

É verdade que o Brasil não tem arbitragem de investimento?

Autor(a): Cesar Augusto Guimarães Pereira

Publicado em: 31 de janeiro de 2025

Publicação: html_url_import

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/cesar-augusto-guimaraes-pereira/e-verdade-que-o-brasil-nao-tem-arbitragem-de-investimento>

Fonte original: <https://www.auloteca.com.br/bramia>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/cesar-augusto-guimaraes-pereira/e-verdade-que-o-brasil-nao-tem-arbitragem-de-investimento#ep-9ddda4bd

Resumo

O BRAMIA como alternativa adequada ao sistema ISDS

Texto integral

1. CONHECENDO O BÁSICO [1] Introdução A arbitragem comercial com a Administração Pública brasileira desempenha um papel significativo na estratégia do Brasil para atrair e manter investidores, oferecendo uma alternativa tanto aos tribunais nacionais quanto à opção tradicional dos tratados de investimento. No Brasil, a arbitragem envolvendo a Administração Pública é abrangente, podendo ter como objeto qualquer controvérsia relativa a direito patrimonial disponível, relacionada ou não a um contrato administrativo. Ao mesmo tempo, ao contrário do que ocorre em outras jurisdições, em que há arbitragem obrigatória em certos setores (contratos públicos no Peru e na Zâmbia, por exemplo), a arbitragem com o Estado no Brasil é sempre baseada em um ato consensual (convenção de arbitragem) formado a partir de manifestações de consentimento segundo os modelos internacionalmente reconhecidos de cláusula arbitral (“pre-dispute submission agreement”) e de compromisso arbitral (“post-dispute submission agreement”). Algumas tentativas de introdução de arbitragem obrigatória, mediante oferta aberta (convites a arbitrar) do Estado aos particulares potencialmente interessados, foram bloqueadas por vetos presidenciais (Leis nº 13.867 e 14.470, que respectivamente disciplinam a arbitragem na desapropriação e o termo de compromisso de cessação de prática – TCC do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica). A arbitragem com o Estado no Brasil consolidou-se como uma ferramenta flexível, aplicável consensualmente em vários contextos, como compras públicas, contratação de serviços, concessões e parcerias público-privadas, entre outros. Dentre os vários aspectos que compõem esse contexto, esta aula foca em apenas um. Concentra-se no paralelo entre o sistema brasileiro e o que, em outros países, se conhece como ISDS – “Investor State Dispute Settlement”. Afirma-se que o Brasil está alheio ao ISDS por jamais ter acedido à Convenção de Washington de 1965 nem haver firmado tratados de proteção de investimentos com previsão de arbitragem entre o investidor e o Estado. Será mesmo correta a afirmação? Ou haverá apenas um outro modo de proteção de investimentos igualmente (ou mais) eficaz? Em determinadas situações, o Brasil tem estruturado meticulosamente a arbitragem contratual com a Administração Pública para suprir a lacuna deixada pela falta de recurso à arbitragem baseada em tratados de investimento. Quando o Estado brasileiro busca atrair investidores, especialmente para setores estratégicos internacionalizados, ele não usa o

ISDS – o sistema internacional de proteção a investimentos com legitimidade direta do investidor estrangeiro e baseado em tratados e no direito internacional público. Mas isto não significa que o Brasil não tenha outros meios. O Brasil desenvolveu um sistema endógeno de proteção de investimentos, fundamentado no direito nacional, sem distinção entre o investidor estrangeiro e o brasileiro, ou entre investimento e comércio como forma de atuação econômica. Seu desenvolvimento prático e a objetividade com que o Estado brasileiro o tem regulado, adotado e cumprido sugere que, mesmo não tendo sido concebido na origem como um programa de proteção de investimentos estrangeiros, tornou-se um. Em um contexto de rediscussão do ISDS, o modelo brasileiro oferece um novo caminho para outros Estados. Um pouco por acaso, o Brasil desenvolveu o “Modelo Brasileiro de Arbitragem de Investimento”, que aqui será referido como BRAMIA.

