

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

PEDRO ALEXANDRE ARTEM DINIZ CAMPOS MELLO-MARTINS PINTO

**A CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DO PAÍS QUE
RECEBE O INVESTIMENTO COMO REQUISITO DE JURISDIÇÃO
DO ICSID**

Orientador: Caio Gracco Pinheiro Dias

RIBEIRÃO PRETO

2015

PEDRO ALEXANDRE ARTEM DINIZ CAMPOS MELLO-MARTINS PINTO

**A CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DO PAÍS QUE
RECEBE O INVESTIMENTO COMO REQUISITO DE JURISDIÇÃO
DO ICSID**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto - USP como requisito
obrigatório para a obtenção do grau de
Bacharelado.

Área de Concentração: Direito
Internacional Público

Orientador: Caio Gracco Pinheiro Dias

Ribeirão Preto

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Pinto, Pedro

A contribuição para o desenvolvimento do país que recebe o investimento como requisito de jurisdição do ICSID, 2015.

62 p.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Dias, Caio.

1. Investimento Estrangeiro 2. Jurisdição do ICSID 3. Investimento e Desenvolvimento.

Nome: PINTO, Pedro

Título: A contribuição para o desenvolvimento do país que recebe o investimento como requisito de jurisdição do ICSID

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Bacharelado.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

Este trabalho se dedica a analisar a adequação de se elevar a contribuição para o desenvolvimento do país que recebe o investimento como requisito de jurisdição do ICSID. Para tanto, inicia estabelecendo algumas noções de Direito do Investimento Estrangeiro, tratando da evolução histórica de relações de investimento e aspectos principais de tratados de promoção de investimento. A análise do tema central é realizada com base no caso *Malaysian Salvors v. Malaysia*, em que foram proferidas duas decisões. A primeira considera a contribuição como requisito de jurisdição. A segunda decisão anula a primeira, entendendo como imprópria a elevação da contribuição para o desenvolvimento como requisito de jurisdição do ICSID. O trabalho se alinha à primeira decisão e cita as posições de decisões posteriores a respeito do tema.

Palavras-chave: Investimento Estrangeiro; Jurisdição do ICSID; Investimento e Desenvolvimento.

ABSTRACT

This work analyses the adequacy of considering the contribution of an investment to the host State's development as a requisite of ICSID jurisdiction. It begins by establishing notions of Foreign Investment Law, laying out a brief historical context of investment relations and the main aspects of investment promotion treaties. The analysis of the subject matter is based on the case *Malaysian Salvors v. Malaysia*, in which two decisions were handed down. The first one considers the contribution as a requisite of jurisdiction. The second decision annuls the first one, judging as improper the consideration of the contribution to development as an ICSID jurisdiction requisite. This work follows the first decision and mentions the outcome of later decisions regarding the subject matter.

Keywords: Foreign Investment; ICSID Jurisdiction; Investment and Development.

CASOS CITADOS

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10), Award on Jurisdiction, 17 de Maio de 2007. Disponível em <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf>>. Acesso em 20/08/2014

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10), Decision on the Application for Annulment, 16 de Abril de 2009. Disponível em <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0497.pdf>>. Acesso em 20/08/2014

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10), Dissenting Opinion of Judge Mohamed Shahabuddeen, 16 de Abril de 2009. Disponível em <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0498.pdf>>. Acesso em 20/08/2014

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania (ICSID Case No. ARB/05/22), Award, 24 de Julho de 2008. Disponível em <<http://www.italaw.com/cases/157>>. Acesso em 20/08/2014

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/07/19), Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 de Novembro de 2012. Disponível em <<http://www.italaw.com/cases/380>>. Acesso em 20/08/2014

Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/09/2), Award, 31 de Outubro de 2012. Disponível em <<http://www.italaw.com/cases/1745>>. Acesso em 20/08/2014

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia (ICSID Case No. ARB/06/2), Decision on Jurisdiction, 27 de Setembro de 2012. Disponível em <<http://www.italaw.com/cases/documents/1538>>. Acesso em 20/08/2014

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and

Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay) (ICSID Case No. ARB/10/7), Decision on Jurisdiction, 2 de Julho de 2013. Disponível em < <http://www.italaw.com/cases/460>>. Acesso em 20/08/2014

Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic (formerly Giordano Alpi and others v. Argentine Republic) (ICSID Case No. ARB/08/9), Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 de Fevereiro de 2013. Disponível em < <http://www.italaw.com/cases/1750>>. Acesso em 20/08/2014

KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/09/8), Award, 17 de Outubro 2013. Disponível em < <http://www.italaw.com/cases/2277>>. Acesso em 20/08/2014

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983 (“*Amco v. Indonesia*”). See also *id.*, Award, 20 November 1984. Disponível em < https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC663_En&caseId=C126>. Acesso em 20/08/2014

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| CAPÍTULO I – ELEMENTOS DO DIREITO DE INVESTIMENTO INTERNACIONAL | 17 |
| 1.1 Evolução Histórica | 18 |
| 1.2 Acordos Internacionais de Investimento | 21 |
| 1.2.1 Cláusulas de Tratamento Justo e Equitativo..... | 21 |
| 1.2.2 Cláusulas de Nação Mais Favorecida..... | 22 |
| 1.2.3 Cláusulas arbitrais e Solução de conflitos nos Acordos Internacionais de Investimento | 23 |
| CAPÍTULO II - ESTUDO DE CASO: O TERMO ‘INVESTIMENTO’ NO ARTIGO 25 (1) À LUZ DO CASO <i>MALAYSIAN SALVORS V. MALÁSIA</i> | 25 |
| 2.1 Os Fatos | 26 |
| 2.2 Argumentos da Autora..... | 28 |
| 2.3 Argumentos do Réu | 30 |
| 2.4 A questão central do caso e suas ramificações | 30 |
| 2.5 A definição do termo ‘investimento’ no Artigo 25 (1) da Convenção ICSID e sua relação com a definição dos Acordos Internacionais de Investimento | 32 |
| 2.6 A primeira corrente..... | 33 |
| 2.7 A segunda corrente | 37 |
| 2.8 O requisito adicional de avaliação da natureza e grau da presença de cada critério <i>Salini</i> | 42 |
| 2.9 O exame de cada critério | 43 |
| 2.9.1 Regularidade de lucro e retornos | 43 |
| 2.9.2 Contribuições..... | 43 |
| 2.9.3 Duração do contrato..... | 44 |

| | |
|---|-----------|
| 2.9.4 Riscos | 44 |
| 2.9.5 Contribuição para o desenvolvimento econômico do país receptor | 44 |
| 2.10 Conclusão a partir do exame realizado..... | 48 |
| 2.11 Críticas aos requisitos adicionais utilizados pelo árbitro Michael Hwang..... | 49 |
| CAPÍTULO III – O SENTIDO DO ARTIGO 25 (1) DA CONVENÇÃO ICSID EM DECISÕES POSTERIORES | 53 |
| 3.1 Decisões posteriores | 53 |
| 3.2 A projeção futura do tema tratado pelo caso <i>Malaysian Salvors</i> | 56 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 59 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 61 |

INTRODUÇÃO

Investimentos transnacionais são um grande instrumento de circulação de riquezas, com uma movimentação global de mais de 1.4 trilhões de dólares em 2013¹. Estudos que envolvam investimentos tornam-se ainda mais relevantes quando são tomados em consideração os fatores indutores que surgem nas últimas décadas. A crise da dívida externa latino-americana nos anos 1980 tornou-se efeitos graves sobre a disponibilidade de empréstimos, tornando o investimento direto de empresas transnacionais a maior fonte de capital. As décadas de 1980 e 1990 também viram a adoção de medidas de liberalização econômica, privatização e gradual desregulamentação (*deregulation*) de economias nacionais, tanto em países desenvolvidos quanto em países em desenvolvimento. Por fim, houve um processo de globalização econômica conduzido pela maior integração transnacional através do aumento de cadeias e produção dominadas por empresas transnacionais (Muchlinski, 2008a, pp. 4-5).

