

SCIENTIA IVRIDICA

REVISTA DE DIREITO COMPARADO
PORTUGUÊS e BRASILEIRO



MAIO-AGOSTO 2011 - TOMO LX-NÚMERO 326

As fronteiras do Direito Público e a arbitragem internacional de protecção de investimentos^(*)

Tiago Duarte

*Professor da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa*

Estando o presente Encontro de Professores de Direito Público subordinado ao tema das “Fronteiras do Direito Público” e este módulo dedicado ao “Direito Público e Regulação Económica”, resolvi abordar um tópico que vai para além das fronteiras (do Direito e sem ser do Direito) e que é bem um exemplo de como a previsão de mecanismos alternativos de resolução de litígios tem uma ligação muito estreita com o desenvolvimento económico dos Estados.

Com efeito, numa altura em que se assiste a um verdadeiro mercado global, em que os investimentos conhecem cada vez menos fronteiras mas em que a incerteza decorrente das súbitas transformações sócio-políticas se avoluma (e em que os acontecimentos recentes na Tunísia, no Egipto e na Líbia são apenas o último exemplo), parece ser bem actual falar do papel que a arbitragem internacional de protecção de investimentos pode representar no desenvolvimento económico dos Estados e na confiança dos investidores estrangeiros.

Na verdade, se a desconfiança do sistema judicial existe mesmo em países desenvolvidos, a situação agrava-se em países em vias de desenvolvimento, sobretudo quando uma das partes é o Estado

^(*) O presente texto foi elaborado para o IV Encontro de Professores de Direito Público, que teve lugar na Escola de Direito da Universidade do Minho, nos dias 28 e 29 de Janeiro de 2011. O referido Encontro estava subordinado ao tema “Fronteiras do Direito Público”, tendo a presente intervenção sido integrada no módulo relativo ao “Direito Público e Regulação Económica”. No presente texto manteve-se o estilo oral e sucinto da apresentação.

e o Governo, sendo oportuno reflectir sobre se não deveria existir um centro de resolução de litígios globalizados e internacionais que fosse – também ele – globalizado e internacional e que dirimisse litígios entre investidores e Estados (Estados que um dia celebram contratos e que noutro dia os rasgam, que num dia querem atrair negócios e que noutro dia os nacionalizam, expulsando os respectivos investidores estrangeiros).

Mas mais importante do que tudo é dizer que esse Centro já existe. E não nasceu ontem.

De facto, enquanto no mundo inteiro se desenvolve uma “tribo” de advogados, árbitros, académicos e demais estudiosos, que escrevem, discutem, analisam e criticam a muito extensa (ainda que por vezes contraditória) jurisprudência existente; enquanto no mundo inteiro milhões de euros ou de dólares circulam entre contas bancárias, de modo a pagar as, por vezes, elevadíssimas indemnizações arbitradas, entre nós parece que nada se passa neste domínio.

É, pois, sobre a “Convenção de Washington para a resolução de diferendos relativos a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados” e sobre o respectivo centro institucionalizado de arbitragem [ICSID⁽¹⁾] que quero aqui hoje falar.

Pode parecer pouco vanguardista querer falar de uma Convenção Internacional que entrou em vigor em 1966, e que se aplica em Portugal desde 1984, mas a verdade é que as fronteiras do Direito também estão onde estão as fronteiras dos investimentos (e, infelizmente, não se pode dizer que muitos dos nossos investimentos estejam em países estáveis e confiáveis).

A originalidade desta Convenção Internacional e do respectivo Centro de Arbitragem (que funciona junto do Banco Mundial) é a de resolver litígios relativos a investimentos internacionais entre um nacional de um Estado contratante (investidor) e um outro Estado contratante (Estado onde o investimento é realizado), podendo ler-se no preâmbulo da respectiva Convenção que a sua criação teve

⁽¹⁾ É mais vulgar, mesmo entre nós, a utilização do acrónimo em inglês, que significa *International Centre for Settlement of Investment Disputes*.

em vista a necessidade de cooperação internacional para o desenvolvimento económico e o papel desempenhado pelos investimentos internacionais.