Contratualização de aspectos regulatórios na atividade administrativa No Brasil, há um componente contratual na exploração de áreas estratégicas. Em outros países, a atuação regulatória tem impactos apenas extracontratuais, sem reflexos sobre qualquer acordo específico com o ente privado, o que torna improvável – exceto se pactuado um compromisso arbitral (post-dispute submission agreement), o que envolve dificuldades práticas – a resolução de disputas por qualquer tipo de arbitragem que não seja aquela prevista em um tratado. No Brasil, a situação é diversa. Os contratos com a Administração Pública concentram parte da regulação e incorporam outro tanto indiretamente. Em outras palavras, muitas questões que seriam puramente regulatórias em outras jurisdições assumem, no Brasil, feição contratual ou consensual. Contratualiza-se o framework regulatório e seus efeitos. Os instrumentos correspondentes regulam, por exemplo, os direitos e obrigações dos concessionários, os padrões de serviço a serem fornecidos e os mecanismos de precificação e reajuste. Também tratam tipicamente da proteção do equilíbrio econômico-financeiro em face de alterações regulatórias. Essa concentração de aspectos regulatórios em contratos administrativos tem implicações profundas para a resolução de disputas. No lugar de assinar BITS clássicos com os Estados de seus principais investidores para permitir que eles tenham acesso à arbitragem, o Brasil pode simplesmente prevê-la nos contratos administrativos ou outros atos bilaterais que venham a ser celebrados. Na prática, isso significa que muitas disputas que, em outros lugares, seriam resolvidas através de arbitragem baseadas em tratados são, no Brasil, resolvidas por meio da arbitragem contratual. Isso permitiu o surgimento e a consolidação do BRAMIA. BRAMIA como instrumento estratégico Diferentemente da arbitragem baseada em tratados, o BRAMIA concede às agências reguladoras, entes federativos e outros entes da Administração Pública a liberdade de, considerando o contrato em questão e o interesse em receber investimentos, inserir ou não no contrato cláusulas de arbitragem. Mais que isso, essa liberdade não se restringe aos investimentos estrangeiros, nem a investimentos em si. Ela é ampla e abarca a compra e venda de bens, a prestação de serviços ou qualquer outro objeto de contrato, com qualquer contratante, doméstico ou estrangeiro – ou mesmo fora de relações contratuais. Isto é, a arbitragem é tratada como uma ferramenta estratégica, extremamente maleável, utilizada, nos casos de atração de FDI, quando há um potencial significativo de investimento e um interesse mutuamente benéfico entre o Estado e o potencial investidor. Este aspecto do BRAMIA é um aprimoramento do modelo clássico. O Brasil adotou uma abordagem que, de muitas maneiras, responde a críticas dirigidas ao modelo clássico de arbitragem de investimentos e oferece uma alternativa melhor. No BRAMIA, é irrelevante se o objeto da arbitragem é, ou não, um investimento. Primeiro, pois essa não é uma limitação legal, como nos casos ICSID ou de AIs. E segundo, como a arbitragem é escolhida antes da execução do projeto econômico, a matéria passível de solução por arbitragem é pré-determinada. Ou seja, a filtragem do que será arbitrado é feita a priori , não depois que a disputa é estabelecida. O BRAMIA

permite a flexibilidade de não apenas escolher se a arbitragem é apropriada, mas também modular os termos da arbitragem caso a caso. Consolidação do BRAMIA Para que o BRAMIA seja eficiente em substituir o modelo clássico de arbitragem de investimento, algumas condições cruciais devem ser atendidas. Tais condições são voltadas a manter a legitimidade, aumentar a responsabilidade (accountability), atrair investidores e assegurar que estes tenham acesso à arbitragem quando necessário. Essas premissas são de importantes para proporcionar segurança e confiança aos investidores, permitindo o funcionamento do BRAMIA. O BRAMIA também demonstra a possibilidade de construção de um sistema de resolução de disputas que seja não só benéfico para o desenvolvimento econômico, mas que também proteja os interesses coletivos, a soberania do Estado e os direitos de investidores estrangeiros e nacionais. A operacionalização bem-sucedida dessa engrenagem é condicionada. A arbitragem deve ser transparente e pública, o Judiciário deve ser favorável à arbitragem, a infraestrutura de arbitragem deve ser sofisticada, e o modelo econômico deve permitir que entes estatais e investidores celebrem contratos. Somente cumprindo essas condições, o BRAMIA funciona de maneira eficaz e eficiente. [1] Esta seção se beneficia de material elaborado pelos autores e que aguarda publicação em: PEREIRA, Cesar; SOUZA-MCMURTRIE, Leonardo F. 'O modelo brasileiro de arbitragem com o Estado: proteção de investidores estrangeiros e nacionais.' In: COSTA, J. A. F.; PELA, J. K.; AMADEO, R. C. M. R. (Eds.). Estudos em Homenagem ao Professor Hermes Marcelo Huck. São Paulo. No prelo para 2025.

