

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Crônicas do direito internacional**  
**Dos Investimentos**

Nitish Monebhurrin

VOLUME 11 • N. 1 • 2014  
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO  
PRIVATE INTERNACIONAL LAW

# SUMÁRIO

<b>CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL.....</b>	<b>2</b>
Nitish Monebhurrn Alice Rocha da Silva Julia Motte-Baumvol Rafael Freitas de Oliveira Roberta Greco	
<b>CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS .....</b>	<b>11</b>
Nitish Monebhurrn	
<b>RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS: ANÁLISE DO PROJETO EM ANDAMEN- TO NA CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO .....</b>	<b>20</b>
Nadia de Araujo Fabrício Bertini Pasquot Polido	
<b>OS CASAMENTOS E AS PARCERIAS ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO: ASPECTOS TRANSNACIONAIS DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS.....</b>	<b>44</b>
Bruno Rodrigues de Almeida	
<b>PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR: NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO .....</b>	<b>54</b>
Héctor Valverde Santana	
<b>A CONSTRUÇÃO DE PADRÕES INTERNACIONAIS POR AGENTES PRIVADOS E A MODIFICAÇÃO DE LEGISLA- ÇÃO NACIONAL: ALTERAÇÃO DO PADRÃO DE CONTABILIDADE PARA EMPRESÁRIOS NO BRASIL.....</b>	<b>66</b>
Cleíse Nascimento Martins Costa	
<b>THE DEBATE ON COMPANIES' LIABILITY FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL DAMAGES: A COMPARI- SON BETWEEN THE JURISDICTIONAL RULES OF THE EUROPEAN UNION AND THE UNITED STATES .....</b>	<b>83</b>
Carina Costa de Oliveira	
<b>DESENVOLVIMENTO E APLICAÇÃO DA TEORIA DOS VÍNCULOS MAIS ESTREITOS NO DIREITO INTERNACIO- NAL PRIVADO: POR UMA REDISCUSSÃO DO MÉTODO DE SOLUÇÃO DO CONFLITO DE LEIS .....</b>	<b>101</b>
Jamile Bergamaschine Mata Diz Rodrigo Vaslin Diniz	
<b>A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DE DIFERENTES FENÔMENOS PRIVADOS DE CONSTRU- ÇÃO NORMATIVA.....</b>	<b>117</b>
Fernando Lopes Ferraz Elias	

**DIREITOS HUMANOS: O PARADOXO DA CONDIÇÃO HUMANA E DO MERCADO AUTORREGULADO.....134**

Leilane Serratine Grubba

**HUMAN TRAFFICKING: IDENTIFYING FORCED LABOR IN MULTINATIONAL CORPORATIONS & THE IMPLICATIONS OF LIABILITY.....147**

Tara M. Parente

**APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS UNIDROIT NO PLANO BRASIL MAIOR: O SUPRIMENTO DE UMA LACUNA NA POLÍTICA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO .....163**

Guilherme Freire de Melo Barros

Marcelle Franco Espíndola Barros

**DA DESNECESSIDADE DE INADIMPLEMENTO ESSENCIAL PARA APLICAÇÃO DO ART. 74 DA CISG E DOS DANOS EFETIVAMENTE RECUPERÁVEIS.....179**

Renata Caroline Kroska

**ESSAY ON UNEQUAL TREATIES AND MODERNITY THROUGH THE EXAMPLE OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES..... 203**

Nitish Monebhurrn

**CONCEITOS DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS E TEORIA DO DIREITO DIANTE DOS EFEITOS PLURALISTAS DA GLOBALIZAÇÃO: GOVERNANÇA GLOBAL, REGIMES JURÍDICOS, DIREITO REFLEXIVO, PLURALISMO JURÍDICO, CORREGULAÇÃO E AUTORREGULAÇÃO .....216**

Gabriela Garcia Batista Lima

## **OUTROS TEMAS**

**CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: COMO “INVISÍVEIS” CONQUISTARAM SEU ESPAÇO.....230**

Luana da Silva Vittorati

Matheus de Carvalho Hernandez

# Crônicas do direito internacional dos investimentos

Nitish Monebhurrin\*

Com essa edição, a Revista Brasileira de Direito Internacional abre uma página intitulada “Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos”, cujo objetivo é informar os leitores sobre esse ramo do direito internacional e, outrossim, sobre as grandes problemáticas, as questões polêmicas e os grandes debates nele presentes. A forma escolhida, para tanto, é temática: em cada edição da Revista, alguns temas serão apresentados e discutidos de uma maneira sucinta e concisa: não se trata de artigos, mas de crônicas.

Os temas examinados nessa edição são os seguintes:

**Tema 1:** A identificação dos investimentos internacionais no Direito Internacional dos Investimentos.

**Tema 2:** O Uso da Cláusula da Nação Mais Favorecida no Direito internacional dos investimentos: de uma proteção substancial a uma proteção processual.