Em um mundo mais eficientemente integrado, investimentos internacionais exercem um papel fundamental no aproveitamento de condições favoráveis de empreendimento ao redor do globo, portanto atraem empresas. Mão de obra barata, abundância de matéria prima, mercados consumidores emergentes, regulação ambiental mais branda ou cargas tributárias mais leves são fortes incentivos para que uma empresa expanda suas operações para outros países (Schneuwly, 2012, p. 19).

Embora alguns países tenham começado a surgir como novas potências econômicas no cenário internacional, parte dos investimentos segue o fluxo de países desenvolvidos como origem e países em desenvolvimento como destino².

Os países receptores de investimentos muitas vezes apresentam cenários institucionais internos bastante instáveis. Nos anos de 1970 e 1980 as disputas sobre investimentos se centravam na expropriação direta, a tomada de propriedade de investidores sem compensação adequada, de forma que a literatura sobre o tema se focava principalmente em discutir

¹ Serviço de estatística da UNCTAD (UNCTADstat). Disponível em <<http://unctadstat.unctad.org/wds/TableView/tableView.aspx?ReportId=88>> Acesso em 02/06/2015

² O UNCTADstat disponibiliza dados anuais dos fluxos de investimento ao redor do mundo, agregando também os valores de países em desenvolvimento, países de economia em transição e países desenvolvidos. O fluxo de países desenvolvidos para países não desenvolvidos é evidenciado pelo fato de que os valores recebidos em investimento (*inward direction*) é maior que os valores investidos (*outward direction*) no caso de países não desenvolvidos.

parâmetros de medida do valor expropriado e, portanto, da compensação devida (OCDE, 2004, p. 2).

A regulação de relações entre Estados e investidores estrangeiros tem início com o desenvolvimento de normas internacionais sobre o tratamento de estrangeiros e sua propriedade, incluindo o tema da expropriação, na primeira metade do século XX. Essas normas não foram aceitas por Estados socialistas, que se opunham à noção de propriedade privada, nem por países que conquistaram sua independência no contexto dos processos de descolonização da Ásia e da África nos anos 1970 (Muchlinski, 2008a, p. 4)

Os debates sobre expropriação direta perdem o objeto por dois motivos: a proliferação de tratados bilaterais e multilaterais que requerem compensação rápida, adequada e efetiva do investimento expropriado e uma atitude mais positiva adotada por países em relação a investimentos estrangeiros (OCDE, 2004, p. 2), que passa pela queda do bloco soviético, com o fim do embate entre ideologias e alianças e a transição dos países envolvidos para economia de mercado, a disponibilidade de capitais por meio de investimento estrangeiro frente à crise de dívida externa e a ascensão do neoliberalismo (Muchlinski, 2008a, p. 4).

Novas questões incluem o que se denomina expropriação indireta, um esvaziamento do valor do investimento através de interferência estatal no uso e fruição da propriedade sem que seu título legal seja afetado. Há uma problemática de definição sobre até que ponto medidas tomadas por Estado se encontram no âmbito de seu direito legítimo de regulação, e em que medida se tornam indiretamente expropriatórias e passam a criar um dever de compensação (OCDE, 2004, pp. 3-4; 6). Nesse sentido, os riscos atuais de investimentos estrangeiros em países menos desenvolvidos estão ligados a condições políticas e incluem corrupção, falta de transparência na burocracia, uso arbitrário de autoridade e instabilidade política em geral (Schneuwly, 2012, p. 20).

Em atenção ao risco enfrentado por investimentos em alguns países menos desenvolvidos, foram criados tratados bilaterais e multilaterais de promoção de investimentos, com vários mecanismos de proteção de aportes de capital. Os tratados são abrangentemente denominados Acordos Internacionais de Investimento (“AII”). Uma parte importante dos esforços de diminuição de riscos é a determinação de instituições arbitrais internacionais como competentes para a solução de conflitos que eventualmente surjam de investimentos realizados por empresas de um país signatário no território de outro país signatário. A

combinação de normas que tem por objetivo uma ampla proteção dos investimentos com um ambiente institucional de solução de conflitos mais confiável proporciona um ambiente mais propício ao investidor.

A instituição mais utilizada para a solução de controvérsias é o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), criado em 1966 sob a égide do Banco Mundial (UNCTAD, 2014, p. 4). O Centro tem suas próprias regras de processo arbitral, constantes da *Convention On The Settlement Of Investment Disputes Between States And Nationals Of Other States* (“Convenção ICSID”)³.

O artigo 25 da Convenção determina que o Centro terá jurisdição quando houver controvérsia que surja diretamente de um investimento realizado entre um Estado signatário e um nacional de outro signatário. Não há, entretanto, definição do termo ‘investimento’ na Convenção.

Paralelamente à expropriação indireta, outro tema atual no que diz respeito ao direito do investimento estrangeiro é a questão da contribuição do investimento para o desenvolvimento da região a que se destina. Essa preocupação é refletida por esforços de se incluir a contribuição ao desenvolvimento local como parte do conteúdo do termo ‘investimento’ no artigo 25 da Convenção ICSID, expressa na decisão do caso *Malaysian Salvors v. Malásia*, que será objeto de análise deste trabalho.

A contribuição para o desenvolvimento é tratada também no âmbito da *Corporate Social Responsibility* (CSR), que consiste em parâmetros a serem seguidos por empresas para que em suas tomadas de decisões, considerem a situação de grupos afetados (*stakeholders*). Dentre outros pontos, normas de CSR determinam que empresas contribuam para o desenvolvimento econômico, social e ambiental de forma sustentável, respeitem direitos humanos daqueles afetados por suas atividades e encorajem o desenvolvimento das capacidades locais através da cooperação com a comunidade (OCDE, 2011, p.13).

Essa demanda por maior contribuição das empresas para o desenvolvimento das regiões em que atuam pode ser vista como uma resposta às percepções populares de perda da responsabilidade (*accountability*) corporativa como um efeito da globalização econômica. O objetivo é o de criação de obrigações jurídicas das empresas em face das sociedades em que

³ Disponível em <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em 02/06/2015

operam. Isso pode ser justificado filosoficamente por apelos a um contrato social e à necessidade de todos os agentes, incluindo agentes não estatais, de observar a preservação da dignidade da pessoa humana através da adesão a direitos fundamentais (Muchlinski, 2008b, p. 641).

Enquanto o termo ‘investimento’ não é definido no artigo 25 da Convenção ICSID, os AII, em contraste, costumam conter definições bastante abrangentes de investimento. Estes acordos são firmados entre países que desejam promover investimentos entre seus nacionais e tem o intuito de proteger investidores, o que ajuda a entender as definições amplas. A linguagem utilizada geralmente caracteriza investimento como qualquer tipo de ativo e inclui um rol exemplificativo de itens como propriedade móvel ou imóvel e outros direitos reais, ações e debêntures e propriedade intelectual, como nos Tratados Bilaterais de Investimento entre Reino Unido e Malásia⁴ e entre Estados Unidos e Argentina⁵.

