

EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO CONSENTIMENTO DAS PARTES NAS ARBITRAGENS DO ICSID

Thiago Zanini Godinho¹

RESUMO

A proliferação de instrumentos de promoção e proteção de investimentos internacionais (TBIs) que contêm uma oferta geral de arbitragem possibilitou o recurso aos seus tribunais do Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos (ICSID), mesmo na ausência uma cláusula compromissória negociada entre as partes em litígio (que forçosamente afronta um Estado contratante da Convenção ICSID, receptor de seu investimento, ao investidor privado, nacional de outro Estado contratante). Uma vez que a mera ratificação da Convenção não obriga as partes à solução arbitral, o consentimento permanece como pilar do edifício arbitral. Os árbitros vem praticando interpretações cada vez mais audaciosas para fundar a sua competência em disposições presentes nos TBIs, chegando utilizar a cláusula da nação mais favorecida contida nesses instrumentos convencionais para estender os acordos relativos ao sistema de solução de controvérsias mais favorável contido em um outro tratado, posto que estaria intimamente ligado à proteção dos direitos investidores privados estrangeiros. O escopo deste artigo consiste em analisar a evolução da interpretação dos árbitros ao consentimento das partes a uma arbitragem ICSID, que levou a uma explosão recente no número de casos apresentados ao Centro.

ABSTRACT

The proliferation of bilateral instruments concerning the promotion and protection of foreign investments (BIT) that contains a general arbitral offer has made possible the seizure of the International Centre for the settlement of investment disputes (ICSID), even in the absence of privity previously negotiated between the parties of the dispute (confronting, compulsorily, the host State for the investment, a Contracting State of the ICSID Convention, and

¹ Mestre e Doutorando em Direito internacional pela Université de Paris 1 - Panthéon-Sorbonne
Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, n.2, jul./dez.2005

the foreign investor, national of another Contracting State). Insofar as the ratification itself is not insufficient to attract the parties to the arbitral settlement, the consent remains the cornerstone of ICSID jurisdiction. Hence, the arbitrators promote more audacious interpretations to establish their jurisdiction on the clause expressed in the BIT, employing the most-favored-nation clause to extend the dispute settlement agreements comprised in the other treaty as it has held that dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors. The scope of this paper consists to analyze the evolution of the interpretation of consent by the ICSID tribunals, reason of the explosion of the number of decisions and cases on its docket.

Palavras Chave: Tratados bilaterais de investimento – Consentimento à arbitragem – Cláusula da Nação Mais Favorecida

Keywords: Bilateral investment treaties – Consent to arbitration – Most-favored-nation clause

1 INTRÓITO

O Banco Mundial, preocupado com as lacunas existentes nas estruturas de solução de controvérsias relativas aos investimentos, promoveu a redação de uma Convenção para criar um mecanismo especialmente concebido para dirimir litígios entre Estados receptores e investidores privados estrangeiros. Adotada em 18 de março de 1965, comportando a designação oficial de Convenção sobre a solução de controvérsias relativas aos investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados², ela criou o Centro Internacional para a solução de controvérsias relativas aos investimentos (ICSID, sigla em inglês, ou o Centro)³.

² Também conhecida como Convenção de Washington. O texto integral da Convenção encontra-se disponível no site <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

³ Cf. Artigos 1 a 24 da Convenção ICSID. O tribunal Amco c. Indonésia explicou que a arbitragem ICSID serve não apenas aos interesses dos investidores, mas também dos Estados receptores, declarando que *“Thus, the Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host State, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of development and of developing countries”*. Cf. Amco Asia Corporation c. Indonésia (ARB 81/1), Award on Jurisdiction, 23 *Int'l Legal Materials* 351 (1984).

A existência de uma controvérsia jurídica diretamente decorrente de um investimento é, pois, a condição necessária para fundar a jurisdição do ICSID⁴, mesmo se a definição de investimento não é dada pela Convenção. Quanto à condição *ratione personae*, dizemos que a Convenção é sempre mista. Uma parte (o Estado receptor do investimento) deve ser um dos Estados contratantes da Convenção, enquanto a outra parte, o investidor privado, deve ser nacional de um outro Estado contratante⁵, e qualquer uma das partes pode iniciar o procedimento perante o Centro. Um detalhe interessante é que o investidor não pode ser nacional do Estado receptor, porém pode ser um investidor estrangeiro que opera através de uma empresa de direito local, isto é, que o Estado receptor pode aceitar tratá-la como investidor estrangeiro devido ao seu controle⁶.

Todavia, a simples adesão à Convenção ICSID não constitui *per se* uma submissão à jurisdição do Centro. O consentimento de ambas as partes, como em qualquer recurso arbitral, é requerido pela Convenção para estabelecer a competência dos árbitros, que deve ser obrigatoriamente dado por escrito, mas pode tomar formas diversas: acordo direto entre investidor e Estado receptor, como no caso de um compromisso arbitral ou na inclusão de uma cláusula compromissória em um contrato de concessão ou do tipo BOT; em segunda hipótese, verificamos a existência de ofertas gerais por partes dos Estados em sua legislação de promoção e proteção de investimentos internacionais, que deve ser aceita pelo investidor de forma apropriada e,

⁴ Artigo 25(1) da Convenção, que se lê « *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 unilaterally* ».

⁵ Artigo 25(1) da Convenção. Tanto o Estado receptor quanto o Estado de nacionalidade do investidor devem ter ratificado a Convenção ICSID. AMERASINGHE, Christopher F. Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention of the Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other states, *British Yearbook of International Law*, Oxford, 1974-1975, p. 230.