## **Tema 1: A identificação dos investimentos internacionais no Direito Internacional dos Investimentos**

### **1 Introdução**

Não é uma evidência a questão da definição ou da identificação dos investimentos, ao menos, para o jurista. Trata-se de uma problemática recorrente oriunda da própria existência do Direito Internacional dos Investimentos. A razão é simples: o Direito Internacional dos Investimentos – cuja fonte principal é uma constelação de acordos bilaterais e multilaterais sobre a proteção dos investimentos –, tem como objetivo fundamental a proteção dos investimentos internacionais; para tanto, é preciso saber o que é um investimento internacional. O conceito do investimento pertence originalmente ao âmbito da economia e, com o advento do Direito Internacional dos Investimentos, entrou e encontra-se na esfera do jurista que, mal acostumado, teve que conferir-lhe uma definição com a sua linguagem e com as suas técnicas de interpretação.

Os acordos relativos à proteção dos investimentos internacionais apareceram nos anos sessenta, depois da era da descolonização: por um lado, os investidores privados dos países ex-colonizadores queriam se manter no novo território descolonizado, mas não confiavam no direito nacional dos Estados anfitriões que eles julgavam como sendo pouco protetor dos investimentos estrangeiros; por outro lado, embora os novos países independentes tivessem afirmado a sua soberania permanente sobre os seus recursos naturais (Resolução 1803 [XVII] do 18 de dezembro 1962), eles precisavam dos investidores estrangeiros, pois o desenvolvimento econômico e a consolidação da economia nacional — teoricamente alcançável por esse tipo de investimentos —, eram os objetivos prioritários dos novos governos. Politicamente, foi essa configuração que, entre outras considerações, justificou e fomentou a adoção dos acordos sobre

\* Doutor em Direito Internacional (Escola de Direito de Sorbonne, Paris) e Professor associado (Centro Universitário de Brasília). E-mail: nitish.monebhurrin@gmail.com.

a proteção dos investimentos. Regendo inicialmente as relações entre Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento, o âmbito desses acordos mudaram com o passar do tempo. Existem, hoje, mais do que 3.000 tratados bilaterais sobre os investimentos nas relações Norte-Sul, Norte-Norte ou Sul-Sul. Um acordo bilateral protegendo os investimentos internacionais funciona a partir de uma lógica triangular recíproca: o Estado receptor do investidor estrangeiro e do seu investimento lhe oferece uma proteção baseada em um acordo bilateral assinado com o Estado de nacionalidade daquele investidor sob o princípio da reciprocidade.

Contudo, a pedra angular dos acordos, que é o próprio conceito do investimento, ficou sem definição inicial. Ora, é desse conceito, do seu entendimento, da sua delimitação, dos seus contornos e das suas vértebras que desemboca toda a lógica do Direito Internacional dos Investimentos. Esse direito se aplica apenas na presença de uma atividade caracterizada como investimento, o que justifica todo o debate sobre a questão da identificação de um investimento (I) e o que implica uma busca das técnicas jurídicas nesse processo de identificação (II).

## **2 As razões dos debates sobre a identificação dos investimentos**

Por essência, as razões são jurídicas: a identificação dos investimentos é *sine qua non* por questões jurisdicionais imprescindíveis de um lado (A), e por considerações do direito material, do outro lado (B).

### **A) As razões jurisdicionais**

Quando um investidor quer se beneficiar de um acordo sobre a proteção dos investimentos, alegando, por exemplo, que este foi violado pelo Estado anfitrião, ele tem a possibilidade de pedir a constituição de um tribunal arbitral. A maioria dos acordos sobre os investimentos prevê a arbitragem como meio de resolução de controvérsias entre investidores e Estados. O mecanismo de arbitragem mais usado é o do Centro Internacional de Resolução de Disputas Relativas aos Investimentos (CIRDI). O CIRDI foi instituído pela Convenção de Washington de 18 de março de 1965; não é um tribunal, mas funciona como um regulamento arbitral, como um mecanismo de arbitragem que as partes de uma disputa podem utilizar. Um investidor

que considera que um acordo sobre a proteção dos investimentos a ele aplicável foi violado pode requerer a constituição de um tribunal arbitral, caso a cláusula relativa à resolução de disputas do acordo lhe ofereça essa possibilidade. A cláusula pode, nesse sentido, prever a competência de um tribunal constituído sob a égide do CIRDI. Não se trata do único mecanismo de arbitragem: os tratados preveem também a aplicação do regulamento arbitral da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) ou a competência do Instituto de Arbitragem da Câmara do Comércio de Stockholm, por exemplo.

Entre as condições que determinam a competência dos tribunais arbitrais constituídos para solucionar uma disputa relativa a um investimento, encontra-se, obviamente, a existência de um investimento. A atividade contenciosa deve caracterizar-se como um investimento; caso contrário, o tribunal votará pela sua incompetência. Por exemplo, o artigo 25 da Convenção de Washington que dispõe sobre a competência dos tribunais CIRDI afirma que

[t]he 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.