Dentro das novas exigências de contribuição para o desenvolvimento por parte dos investidores, há uma questão jurídica a se considerar. Se por um lado existe a posição de se incluir a contribuição para o desenvolvimento como elemento de ‘investimento’ nos termos do artigo 25 da Convenção ICSID, e portanto requisito para que haja jurisdição de um tribunal ICSID⁶, por outro há que se considerar que os tratados de investimento firmado entre países

⁴ “Article 1. For the purposes of this Agreement, (1) (a) “investment” means every kind of asset and in particular, though not exclusively includes: (i) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges; (ii) shares, stock and debentures of companies or interests in the property of such companies; (...) (iv) intellectual property and goodwill (...)” Disponível em <www.aseanbriefing.com/userfiles/resources-pdfs/Malaysia/BIT/Malaysia_UK_BIT.pdf>. Acesso em 02/06/2015

⁵ “Article I 1. For the purposes of this Treaty, a) “investment” means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation: (i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges; (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof; (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value and directly related to an investment; (iv) intellectual property (...) and (v) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law;” Disponível em <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/223/treaty/162>>. Acesso em 02/06/2015

⁶ Proponentes da contribuição para o desenvolvimento como conteúdo do termo ‘investimento’ propõem uma interpretação que inclua o preâmbulo da convenção ICSID, que considera a necessidade de cooperação internacional para o desenvolvimento econômico e o papel dos investimentos internacionais nisto. A posição é controversa e complexa, e será analisada a fundo ao longo do trabalho. Para fins de introdução, é pertinente o comentário de Schreuer: “A test that turns on the contribution to the host State’s development should be treated with particular care. The reference in the Convention’s Preamble indicates that economic development is among the Convention’s object and purpose. This would support the proposition that an international transaction that is designed to promote the host State’s development enjoys the presumption of being an investment. But it does not follow that an activity that does not obviously contribute to economic development must be excluded from the Convention’s protection.” (Schreuer, 2009, p. 134)

não incluem essa contribuição como requisito e contém definições abrangentes de investimento.

O presente estudo trata de duas questões: 1) A interpretação do termo 'investimento' para fins de jurisdição do ICSID. Uma contribuição do investimento para o desenvolvimento econômico do país que o recebe pode ser considerada como requisito para que o Centro considere ter havido investimento? 2) Como integrar a vagueza do termo na Convenção do Centro com as definições abrangentes dos AIIIs?

A pesquisa foi dividida em três partes.

O primeiro capítulo fornecerá um panorama do Direito do Investimento Estrangeiro. Será delineada a evolução histórica deste ramo do Direito, seus principais aspectos, tensões entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento no contexto de investimentos internacionais e a questão do desenvolvimento e, finalmente, o ICSID como mecanismo de solução de controvérsias.

O segundo capítulo consiste no estudo do caso *Malaysian Salvors v. Malásia*. O caso foi julgado por um árbitro único e posteriormente por um Comitê de Anulação, com três árbitros. A decisão do primeiro árbitro foi anulada, com voto vencido de um dos três árbitros. A primeira decisão, a decisão do comitê e o voto vencido são decisões que contém vários argumentos a respeito das questões tratadas, o que torna o estudo do caso frutífero. Serão estudados os fatos do caso à medida em que sejam de interesse para a solução das questões jurídicas. Serão elencados os argumentos utilizados pelos diferentes árbitros do caso de forma a sistematizá-los de acordo com a posição adotada.

No terceiro e último capítulo serão comentadas as repercussões do tema: comentários feitos sobre o caso *Malaysian Salvors* e a forma como casos julgados em anos recentes trataram dos problemas estudados. Como conclusão, será também será exposto o posicionamento do autor sobre o tema.

Nota-se que o tema de investimento internacional sob o prisma específico do ICSID não apresenta bibliografia significativa no Brasil, fato que possivelmente está ligado a dois motivos. Primeiramente, o Brasil não é país membro do ICSID. Por fim, tem uma posição refratária em relação a AIIIs, tendo somente 14 tratados bilaterais firmados. Outros países do

BRICS contam com números muito mais expressivos: A Rússia tem 73 tratados bilaterais firmados. A Índia, 84. A China conta com 130 e a África do sul, com 40⁷.

Com a escassez de material em língua portuguesa e o caráter internacional do tema, naturalmente a grande maioria das referências utilizadas é originalmente escrita em língua inglesa. Em atenção a essa escassez e com o objetivo de tornar o trabalho acessível a um maior número de leitores possível, buscamos traduzir o material citado para o português da forma mais fiel possível, sempre incluindo em notas de rodapé os termos originais para conferência.

⁷ UNCTAD. Disponível em <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/223#iiaInnerMenu>>. Acesso em 03/06/2011

CAPÍTULO I – ELEMENTOS DO DIREITO DE INVESTIMENTO INTERNACIONAL

Investimento estrangeiro direto pode ser conceituado como aporte de capital que reflete o propósito de influenciar atividades de negócios de forma duradoura, realizado por um investidor sediado (no caso de pessoa física) ou residente (no caso de pessoa jurídica) em um determinado país, tendo como alvo empresa sediada em outro país. (Walker, 1983, p. 48). Investimentos não se restringem, entretanto, somente à mobilidade de capital, podendo também resultar na transferência de know-how político, econômico e tecnológico (Schneuwly, 2012, p. 4).

O fluxo dos investimentos pode se direcionar de empresas localizadas em países desenvolvidos como origem, para outros países desenvolvidos como destino. Nestes casos, o país receptor pode ter decidido oferecer termos particularmente vantajosos para um investidor externo, buscando se beneficiar de um serviço específico. Pode, também, oferecer um sistema jurídico adequado a determinados tipos de empresas (*Corporate haven*) ou incentivos tributários (*Tax Haven*), como no caso dos estados de Delaware, Nevada e Wyoming, nos Estados Unidos (Gravelle, 2015, p. 7). Nesses casos, a perda direta resultante da tributação mais baixa é compensada pelo país receptor de outras formas. O investimento normalmente cria empregos no país onde se aloca, o que serve, de outra maneira, para gerar mais renda tributável. O nível de consumo também aumenta, gerando uma contribuição para o desenvolvimento econômico da região.

Outra forma em que pode se dar o fluxo de investimentos é partindo de uma empresa localizada em país desenvolvido, como origem, e tendo um país em desenvolvimento como destino. A maioria destes países são antigas colônias, de forma que a necessidade de alguma forma de regulação do investimento em relação a países em desenvolvimento surgiu conforme foram findados os regimes coloniais. As motivações para investimentos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento será comentada de forma detalhada mais adiante.

Investimentos estrangeiros diretos podem ter como investidor um indivíduo ou grupo de indivíduos, uma empresa pública ou privada ou uma pessoa jurídica de direito público. Como receptor do investimento, haverá uma empresa em que o investidor tem 10% ou mais da participação em poder de voto (Walker, 1983, pp. 52-53)

Em geral, entretanto, o governo de um país em desenvolvimento ou uma empresa estatal contratará com um investidor estrangeiro com o propósito de realizar de forma conjunta um projeto de investimento (Schneuwly, 2012, pp. 3-4). A operação envolve a criação de uma nova pessoa jurídica, possivelmente na forma de uma *joint venture*, ou a aquisição de uma entidade já existente no país receptor do investimento, de forma que a empresa possa estender suas operações ao país através da pessoa jurídica criada ou adquirida.

1.1 Evolução histórica

Historicamente, o investimento direto em países estrangeiros surgiu como consequência do colonialismo. Tratava-se de uma forma de apropriação dos recursos naturais das colônias na África, Ásia e América do Sul pelas potências coloniais. Para que os colonizadores tivessem acesso às matérias primas necessárias para a industrialização de suas economias, investiram na infraestrutura necessária para facilitar a extração e distribuição dos materiais (Schneuwly, 2012, p. 3). Wolfgang Peter comenta que durante esse período, “os investidores estrangeiros contavam com direitos quase soberanos, uma espécie de ‘status de enclave’ no país receptor, sem controle do Estado ou co-propriedade com o Estado e obrigações financeiras mínimas”⁸ (Peter, 1995, p. 6).

As atividades econômicas de maior interesse dos investidores eram a exploração de recursos naturais e a operação de serviços públicos. Ambas formas de investimento eram geralmente realizadas através de acordos negociados entre os investidores privados e os governos dos países receptores, normalmente através de concessões públicas (UNCTAD, 2004, p. 32).