⁶ Segundo o artigo 25(2)(b) da Convenção, “*any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.*”.

finalmente, temos a presença da mesma oferta geral em um tratado em vigor entre o Estado receptor e o Estado da nacionalidade do investidor privado – seja ele bilateral, como os tratados bilaterais de promoção e proteção de investimentos, conhecidos pela sigla inglesa BIT, seja por instrumentos convencionais multilaterais que fazem referência ao Centro, como é o caso da NAFTA ou da Tratado da Carta de Energia (ECT)⁷.

Portanto, dever-se-ia imaginar que os árbitros, seguindo o princípio da competência da competência, deveriam se assegurar que o consentimento das partes existe e que elas pretenderam realmente se submeter á arbitragem do Centro, e o Relatório dos administradores do Banco Mundial afirmou, em formula que se tornou célebre, que “ *consent is the cornerstone of the jurisdiction of the Centre* ”⁸. Essa não foi, não obstante, a atitude seguida pela prática. A fim de cobrir os casos de reclamações não oriundas de contratos entre o Estado receptor e o investidor estrangeiro, o ICSID decidiu abrir o acesso ao maior número possível de litígios: nos meados dos anos 1980, os árbitros começaram a admitir sua competência – mesmo na ausência de cláusula arbitral diretamente concluída entre as partes do litígio – com base na aceitação do investidor da oferta geral e impessoal feita pelo Estado em recorrer ao Centro, uma ligação indireta e dissociada no tempo e no espaço.

Tal evolução, objeto de nosso estudo, está em conformidade com o texto da Convenção de Washington, cujo artigo 25 (1) não exige nenhuma forma específica. Não se trata de uma verdadeira descoberta, uma vez que o recurso ao ICSID por meio de oferta geral já havia sido concebido pelos administradores da Convenção de 1965, por Paul Reuteur em 1968⁹ e por Aron

⁷ Artigo 25(1) da Convenção.

⁸ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR_English-final.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2006. para. 24.

⁹ REUTER, Paul. *Réflexion sur la competence du CIRDI. Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées: La Convention BIRD du 18 mars 1965. Colloque S.F.D.I.-CREDIMI*, Dijon, pp. 3-19, 1969. p. 14.

Broches em seu curso de Haia de 1972¹⁰, contudo, tal possibilidade não está expressamente prevista na Convenção e somente foi admitida na prática arbitral a partir de 1985.

Assistimos hoje a uma proliferação de instrumentos contendo ofertas gerais, permanentes e não individualizadas das quais qualquer investidor estrangeiro pode se beneficiar para recorrer a uma arbitragem ICSID. Mesmo em presença de uma cláusula ICSID contratual, resta a hipótese de recorrer ao Centro com base em uma oferta geral. Esse mecanismo, chamado pela doutrina de “*arbitrage without privity*”¹¹, “*arbitrage without contractual relationship*”¹² ou “*chèque en blanc*”¹³, a conduziu a um aumento da atividade do ICSID e explosão do fluxo de capital, já que os Estados utilizam essas ofertas para atrair capitais em seu território e os investidores como garantia de proteção jurídica de sua operação, posto que estes consideram a tutela dada pelos tribunais nacionais (vistos como imparciais), usando a legislação nacional (que não protege os investidores conforme o direito internacional) do Estado receptor como insuficiente.

2 A OFERTA DE UMA CLÁUSULA ICSID CONTIDA EM UM TBI COMO BASE PARA A JURISDIÇÃO DO CENTRO

Na época da redação da Convenção, a hipótese na qual um Estado venha a oferecer de forma unilateral seu consentimento em um TBI não havia sido discutida. Enquanto a dinâmica multiplicação de TBIs fora timidamente iniciada desde o fim dos anos 60¹⁴, o Relatório dos Administradores do Banco

¹⁰ BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of investment disputes between States and nationals of other States. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Leyde, v. 2., t. 136, 1972, p. 353.

¹¹ PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity, *ICSID Review – Journal of foreign investment*, vol. 10, n° 2, pp. 232-257, 1995.

¹² WERNER, Jacques. The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration. *Journal of International Arbitration*, Genève, vol. 14, pp. 5-15, 1997.

¹³ STERN, Brigitte. Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement: que disent les travaux préparatoires. *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI: Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris, Litec, 2000. p. 233.

¹⁴ SALEM, Mahmoud. Le développement de la protection conventionnelle des investimento. *Journal du Droit international (Clunet)*, Paris, n° 3, 1986, pp. 582-583.

Mundial permaneceu silencioso a esse respeito, invocando, unicamente, a possibilidade de ofertas operadas por legislações nacionais. Desde então, assistimos a uma verdadeira explosão do número de instrumentos bilaterais de proteção dos investimentos internacionais nos anos 1980 e 1990, cujo número passa, hoje, de 2000. Ademais, podemos constatar que as ofertas de arbitragem consentidas pelos Estados nos tratados bilaterais podem tomar numerosas formas¹⁵.

Se certas cláusulas podem ser consideradas como verdadeiras cláusulas compromissórias, comportando uma obrigação internacional dos Estados contratantes, outras se apresentam como compromissos da parte dos Estados a concluir ulteriormente cláusulas compromissórias quando demandado por um investidor¹⁶, enquanto outras, enfim, se aproximam de uma declaração de intenção da parte do Estado receptor do investimento. Face à forte diversidade existente entre as cláusulas presentes nos TBI, afirmou-se que “ *it cannot be said that there is today a coherent corpus of BIT's that allows arbitration without privity* ”¹⁷. Sem pretender constestar fundamentalmente o mérito da afirmação, pode-se tentar, entretanto, uma ligeira sistematização, a fim buscar definir os traços distintivos desses diferentes TBI.