Aqui chegados, importa dizer que, por mais voltas que se queiram dar, o que está em causa nestas arbitragens é a apreciação, por árbitros internacionais, aplicando o Direito Internacional, de contratos administrativos, de actos administrativos, de leis e de actos políticos de um determinado Estado, muitas vezes aprovados, até, de acordo com o ordenamento jurídico interno desses países, numa demonstração de que existe um Direito Público globalizado, que visa responder à globalização económica e aos investimentos transfronteiriços.

Não podendo analisar, neste momento, por compreensíveis limitações de tempo, todas as questões relacionadas com este modelo de arbitragem internacional – que rompe com alguns paradigmas assentes pela tradicional dogmática do Direito Público –, saliento, ainda assim, três tópicos que me parecem relevantes, no que respeita a este tipo de arbitragem internacional: (i) o consentimento, (ii) o investimento e (iii) o reconhecimento.

(i) O consentimento nas arbitragens ICSID

Nos termos do art. 25.º da Convenção de Washington, para que um litígio envolvendo um investimento estrangeiro possa ser dirimido por recurso à arbitragem do ICSID torna-se necessário, em primeiro lugar, que ambos os Estados envolvidos (o Estado da nacionalidade do investidor e o Estado em cujo território o investimento é realizado) sejam Estados Contratantes da Convenção de Washington⁽²⁾.

Em segundo lugar, é ainda necessária a existência de um prévio consentimento de ambas as partes envolvidas (o investidor e o

⁽²⁾ Sobre o conceito de consentimento nas arbitragens do ICSID, de modo mais desenvolvido, TIAGO DUARTE, “O Consentimento nas Arbitragens Internacionais (ICSID)”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sêrvulo Correia*, 2010, vol. IV, pp. 545 e segs.

Estado onde é realizado o investimento), no sentido de que aquele litígio possa ser dirimido por recurso à arbitragem do ICSID.

No que respeita ao Estado Contratante, importa notar que o seu consentimento pode ser dado (i) no contrato de investimento realizado, (ii) na legislação de investimento desse país, (iii) numa convenção multilateral ou (iv) num tratado bilateral de protecção de investimentos – vulgarmente chamados de BIT (*bilateral investment treaty*). Nestes três últimos casos, estamos perante uma oferta unilateral de recurso à arbitragem, para o caso de virem a ocorrer litígios, bastando, depois, que o investidor dê também o seu consentimento unilateral (que pode ocorrer anos mais tarde), o que até pode ser efectuado apenas no momento em que dê início à própria arbitragem.

Isto significa que podem existir casos – e existem mesmo – em que o contrato celebrado entre o investidor e o Estado não contenha cláusula de arbitragem ou contenha mesmo cláusula impondo que os litígios contratuais sejam dirimidos por recurso aos tribunais nacionais, sendo que – mesmo assim – o investidor pode “forçar” a arbitragem do ICSID, no caso de o Estado contratante ter prestado o seu consentimento (num acordo bilateral celebrado com o Estado da nacionalidade do investidor, por exemplo) a que todos os litígios relativos a investimentos estrangeiros que pudessem surgir com nacionais do outro Estado fossem dirimidos com recurso a uma arbitragem do ICSID.

É claro que, nesses casos, em que o litígio se centra no incumprimento por parte do Estado onde o investimento foi realizado das obrigações a que se vinculou por virtude do *bilateral investment treaty*, será fundamental conhecer o conteúdo desse mesmo tratado bilateral, para se poder apurar, com rigor, quais foram, em concreto, os *standards* que o Estado contratante se obrigou a respeitar e cuja violação pode originar o recurso à arbitragem.