Eis a razão jurisdicional do debate sobre a identificação do investimento: é preciso identificá-lo para determinar e justificar a competência de um tribunal arbitral. Essa condição conjuga-se com algumas considerações do direito material.

### **B) As razões materiais**

Várias formas de proteção ao investimento são previstas pelos tratados sobre os investimentos. Existem por exemplo: uma proteção contra a expropriação direta e indireta; uma garantia de um tratamento justo e equitativo; uma plena proteção e segurança; uma proteção contra a discriminação por meio das cláusulas do tratamento nacional e da nação mais favorecida. Essas formas de proteção, devidas ao investidor internacional pelo Estado, serão

estudadas e pormenorizadas nas futuras crônicas desta revista. Ratione materiæ devem elas neste estudo apenas ser relacionadas à questão da identificação dos investimentos. As empresas estrangeiras estabelecidas no Estado anfitrião não beneficiam ipso jure dessa proteção. Eis a razão substancial que explica a importância da identificação de um investimento, pois apenas serão protegidas aquelas atividades que os tribunais consideram como um investimento.

Contudo, um grande problema do Direito Internacional dos Investimentos é que não há uma definição textual do conceito do investimento —, ou seja, o objeto protegido não é definido, o que resulta, na aparência, em um paradoxo... mas apenas na aparência. Isso porque um conceito lacônico sendo debatido perante um tribunal não se equipara a um obstáculo intransponível. A abstração e a generalidade constituem em muitos casos o primeiro passo para a análise de uma norma — e Aristóteles já esgotou esse assunto. Os tribunais têm, em todo caso, o dever de interpretar o direito para solucionar uma disputa jurídica. Por exemplo, no âmbito da Convenção de Washington (CIRDI), o artigo 42 (2) dispõe que um tribunal não pode recusar a aplicação de uma norma com o pretexto do laconismo do direito. Por isso, a prática buscou critérios e técnicas para esclarecer o conceito de investimento na esfera do Direito Internacional dos Investimentos.

### **3 As técnicas para identificar um investimento internacional**

Como a busca de técnicas para identificar um investimento internacional nos acordos sobre a proteção dos investimentos não permite um entendimento completo do conceito (A), os tribunais arbitrais tentaram, por conseguinte, encontrar critérios de identificação (B).

#### A) Os limites dos acordos sobre a proteção dos investimentos na busca de técnicas para identificar um investimento internacional

Conquanto a palavra ‘investimento’ está presente em todos os acordos sobre a proteção dos investimentos, nenhuma definição aparece que não seja tautológica; por exemplo o modelo de tratado americano de 2012 informa que um investimento é “every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has

the characteristics of an investment (...)”. A maioria dos acordos não define o investimento, mas propõe exemplos — exaustivos: bens, ativos, propriedade tangível e intangível, direitos de propriedade, autorizações, propriedade intelectual, ações, obrigações, títulos de créditos. Os instrumentos ressaltam também que o investimento deve ser constituído em conformidade com o direito nacional do Estado receptor, o que confere um outro indicador ao compreender o conceito. É preciso, no entanto, saber se esses elementos bastam para identificar um investimento. Perante um tribunal arbitral, uma empresa pode apenas demonstrar que a sua atividade entre em uma das categorias supracitadas para obter a proteção do tratado aplicável ou ela deve trazer provas suplementares? É tecnicamente possível embasar a identificação do investimento apenas no tratado sobre os investimentos aplicável num caso em questão, mas isso depende do regulamento arbitral aplicável. Numa arbitragem CNUDCI, o investimento pode ser identificado pela única referência à lista de exemplos (de investimentos) proposta pelo tratado bilateral aplicável. O investidor deve, por exemplo, apenas demonstrar que a sua atividade implica bens, ativos e propriedade tangível ou intelectual para afirmar a existência de um investimento: o tribunal arbitral irá averiguá-la ao aplicar o tratado sobre a proteção dos investimentos.

Todavia, esse raciocínio não se aplica normalmente quando se trata de uma arbitragem CIRDI. Por essa razão os tribunais CIRDI tentaram encontrar outros critérios objetivos para identificar um investimento internacional.

