, o vocábulo “*dispossession*” implicaria em uma verificação restritiva, por se tratar de elemento específico do termo expropriação que pressuporia a integral perda de controle – aqui, assumindo o sentido de poderes de administração e gerenciamento - do investimento pelo particular. Assim, para que restasse configurada violação ao artigo 5(2) do *BIT*,

imprescindível a completa privação de exercício dos direitos associados à propriedade de tal investimento.

De outro lado, o governo húngaro salientou, ainda, que o exercício legítimo de poderes regulatórios estatais, com vistas a atender o interesse público, não poderia ser caracterizado como expropriatório, independentemente de supostas perdas ou privações sofridas pelo investidor. Arguiu, outrossim, que o entendimento de que a adoção de novos regimes tributários, de forma não discriminatória, poderia culminar em uma expropriação configuraria uma afronta aos costumes internacionais.

A mera análise em relação aos efeitos das medidas estatais concretizadas, em casos concernentes à inauguração de regimes tributários diferenciados, restou, também, rechaçada pelo governo húngaro. Ademais, a Hungria ressaltou que a simples redução do lucro da empresa não poderia equivaler a uma expropriação.

No que tange ao cenário mercadológico, a requerida defende que o interregno entre a Reforma de 2011 e a suspensão das atividades empresariais da CD Hungary não seria suficiente para afirmar, de modo peremptório, que não mais existiria viabilidade econômica para a continuidade das operações. De acordo com o Estado receptor, as dificuldades enfrentadas pela empresa seriam naturais ao processo de adaptação desinente de uma novel configuração das estruturas de mercado. Ainda nesse sentido, a requerida defende que não houve sequer, por parte da CD Hungary, uma tentativa de adequação ao novo ambiente e acusa a empresa de haver recorrido ao artigo 5(2) do *BIT* como cláusula de seguro.

Ao encerrar seus argumentos, a Hungria ressaltou que a Reforma de 2011 não pretendia ser permanente e, inclusive, certas condições à época estabelecidas já haviam sido revistas.

5.3. O entendimento assentado pelo tribunal arbitral

O tribunal arbitral, ao ponderar as razões enunciadas por ambas as partes, exarou decisão favorável às empresas requerentes. Considerou, de início, que a análise a ser empreendida deveria averiguar os efeitos da Reforma de 2011 como um todo, enjeitando a investigação específica das implicações de cada medida, individualmente. Assim, a questão precípua seria decidir se a reforma tributária, em conjunto com as inaugurais condições referentes à emissão dos *SZÉP Cards* e de *Erzsébet vouchers*, teria sido suficiente e

determinante para desapossar as empresas requerentes de seu investimento – configurando, assim, uma expropriação indireta.

Para o tribunal, a discussão terminológica atinente aos vocábulos “*dispossession*” e “*expropriation*” seria irrelevante, uma vez que as ações governamentais hábeis a desapossar o investidor de sua propriedade poderiam advir tanto de providências expropriatórias quanto de demais outras medidas – tais como nacionalizações.

O critério de investigação elegido como principal foi, com efeito, a diferença entre o valor econômico do investimento das requerentes no *host state* antes e após a promoção da Reforma de 2011. Assim, com o intuito de averiguar a possível ocorrência de uma expropriação indireta, o tribunal arbitral decidiu que a análise basilar recairia sobre a perda substancial de valor do investimento e, ademais, se persistiria um nexos causal entre tal perda e as medidas estatais empreendidas.