Os termos dos primeiros contratos de concessão, que compunham a maioria dos investimentos realizados, eram bastante generosos para com os investidores, conforme explica Sornarajah:

Acordos de concessão não se restringiam somente ao setor de petróleo, sendo também utilizados em setores de recursos minerais. A concessão das minas de ouro de Ashanti concluída em Gana fornece um exemplo de contrato de prospecção de ouro previsto para durar 100 anos a partir da data de concessão. As minas de rubi em Myanmar (Burma) foram sujeitar a concessões similares. Acordos com as mesmas características foram firmados por países em desenvolvimento no mundo inteiro. Foram concluídos no contexto de poder de barganha desigual, com líderes de Estado não tendo o poder para resistir os termos que lhe eram impostos ou não tendo a

⁸ Em tradução livre do original: “The foreign investors enjoyed almost sovereign rights, a sort of ‘enclave status’ in the host country, without state control or state joint-ownership and only minimal financial obligations.”

expertise ou o desejo de barganhar por termos mais favoráveis⁹ (Sornarajah, 2010, p. 38).

Conforme Schneuwly, é pacífico que tais concessões de longo prazo características do período de descolonização foram altamente exploratórios e abusivos, porque subordinavam o desenvolvimento e utilização de recursos naturais de propriedade pública aos interesses privados de companhias estrangeiras, e por longos períodos de tempo (Schneuwly, 2012, p. 6).

Durante o período da Guerra Fria, houve tentativas de se reequilibrar investimentos exploratórios, em especial por países socialistas, que se opunham a normas baseadas em noções de propriedade privada (Muchlinski, 2008a, p. 4). À medida que territórios coloniais na Ásia e na África começaram a se tornar independentes, a tomada de propriedade estrangeira por Estados se multiplicou. Para muitos desses países e de outros, economicamente pouco expressivos, que já não eram colônias há algum tempo, um objetivo político e econômico importante era retomar o controle nacional sobre seus recursos naturais e os rumos de sua economia. Os governos temiam que o controle estrangeiro sobre indústrias-chave pudesse negar aos países benefícios econômicos da exploração de recursos e comprometer suas independências políticas (UNCTAD, 2004, p. 7).

Com o colapso da União Soviética e realinhamento de políticas econômicas da Rússia e China nos anos 1980 e 1990, entretanto, os países em desenvolvimento não contavam mais com suporte suficiente do bloco comunista para resistir às pressões das potências econômicas para a privatização (Schneuwly, 2012, p. 7). Em vários países em desenvolvimento, o resultado imediato das políticas sobre eles impostas foi uma recessão severa, que lhes deixou em uma situação de paradoxo: ao passo que seu futuro dependia de um aumento de controle sobre investimentos estrangeiros, dificuldades econômicas urgentes os compeliavam, no curto prazo, a fazer o que quer que fosse necessário para atrair investimentos estrangeiros.

Como resultado da busca por afirmação da independência política em países da Ásia e África e da posição ideológica de países socialistas, as três décadas que sucederam à Segunda

⁹ Em tradução livre do original: “Concession agreements were not confined to the petroleum sector but were utilized in other mineral resources sectors as well. The Ashanti goldfields concession concluded in Ghana provides an example of an agreement to prospect for gold that was to last for 100 years from the date of the agreement. The ruby mines in Myanmar (Burma) were subject to similar concessions. Similar agreements existed throughout the developing world. They were executed in the context of unequal bargaining power, the rulers of the states either not having the power to resist the terms that were imposed on them or not having the expertise or desire to bargain for better terms”

Guerra Mundial viram a atenção de países receptores de investimentos, investidores e países de origem de investidores voltada a recursos naturais e indústrias-chave, com investimentos normalmente realizados por contratos de concessão (UNCTAD, 2004, p. 7). Desta forma, a análise da evolução de contratos em áreas como exploração de petróleo e minerais é representativo do histórico da estruturação de investimentos estrangeiros como um todo.

Os contratos marcadamente desequilibrados que vinculavam antigas colônias a concessões por longos períodos acabaram sendo, em certa medida, substituídos por formas mais equilibradas de estruturação de investimento estrangeiro. Schneuwly elenca três tipos de contratos atualmente utilizados para a estruturação de investimentos, em especial projetos de exploração de petróleo e minerais: 1) acordos de concessão, 2) acordos de divisão de produção e 3) acordos de participação e outras *joint ventures*. (Schneuwly, 2012, p. 7)

Os acordos de concessão tratam da transferência de direitos de exploração exclusivos em uma determinada área geográfica ao investidor estrangeira. Em retorno, o concessionário paga royalties, normalmente calculados sobre uma porcentagem dos lucros obtidos. Esse tipo de contrato é característico do início da era pós-colonial, tendo condições particularmente favoráveis para investidores. Os *royalties* devidos pelo investidor raramente refletiam os verdadeiros ganhos obtidos e não havia transferência de *know-how* para o país receptor (Schneuwly, 2012, pp. 8-9)

Em acordos de divisão da produção, a empresa investidora fornece recursos tecnológicos, financeiros e organizacionais necessários para a exploração e produção, enquanto o governo do país receptor contribui com a área a ser explorada. As partes concordam de antemão com a quantidade a ser recebida por cada parte. O valor é calculado de tal forma a assegurar que a empresa estrangeira seja capaz de recuperar seus custos e obter um lucro razoável. Além de se tratar de forma mais equitativa de divisão dos resultados, esses acordos objetivam a contribuição de *know-how* técnico e gerencial avançado, de forma que os países receptores consigam manter controle sobre seu próprio território e recursos. (Schneuwly, 2012, pp. 10-12)

Por fim, os acordos de participação são uma forma de *joint venture*, em que uma empresa estrangeira e uma empresa estatal do país receptor adquirem participações uma na outra de forma a unir seus recursos e interesses. Trata-se de uma evolução na forma de se estruturar um investimento estrangeiro, porque no caso de acordos de participação, as partes

tem igual status na execução do contrato. A disposição de investidores de aceitar essa forma de contratação surge em grande parte como resultado da competição entre companhias com produtos similares por oportunidades de acesso a recursos e mercado em países em desenvolvimento. Schneuwly comenta que as *joint ventures* são a forma mais justa de estruturação do investimento estrangeiro, porque estimula a criação de um esforço colaborativo contínuo entre o país receptor, na figura da empresa estatal participante, e o investidor estrangeiro, uma vez que ambas as partes têm interesse em manter a reciprocidade de sua relação (Schneuwly, 2012, pp. 12-14).

1.2 Acordos Internacionais de Investimento

Acordos Internacionais de Investimento (AIIs) são tratados internacionais que buscam criar um ambiente favorável para investimentos. Esse objetivo é alcançado através de instrumentos jurídicos como cláusulas nação mais favorecida e de tratamento justo e equitativo, que buscam balizar atos do Estado receptor frente ao investimento e cláusulas arbitrais, que estabelecem um tribunal arbitral como competente para a resolução de conflitos. AIIs podem se configurar como acordos multilaterais, como no caso do NAFTA, ou como acordos bilaterais, caso em que são também denominados Tratados Bilaterais de Investimento (TBIs).

Passamos a analisar os tipos de cláusulas mais relevantes em Acordos Internacionais de Investimento.

1.2.1 Cláusulas de tratamento justo e equitativo

Cláusulas de tratamento justo e equitativo (“Cláusulas FET”, do original inglês *Fair and Equitable Treatment*) têm o objetivo de proteger investidores contra atos graves de arbitrariedade e conduta abusiva por parte dos países receptores. Esse tipo de cláusula tem sua origem no instituto de padrão mínimo de tratamento (*minimum standart of treatment*), decorrente do costume como fonte do Direito Internacional. Trata-se do fundamento mais comumente utilizado em demandas realizados por investidores (Muchlinski & Ripinsky, 2012, p. 10).