#### B) As técnicas de identificação oriundas dos tribunais CIRDI

Na arbitragem CIRDI, o tribunal arbitral deve ser convencido da presença de um investimento no entendimento de ambos, o tratado sobre a proteção dos investimentos aplicável e a Convenção de Washington — que é, na realidade, o seu estatuto. Muitos tratados sobre os investimentos preveem a competência dos tribunais arbitrais atuando com base na égide do CIRDI, mas não lhes impingem aceitar e reconhecer ipso jure a sua competência para todos os casos. Por isso, quando a questão da caracterização de uma atividade como um investimento surge na arbitragem e nos debates sobre a competência de um tribunal CIRDI, este deve examinar se trata-se de um investimento no sentido do tratado aplicável e da Convenção de Washington. Esse

processo chama-se do *double-test rule*: a empresa deve demonstrar a existência de um investimento segundo ambos os instrumentos. Esse passo é inexistente nas outras formas de arbitragem; a peculiaridade da arbitragem CIRDI é que se apresenta como um meio de resolução de disputas unicamente e especificamente relativo aos investimentos, enquanto a arbitragem CNUDCI se aplica tanto às disputas comerciais quanto às sobre os investimentos. Destarte, para ter acesso ao âmbito CIRDI, é preciso passar o “double test” concernente à identificação de um investimento.

Porém, a Convenção de Washington e o seu regulamento arbitral tampouco definem o conceito. Ao referir-se aos *travaux préparatoires* da Convenção, percebe-se que os Estados negociantes não seguiram uma concepção particular do investimento e deixaram, na realidade, às partes nas disputas futuras a liberdade de definir o conceito: não há uma definição porque os Estados signatários não queriam limitar o acesso à competência dos tribunais CIRDI. Coube, conseqüentemente, aos tribunais arbitrais CIRDI o papel de estabelecer os critérios de um investimento — o que fizeram ao longo das arbitragens, durante um extenso diálogo pretoriano.

Assim, em 1997, um tribunal arbitral no caso *Fedax c. Venezuela* (*Fedax c. Venezuela*, CIRDI, 1997) inaugurou a saga ao afirmar que há basicamente cinco critérios que permitem a identificação de um investimento internacional: contribuição da atividade, duração da atividade, regularidade dos benefícios, existência de um risco e contribuição ao desenvolvimento do país anfitrião. Essa decisão foi depois confirmada pelo caso *Salini c. Marrocos* que se tornou o caso de referência — o *landmark case* —, sobre essa problemática (*Salini c. Marrocos*, CIRDI, 2001). O tribunal no caso *Salini* utilizou, no entanto, apenas 4 critérios eliminando o da regularidade dos benefícios. Vários outros tribunais seguiram a posição do tribunal *Salini* retendo como critérios do investimento internacional a contribuição, a participação ao risco, a duração da atividade e a contribuição ao desenvolvimento (Por exemplo: *Joy Mining c. Egito*, CIRDI, 2004; *MHS c. Malasia*, CIRDI, 2007; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Líbano*, CIRDI, 2009; *Mytilineos Holdings SA c. Sérvia*, CNUDCI, 2006; *Patrick Mitchell c. República Democrática do Congo*, CIRDI, 2006; *Noble Energy, Inc. and Machalapower CIA. LTDA c. Equador*, CIRDI, 2008; *Jan de Nul N.C. and Dredging International N.C. c. Egito*, CIRDI, 2006;

*Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, CIRDI, 2007). Segundo as regras de interpretação no Direito Internacional, conforme a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969, uma interpretação contextual permite referir-se ao preâmbulo de um tratado ao interpretá-lo (*A Competência da O.I.T., C.P.I.J.*, 1922; *Caso Colombo-peruviano sobre o direito ao asilo*, C.I.J., 1950; *Caso relativo aos direitos dos cidadãos dos Estados- Unidos no Marrocos espanhol*, C.I.J., 1952; *Caso relativo à soberania sobre Pulau Litigan e Pulau Sipadan*, C.I.J., 2002). O preâmbulo da Convenção de Washington de 1965 salienta a importância dos investimentos internacionais para o desenvolvimento econômico dos países e foi nessa base e segundo uma interpretação teleológica que os tribunais consideraram que no silêncio dos textos sobre a definição dos investimentos, essa referência ao desenvolvimento poderia ser utilizada e explorada.

Dito isso, divergências existem: em razão de um dos critérios mais polêmicos — justamente aquele da contribuição ao desenvolvimento do Estado anfitrião —, um outro grupo de tribunais distanciaram-se da decisão *Salini*, afirmando que esse critério é dificilmente calculável e apresenta-se mais como uma consequência e não como um critério de investimento —, e que, dessarte, não pode ser erguido como um elemento objetivo, averiguável e confiável (*Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, CIRDI, 2009; *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Argélia*, CIRDI, 2008; *Saba Fakes c. Turquia*, CIRDI, 2010; *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. Chile*, CIRDI, 2008; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Paquistão*, CIRDI, 2005; *RSM Production Corporation c. República Centro-Africana*, CIRDI, 2010). Como não há um sistema de precedente no Direito Internacional, a evolução do contencioso arbitral demonstra, conseqüentemente, que os tribunais seguiram ao mesmo tempo, e de uma forma paralela, a decisão *Salini* e a posição dos tribunais céticos ao critério do desenvolvimento. Perscrutando a tendência recente, pode ser percebido que o critério da contribuição ao desenvolvimento do país receptor está sendo afastado, o que permite confirmar que além das disposições dos acordos sobre a proteção dos investimentos que devem ser consideradas juntamente com a jurisprudência, três critérios confirmam, com certeza, no direito positivo atual, a presença de um investimento internacional: uma contribuição, uma duração da atividade e uma participação aos riscos do empreendimento.