Fundamentando-se nas matérias de fato apresentadas pelas partes, o tribunal findou por considerar que a Reforma de 2011 almejou estruturar um monopólio estatal no setor de *vouchers* e, outrossim, criou as condições necessárias à evicção das empresas estrangeiras nesse ramo especializadas – que seria, então, dotada de caráter permanente. Concluiu, por fim, que:

In conclusion, the Tribunal finds that the package of Respondent’s measures in the 2011 Reform, resulting in creating in fact a State monopoly and excluding CD Hungary from the meal voucher market, dispossessed Claimants of the greatest part and the economic heart of their investment, bringing CD Hungary to a standstill. By destroying CD Hungary’s economic value Respondent substantially dispossessed Claimants of their investment.⁷⁷

Percebe-se, da análise do precedente em comento, que o tribunal arbitral decidiu pela ocorrência de “*dispossession*” dos bens investidos pelas reclamantes, caracterizando-se tal fato como decorrência última das medidas estatais postas em vigor pela reforma húngara. A averiguação teve como enfoque principal os efeitos diretos da Reforma de 2011, sem que houvesse uma real distinção entre os termos “*dispossession*” e “*expropriation*”, referindo-se o tribunal, amiúde, àquele, já que é a terminologia empregada pelo elemento proibitivo constante do *bilateral investment treaty*.

⁷⁷ International Centre for Settlement of Investment Disputes. UP and C.D Holding Internationale v. Hungary. ICSID Case No. ARB/13/35. P. 98. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

5.4. O padrão de compensação adequado

Subsequentemente a tais considerações e, após verificar que a expropriação não havia sido imediata e adequadamente compensada pelo Estado receptor, o tribunal arbitral voltou-se à definição do padrão de compensação cabível.

Sobre o tema, o artigo 5(2) do *bilateral investment treaty* dispõe que:

[...] Any dispossession measures taken shall give rise to the payment of prompt and adequate compensation, the amount of which must equal the real value of the investments concerned on the day prior to the date on which the measures are taken or made public.

Such compensation shall be payable to investors in convertible funds, and shall be freely transferrable. It shall be paid promptly starting from the date of the dispossession, failing which, interest calculated at the applicable market rate shall be charged up to the date of payment.⁷⁸

Em que pese o preconizado pelo *BIT* firmado entre França e Hungria, as empresas requerentes pugnaram pela não aplicação do enunciado pelo artigo 5(2). Nesse sentido, as UP e C.D. Holding Internationale defenderam que o padrão de compensação adequado ao caso concreto seria aquele proveniente da lei internacional costumeira, porquanto a expropriação teria sido empreendida de modo ilegítimo. Destarte, propugnaram as empresas pelo cálculo de danos em consonância com o princípio da reparação integral. Com efeito, tal princípio visa restaurar a posição em que as requerentes estariam, caso a Hungria não tivesse violado as obrigações constantes do *bilateral investment agreement*.

Os argumentos contrapostos pela Hungria, buscando a mera aplicação do padrão de compensação constante do predito artigo 5(2), resultariam no pagamento, a título de dano, tão somente no valor do investimento empreendido pelas empresas. Para a requerida, não haveria prova de relação causal entre os danos sofridos pela CD Hungary e a quebra, por parte do governo, do *BIT*. Outrossim, de acordo com o governo húngaro, as disposições do artigo 5(2) seriam aplicáveis a expropriações carreadas tanto de modo lícito como de modo ilícito.

As razões sustentadas pelas empresas requerentes, porém, prosperaram. O tribunal arbitral decidiu, fundamentando-se em precedente do CIRDI – *ADC v. Hungary* -, que as determinações – relativas ao padrão de compensação - prescritas no *bilateral investment treaty* apenas seriam adequadas aos casos de lícita expropriação. Dessa forma, abalizando-se pelo Caso da Fábrica de Chórzow – mencionado no segundo capítulo deste trabalho -, o

⁷⁸ International Centre for Settlement of Investment Disputes. UP and C.D Holding Internationale v. Hungary. ICSID Case No. ARB/13/35. P. 153. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>. Acesso em: 02 out. 2019.

tribunal aplicou a lei internacional costumeira e decidiu, por conseguinte, pela prevalência do princípio da reparação integral – em uma tentativa de obliterar as consequências do ato ilícito.