Um exemplo de uma Cláusula FET pode ser encontrado no Artigo 3 do TBI entre a União Econômica Bélgica-Luxemburgo e o Tajiquistão, firmado em 2009: “Todos os

investimentos feitos por investidores de uma Parte Contratante devem gozar de tratamento justo e equitativo no território da outra Parte Contratante.”¹⁰

A linguagem vaga utilizada em Cláusulas FET gera debates sobre a extensão de sua aplicabilidade. Interpretações dadas por tribunais incluem negação de acesso à justiça ou infringência ao devido processo legal, tratamento discriminatório, arbitrariedade manifesta na tomada de decisões e a frustração de expectativas legítimas do investidor, que devem ser analisadas em sopesamento com o direito do Estado receptor de regular, fundamentado pelo interesse público (Muchlinski & Ripinsky, 2012, pp. xv-xvi).

1.2.2 Cláusulas de nação mais favorecida

Cláusulas de nação mais favorecida são utilizadas quando há uma vantagem concedida entre Estados. Trata-se do compromisso de o Estado-concessor a conceder ao Estado-beneficiário, tratamento não menos favorável que aquele estendido pelo Estado-concessor a um terceiro Estado que guarde o mesmo tipo de relação. Cláusulas de nação mais favorecida tem sua origem em tratados de direito internacional econômico, tendo sido utilizadas no âmbito da OMC e do GATT, por exemplo.

No contexto de investimentos estrangeiros, o tratamento de nação mais favorecida tem a finalidade de garantir uma igualdade de condições de concorrência entre investidores de diferentes países buscando oportunidades de investimento em um mesmo Estado receptor (UNCTAD, 2010, p. 14).

O Artigo 3 (2) do TBI firmado entre Alemanha e Egito em 2005 fornece uma lista detalhada de tratamentos que podem ser considerados como menos favoráveis. Dentre eles, constam tratamento desigual no caso de restrições na aquisição de matéria prima, energia, combustíveis ou meios de produção ou operação de qualquer gênero, tratamento desigual no caso de limitações ao comércio de produtos dentro ou fora do país¹¹.

O referido TBI permite, entretanto, uma exceção à cláusula ao determinar que medidas que tiverem de ser tomadas por razões de segurança pública, ordem, saúde pública ou moralidade não serão consideradas como medidas menos favoráveis para fins da proteção

¹⁰ Em tradução livre do original: “All investments made by investors of one Contracting Party shall enjoy a fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party”. Disponível em <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/206/treaty/540>>. Acesso em 02/06/2015

¹¹ Disponível em <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/62/treaty/1347>>. Acesso em 02/06/2015

da cláusula de nação mais favorecida. O dispositivo é bem-vindo, porque permite ao país receptor uma margem de liberdade para agir em nome do interesse público. Trata-se de um traço da evolução no equilíbrio entre países que marcadamente exportam capital (Alemanha, no caso) e países com maior característica de receptores de investimentos (Egito).

1.2.3 Cláusulas arbitrais e Solução de conflitos nos Acordos Internacionais de Investimento

No âmbito dos AII, cláusulas arbitrais preveem a submissão à arbitragem de quaisquer litígios envolvendo um investidor de um dos Estados signatários e um outro Estado signatário e tendo por objeto uma contenda originária de um investimento.

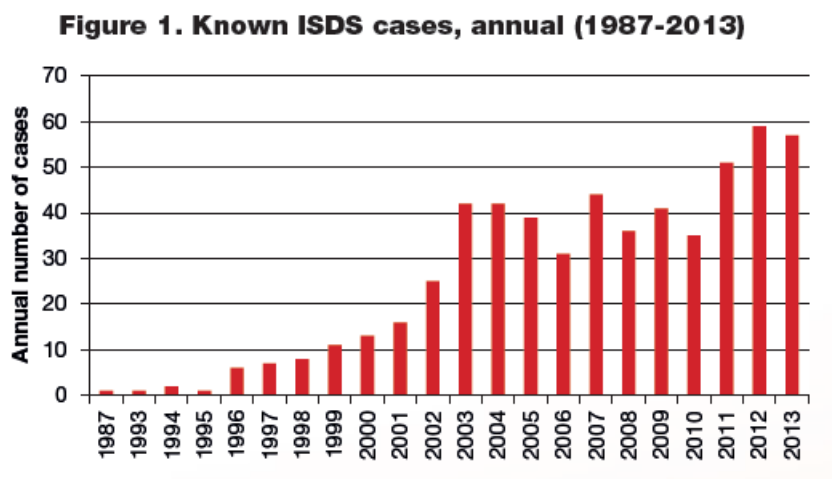
Cláusulas arbitrais surgem da falta de confiança de investidores estrangeiros na habilidade de cortes locais em lidar com disputas de investimentos de forma satisfatória. A institucionalização da arbitragem por tribunais como o ICSID é considerada como fator que contribui para a garantia da independência dos laudos arbitrais, provendo um grau maior de segurança para o investidor (Schneuwly, 2012, pp. 38-39)

As cláusulas arbitrais remetem a uma instituição de arbitragem, assim como a regras de processo a serem observadas, de forma que a solução da contenda terá como pontos de partida o AII relevante e as regras arbitrais aplicáveis.

Uma vez que a arbitragem admite sigilo, os números a respeito sempre levam em consideração somente os casos conhecidos. Dentre as regras de arbitragem aplicáveis, as mais utilizadas são as do ICSID (62% dos casos), da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (28%) e da Câmara de Comércio de Estocolmo (5%).

Embora alguns países tenham se destacado em desenvolvimento econômico e sejam considerados emergentes, o perfil das contendas ainda tende a consistir em um investidor proveniente de país desenvolvido como autor e um país em desenvolvimento como réu. Nesse sentido, os países de proveniência do investidor são desenvolvidos em 85% dos casos, em desenvolvimento em 13% dos casos e em transição em 2% dos casos. Países que figuram como réus são países em desenvolvimento em 57% dos casos, países desenvolvidos em 16% dos casos e países em transição em 16% dos casos (UNCTAD:2014).

Seguindo a tendência da globalização e crescente mobilidade do capital, o número de casos relacionados a investimentos observa uma tendência de crescimento histórico, como se observa no gráfico (UNCTAD, 2014, p. 2):



A Convenção ICSID, que contém as regras arbitrais mais utilizadas em disputas ligadas a investimentos (UNCTAD, 2014, p. 4), permite que um investidor acione o Centro diretamente contra um Estado, sem a necessidade de proteção diplomática¹². Trata-se de uma característica importante, em especial quando as relações entre o país de proveniência do investidor e o país receptor do investimento tem relações sensíveis (Schneuwly, 2012, p. 40).

Outro fator importante no sistema ICSID diz respeito à sua relação com o ordenamento interno do país onde a decisão deve ser cumprida. As decisões do Centro não estão sujeitas a recursos em cortes locais e servem como títulos executivos¹³. Essas características são coerentes com os objetivos de maior segurança aos investimentos, na medida em que afastam a possibilidade de um juiz nacional aplicar uma interpretação própria alheia à jurisprudência do sistema ICSID.

¹² Artigo 25 (1) da Convenção ICSID

¹³ Artigos 53 e 55 da Convenção ICSID

CAPÍTULO II – ESTUDO DE CASO: O TERMO ‘INVESTIMENTO’ NO ARTIGO 25 (1) À LUZ DO CASO *MALAYSIAN SALVORS V. MALÁSIA*

O caso *Malaysian Historical Salvors Sdn., Bhd. v. The Government of Malaysia* (“*Malaysian Salvors*”)¹⁴ foi um caso relativamente recente do ICSID, com duas decisões proferidas, a última datada de 2009. O caso é interessante para o estudo do direito do investimento estrangeiro pelas duas principais matérias tratadas: 1) A forma como se deve entender o termo ‘investimento’ presente no Artigo 25 (1) Convenção ICSID¹⁵ em relação às definições constantes de AIIs e 2) Se a contribuição de um contrato para o desenvolvimento econômico do país receptor é requisito para a sua configuração como investimento para fins de jurisdição de um tribunal ICSID.