2. CONECTANDO-SE COM A REALIDADE JURÍDICA E ADMINISTRATIVA O modelo clássico de arbitragem de investimento enfrenta desde o início dos anos 2010 uma crise de legitimidade que desafia sua eficácia e continuidade. Esta crise de legitimidade é alimentada por várias questões. Por outro lado, no Brasil, o cenário é diverso. O volume de arbitragens envolvendo a Administração Pública triplicou em poucos anos. O dado é confirmado por estudo empírico realizado pela Professora Selma Lemes. Em meio à crise de legitimidade do modelo clássico de arbitragem de investimento, este outro modelo, que tem sido lapidado há pelo menos três décadas, permanece intocado – o BRAMIA. A solução decorrente da bem-sucedida experiência brasileira de arbitragem com a Administração Pública conjuga a contratualização de aspectos regulatórios e do propósito da atração de investimentos do modelo clássico. A inclusão da Corte Permanente de Arbitragem ("PCA") como uma opção de arbitragem nos contratos da ANP, como mencionado no texto acima, é particularmente reveladora. Ao contrário da Câmara de Comércio Internacional ("CCI") e da London Court of International Arbitration ("LCIA"), que lidam principalmente com arbitragem comercial, a PCA é notória por sua concentração em arbitragem de investimento, tratando de disputas entre investidores e Estados. A previsão foi incluída pela primeira vez na cláusula 34.5 do Modelo do Contrato de Concessão para a 15ª Rodada de Licitações da ANP, em 2017, e replicada posteriormente em outras oportunidades, como na 4ª Rodada da Partilha de Produção da ANP, de 2019. A previsão foi também incorporada pela ANAC no Modelo de Contrato a partir da 5ª Rodada de Concessões. A cláusula 34.5 do Modelo do Contrato de Concessão para a 17ª Rodada de Licitações de Blocos de Exploração da ANP, de 2021, também incorporou essa previsão. A atuação da PCA no mercado brasileiro tem crescido. A PCA é hoje uma das oito instituições credenciadas para administrar procedimentos de arbitragem que envolvam entes da Administração Públicas sujeitos ao procedimento previsto na Portaria-AGU n.º 75/2022. O Governo Federal e a PCA assinaram em 2017 um Acordo de Sede, em que dispuseram sobre imunidade, privilégio, cooperação, entre outras matérias. Em junho de 2024, o acordo foi aprovado na Câmara dos Deputados, no Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 386/22. A arbitragem não é uma ferramenta de utilização obrigatória para a Administração Pública, mas por esta sopesada em cada situação

concreta. A escolha da inclusão da arbitragem no contrato administrativo leva em consideração múltiplos fatores, os quais também influenciam na atração de investimento. O modelo tem se provado bem-sucedido. Hoje, o Brasil conta com volumoso investimento estrangeiro no cenário internacional.

3. DEBATENDO Perguntas para avaliar a compreensão do texto Em que contextos a arbitragem com a Administração Pública é mais comumente utilizada no Brasil? Qual o propósito de sua utilização? Quais são as principais vantagens e(ou) desvantagens da contratualização de aspectos regulatórios da atividade administrativa no Brasil? O que caracteriza a distinção “comum” entre arbitragem comercial e o modelo clássico de arbitragem de investimento? Quais são os principais pontos de aproximação entre o modelo brasileiro de arbitragem com a Administração Pública e o sistema internacional de proteção a investimentos (ISDS)? E quais são os principais pontos de distanciamento? Perguntas para instigar o debate De que maneira a liberdade concedida às agências reguladoras e outros entes da Administração Pública para inserir cláusulas de arbitragem nos contratos impacta a atração de investimentos estrangeiros? De que forma a transparência e a participação pública nas cláusulas de arbitragem contribuem para a legitimidade do BRAMIA? Quais são os desafios e as oportunidades associados à aplicação de leis nacionais em arbitragem sob o BRAMIA, em comparação com a aplicação do direito internacional público no ISDS? No seu entendimento, o BRAMIA possui conteúdo normativo próprio, que justifique posicioná-lo como um modelo entre a arbitragem comercial e o modelo clássico de arbitragem de investimento?