Assim, ao fim e ao cabo, a Hungria restou condenada, por força de decisão do CIRDI, a ressarcir as UP e C.D. Holding Internationale em €23.196.000, com adição de juros e correção monetária – e, outrossim, a arcar com os custos de arbitragem atribuídos pelo tribunal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do panorama desenvolvido neste trabalho, objetivou-se traçar, utilizando-se de uma perspectiva histórica, sintética explanação referente ao desenvolvimento das relações firmadas entre investidor particular e Estado receptor, bem como à estruturação dos mecanismos voltados à proteção de investimentos – em especial no que tange ao problema da expropriação indireta.

Por meio das temáticas desenvolvidas no ensejo de cada capítulo, foram perpassados os temas relativos aos objetivos almejados por este trabalho e, destarte, analisados os vínculos forjados entre investidores e *host states*, os interesses subjacentes a tais relações, a questão da expropriação indireta – bem como a posição do CIRDI em tais problemas, e, ademais, os mecanismos voltados à proteção do investimento estrangeiro e ao desenlace de litígios.

O questionamento sobre o qual este trabalho fundamentou-se, isto é, como a questão da expropriação indireta pode ser relacionado com a soberania estatal e, nesse sentido, qual o grau de relevância do CIRDI, como instituição internacional, pode, frente às considerações previamente assentadas, ser respondido.

O problema da expropriação indireta relaciona-se com o conceito de soberania estatal na medida em que, por meio de tratados relativos a investimentos, podem ser impostas, ainda que de forma velada, limitações ao poder legislativo e regulatório do Estado. Ações estatais capazes de desvalorizar substancialmente um investimento internacional – configurando, então, uma expropriação indireta – podem ser categorizadas como ilícitas e ensejar, sem embargo, adequada compensação ao particular. O CIRDI, como organização internacional

voltada à resolução de controvérsias relativas a investimentos transfronteiriços, constitui, sob sua égide, tribunais arbitrais detentores de jurisdição hábil a averiguar e determinar a licitude das intervenções praticadas pelos Estados – bem como a eleger o padrão de compensação aplicável ao caso concreto.

Em tais circunstâncias, cabe aos tribunais arbitrais sopesar argumentos de ordem estatal – e, por vezes, vinculados a um dito interesse público –, interesses particulares e disposições constantes dos acordos pertinentes a investimentos. As limitações decorrentes dos *investment agreements* e a aplicação da jurisdição do CIRDI podem, portanto, episodicamente, serem categorizadas como atentatórias à soberania estatal.

Ressalte-se, aqui, que o CIRDI e os tribunais arbitrais constituídos sob os auspícios do Centro não devem ser considerados panaceias e, por conseguinte, fins últimos no desenvolvimento de esferas voltadas à resolução de conflitos internacionais atinentes a investimentos. Nesse sentido, ainda que a fundação do CIRDI tenha sido vanguardeira ao possibilitar a atuação direta do investidor, quando em confronto com o Estado receptor, é imprescindível que, institucionalmente, o Centro caminhe, de forma contínua, para a construção de instrumentos necessários ao seu aperfeiçoamento.

Assim, impõe-se como basilar o engendramento de mecanismos e disposições convencionais que reforcem a imparcialidade do Centro, dificultando, assim, a captação do CIRDI pelos interesses de países predominantemente exportadores de capital. Simultaneamente, porém, também é forçoso obstar a imposição, por parte dos Estados eminentemente receptores de capital, de procedimentos autoritários sustentados por pretensas razões de interesse público e soberania.

Logo, defende-se que, com efeito, o CIRDI deve ser reputado esfera hábil à resolução conciliatória de interesses estatais e particulares contrapostos no que concerne ao problema da expropriação indireta – sem olvidar, porém, as críticas previamente assinaladas. O viés adotado por este trabalho é no sentido de que o CIRDI e as arbitragens conduzidas sob o seu auspício consistem em mecanismo dotado de mais eficiência, quando em cotejo com as vetustas formas de resolução de controvérsias que envolvem, irremediavelmente, tanto a participação do Estado receptor como do *home state* – elidindo, assim, a possibilidade de participação ativa do particular.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thiago Pedroso de. **Expropriação no direito internacional do investimento: ponto de vista do direito brasileiro**. Santos: Universidade Católica de Santos, 2008. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos, Universidade Católica de Santos, Santos, 2008.