Conforme estudado, a questão é relevante porque há grande vantagem para um investidor em ver seu contrato configurado como investimento. Se considerado investimento, a empresa terá acesso ao ICSID como demandante, e todo o cenário de maior estabilidade e credibilidade que o Centro proporciona. Caso o contrato não seja considerado investimento, o investidor pode se ver injustiçado em um cenário político e judiciário instável dentro de um país receptor de investimentos.

Ao longo do caso *Malaysian Salvors*, foram produzidas duas decisões importantes para a discussão da questão proposta, e que serão analisados com vagar no presente capítulo. A primeira é uma decisão emitida por árbitro único (“Primeira Decisão”)¹⁶, que considera a contribuição para o desenvolvimento como requisito de um investimento, e na aplicação do direito à espécie entende que esse requisito não foi preenchido. A segunda decisão foi exarada pelo comitê de anulação (“Decisão do Comitê”)¹⁷, composto de três árbitros, proferida após a parte autora ter peticionado a anulação da primeira decisão. O comitê decidiu pela anulação, considerando que a contribuição para o desenvolvimento econômico não é elemento de um

¹⁴ Disponível na íntegra em <<http://www.italaw.com/cases/646>>. Acesso em 20/08/2014

¹⁵ O Artigo 25 (1) não define o que quer dizer por ‘investimento’, *verbis*: “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.

¹⁶ Disponível em <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf>>. Acesso em 20/08/2014

¹⁷ Disponível em <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0497.pdf>>. Acesso em 20/08/2014

investimento. Há ainda um terceiro documento, que por si não tem valor decisório, o voto vencido de Mohammed Shahabuddeen, um dos três árbitros do comitê de anulação (“Voto Vencido”)¹⁸. Em seu voto, Shahabuddeen entende a contribuição como requisito de investimento e reputa acertada a decisão de árbitro único.

O caso é interessante como objeto de estudo porque, além de tratar de um tema de impacto como é a cooperação internacional para o desenvolvimento, seu histórico procedimental incluiu decisões com teores diametralmente opostos (a Primeira Decisão e o Voto Vencido com uma posição, a Decisão do Comitê com outra). Assim, a própria análise das decisões introduz a uma riqueza de argumentos para ambas posições, sempre baseados em doutrina, jurisprudência e elementos de interpretação da convenção ICSID como seu preâmbulo e seus *travaux préparatoires*. Desta forma, o caso fomenta um debate de ideias que é essencial à pesquisa.

Para o estudo do caso, trataremos primeiramente dos fatos que levaram à demanda e seu histórico procedimental até chegar ao ICSID. Trataremos dos fundamentos da demanda com base na Convenção e no TBI relevante. Estabeleceremos o ponto central do caso e explicaremos como suas ramificações foram trabalhadas pelas decisões proferidas ao longo do caso.

2.1 Os fatos

Conforme resumo constante da decisão do comitê de anulação, os fatos que levaram à disputa foram os seguintes:

A autora da ação é Malaysian Historical Salvors (“Autora”, “empresa”), uma empresa de recuperação marinha (*marine salvage*) estabelecida sob as leis da Malásia, e a maioria de suas ações tem como dono um indivíduo de nacionalidade britânica.

A parte ré da ação é o Governo da Malásia (“Réu”, “Governo”).

Em 1817, a embarcação britânica *Diana* carregava uma grande carga de porcelana chinesa antiga, quando afundou em águas que atualmente fazem parte do mar territorial da Malásia. Em um contrato datado de 1991 (“Contrato”), Malaysian Historical Salvors e o

¹⁸ Disponível em <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0498.pdf>>. Acesso em 20/08/2014

Governo da Malásia determinaram que a empresa encontraria os restos da embarcação submersa e recuperaria a sua carga de porcelana antiga.

O contrato foi firmado nos termos “*no finds, no pay*”, que é prática comum no ramo de recuperação marinha e significa que a empresa arcará com todos os custos de busca e recuperação, e se nada encontrar, não será remunerada. É uma forma de contratação que aloca os riscos inteiramente para a empresa de recuperação. Outras obrigações da parte autora no contrato incluíam limpar, restaurar, organizar e providenciar seguro para os itens que eventualmente encontrasse, além de colocá-los a venda em leilão.

Os proventos das arrematações seriam pagos diretamente ao Governo, que então repassaria parte dos ganhos à Autora. Os valores a que a empresa faria jus seriam os seguintes:

- 70% do valor, se o total das vendas não ultrapassasse US\$ 10 milhões;
- 60% do valor, se o total da venda alcançasse entre US\$ 10 e US\$ 20 milhões;
- 50% do valor, se o total das vendas ultrapassasse US\$ 20 milhões;

O Réu ainda se reservou o direito de não colocar a venda determinados itens eventualmente encontrados pela Autora, devendo então pagar a esta sua fração dos maiores valores que se pudesse conseguir por tais itens.¹⁹

Os esforços de busca e recuperação da empresa duraram quase quatro anos, e a carga recuperável somou 24.000 itens no total. O Governo exerceu seu direito de retirada sobre alguns itens, e os que ao final foram leiloados somaram o valor de US\$ 2.98 milhões em 1995.

A Autora alega que, embora faça jus a 70% do valor auferido, conforme os termos do contrato, somente foram pagos US\$ 1.2 milhões (40,2% do valor auferido). Alega ainda que o Réu retirou da venda itens valorados em US\$ 400 mil e não pagou à autora sua fração dos maiores valores alcançáveis por tais bens.

¹⁹ Em tradução livre do original “The Respondent also reserved to itself the right to withdraw salvaged items from sale, provided that the Claimant was paid its share of the best attainable value for such items.” Item 11, p. 3 da Primeira Decisão

Antes de a contenda chegar ao ICSID, houve um histórico de procedimentos que merece menção resumida.

Houve um processo arbitral com base em uma cláusula compromissória constante do Contrato. A ação foi extinta sem julgamento de mérito (*claim dismissed*). A Autora tentou discutir esse primeiro laudo arbitral no Centro Regional de Arbitragem de Kuala Lumpur e na Malaysian High Court, sem obter sucesso. A Autora alega que na corte malaia, o magistrado indeferiu a petição de anulação do laudo sem analisá-lo e sem mesmo olhar para a petição da Autora. A empresa alegou, portanto, que foi a ela negado o direito fundamental de devido processo nas cortes da Malásia.

Em 30 de setembro de 2004, o ICSID recebeu um pedido de arbitragem da Autora em face do Réu. A ação teve por fundamento no Acordo entre o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e o Governo da Malásia para a Promoção e Proteção de Investimentos (“Tratado” ou “TBI”).

O dispositivo que fundamenta a ação é o artigo 7º do Tratado, segundo o qual cada país contratante consente em submeter ao ICSID qualquer disputa jurídica que surgir entre um país contratante e um indivíduo ou empresa de outro país contratante a respeito de um investimento de um particular no território do país receptor. O artigo define que uma empresa constituída sob a lei em vigor no território de um país contratante e cuja maioria das ações tem por dono indivíduos ou empresas do outro país contratante, será considerada como empresa do outro país contratante. Assim, os requisitos de admissibilidade do artigo 7º foram preenchidos.