A posição de ambos os grupos de tribunais é criticável em relação ao critério do desenvolvimento. E a crítica é oriunda da capacidade técnica e das competências do jurista para lidar com o assunto do desenvolvimento. Os tribunais afirmam que algumas atividades contribuem ao desenvolvimento do Estado anfitrião; outros replicam com o argumento contrário. Todavia, nenhum tribunal ou nenhum árbitro define o conceito do desenvolvimento e, tampouco, parece dominar as ciências do desenvolvimento: basta examinar as decisões e as sentenças arbitrais sobre essa questão para obter a confirmação. Para os tribunais, o conceito de desenvolvimento equipara-se a uma evidência; no entendimento deles, é um conceito autodefinido, que não necessita de esclarecimento e que pode ser utilizado como se fosse qualquer conceito jurídico ao alcance do jurista. Assim, a referência feita ao desenvolvimento embasa-se mais nos preconceitos dos tribunais arbitrais do que na realidade. Sem demonstração nenhuma, alguns tribunais afirmaram categoricamente que é óbvio que algumas atividades — como a construção de um hotel ou a expansão de um canal no mar — contribuem ao desenvolvimento (Jan de Nul c. Egipto, CIRDI, 2006; Helnan International c. Egipto, CIRDI, 2006). Porém, essa afirmação não é explicada, essa evidência não é demonstrada tecnicamente. O desenvolvimento é apenas sacralizado sem ser definido e sem ser conhecido; é uma opinião visual que muitos tribunais têm do conceito: visual no sentido que grandes obras, grandes construções são consideradas como promotoras do desenvolvimento enquanto outras atividades ou serviços, como um escritório de advocacia (Patrick Mitchell c. República Democrática do Congo, CIRDI, Comitê de anulação, 2006) são mais duvidosas quanto a uma eventual contribuição ao desenvolvimento. Uma vez mais, as conclusões faltam rigor científico e nesse processo a aparência de uma contribuição ao desenvolvimento é escolhida em detrimento da efetividade da contribuição. Portanto, a argumentação dos tribunais ao aceitar esse critério revela uma falta de perícia que eles poderiam preencher recorrendo aos peritos do desenvolvimento como o seu estatuto lhes permite (Por exemplo, a Regra 34 do Regulamento de Arbitragem do CIRDI, anexado à Convenção de Washington, 1965). O desenvolvimento é na sua definição e na sua concepção um conceito tentacular que abrange questões econômicas, sociais, ambientais, políticas, culturais, financeiras, monetárias, tecnológicas e, às vezes, religiosas; por isso, calcular a

contribuição de uma atividade ao desenvolvimento de um país é trabalho tecnicamente minucioso. A posição dos tribunais que valorizam esse conceito ao simplificá-lo de uma forma caricatural não convence. Tampouco convencem os argumentos dos tribunais céticos, pois eles têm o mesmo método — que é um não método —, afirmando sem demonstração científica porque tal atividade não contribui ao desenvolvimento: não basta dizer que essa demonstração é difícil ou que o desenvolvimento é uma consequência e não um critério de investimento; é preciso explicar claramente como e porque. É de tamanha importância porque muitos Estados têm desconfiado do sistema CIRDI, alguns pensando que é um sistema politizado que oferece uma proteção altíssima aos investidores estrangeiros sem considerar os interesses dos Estados, em especial os em desenvolvimento. É assim que se considera, às vezes, o afastamento radical e categórico do critério do desenvolvimento, sem justificativas sólidas, dizendo que o cálculo da contribuição não é óbvio enquanto há essa possibilidade supramencionada de utilizar a opinião dos peritos. Além de não dominar o assunto tecnicamente, os tribunais céticos pecam pela falta de pedagogia — que não ajuda a fortalecer a confiança dos Estados que se tornam céticos em relação ao sistema CIRDI.

Se esse critério é fundamental, é preciso dar-lhe o seu valor intrínseco e utilizá-lo com rigor, referindo-se, por exemplo, aos peritos, questionando-os, e forjar uma opinião apenas após esse processo. Caso contrário, seria melhor não utilizá-lo como um critério de investimento.