Entre as obrigações mais frequentes, que constam na quase generalidade dos *bilateral investment treaties*, encontram-se (i) a garantia de um tratamento idêntico ao que é dado aos investimen-

tos nacionais (*national treatment clause*), (ii) a garantia de atribuição aos investidores estrangeiros de um dado país de um tratamento igual ao que é concedido aos investidores que beneficiem de acordos de investimento mais favoráveis (*most favoured-nation treatment clause*), (iii) a garantia de protecção dos investimentos contra medidas arbitrárias e desrazoáveis que possam ser causadoras de danos (*arbitrary and unreasonable measures clause*), (iv) a garantia de concessão aos investidores de um tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment clause*), (v) a garantia de elevados níveis de protecção e segurança face aos investimentos estrangeiros (*full protection and security clause*), bem como (vi) a garantia de que qualquer expropriação ou medida de efeito equivalente é feita legalmente e mediante o pagamento de justa indemnização (*legality of expropriations clause* e *indirect expropriation clause*).

De qualquer forma, existem muitos casos em que a oferta de arbitragem se aplica genericamente a todos os litígios relacionados com investimentos realizados por nacionais do outro Estado parte no *Bilateral Investment Treaty*, quer esses litígios decorram de violação autónoma do *Bilateral Investment Treaty* (dando assim origem às chamadas *treaty claims*), quer decorram de violação do próprio contrato de investimento existente (dando assim origem às chamadas *contract claims*).

A este propósito, veja-se, por exemplo, o conteúdo do *Bilateral Investment Treaty* celebrado entre Portugal e a Tunísia⁽³⁾, onde se prevê, nos termos do art. 10.º, que *ambas as Partes Contratantes deverão cumprir eventuais obrigações, não incluídas no presente Acordo, assumidas por uma das Partes Contratantes, em relação aos investimentos realizados por investidores da outra Parte Contratante no seu território.*

Estas cláusulas, em que se considera que uma violação das obrigações contratuais assumidas por um determinado Estado releva também como violação do próprio *Bilateral Investment Treaty*, levam a que uma violação contratual se converta também numa violação de

⁽³⁾ Decreto n.º 8/2004, de 29/4, publicado no *Diário da República*, I Série-A, de 29/4/2004.

uma obrigação internacional, sendo vulgarmente qualificadas como *umbrella clauses*.

Com efeito, através destas cláusulas, coloca-se sob o “chapéu de chuva” do Direito Internacional uma violação que, não fora esta cláusula do *Bilateral Investment Treaty*, não passaria de uma violação contratual, a ser dirimida nos termos contratualmente previstos⁽⁴⁾.

(ii) O conceito de investimento nas arbitragens ICSID

Ao contrário do que poderia ser expectável, não existe na Convenção de Washington uma definição expressa de investimento, sendo que a doutrina e a jurisprudência têm vindo a tentar encontrar critérios que possam servir de “teste” para saber se determinado investimento se pode subsumir no conceito de investimento admitido, para efeitos de merecer a protecção da referida Convenção de Washington e do respectivo centro de arbitragem.

A este propósito, têm vindo a desenhar-se duas linhas jurisprudenciais distintas: (i) existem Autores e sentenças arbitrais que entendem que os critérios que têm vindo a ser avançados representam meros indícios ou exemplos de sinais que podem permitir reconhecer um investimento e (ii) existem Autores e sentenças arbitrais que, pelo contrário, entendem que esses critérios devem ser cumulativamente preenchidos, sendo que, mesmo aqui, também não há entendimento uniforme quanto aos critérios verdadeiramente relevantes.