Na primeira categoria de TBI, as cláusulas ICSID inclusas exprimem o consentimento dos dois Estados contratantes de se submeter à arbitragem do Centro em benefício de seus nacionais respectivos. As disposições relativas à solução de controvérsias contidas nos TBI podem mencionar a arbitragem ICSID como sendo o único modo de solução de controvérsias, mas podem fazer referência a outros modos ou outros centros de arbitragem como a Corte de arbitragem da CCI ou o recurso à arbitragem *ad hoc*. A questão da escolha entre os diferentes modos de solução de controvérsias pode ser deixada à discricção do investidor privado ou pode-se escalonar uma ordem de prioridade dos mesmos.

¹⁵ DELAUME, Georges. Le Centre International pour le Solução de controvérsias relatifs aux Investimentos, *Journal du Droit international (Clunet)*, Paris, n° 4, 1984, n° 4, p. 783-784.

¹⁶ Como o TBI concluído entre a França e a Malásia em 1975.

¹⁷ PAULSSON, Jan. *op. cit.* p. 240.

Ademais, existe a possibilidade de haver uma restrição da oferta do Estado a certas categorias de litígios¹⁸ ou subordina o recurso à arbitragem ICSID a certas condições, como o esgotamento das vias de recursos internos ou o respeito de certo prazo determinado. A presença dessa forma de cláusula é devida à necessidade “de se estabelecer un compromisso entre dois princípios: a proteção do Estado contra as pretensões abusivas do investidor e a proteção deste contra as manifestações igualmente abusivas da soberania do primeiro”¹⁹.

Em uma segunda categoria de TBI, figura apenas um compromisso dos Estados contratantes de consentir a se submeter à arbitragem do Centro à demanda do investidor. Por meio de tal cláusula, o Estado se compromete a acatar o requerimento do investidor se esse último deseja apresentar o litígio perante os árbitros ou, em uma variante, se compromete a concluir cláusulas compromissórias nos contratos que venham a fazer com investidores do outro Estado contratante.

Um primeiro tipo de cláusula se encontra no tratado bilateral concluído entre a França e a Mongólia em 1975, que dispõe que:

“ [se] o investidor o requer, cada uma das Partes contratantes consentirá a inserir o referido acordo especial [acordo de investimento] uma disposição prevendo o recurso em caso de litígio, ao Centro Internacional de solução de controvérsias relativas aos investimentos (ICSID)”²⁰.

A segunda hipótese citada está presente no TBI concluído entre a França e o Zaire, que prevê que os acordos relativos aos investimentos que serão concluídos obrigatoriamente comportarão uma cláusula “prevendo que os litígios relativos a esses investimentos deverão ser submetidos [...] ao Centro em vista de sua resolução por arbitragem”²¹.

Em ambos os casos, trata-se de uma promessa de concluir uma cláusula compromissória. Na doutrina, a questão colocada foi a de saber qual é

¹⁸ V. por exemplo o artigo 10 do TBI franco-marroquino, citado por PAULSSON, Jan. *op. cit.* p. 240.

¹⁹ POIRAT, Florence. L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'Energie: procédures de règlement de différends et statut des personnes privées. *Revue Générale de Droit international public*, Paris, 1998, p. 57.

²⁰ DELAUME, Georges. *op. cit.* p. 784.

²¹ BURDEAU, Génévieve. Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Estados. *Revue de l'arbitrage*, Paris, n° 1, 1995, p. 11.

a força obrigatória de tal promessa. Trata-se de uma obrigação de resultado ou de meio? Autores confirmados consideraram que:

“trata-se de uma obrigação de resultado, que não é freqüente segundo o direito internacional público no qual se considera geralmente que pode existir uma obrigação de negociar de boa-fé, mas que pode não significar, a princípio, uma obrigação de concluir”²².

No caso de não respeito pelo Estado de sua obrigação de aceitar uma cláusula ICSID, cabe ao Estado de nacionalidade do investidor encontrar um acordo com o Estado que recebe o investimento. O Estado que pretende retirar seu consentimento procederá a uma denúncia do tratado, e aplicar-se-ão as regras da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. O investidor privado se encontra, pois, impossibilitado de apresentar validamente o caso ao Centro devido à falta de consentimento estatal²³.

A doutrina apontou, ainda, uma segunda consequência do não respeito à obrigação de aceitar a cláusula ICSID que é a que “ tal cláusula ICSID parece assim dever constituir, em certos casos, uma condição de validade dos contratos de Estado relativos aos investimentos concluídos entre partes regidas por um tratado bilateral comportando esse tipo de cláusula ”²⁴, o que abre novas perspectivas aos investidores nos anos a seguir.

Em definitivo, figuram em uma terceira categoria de TBI as simples declarações de boa intenção do Estado hospedeiro, desprovidas de todo compromisso jurídico, a submeter os litígios nascidos à arbitragem ICSID, mas se compromete a dar uma atenção “ simpática ” a qualquer requerimento de arbitragem apresentado perante o Centro por investidor nacional do outro Estado contratante²⁵.

²² BURDEAU, G n vienne. *op. cit.* p. 12.

²³ SCHREUER, Christophe. Commentary on the ICSID Convention. Article 25. *ICSID Review – Journal of foreign investment*, vol. 11, n  2, 1996 p. 447.

²⁴ BURDEAU, G n vienne. *op. cit.*, p. 12.

²⁵ SCHREUER, Christophe. *op. cit.* p. 448, que cita como exemplo o TBI concluído entre os Países Baixos e o Qu nia.