## **TEMA 2: O USO DA CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS: DE UMA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL A UMA PROTEÇÃO PROCESSUAL**

### **1 Introdução**

A cláusula da nação mais favorecida (CNMF) — e o seu espírito —, são incontestavelmente enraizados no direito das relações econômicas internacionais. Pela inclusão dessa cláusula num tratado, as partes signatárias se engajam a estender as vantagens, os privilégios e os favores entre elas prevaletentes num tratado, aos outros parceiros econômicos com quem assinaram um acordo cujo objeto é similar ao primeiro. O objetivo

é claramente a liberalização das relações econômicas e a não discriminação entre parceiros. É uma forma indireta para multilateralizar vantagens econômicas embasadas num acordo bilateral. Portanto, o uso da CNMF é possível quando a cláusula se encontra num acordo – o tratado básico – aplicável entre as partes num caso específico: em outras palavras, não se pode invocar a CNMF de um outro acordo cuja violação não está sendo demandada conforme o princípio *res inter alios acta* (C.I.J., *Anglo-Iranian Oil Company*, Reino Unido/Irã, 22 de julho 1952). No mesmo sentido, o requerente deve se referir às vantagens que efetivamente existem num outro tratado no momento da demanda, ou seja, ele não pode invocar vantagens que inicialmente existiam num terceiro tratado, mas que foram posteriormente objeto de renúncia pela parte favorecida (C.I.J., *Caso sobre os direitos dos nacionais americanos em Marrocos, França/E.U.A.*, 27 de agosto 1952). Finalmente e obviamente, a CNMF protege os beneficiários que se encontram numa situação similar segundo o princípio *ejusdem generis* (Comissão Arbitral, *Ambatielos, Grecia/Reino Unido*, 6 de março 1956). O uso da CNMF é mais conhecido no âmbito da Organização Mundial do Comércio e a sua importância é ressaltada ao aparecer no artigo primeiro do GATT. Em razão de suas características – de liberalização e de igualdade –, foi também adotada no direito internacional dos investimentos, o objetivo principal sendo a uniformização (do nível) da proteção dos investidores internacionais. No entanto, a aplicação da CNMF no direito internacional dos investimentos é adornada de uma originalidade porque além de oferecer uma proteção substancial clássica (I), ela confere também uma proteção processual *sui generis* (II).

## **2 A proteção substancial da CNMF no direito internacional dos investimentos**

A possibilidade de uma proteção substancial (A) acompanha-se, contudo, de alguns limites (B).

### **A) A possibilidade da proteção substancial comumente reconhecida**

A maioria dos acordos sobre a proteção e a promoção dos investimentos prevê uma CNMF. Por exemplo, o tratado bilateral entre a Argentina e a Finlândia de 1993 dispõe que “[e]ach Contracting Party shall apply to investments in its territory by investors of the other

Contracting Party treatment which is no less favourable than that accorded to investments by investors of any third State”. Em inúmeros casos, os tribunais arbitrais aceitaram o princípio do uso da cláusula, permitindo, assim, que um investidor beneficie-se de uma proteção mais favorável de um outro — terceiro — tratado (por exemplo: *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, CIRDI, 1990; *Pope & Talbot c. Canadá*, CNUDCI, 2000; *M.T.D. Equity c. Chile*, CIRDI, 2004). No caso *M.T.D. Equity c. Chile*, o tratado básico imediatamente aplicável era o acordo entre o Chile e a Malásia, o investidor sendo malasiano e o estado anfitrião sendo o Chile. Ao verificar os outros tratados do mesmo país, em especial o tratado Chile/Dinamarca e Chile/Croácia, o investidor constatou que os investidores dinamarqueses e croatas beneficiavam-se de uma forma de proteção ausente no tratado Chile/Malásia: nos tratados Chile/Dinamarca e Chile/Croácia, os investidores tinham o direito de receber todas as autorizações relevantes para implementar os seus investimentos uma vez que o Estado receptor aceitasse o estabelecimento do investidor estrangeiro no seu território. Na base da CNMF do tratado Chile/Malásia, o investidor malasiano pediu ao tribunal arbitral a importação e o benefício desse privilégio, caso contrário iria retrucar um tratamento discriminatório por ele sofrido. O tribunal arbitral nesse caso aceitou a demanda e ativou a CNMF. Basicamente, é sob essa forma — o pedido pelo investidor de uma proteção mais favorável prevista num outro tratado —, que funciona a invocação dessa cláusula que encontra, não obstante, alguns limites.

### **B) Os limites da CNMF**

Os limites são normalmente apontados nos próprios acordos sobre a proteção dos investimentos. Por exemplo, o modelo americano de tratado sobre a proteção dos investimentos de 2012 e o modelo canadense de 2004 preveem a aplicação da CNMF apenas nos casos de estabelecimento, de aquisição, de expansão, de gestão, de operação ou de venda do investimento. Muitos modelos europeus sempre contêm uma exceção à aplicação da cláusula aos privilégios que os investidores europeus obtêm da União europeia e da integração regional. Outros tratados não submetem as vantagens fiscais ou os privilégios de uma zona de livre-comércio à CNMF. O modelo alemão dispõe, por exemplo, que “[m]easures that have to be taken for reasons of public security and order shall not be

deemed treatment less favourable within the meaning [of the most favoured nation clause]”. Na base das decisões e das sentenças arbitrais votadas nos últimos dez anos, alguns países reformularam a CNMF de seus tratados. A Colômbia, no seu último tratado-modelo de 2007, afirmou que a cláusula não se aplica aos mecanismos de resolução de disputas. A possibilidade de se beneficiar de uma cláusula de resolução de disputas de um terceiro tratado pelo funcionamento da CNMF é uma problemática e uma polêmica recorrente no direito internacional dos investimentos. Trata-se da originalidade da CNMF nesse ramo do direito internacional: o seu uso processual.