4. APROFUNDANDO BEHN, Daniel. Legitimacy, Evolution, and Growth in Investment Treaty Arbitration: Empirically Evaluating the State-of-the-Art. *Georgetown Journal of International Law* , v. 46, 2015. BEHN, Daniel; BERGE, Tarald Laudal; LANGFORD, Malcolm. Poor States or Poor Governance: Explaining Outcomes in Investment Treaty Arbitration. *Northwestern Journal of International Law Business* , v. 38, n. 3, p. 333–390, 2018. BROWER, Charles N.; BLANCHARD, Sadie. What’s in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States. *Columbia Journal of Transnational Law* , 2014. COOKSON, Charles W. II. Long-term direct investment in Brazil. *University of Miami Inter-American Law Review* , vol. 35, n. 2, p. 345-366, Spring 2004. COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. *Revista Jurídica Luso-Brasileira* , ano 1, n. 3, p. 875–911, 2015. FRANCK, Susan D. Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law. *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal* , v. 19, n. 2, p. 337–374, 2007. KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment Arbitration in Brazil – Revisiting Brazil’s Traditional Reluctance towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação* , v. 14, ano 4, p. 57–86, 2007. MORAES, Henrique Choer; HEES, Felipe, Breaking the BIT Mold: Brazil’s Pioneering Approach to Investment Agreements, *AJIL Unbound* , v. 112, p. 197 ss., 2018. PEREIRA, Cesar; SOUZA-MCMURTRIE, Leonardo F. The Development of Arbitration Involving State Parties in Brazil: Comparative Remarks with Latin America. *Revista Brasileira de Arbitragem* , v. 19, n. 75, p. 36–58, 2022. PEREIRA, Cesar; SOUZA-MCMURTRIE, Leonardo F.; OKINY, Bettina. Arbitration as a Tool for Efficiency in Government Contract Management: Why, How, and When It Works. *Public Procurement Law Review* , Issue 4, 2023. PUCCI, Adriana Noemi. O Brasil e a arbitragem de investimentos. In: NUSDEO, Fábio (coord.). *O direito econômico na atualidade* . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 49-69. Acesso via ProView. QUINTÃO, Luísa. Where the Private Meets the Public: What to Expect When Arbitrating with Brazilian State Entities. *Revista Brasileira de Arbitragem* , v. 14, n. 56, p. 7–22, 2017. RUBINS, Noah D. Investment Arbitration in Brazil. *Journal of World Investment* , v. 4, n. 6, p. 1071–1092, 2003. SALGADO LEVY, C.H. The Future of Ecuador: Will State Contracts Replace Bilateral Investment Treaties? *Transnational dispute*

management , vol. 3/2024, 2024. TITI, Catharine. International Investment Law and the Protection of Foreign Investment in Brazil. Transnational Dispute Management , vol. 2/2016, 2016. TORRE, Riccardo, Arbitragem com a Administração Pública Brasileira e a (In)segurança Jurídica : Reflexões Teóricas e Práticas, São Paulo: Quartier Latin, 2024. YURGEL, Ana Paula Olinto. Arbitragem comercial como forma de resolução de controvérsias entre investidor estrangeiro e o Estado brasileiro: um comparativo com a arbitragem de investimento ICSID . Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. ZERBINI, Eugênia. O Brasil à distância do direito internacional dos investimentos. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais , v. 10, n. 35, p. 11–18, 2007.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. É verdade que o Brasil não tem arbitragem de investimento?. *html_url_import*, 31 jan. 2025. Disponível em: <https://www.auloteca.com.br/bramia>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/cesar-augusto-guimaraes-pereira/e-verdade-que-o-brasil-nao-tem-arbitragem-de-investimento>. Acesso em: 24 ago. 2026.

APA 7ª edição

Pereira, C. A. G. (2025, January 31). É verdade que o Brasil não tem arbitragem de investimento?. **html_url_import**. <https://www.auloteca.com.br/bramia>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. 2025. “É verdade que o Brasil não tem arbitragem de investimento?.” **html_url_import**, January 31. <https://www.auloteca.com.br/bramia>

BibTeX

```
@article{cesar-augusto-guimar-es-pereira-verdade-que-o-brasil-n-o-tem-arbitragem--2025,
author = {Pereira, Cesar Augusto Guimarães},
title = {É verdade que o Brasil não tem arbitragem de investimento?},
journal = {html_url_import},
year = {2025},
url = {https://www.auloteca.com.br/bramia},
urldate = {2025-01-31}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/cesar-augusto-guimaraes-pereira/e-verdade-que-o-brasil-nao-tem-arbitragem-de-investimento>

PDF gerado em 2026-08-24 15:11 UTC