3 A ACEITAÇÃO DA OFERTA PELO INVESTIDOR

A aceitação da oferta de arbitragem contida em um TBI pelo investidor é parte integrante do consentimento à arbitragem ICSID. O consentimento dado por um Estado em um TBI não pode obrigar seus nacionais sem seu consentimento prévio requerido no artigo 25(1) da Convenção de Washington. Como recordaram os árbitros do caso *AMT c. Zaire* (1997), “ *It appears therefore that the two States cannot, by virtue of Article 25 of the Convention, compel any of their nationals to appear before the Centre; this is a power that the Convention has not granted to the States* ”²⁶.

A extensão da aceitação da oferta estatal pelo investidor privado deve ser analisada. Alguns autores afirmaram que “ *it is entirely possible for the investor’s acceptance to be narrower than the offer and to extent only to certain matters or only to a particular investment operation* ”²⁷. Assim, um investidor privado está apto a modular a extensão de seu consentimento para não escolher submeter ao Centro que certos litígios ou parte do litígio. Aqui, temos um verdadeiro risco para o Estado, pois o investidor é capaz de descartar do campo material do seu consentimento as operações nas quais sua conduta poderia ser condenada pelos árbitros²⁸.

Em face de uma situação desse tipo, não é certo que os árbitros exijam que aceitação feita pelo investidor privado seja exatamente igual à oferta apresentada pelo Estado. Se nos parece claro que o consentimento do investidor não pode jamais exceder aos termos da oferta, o inverso não é certo.

4 A INTERPRETAÇÃO DO CONSENTIMENTO DADO POR UM TBI

O problema colocado perante os tribunais ICSID consistiu em determinar em que medida a promessa de um Estado de recorrer à arbitragem do Centro, inscrita em um tratado bilateral de proteção de investimentos,

²⁶ *AMT c. Zaire*, (ARB 93/1), Award. *International Legal Materials*. Washington, D.C., vol. 36, 1997, p. 1545, para. 5.18.

²⁷ SCHREUER, Christophe. *op. cit.* p. 438.

²⁸ BEN HAMIDA, Walid. *L’arbitrage transnational unilatéral*, Paris: Thèse Université de Paris II, 2003, pp. 178-9.

apresenta uma força obrigatória para este. Em outros termos, a questão é de saber se:

“um simples compromisso de inserir uma cláusula de arbitragem ICSID em todo contrato que este seria levado a concluir com um investidor nacional da outra parte do tratado [...] ou um compromisso direto para o Estado de se submeter à arbitragem ICSID em qualquer litígio o opondo a um investidor, pessoa física ou jurídica nacional da outra parte, e isso independentemente de qualquer ligação contratual?”²⁹.

A resposta a essa questão foi dada pela primeira vez pela sentença no caso AAPL c. Sri Lanka (1990), na qual a empresa de Hong Kong AAPL apresenta ao Centro um requerimento de arbitragem fundado no tratado bilateral concluído entre o Sri Lanka e o Reino Unido (e estendido a Hong Kong), que prevê que:

“Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as “the Centre”) for the settlement by conciliation or arbitration under the Convention [...] any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former”³⁰.

Os árbitros aceitaram sem nenhuma dificuldade sua competência, principalmente porque o defensor não se opôs a idéia de se ver atraído a uma arbitragem ICSID com base nesse TBI. Dando seu consentimento no tratado, o Sri Lanka se comprometeu de forma irrevocável a se submeter à arbitragem do Centro (salvo se denunciar o tratado antes do investidor dar seu consentimento). De certa forma, podemos dizer que essa sentença afeta o formalismo da expressão do consentimento, mas não atinge sua necessária existência. Em todos os casos, o consentimento permanece requerido. Devemos constatar que o consentimento por escrito do investidor privado se cristaliza com o ato de introdução de instâncias o que foi confirmado

²⁹ BURDEAU, G n vi ve. *op. cit.* p. 12.

³⁰ *Sri Lanka-United Kingdom: Agreement on the Promotion and Protection of Investments*, 19 Int'l Legal Materials 886, (1980) p. 888.

posteriormente nos casos *Fadex c. Venezuela*, *Mihaly c. Sri Lanka* e *Salini c. Marrocos*³¹.

A regra foi retomada no caso *AMT c. Zaire*, no qual a competência do Centro para conhecer da demanda de indenização de AMT foi fundada no tratado bilateral assinado entre os Estados Unidos de América e a República do Zaire. O tribunal arbitral admitiu implicitamente que se trata de um compromisso direto fonte de uma obrigação internacional pela parte do Estado. Assim os árbitros declararam que

“in the present case, it happens that AMT has opted for a proceeding before ICSID. AMT has expressed its choice without any equivocation: this willingness together with that Zaire expressed in the Treaty, creates the consent necessary to validate the assumption of jurisdiction by the Centre”³².

A mais interessante, e, porque não surpreendente, interpretação foi aquela realizada pelo tribunal do caso *Maffezzini c. Espanha* (2000). No caso em tela a cláusula compromissória reenvia a um outro documento, que comportava também uma cláusula ICSID cujo conteúdo é mais tênue que o da cláusula primária. O TBI concluído entre a Argentina (Estado de nacionalidade de Maffezini, o demandante) e a Espanha, utilizado como fundamento da competência, somente autorizava os investidores privados a apresentar o caso ao Centro após o esgotamento dos recursos internos, segundo o seu artigo X:

“2. If the dispute cannot be settled [amicably] within six months following the date on which the dispute have been raised by either party, it shall be submitted to othe competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

3. The dispute may be submitted to international arbitration in any of the following circumstances:

a) at the request of one of the parties to the dispute, if no decision has been rendered on the merits of the claim after the expiration of a period of eighteen months [...] or if such decision has been rendered, but the dispute continues ;

4. In the cases foreseen in paragraph 3, the disputes between the parties shall be submitted, unless the parties otherwise agree, either to international arbitration under [ICSID Convention] “³³.