As partes apresentaram as seguintes posições:

2.2 Argumentos da Autora

A Autora argumenta que suas obrigações a partir do Contrato se configuram como investimento nos termos do artigo 1 (a) (iii) e (v) do TBI, que prevê o seguinte:

Article 1 Definition

For the purposes of this Agreement

(1) (a) “investment” means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes:

(...)

(iii) claims to money or to any performance under contract, having a financial value;

(...)

(v) business concessions conferred by the law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources.

Para que um contrato se configure como investimento, o TBI exige ainda que ele seja um “projeto aprovado” pelo Ministério da Malásia competente para tanto. A Autora alega que esta cláusula está cumprida, uma vez que o contrato foi firmado diretamente com o Governo. Alega ainda que o Réu está impedido de se utilizar da falta de classificação ministerial como “projeto aprovado” como forma de argumentar o não cumprimento do TBI por parte do Contrato em virtude do princípio do *estoppel*.²⁰

Como fundamento do pedido, a Autora defende que o Réu violou os seguintes artigos do Tratado:

Artigo 2, que trata de proteção do investimento. Segundo o dispositivo, investimentos de indivíduos ou empresas de um dos países contratantes devem, a todo tempo, receber tratamento justo e equitativo, proteção total e segurança no território de outro país contratante. Nenhum país contratante deve, de qualquer forma, criar empecilhos por via de medidas não razoáveis ou discriminatórias ao gerenciamento, manutenção, uso, fruição e disposição dos investimentos. Cada país contratante deve observar obrigações a que se submeteu em relação a investimentos de indivíduos ou empresas do outro país contratante;

Na espécie, a posição da empresa é de que o Governo não cumpriu com suas obrigações de pagamento da fração a que fez jus a Autora e do pagamento do melhor valor alcançável pelos bens que o Réu decidiu não vender em leilão. Assim teriam sido feridos também os direitos de tratamento justo e equitativo de que se reveste o investimento.

Artigo 4, que trata de expropriação. O dispositivo determina que investimentos de indivíduos ou empresas de um dos países contratantes não devem ser nacionalizados, expropriados, ou sujeitos a medidas que tenham efeitos equivalentes à nacionalização ou à

²⁰ Uma versão do *common law* que cumpre a mesma função da proibição do *venire contra factum proprium* no *civil law*

expropriação, exceto por um propósito público relacionado a necessidades internas da Parte expropriante e com a rápida, adequada e efetiva compensação.

No caso em tela, argumenta-se que o não pagamento dos valores devidos à Autora em decorrência do investimento se configura como expropriação dos frutos do investimento.

Artigo 5, que trata de repatriação do investimento. Segundo o artigo, cada país contratante deve, a respeito de investimentos, permitir que indivíduos ou empresas do outro país contratante transfiram livremente seu capital e os retornos que dele perceber. Entretanto, cada país contratante pode restringir a transferência em circunstâncias excepcionais, de acordo com a necessidade da balança de pagamentos (instrumento de contabilidade nacional da qual é parte a balança comercial).

Na espécie, a Autora interpreta que os retornos do investimento não puderam ser transferidos, porque não foram pagos à empresa.

Artigo 7, segundo o qual os países contratantes já de antemão se comprometem a submeter eventuais contendas ao ICSID, visto que o Governo se recusou a se submeter à arbitragem nesse Centro.

2.3 Argumentos do Réu

O Réu alega que a disputa entre as partes não diz respeito a um investimento, conforme definido no TBI, uma vez que o tema é puramente contratual e não se reveste das qualidades que são requisitos de um investimento. Há uma discussão sobre o que é ou não um investimento, conforme se verá adiante. No mesmo sentido, o Réu defende que o contrato não pode ser considerado investimento nos termos do TBI porque não foi declarado como “projeto aprovado” pelo Ministério malaio competente para tanto.

Por fim, o Réu alega que a disputa sobre o Contrato já fora pacificada em processo arbitral realizado na Malásia e após a rejeição dos pedidos de anulação do laudo arbitral pelo Centro Regional de Arbitragem de Kuala Lumpur e pela Malaysian High Court.

2.4 A questão central do caso e suas ramificações

O réu levanta várias objeções à jurisdição do tribunal arbitral, e caso qualquer uma delas seja acolhida, o efeito será de não admissibilidade da demanda. Ao longo do curso do

processo, os tribunais da Primeira Decisão e do Comitê de Anulação se ocuparam da seguinte questão: Há ‘investimento’ no sentido em que esse termo é entendido no TBI e na Convenção ICSID?

No âmbito de decisões do ICSID não vigora a regra do *stare decisis*²¹. Entretanto, é comum que a fundamentação de um laudo arbitral desse Centro se refira a decisões anteriores na justificação de sua decisão.

Nesse sentido, o árbitro da Primeira Decisão inicia sua fundamentação com base no ilustre caso *Salini* e no caso *Joy Mining*, segundo os quais a jurisdição do ICSID somente estará estabelecida quando o contrato em questão se configurar como investimento, ao mesmo tempo, nos termos do artigo 25 (1) da Convenção ICSID (“Artigo 25 (1)”) e nos termos do TBI relevante.

O Artigo 25 (1) tem a seguinte redação:

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.

É visível de plano que a Convenção decidiu por não delinear com clareza o que se deve entender por investimento.

O TBI entre o Reino Unido e a Malásia, por outro lado, *define* o que entende por investimento, que no âmbito do Tratado é caracterizado de forma bastante ampla:

Article 1 Definition

For the purposes of this Agreement

(1) (a) “investment” means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes:

(...)

(iii) claims to money or to any performance under contract, having a financial value;

(...)

²¹ Mecanismo característico do *common law* segundo o qual um caso julgado cria precedente que vinculará decisões proferidas no futuro

(v) business concessions conferred by the law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources.

Para que o caso possa ser decidido quanto a se houve ou não investimento, há primeiro que se superar duas questões:

O que exatamente se entende por investimento nos termos do Artigo 25 (1) da Convenção?

Como se dá a dinâmica entre o significado do termo na Convenção e no TBI? Deve um deles prevalecer sobre o outro?

As duas questões estão intimamente ligadas, de forma que serão analisadas conjuntamente. Examinaremos como podem ser tratadas à luz da doutrina e jurisprudência ICSID, e como efetivamente foram resolvidas pelo tribunal de árbitro único e pelo Comitê de Anulação no caso *Malaysian Salvors*.

2.5 A definição do termo ‘investimento’ no Artigo 25 (1) da Convenção ICSID e sua relação com a definição dos AII

Há duas posições principais sobre os temas, que podemos assim sintetizar:

A primeira corrente entende que uma interpretação do Artigo 25 (1) que deixe o papel de definição do termo ‘investimento’ ao AII é inaceitável porque esvazia totalmente o sentido do dispositivo. Esta corrente entende que o Artigo 25 (1) deve ser interpretado como tendo um sentido concreto, a ser inferido através do Preâmbulo da Convenção ICSID e outros documentos. Na aplicação do direito pelos tribunais, o sentido do artigo deve funcionar como um limite (*outer limit*) à liberdade que as partes têm de definir investimento nos AII. O mecanismo do *outer limit* é similar aos institutos da função social do contrato e a boa-fé objetiva no Direito Brasileiro (artigos 421 e 422 do Código Civil): esses institutos funcionam como limites à autonomia das partes nos contratos. A primeira corrente foi sustentada na Primeira Decisão e no Voto Vencido de Mohammed Shahabuddeen.

Em contraposição, a segunda corrente entende que a redação vaga do Artigo 25 (1) espelha a real intenção dos *drafters*, que seria deixar a cargo dos países contratantes de AII a liberdade de definir como investimento o que bem entendessem. Desta forma, o foco do

julgador em sua determinação de ter ou não havido investimento no caso concreto deve partir primariamente da definição constante do AII. Esta posição foi sustentada pelo Comitê de Anulação e prevaleceu no caso *Malaysian Salvors*.

