

Atualidades da arbitragem internacional relativa a investimentos

(Revista Projuris on-line - 23/05/05)

As principais características de todo investimento são o comprometimento de capital ou outros recursos, a expectativa de ganho ou lucro, e o risco previsível. A proteção garantida pelo direito internacional contemporâneo ao investidor internacional não é contra todo e qualquer risco: de outra maneira, o próprio conceito de investimento seria degenerado. É, sim, proteção efetiva contra os problemas que foram notoriamente comuns no passado: tratamento desigual, insegurança, restrições indevidas à remessa de lucros, expropriação sem imediata e adequada compensação, entre outros. É também, hoje, o privilégio de estar habilitado a demandar diretamente seus direitos no plano internacional, sem depender da proteção diplomática de seu Estado patrial. Isto é, na hora presente, matéria de Direito internacional público, expresso em tratados coletivos e bilaterais.

O investidor, empresa privada ou indivíduo, não é um sujeito de direito internacional. Seu acesso à jurisdição internacional $\frac{3}{4}$ arbitral ou outra $\frac{3}{4}$ e sua possibilidade de interpor ações contra Estados soberanos depende da pré-existência de tratados onde os Estados admitem essa prática. A estrutura das disputas internacionais entre investidores e países estrangeiros é regida por tratados, embora seja possível a aplicação de regras de uma fonte diferente ao mérito de muitos casos.

Embora as normas de direito internacional não sejam criadas para gerar direitos e deveres apenas para Estados, os Estados são as únicas entidades qualificadas para gerar tais normas, seja diretamente, seja por meio de Organizações internacionais. Juízes internacionais e árbitros, advogados internacionalistas e acadêmicos, só podem interpretar e aplicar essas normas. Podem ainda, é certo, tentar inspirar e até mesmo pressionar os Estados para que aperfeiçoem o direito internacional; mas, definitivamente, não têm legitimidade para criar o direito. Isto deve estar claro no espírito do jurista sempre que se lhe depara uma dúvida sobre a questão de saber se a implementação das normas de certo domínio do direito internacional está realmente se dando de modo coerente com as intenções e os fins visados por seus autores.

Um sentimento de incerteza e desconfiança envolvendo as estruturas atuais parece perturbar Estados que aderiram a tratados que os obrigam a submeter-se à jurisdição arbitral, enquanto certos outros Estados (entre eles o Brasil) parecem regozijar-se no fato de estarem fora desses regimes. Se isso for verdadeiro, não encoraja perspectivas otimistas para o futuro. Razões para tal clima podem não ser numerosas ou ter necessariamente desdobramentos graves, mas podem ser facilmente identificadas e entendidas.

É certo, por exemplo, que a jurisprudência do Centro Internacional para Resolução de Disputas relativas a Investimentos $\frac{3}{4}$ o CIRDI, do Banco Mundial $\frac{3}{4}$ tem ampliado o alcance da jurisdição arbitral além do que provavelmente pretendiam os Estados que negociaram a Convenção de Washington em 1965. Alguns analistas observaram desde o início dos anos 80 que o CIRDI poderia derivar até mesmo para a solução de disputas relativas ao estatuto da propriedade privada estrangeira, sem qualquer vínculo com um autêntico investimento. Além disso a interpretação de certas expressões contidas no artigo 25 da Convenção, a propósito da nacionalidade do investidor, tem sido liberal, o que causa aos Estados demandados uma especial irritação.

Em alguns países, entre eles o nosso, um ramo do Judiciário lida exclusivamente com problemas trabalhistas, com disputas entre empregados e empregadores. Juízes dessa área não são inteiramente imparciais, uma vez que têm o dever de velar pela parte mais fraca,

ou pelo menos o de jamais permitir que a modesta condição do empregado prejudique a afirmação idônea de seus direitos dentro do processo. É importante que a arbitragem internacional não acabe por parecer uma variante desse modelo de Justiça, uma variante onde o investidor, na contenda com o Estado receptor do investimento, seja visto como sendo a parte fraca, da qual o tribunal exigiria menos e toleraria mais.

Boa fé e coerência devem ser igualmente exigidas de ambas as partes no processo contencioso envolvendo investidores e Estados. Os padrões de rigor não devem variar significativamente de um caso a outro, e não pode ser diferente o tratamento das partes em um determinado caso. Também um mínimo de coerência no resultado de casos similares, submetidos a diferentes juízos arbitrais, preveniria graves danos à credibilidade do sistema .

Mas nada pode lesar tão gravemente a imagem do sistema arbitral relativo a investimentos que sua falta de qualidade para bem aplicar o direito e realizar justiça naqueles poucos casos em que o requerido é muito mais um Estado exportador de capital do que um receptor de investimentos estrangeiros . Se a arbitragem revelar-se afinal uma via de mão única na proteção do investimento estrangeiro, mostrando fraqueza quando se espera que corrija a violação dos direitos do investidor por um Estado economicamente mais forte que o Estado patrial desse investidor, é inevitável que o sistema tome ares de um instrumento variante do neo-colonialismo, e que a maioria dos Estados se sinta tentada a reconsiderar sua participação no sistema. Uma dinâmica e importante parte do direito internacional contemporâneo haveria de sofrer as conseqüências desse desapontamento.