³¹ *Fedax c. Venezuela* (ARB 96/3), Award. *International Legal Materials*. Washington, D.C., vol. 37, pp. 1378-1390, 1998, *Mihaly c. Sri Lanka* (ARB 00/2), <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly-award.pdf>; *Salini c. Marrocos* (ARB 00/4), *Décision sur la juridiction*, *Journal du Droit International*, (*Clunet*), vol. 129, pp. 196-212, 2002.

³² *AMT c. Zaire*. *op. cit.* pp. 1545-6, para. 5.23.

³³ *Emilio Augustin Maffezini c. Spain*, (ARB 97/7), *Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction*, January 25, 2000. Disponível em:

O Estado espanhol sustentou que o artigo X (3) (a) exige o esgotamento dos recursos internos espanhóis – o que não fora feito pelo investidor – e que o investidor não apresentou o litígio perante as cortes espanholas como ordona o artigo X (2).

Por sua vez, o investidor admite que o litígio não fora apresentado a uma jurisdição espanhola antes da apresentação ao ICSID, mas estima que a redação das disposições do artigo X (3) (a) permite “ *the reference of a case to international arbitration whether or not a domestic court decision has been rendered and regardless of its outcome*”³⁴.

O tribunal considerou não ter competência para dirimir o litígio com base nesse fundamento. Todavia, o demandante apresentou em seu requerimento outro argumento: o tratado em tela contém uma cláusula da nação mais favorecida, que lhe permitiria a invocação de uma disposição mais favorável existente em um outro tratado, e o demandante “ *argues in the alternative that he has the right to rely on the most favored nation clause contained in the BIT, dismissal of the application to other Tribunal without due consideration of this other argument would be premature* ”³⁵.

Como o fazem variados tratados recentes, o TBI Argentina-Espanha, após garantir o tratamento justo e equitável aos investidores, determina em seu parágrafo 2 que “ *in all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country*”³⁶.

O artigo 10 (2) do TBI assinado entre a Espanha e o Chile não impunha essa exigência, determinando que o investidor pode optar em favor da arbitragem após um prazo de seis meses, consagrado à negociação. O investidor argüiu que os investidores chilenos teriam um tratamento mais favorável no que se refere ao sistema de solução de controvérsias, fora o fato de que a solução de controvérsias não estar na lista de exceção da cláusula NMF do TBI Argentina-Espanha.

http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2006, pp. 7-8, para. 19.

³⁴ Maffezini c. Spain. *op. cit.*, pp. 10-11, para. 26.

³⁵ Maffezini c. Spain. *op. cit.*, pp. 14, para. 37.

³⁶ Maffezini c. Spain. *op. cit.*, pp. 14, para. 38.

A defesa espanhola declarou que os tratados concluídos entre a Espanha e terceiros Estados são *res inter alios acta* com relação à Argentina, assim como o efeito relativo dos tratados excluiria a aplicação da cláusula ICSID por um investidor argentino. Ademais, aduziu que a cláusula da nação mais favorecida não poderia englobar a cláusula atributiva de competência.

Os árbitros consideraram os argumentos em comparação com antigos casos relativos ao emprego da cláusula NMF. O primeiro paralelo foi feito com o caso das jurisdições consulares para a proteção dos comerciantes, estimando que:

“there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce³⁷ [...] they are also closely linked to the material aspects of the treatment accorded³⁸”.

Essa abordagem foi, porém, limitada. Os árbitros consideraram que o fundamental para se empregar uma cláusula mais favorável de outro tratado em virtude da cláusula NPF, ambos os tratados dever tratar do mesmo assunto, seja o da proteção de investimento seja a do comércio, para serem compatíveis com o princípio *ejusdem generis*³⁹.

Ademais, o tribunal identificou outros limites que excluiriam, segundo as circunstâncias, a aplicação da dita cláusula. “*This operation of the most favored nation clause does, however, have some important limits of public consideration. [...] the beneficiary of the clause should not be able to override public policy considerations that the contracting parties might envisage as fundamental conditions for their acceptance of the agreement in question, particularly if the beneficiary is a private investor*”⁴⁰.

³⁷ Maffezini c. Spain. *op. cit.*, pp. 20, para. 54.

³⁸ Maffezini c. Spain. *op. cit.*, pp. 20-21, para. 55.

³⁹ Traduzido literalmente como « o de mesmo tipo », esse princípio em direito internacional indica o beneficiário da cláusula da nação mais favorecida não pode invocá-la para reivindicar direitos estranhos à matéria concernente ao tratado. Tal desrespeito contradiz os princípios de soberania e independência dos Estados, em virtude do qual não se pode impor aos mesmos obrigações às quais estes não consentiram, e não se respeitaria o princípio da boa fé que domina o direito dos tratados.

⁴⁰ Maffezini c. Spain. *op. cit.*, pp. 21 e 23, para. 56 e 62.

Esses exemplos, que, aliás, não se encontram no caso em tela, formam o obstáculo ao emprego da cláusula NMF em benefício de um tratamento mais favorável concernente ao sistema de solução de controvérsias⁴¹. Primeiramente, indicou-se que o esgotamento dos recursos internos não pode ser descartado pela invocação de cláusula NPF em relação a um terceiro acordo que não contenha esse elemento. Ainda, a cláusula NMF não pode englobar a solução de controvérsias se as partes optaram pela dita “*fork in the road clause*”⁴², isto é, a escolha entre a submissão do litígio às jurisdições internas ou à arbitragem internacional, da qual a opção do investidor é irreversível. Em terceiro lugar figura o caso da submissão a um sistema de arbitragem não previsto no acordo que contém a cláusula NMF. Se um sistema particular de arbitragem é determinado pelo tratado, a invocação da cláusula NMF não pode se utilizada pelo investidor para iniciar o procedimento de um mecanismo diverso de solução de litígios contido em um outro tratado.