Assim, têm sido apontados critérios, nem sempre considerados cumulativos ou totalmente obrigatórios, e que são vulgarmente conhecidos como “Salini Test”, na sequência de terem sido, pela primeira vez, apresentados na sentença *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. versus Marrocos*. Esses critérios têm vindo a ser acrescentados por parte de certa doutrina e de certa jurisprudência,

⁽⁴⁾ Sobre esta matéria, de modo mais desenvolvido, TIAGO DUARTE, “Treaty Claims, Contract Claims e Umbrella Clauses na Arbitragem Internacional de Protecção de Investimentos”, *Estudos emomenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, 2011, vol. I, p. 259.

sendo os critérios mais vezes invocados os seguintes: (a) que o investimento implique um contributo financeiro (b) que tenha uma certa duração (c) que envolva um elemento de risco do ponto de vista do investidor (d) que contribua para o desenvolvimento económico do país onde o investimento é realizado (e) que seja realizado de acordo com a boa fé e (f) que seja realizado de acordo com as leis vigentes no Estado onde é realizado.

Neste domínio, parece apenas haver entendimento na doutrina e na jurisprudência no sentido de que nem tudo o que as partes consideram ser um investimento (mesmo se por acordo) pode ser considerado investimento à luz da Convenção de Washington, já que a existência de um investimento é um requisito, exigido pela referida Convenção, diferente do mero consentimento entre as partes para recurso à arbitragem, que também é exigido pela Convenção.

(iii) O reconhecimento de sentenças nas arbitragens ICSID

Uma das maiores vantagens da arbitragem do ICSID prende-se com o facto de as referidas sentenças não terem de ser reconhecidas e executadas de acordo com o disposto na Convenção de Nova York, não estando, assim, sujeitas à possibilidade de lhe serem opostos os motivos de recusa de reconhecimento e execução aí previstos.

Com efeito, nos termos da Convenção de Washington, a execução das sentenças arbitrais pode ser obtida em qualquer ordenamento jurídico de qualquer Estado contratante, relativamente a bens que aí se encontrem, devendo ser tratada pelos tribunais competentes desse país como se de uma sentença do tribunal superior se tratasse⁽⁵⁾.

O Estado Contratante devedor apenas pode invocar imunidade de execução e imunidade diplomática relativamente a bens relacio-

⁽⁵⁾ Sobre esta matéria, de modo mais desenvolvido, TIAGO DUARTE, “O reconhecimento e a execução de sentenças ICSID / CIRDI: Portugal à espera da primeira vez”, em *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, 2008, pp. 767 e segs.

nados com a sua actividade soberana, mas já não em relação a bens que resultem de uma actividade comercial ou privada, tudo dependendo da amplitude da legislação nacional de cada Estado no que respeita às regras sobre imunidades de execução de sentenças arbitrais, o que, na medida em que essas legislações variam de país para país, tem levado a um fenómeno, também ele globalizado, de “forum shopping”, em busca, não só dos bens do Estado devedor, como do melhor ordenamento jurídico para os executar.

Conclusão

Aqui chegados, creio que se pode dizer que a arbitragem de protecção de investimentos do ICSID é bem o exemplo das fronteiras do Direito Público, que mostram, por exemplo, que há vida para além do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) e do modo como a arbitragem de Direito Administrativo está configurada entre nós.

Na verdade, enquanto a legislação nacional refere que não pode haver arbitragem relativamente a actos administrativos pré-contratuais (em domínios concursais, por exemplo), que não pode haver arbitragem relativamente a actos políticos e a actos legislativos dos Estados, enquanto refere que o Direito aplicável é o Direito nacional e que pode haver anulação judicial de sentenças arbitrais, a Convenção de Washington mostra-nos, de forma clara e inequívoca, o contrário de tudo isso.

São pois estas novas fronteiras do Direito Público que importa também discutir, trazendo-as para dentro do debate académico e não deixando que este tema se mantenha numa espécie de terra de ninguém (por não se encaixar plenamente dentro das velhas fronteiras que dividem o Direito Público e o Direito Privado, o Direito Nacional e o Direito Internacional, a arbitragem comercial e a arbitragem administrativa).

É que das velhas fronteiras do Direito Público pode sempre dizer-se o que dizia FERNANDO PESSOA da vida em geral:

*Há só uma janela fechada, e todo o mundo lá fora
E um sonho do que se poderia ver se a janela se abrisse
Que nunca é o que se vê quando se abre a janela.*