Assembleia Geral da ONU, Resolução nº 1.803, 1962. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/1803\(XVII\)](https://undocs.org/en/A/RES/1803(XVII)). Acesso em: 08 set. 2019.

CARNEIRO, Flavio L. **Fragmentação internacional da produção e cadeias globais de valor**. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4376/1/td_2097.pdf. Acesso em: 13 ago. 2019.

Carta das Nações Unidas, ONU, 1945. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Nações-Unidas.pdf> >. Acesso em: 19 ago. 2019.

CHOWDHURY, Subrata Roy. **Permanent sovereignty over natural resources**: substratum of the Seoul Declaration. In: WAART, P.; DENTERS, E. (org.). *International Law and Development*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988.

Cooperação Financeira Internacional: Convênio Constitutivo (conforme alterações introduzidas até 27 de junho de 2012). Disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/en/991551541184281591/IFCArticles-of-Agreement-Portuguese.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

COSTA, Larissa Maria Lima. **A arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/88365/228127.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 set. 2019.

DA CAMARA, Pedro B. **Gestão de pessoas em contexto internacional: um livro essencial para as mais de 5000 empresas portuguesas internacionalizadas**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008.

DELAUME, G.R. Convention on the Settlement of International Disputes Between States and Nationals of Other States. **The International Lawyer**. Texas, Vol. 1, N. 1, 16 f., out., 1966.

DOLZER, R.; Schreuer, C. **Principles of International Investment Law**. New York: Oxford University Press, 2008.

GINSBURG, Tom. International substitutes for domestic institutions: bilateral investment treaties and governance. **International Review of Law and Economics**, Vol. 25, 30 f., 2005. University of Illinois Law & Economics Research Paper No. LE06-027. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=916351>. Acesso em: 19 ago. 2019.
ICSID Additional Facility Rules. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/AFR_English-final.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

ICSID Convention, Regulation and Rules. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. UP and C.D Holding Internationale v. Hungary. ICSID Case No. ARB/13/35. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MUCHLISNKI, Peter (Ed.); ORTINO, Federico (Ed.); SCHREUER, Christoph (Ed.). **The Oxford Handbook of International Investment Law**. New York: Oxford University Press, 2008.

OECD. Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties. **International Investment Perspectives**, 2006, OECD Publishing. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/international-investment-perspectives-2006/novel-features-in-recent-oecd-bilateral-investment-treaties_iip-2006-7-en#page1. Acesso em: 21 ago. 2019.

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

PAULINO, Luís Antônio. **O Brasil no leito de procusto: uma análise sob a ótica neo-schumpeteriana da Rodada Uruguai do GATT**. Campinas: UNICAMP, 1997, 208 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1997.

PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID). **Revista de informação legislativa**, Brasília, Vol. 35, N. 140, 6 f., out./dez., 1998. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/420/r140-09.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 17 set. 2019.

Permanent Court of International Justice. Judgment nº 13, Series A, nº 17, 1928. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

RÊGO, Elba Cristina Lima. **Do GATT à OMC: como funciona e para onde caminha o sistema multilateral de comércio**. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1996. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/15682>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

SCHREUER, Christoph H. et al. **The ICSID Convention: A Commentary**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2009.

SUNDFELD, Carlos A. Revisão da desapropriação no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Vol. 192, 10 f., abr./jun., 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As Nações Unidas e a nova ordem econômica internacional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, Vol. 21, N. 81, 19 f., jan./mar., 1984.

VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. **U.C. Davis Journal of International Law & Policy** 157, Vol. 12, No. 1, 39 f., 2005. Thomas Jefferson School of Law Research Paper No. 1478757. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1478757>. Acesso em: 18 ago. 2019.