Enfim, se as partes escolheram um sistema muito institucionalizado, como é o caso do sistema NAFTA, cujas regras processuais são específicas, é claro que nenhum desses mecanismos pode ser alterado posto que a especificidade das regras é o reflexo da vontade das partes. Segundo os árbitros,

“It is clear, in any even, that a distinction has to be made between the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the

⁴¹ Maffezini c. Spain. *op. cit.*, p. 23-24, para. 63.

⁴² Inserida no tratado, a cláusula determina que a utilização do recurso à um método de solução ao litígio impede a utilização posterior de outro método disponível, para dirimir a mesma controvérsia. Essa cláusula foi objeto de análise dos árbitros no caso CMS c. Argentina. Neste caso, houve ação interposta em âmbito nacional, que como se relacionava apenas a reclamações relativas a contrato entre a empresa e o Estado receptor – *contract claims* – não contamina uma reclamação com base em violação a um tratado – *treaty claims* – permitindo, assim, o acesso à arbitragem internacional. Obviamente, numa decisão de mérito, os árbitros somente poderão analisar as violações ao tratado, e não ao contrato. *In verbis*, «*Decisions of several ICSID tribunals have held that as contractual claims are different from treaty claims, even if there had been or there currently was a recourse to the local courts for breach of contract, this would not have prevented submission of the treaty claims to arbitration. This Tribunal is persuaded that with even more reason this view applies to the instant dispute, since no submission has been made by CMS to local courts and since, even if TGN had done so - which is not the case -, this would not result in triggering the “fork in the road” provision against CMS. Both the parties and the causes of action under separate instruments are different*». CMS Gaz Transmission Company c. Argentina, Decision on Jurisdiction, July 17, 2003. Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Decision_english.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2006, p. 24, para. 80.

clause, on the one hand, and disruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions, on the other hand”⁴³.

Finalmente o tribunal considerou que a cláusula NMF do TBI Argentina-Espanha englobava as provisões concernentes ao sistema de solução de controvérsias, e que o requerimento de arbitragem anterior ao esgotamento dos recursos internos não constitui “ *a fundamental question of public policy considered in the context of the treaty* “, e, assim, que o investidor argentino poderia submeter uma reclamação direta à arbitragem ICSID sem nenhum recurso aos tribunais espanhóis, os árbitros decidiram se considerar competentes para dirimir o litígio⁴⁴.

Em uma segunda sentença, a questão do emprego da cláusula NMF volta à análise dos árbitros. Trata-se do caso Siemens c. Argentina (2004). Em 2001, a Siemens notificou o Estado argentino da ruptura do Tratado entre a Alemanha e a Argentina sobre Promoção e a Proteção de Investimentos, assinado em 1991, que prevê um período de 6 meses de negociação antes de qualquer procedimento arbitral e um prazo de 18 meses para que uma decisão de um tribunal interno seja publicada antes de submeter a controversia ao Centro. A empresa invocou a cláusula NMF do tratado para impedir, como lhe permite o Tratado entre o Chile e a Argentina sobre o Encorajamento e Proteção de Investimentos, assinado em 2 de Outubro de 1991, a submissão prévia da disputa aos tribunais internos.

Siemens mantém que as principais considerações do tribunal Maffezini se aplicam no caso em tela: os dois tratados são da mesma categoria, contém previsões quase idênticas sobre a solução de controvérsias, o texto das duas cláusulas NMF não revela grande diferença no seu escopo de aplicação.

Ademais, nenhuma das limitações mencionadas no laudo arbitral Maffezini se aplica nesse caso: os requirements processuais são exatamente os mesmos nos dois casos e não refletem uma questão fundamental de ordem pública. Ainda, o demandante sustenta que a cláusula compreende todas as

⁴³ Maffezini c. Spain. *op. cit.*, p. 24, para. 63.

⁴⁴ Maffezini c. Spain. *op. cit.*, pp. 25, para. 64.

matérias cobertas pelo Tratado à exclusão daquelas contidas nos Artigos 3(3) e (4), e a Siemens aduziu que:

“The mechanisms for the settlement of disputes are part of the guarantees for the promotion and protection of foreign investments granted to the investors, being international arbitration for the settlement of investment disputes before ICSID one of the most relevant of them”⁴⁵.

O tribunal considerou o próprio Tratado, como outros tratados de proteção dos investimentos, dispõe de um mecanismo especial de solução de litígios que não está normalmente aberto aos investidores. O acesso a esses mecanismos é parte integrante da proteção ofertada pelo Tratado, e o mesmo raciocínio é, pois, válido, para a cláusula NMF. Essa conclusão é similar àquela do caso Maffezini. O tribunal acrescenta, ainda, que “*the formulation is narrower but, as concluded above, it considers that the term “treatment” and the phrase “activities related to the investments” are sufficiently wide to include settlement of disputes*”⁴⁶. Assim, o tribunal rejeitou a objeção de jurisdição do Centro e ele se considerou competente para dirimir o litígio.