### **3 O uso processual da CNMF no direito internacional dos investimentos**

De uma forma clássica a CNMF permite a um investidor utilizar privilégios substanciais de um terceiro tratado para proteger o seu investimento. A interpretação da cláusula e a sua evolução no direito internacional dos investimentos infundiram uma outra delimitação e uma outra dimensão do princípio da nação mais favorecida: a importação do mecanismo de resolução de disputas de um terceiro tratado pelo investidor. Por exemplo, num caso específico que requer a aplicação de um tratado ‘X’, o investidor invocará a CNMF do mesmo tratado para pedir a utilização do mecanismo de resolução de disputas de um tratado ‘Y’. Há tribunais que aceitaram esse princípio (A), enquanto outros adotaram uma postura mais cética (B).

#### **A) Um uso processual aceito por alguns tribunais**

Foi um tribunal arbitral no caso *Maffezini c. Espanha* (CIRDI, 2000) que inaugurou essa interpretação da CNMF. Tratava-se de um investimento argentino na Espanha, e a disputa entre o investidor-requerente e o Estado-requerido cabia ao âmbito da aplicação do tratado bilateral entre a Argentina e a Espanha. Esse tratado prevê uma obrigação de recorrer aos tribunais nacionais do país anfitrião — nesse caso, a Espanha —, durante 18 meses antes de ter acesso à arbitragem internacional. Essa condição, todavia, não existe, por exemplo, no tratado Chile-Espanha que permite um acesso direto à arbitragem. Isso, para o investidor, foi considerado como sendo um privilégio ao investidor chileno — e, conseqüentemente, em seu detrimento. O tribunal *Maffezini* concordou com o investidor nesse

caso, estendendo a CNMF a uma cláusula processual, uma cláusula que rege a resolução de disputas entre o investidor e o Estado. No raciocínio do tribunal arbitral, a resolução de disputa se refere também a uma forma de proteção do investidor, e não há razão para não submetê-la à aplicação da CNMF; decorre dessa argumentação que uma cláusula que prevê um direito processual é equiparada a uma que oferece um direito material. O tribunal tentou explicar as razões que poderiam eventualmente e teoricamente limitar o uso da cláusula pela CNMF e evocou, nesse sentido, questões de ordem pública que justificaram e fundamentaram a aceitação do tratado pelos Estados partes. Ilustrando a sua posição, o tribunal mencionou que a existência de uma obrigação de esgotamento das vias de recursos jurídicos internos era, para esse contexto, uma questão de ordem pública que não poderia justificar a importação de um mecanismo de resolução de disputas pela CNMF. O tribunal afirmou que a mesma lógica deveria ser seguida no caso de uma cláusula *fork-in-the-road* no tratado básico: o princípio do *fork-in-the-road* implica que perante uma escolha entre a arbitragem internacional e um outro mecanismo de resolução de controvérsia previsto no tratado — os tribunais internos, por exemplo —, o investidor perde o seu direito ao acesso à arbitragem caso escolha o outro meio. Essa afirmação é criticável, pois a definição de ‘ordem pública’ utilizada pelo tribunal não é muito nítida: é difícil entender porque a cláusula *fork-in-the-road* é entendida como parte da ordem pública e não o período de 18 meses previsto no tratado *Argentina-Espanha*, sendo que ambas as cláusulas foram negociadas da mesma forma pelas partes. A conclusão arbitrária do tribunal convence pouco. Dito isso, essa decisão abriu *nolens volens* uma interpretação da CNMF que foi utilizada por vários outros tribunais posteriormente (por exemplo: *Suez c. Argentina*, CIRDI, 2006; *Gas Natural c. Argentina*, CIRDI, 2005; *Suez e Vivendi c. Argentina*, CIRDI, 2006; *RosInvest c. Rússia*, SCC, 2010). Esses tribunais consideraram que a cláusula sobre o mecanismo de resolução de disputas reveste-se da mesma importância que qualquer outra cláusula de proteção de investimentos estrangeiros. No caso *RosInvest c. Rússia*, o tratado básico entre o Reino Unido e a U.S.S.R. (nome do Estado como aparece no tratado) previa uma cláusula de resolução de disputas que permitia acesso à arbitragem internacional apenas para pedir uma compensação no caso de uma expropriação. Paralelamente, o tratado entre a Rússia e

Dinamarca possibilitava um acesso geral à arbitragem: o tribunal nomeado para esse caso afirmou não entender porque a CNMF não poderia ser aplicada à resolução de disputas e resolveu importar a cláusula de resolução de disputas do tratado Rússia-Dinamarca ao acordo Reino Unido-U.S.S.R., para não desfavorecer o investidor inglês em detrimento do investidor dinamarquês. Decorre do raciocínio desses tribunais que a arbitragem internacional é equiparada a uma proteção substancial do investidor. Outros tribunais discordam.