Tal abordagem foi abandonada em arbitragem mais recente. No caso Plama c. Bulgária, os membros do tribunal, diante do TBI Bulgária-Chipre (Estado de nacionalidade do investidor) que contém cláusula NMF e cláusula arbitral *ad hoc* para causas relativas à expropriação, e um segundo BIT búlgaro com provisões relativas ao sistema de solução de controversias mais amplo. O tribunal constatou que há diferenças com os casos *supra* citados, uma vez que a inclusão da referência à arbitragem *ad hoc* supõe um acordo posterior e exclui, pois, a idéia de uma arbitragem institucionalizada, e, ainda mais importante,

“Conversely, dispute resolution provisions in a specific treaty have been negotiated with a view to resolving disputes under that treaty. Contracting States cannot be presumed to have agreed that those provisions can be

⁴⁵ Siemens A.G. c. Argentina, (ARB 02/8), Decision on jurisdiction, August 3, 2004. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/siemens-decision-en.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2006., pp. 21-22, para. 60.

⁴⁶ Siemens c. Argentina. *op. cit.*, p.41, para. 103.

enlarged by incorporating dispute resolution provisions from other treaties negotiated in an entirely different context “⁴⁷.

Segundo os árbitros, a intenção clara e inequívoca das partes⁴⁸ seria necessária para se chegar a um acordo arbitral posterior, e que tal acordo não pode ser presumido de uma cláusula NMF, aduzindo que

“ It is one thing to add to the treatment provided in one treaty more favorable treatment provided elsewhere. It is quite another thing to replace a procedure specifically negotiated by parties with an entirely different mechanism “⁴⁹.

Devemos ressaltar que o tribunal Plama acaba avançando um princípio diverso do que fora posto pela jurisprudência Maffezini: uma previsão NMF em um tratado base não incorpora o sistema de solução de conflitos, em todo ou em parte, salvo se as disposições do tratado base não deixam dúvidas de que as Partes Contratantes desejem incorporá-las⁵⁰.

Mesma abordagem foi seguida pelo tribunal constituído no caso entre Salini c. Jordânia. Seus membros observaram que alguns TBIs contém disposições específicas que se estendem à solução de controvérsias, o que não ocorre com outros, no qual se vê uma simples referência a todos os direitos, ou todas as matérias contidas no acordo. Neste caso Salini, o TBI relevante não trata da questão da aplicação da cláusula NMF no processo de solução de controvérsias. Desta forma o tribunal rejeitou a interpretação dos reclamantes de que tal disposição poderia se estender às matérias processuais:

“ Quite on the contrary, the intention as expressed in Article 9(2) of the BIT was to exclude from ICSID jurisdiction contractual disputes between an investor and an entity of a State Party in order that such disputes might be settled in accordance with the procedures set forth in the investment agreements. [...] The Tribunal has no jurisdiction to entertain them “⁵¹.

⁴⁷ Plama Consortium Limited c. Bulgaria (ARB 03/24), Decision on jurisdiction, February 8, 2005. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/plama-decision.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2006. p. 327, para. 207.

⁴⁸ Plama c. Bulgaria. *op.cit.* pp. 325, para. 199.

⁴⁹ Plama c. Bulgaria. *op.cit.* pp. 328, para. 209.

⁵⁰ Plama c. Bulgaria. *op.cit.* pp. 332, para. 223.

⁵¹ Salini c. Jordania (ARB 02/13), Decision on jurisdiction, November 29, 2004. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2006. pp. 185-186, para. 118-119.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, a questão de saber se os acordos relativos ao sistema de solução de litígios constituem um direito substantivo que pode ser estendido ao beneficiário de uma cláusula NMF aparece no momento em que a disposição é escrita de forma ampla e que os Estados Contratantes do tratado não expressamente excluíram os mecanismos de solução de controvérsia nem esclarecem a sua intenção de incluir tais mecanismos na proteção acordada aos seus beneficiários. Nesses casos, a intenção das partes deve ser interpretada para incluir os direitos acordados aos investidores dos terceiros Estados, notadamente aqueles referentes ao de uma solução arbitral em preferência aos órgãos judiciais do Estado receptor.

Em segundo lugar, o elemento caracterizador da arbitragem ICSID repousa no requerimento unilateral pelo investidor. Vemos, então, um certo desequilíbrio entre investidores e Estados, uma vez que o considerável liberalismo e ausência de formalismo na interpretação do consentimento faz com que os investidores consigam atrair os Estados aos tribunais ICSID. Não podemos somente culpar os árbitros, que tendem a sempre se estimar competentes, todavia, devemos salientar a responsabilidade dos que redigem os tratados.

Esse desequilíbrio pode, ainda, ser comparado ao que ocorre com o sistema da declaração facultativa de jurisdição obrigatória do artigo 36, parágrafo 2, do Estatuto de la Corte⁵², oferece uma opção aos Estados que podem aceitar a competência obrigatória da Corte de forma antecipada. No que concerne ao acordo para conferir a competência à Corte anteriormente ao acontecimento do litígio, fala-se em jurisdição “ obrigatória ”, o que geralmente foi descrito como um progresso⁵³.

⁵² « Les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité ; b) tout point de droit international ; c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ; d) la nature ou l'étendu de la réparation due pour la rupture d'un engagement international. »

⁵³ Combacau fala de uma « amélioration technique considérable ». COMBACAU, Jean. e SUR, Serge. *Droit international public*, Paris: Montchrestien, 5^e édition, 2001, p. 583. Ela não significa Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, n.2, jul./dez.2005

De uma maneira geral, pode-se constatar que os Estados são assaz reticentes a se comprometer antecipadamente, posto que o consentimento é dado “às cegas”, os Estados ignorando o objeto das controvérsias a surgir e a identidade do hipotético Estado demandante⁵⁴. A decisão dos Estados depende assim da “convicção que o risco de ser atraído como réu é compensado pela vantagem de poder peticionar unilateralmente a jurisdição”⁵⁵.

Se no caso do ICSID, a oferta dos TBIs permite que os investidores, desconhecido *a priori* pelos Estados receptores, apresentem livremente a reclamação ao Centro, na hipótese paralela com a Corte, vemos que os Estados não são desejosos de correr o risco judiciário, preferindo, amplamente, no contexto de suas relações interestatais, a solução diplomática.

REFERÊNCIAS

AAPL c. Sri Lanka (ARB 87/3), Final Award. *International Legal Materials*. Washington, D.C., vol. 30, pp. 577-579, 1991.

Amco Asia Corporation c. Indonesia (ARB 81/1), Award on Jurisdiction. *International Legal Materials*. Washington, D.C., vol. 23, pp. 351-583, 1984.

AMERASINGHE, Christopher F. Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention of the Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other states, *British Yearbook of International Law*, Oxford, pp. 227-262, 1974-1975.

AMT c. Zaire, (ARB 93/1), Award. *International Legal Materials*. Washington, D.C., vol. 36, pp. 1531-1556, 1997.

BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilatéral*, Paris: Thèse Université de Paris II, 728 p., 2003.

que a jurisdição seja imperativa, pois se ela obriga um Estado réu a se ver atraído à um tribunal, ela não obriga que ele recorra, como demandante, em todos os casos, a um modo jurisdicional de solução des controvérsias, não sendo, pois, exclusiva, já que os outros modos permanecem abertos

⁵⁴ GUILLAUME, Gilbert. Politique des Etats à l'égard du règlement pacifique par tierce partie. *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^{ème} siècle - Le regard d'un juge*. Paris: Pedone, 2003, p. 5.

⁵⁵ RUIZ FABRI, Helène, e SOREL, Jean-Marc. Organisation judiciaire internationale. *Juris-classeur du Droit International*, Paris, Fascicule 216, 2001, p. 6.

BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of investment disputes between States and nationals of other States. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Leyde, v. 2., t. 136, 1972.

BURDEAU, G n vi ve. Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Estados. *Revue de l'arbitrage*, Paris, n  1, pp. 3-37, 1995.

CMS Gaz Transmission Company c. Argentina (ARB 01/8), Decision on Jurisdiction, July 17, 2003. Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Decision_english.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2006.

COMBACAU, Jean. e SUR, Serge. *Droit international public*, Paris: Montchrestien, 5  édition, 2001.
Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR_English-final.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2006.

DELAUME, Georges. Le Centre International pour le Solu o de controvérsias relatifs aux Investimentos, *Journal du Droit intenational (Clunet)*, Paris, n  4, pp. 775-843, 1984.

Emilio Augustin Maffezini c. Spain, (ARB 97/7), Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction, January 25, 2000. Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2006.

Fedax c. Venezuela (ARB 96/3), Award. *International Legal Materials*. Washington, D.C., vol. 37, pp. 1378-1390, 1998.

FOUCHARD, (P)., GAILLARD (E)., GOLDMAN (B)., *Traité d'arbitrage commercial international*, Litec, 1997.

GUILLAUME, Gilbert. Politique des Etats   l'égard du règlement pacifique par tierce partie. *La Cour internationale de Justice   l'aube du XXI me siècle - Le regard d'un juge*. Paris: Pedone, 2003.

INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR_English-final.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2006.

Mihaly c. Sri Lanka (ARB 00/2), Award, March 15, 2002. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly-award.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2006.

PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity, *ICSID Review – Journal of foreign investment*, vol. 10, n° 2, pp. 232-257, 1995.

Plama Consortium Limited c. Bulgaria (ARB 03/24), Decision on jurisdiction, February 8, 2005. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/plama-decision.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2006.

POIRAT, Florence. L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'Energie: procédures de règlement de différends et statut des personnes privées. *Révue Générale de Droit international public*, Paris, pp. 45-84, 1998.

REUTER, Paul. Réflexion sur la compétence du CIRDI. Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées: La Convention BIRD du 18 mars 1965. *Colloque S.F.D.I.-CREDIMI*, Dijon, pp. 3-19, 1969.

RUIZ FABRI, Helène, e SOREL, Jean-Marc. Organisation judiciaire internationale. *Juris-classeur du Droit International*, Paris, Fascicule 216, 2001.

SALEM, Mahmoud. Le développement de la protection conventionnelle des investimento. *Journal du Droit international (Clunet)*, Paris, n° 3, pp. 579-626, 1986.

Salini c. Jordânia (ARB 02/13), Decision on jurisdiction, November 29, 2004. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2006.

Salini c. Marrocos (ARB 00/4), Décision sur la juridiction, *Journal du Droit International, (Clunet)*, Paris, vol. 129, pp. 196-212, 2002.

SCHREUER, Christophe. Commentary on the ICSID Convention. Article 25. *ICSID Review – Journal of foreign investment*, vol. 11, n° 2, pp. 429-441, 1996.

SCHREUER, Christophe. The interpretation of ICSID Arbitration Agreements. *International Law : Theory and Practice, Essays in honour of Eric Suy*, The Hague, Boston, London: M. Nijhoff, pp. 719-735, 1998.

Siemens A.G. c. Argentina, (ARB 02/8), Decision on jurisdiction, August 3, 2004. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/siemens-decision-en.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2006.

STERN, Brigitte. Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement: que disent les travaux préparatoires. *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI: Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris, Litec, pp. 223-244, 2000.

Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, n.2, jul./dez.2005

WERNER, Jacques. The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration. *Journal of International Arbitration*, Genève, vol. 14, pp. 5-15, 1997.