#### **B) O uso processual da CNMF rejeitado por outros tribunais**

O caso *Plama c. Bulgária* (CIRDI, 2005) é o antônimo do caso *Maffezini*. Tratava-se de um investimento cipriota na Bulgária. O tratado bilateral sobre a proteção dos investimentos entre a Bulgária e o Chipre previa a possibilidade de uma arbitragem ad hoc apenas para casos de compensação de expropriação. Um terceiro tratado, Bulgária-Finlândia, abria um acesso geral à arbitragem internacional sob a égide do Centro Internacional para a resolução de disputas relativas aos investimentos internacionais (CIRDI). O investidor cipriota utilizou a CNMF do tratado Bulgária-Chipre para ter acesso à arbitragem CIRDI prevista no tratado Bulgária-Finlândia. Ao perscrutar a demanda do requerente, o tribunal a rejeitou afirmando que a CNMF não se aplica às cláusulas de resolução de disputas. A explicação foi a seguinte: o tratado básico previa exceções à aplicação da CNMF (união fiscal, acordo de livre-comércio...), e, a contrario, tudo o que não é uma exceção é permitido, e nesse sentido as cláusulas de resolução de disputas não eram consideradas como exceções; no entanto, para o tribunal, as exceções previstas pelo tratado eram privilégios materiais e favores substanciais que não incluem e que não podem incluir questões processuais como a resolução de disputas. Segundo os árbitros, a intenção dos Estados deve ser clara e sem ambiguidade para que possa haver a importação de uma cláusula de resolução de disputas pela CNMF; caso contrário, não é permitido adivinhar a intenção das partes. Se não há uma menção clara da vontade de estender as fronteiras e os contornos da CNMF, implica ao revés que uma extensão não pode ocorrer (*Salini c. Jordania*, CIRDI, 2004; *Berschader c. Rússia*, SCC, 2006; *Telenor c. Hungaria*, CIRDI, 2006). Para esses tribunais é essa lógica que comanda a interpretação da CNMF segundo

os princípios de interpretação da Convenção de Vienna sobre o Direito dos Tratados (1969). O resultado, dizem eles, é mais que razoável, pois evita o *treaty shopping* (*Telenor c. Hungaria*, CIRDI, 2006).

Historicamente, a CNMF foi utilizada como um instrumento de igualdade e de liberalização que sempre tratava de privilégios e de vantagens materiais: até recentemente, a evolução do princípio da nação mais favorecida corroborava essa tendência. A inclusão da CNMF nos acordos sobre a proteção dos investimentos tinha — originalmente —, esse mesmo objetivo e esses mesmos parâmetros de multilateralizar favores materiais. Na maioria desses acordos, aliás, as exceções à CNMF são de natureza material, substancial —, o que confirma o sentido intrínseco que os Estados queriam conferir à cláusula e ao seu escopo. Sob essa perspectiva, a CNMF teria uma delimitação específica que exclui ipso jure questões processuais. Todavia, há por um lado a história de um princípio, e há por outro, o texto no qual vive. E a redação das CNMF em muitos tratados sobre a proteção dos investimentos abre, por si mesmo, a possibilidade de uma interpretação extensiva que permite abrangê-la a um conteúdo amplo. Na prática atual, uma postura razoável seria aplicar a CNMF segundo a sua apresentação textual. Há acordos que preveem a aplicação da CNMF a todas as matérias do tratado (por exemplo o tratado bilateral sobre os investimentos entre a Argentina e a Espanha de 1991): a interpretação no sentido comum e ordinário da expressão ‘todas as matérias’ revela, sem tautologia, que todas as matérias, inclusive a resolução de disputas, estão incluídas na esfera da CNMF. Da mesma forma, quando a formulação textual da CNMF não exclui expressamente, de uma maneira escrita a resolução de disputas, isso pode implicar a contrario que essa questão não foge do centro de gravidade da cláusula. Se, inversamente, consideramos o modelo do tratado colombiano supramencionado, a problemática de resolução de disputas torna-se irrelevante pelos próprios dispositivos da CNMF. Como cada CNMF é redigida de uma forma específica, é difícil adotar um princípio único. Na realidade, o único princípio razoável seria interpretar a cláusula caso a caso segundo o instrumento aplicável e a redação da sua CNMF.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico [www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br) ou [www.brazilianjournal.org](http://www.brazilianjournal.org).

Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.