2.6 A primeira corrente

A primeira corrente é firmada no entendimento de que o Artigo 25 (1) tem um sentido concreto e próprio, que considera a contribuição para o desenvolvimento econômico do país receptor como requisito da configuração de um investimento. No curso do caso *Malaysian Salvors*, a Primeira Decisão e o Voto Vencido se filiam a esta posição.

A primeira corrente considera que a liberdade dos Estados signatários em definir investimento em AIIs é limitada pelos termos do Artigo 25 (1) da Convenção²². Uma vez que o contexto de negociação de AIIs geralmente envolve países desenvolvidos de um lado e países em desenvolvimento de outro, com os países desenvolvidos com um maior poder de barganha, a posição desta corrente tem desdobramentos políticos interessantes. Como disse Lacordaire, “entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta” (Lacordaire, 1848, p. 246). Desta forma, a liberdade total dada às partes pela segunda corrente pode implicar, na prática, em uma imposição dos termos pelo país dominante nas negociações.

Por outro lado, a primeira corrente defende limites impostos pelos termos da Convenção ICSID, com um entendimento da contribuição para o desenvolvimento econômico do país receptor como requisito de um investimento²³. Desta forma é possível, ainda que as partes não tenham assim determinado, impor através da interpretação dos tribunais ICSID um marco jurídico que incentiva a maior cooperação entre as nações.

A imposição de limites à definição de investimento nos AIIs imposta pelo Artigo 25 (1), encontra suporte na decisão do caso *Joy Mining* (parágrafo 50):

As partes em uma disputa não podem por contrato ou tratado definir como investimento, para os propósitos da jurisdição ICSID, algo que não satisfaça os requerimentos objetivos do Artigo 25 da Convenção. Do contrário, o Artigo 25 e seu

²² Parágrafos 5-13 do Voto Vencido

²³ Parágrafos 14-32 do Voto Vencido

suporte (*reliance*) no conceito de investimento, ainda que não especificamente definido, se tornaria uma disposição desprovida de significado²⁴

No mesmo sentido, Shahabuddeen argumenta que embora não haja um sentido de ‘investimento’ expresso na Convenção, o termo deve significar *algo*²⁵. O tema subjacente é a regra de hermenêutica (na realidade, trata-se de um argumento) segundo a qual a lei não tem palavras inúteis. O árbitro expressa sua aprovação à consideração feita em *Pey Casado v. Chile*, em que o tribunal determinou que “existe uma definição de investimento nos termos da Convenção ICSID”.

O Voto Vencido cita ainda Schreuer, que explica que o fato de uma definição para o termo ‘investimento’ “não ter sido adotada foi motivada menos pelo sentimento de que seria redundante do que por uma inabilidade de concordar com uma definição”²⁶. Defender que deve haver um significado é combater a segunda corrente, que defende que o termo é vazio para acomodar a total liberdade dos países signatários dos AIIs.

Uma vez superado que há um sentido próprio de investimento na Convenção, é necessário defini-lo. No que diz respeito à definição do termo, a tese principal defendida pela primeira corrente é de que a contribuição para o desenvolvimento do país receptor é um requisito para que um contrato se configure como investimento nos termos do Artigo 25 (1). Passamos a analisar os argumentos para tanto.

No espírito da regra de interpretação da Convenção de Viena, a primeira corrente se dirige ao preâmbulo da Convenção ICSID (“Considerando a necessidade de cooperação internacional para o desenvolvimento econômico e o papel do investimento privado internacional nestes fins”) e entende que o termo ‘investimento’ deve ser interpretado de forma a encorajar, facilitar e promover cooperação econômica transnacional e desenvolvimento.

O tribunal do caso *CSOB v. República Eslovaca* considerou que o Preâmbulo da Convenção “permite uma inferência de que uma transação internacional que contribui para a

²⁴ Em tradução livre do original: “The parties to a dispute cannot by contract or treaty define as investment, for the purpose of ICSID jurisdiction, something which does not satisfy the objective requirements of Article 25 of the Convention. Otherwise, Article 25 and its reliance on the concept of investment, even if not specifically defined, would be turned into a meaningless provision.”

²⁵ Parágrafo 7 do Voto Vencido

²⁶ Parágrafo 10 do Voto Vencido

cooperação, desenhada para promover o desenvolvimento de um Estado Signatário pode ser considerada como nos termos da Convenção”²⁷

Em sua análise do Artigo 25 (1), Schreuer (Schreuer, 2009, p. 116) cita o parágrafo 27 do *Report* dos Diretores Executivos, segundo o qual:

27. Nenhuma tentativa foi feita de definir o termo ‘investimento’ dado o requisito essencial do consenso entre as partes, e o mecanismo através do qual os Estados signatários podem fazer com que se saiba de antemão, se assim desejarem, as classes de disputas que eles considerariam ou não como submissíveis ao Centro (Artigo 25 (4))”²⁸

No mesmo sentido de que já expusemos, Schreuer também entende que a Convenção não oferece nenhuma explicação do conceito de investimento, mas adiciona que há uma única possível indicação de um significado objetivo na Convenção, contido na supracitada primeira frase do preâmbulo, que trata da necessidade de cooperação internacional para o desenvolvimento econômico²⁹.

Para Schreuer, esse propósito declarado da Convenção é confirmado pelo *Report*, que assevera que a ideia do ICSID “surgiu do desejo de reforçar a parceria entre países na causa do desenvolvimento econômico”. Conforme a conclusão do autor, pode-se argumentar que “O objetivo e o propósito da Convenção indicam que *deve haver algum impacto positivo no desenvolvimento* [para que um contrato seja considerado como investimento]”³⁰.

No mesmo sentido, o tribunal em *Salini* expõe:

A doutrina em geral considera que ‘investimento’ pressupõe: contribuições, uma certa duração da execução do contrato e a participação nos riscos da transação (...) A leitura do preâmbulo da Convenção permite que se adicione a contribuição ao desenvolvimento econômico do país receptor do investimento como mais uma condição.³¹

²⁷ Em tradução livre do original: “This language permits an inference that an international transaction which contributes to cooperation designed to promote the economic development of a Contracting State may be deemed to be an investment as that term is understood in the Convention”

²⁸ Em tradução livre do original: “27. No attempt was made to define the term “investment” given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4))”

²⁹ Op. cit., p. 116

³⁰ Op. cit., p. 117

³¹ Em tradução livre do original: “The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (...) In reading the Convention’s preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.”

Schreuer, de forma mais completa, nota em sua obra *The ICSID Convention: A Commentary*³²:

Parece possível identificar certas características que são típicas para a maioria das operações em questão: a primeira tal característica é que os projetos tem uma certa duração. Ainda que alguns se desfaçam em um estágio inicial, a expectativa de uma relação de longo tempo está claramente presente. A segunda característica é uma certa regularidade de lucro e retorno do investimento. Um investimento que dê retorno de uma só vez, conquanto não seja impossível, seria atípico. Mesmo nos casos em que ao final não há nenhum lucro, a expectativa está presente. A terceira característica é a assunção de risco, normalmente por ambas as partes. O risco é em parte uma função da duração e da expectativa de lucro. A quarta característica típica é que o valor empenhado (*commitment*) é substancial. Este aspecto estava claramente presente na mente dos elaboradores da convenção, mas acabou por não figurar no documento (...) A quinta característica é a significância da operação para o desenvolvimento do país receptor. Esta não é necessariamente uma característica dos investimentos em geral. Mas a redação do Preâmbulo e do *Report* dos Diretores Executivos (...) sugere que o desenvolvimento é parte do objeto e propósito da Convenção. Essas características não devem necessariamente ser entendidas como requisitos de jurisdição, mas meramente como características típicas de investimentos nos termos da Convenção.³³ (Grifo nosso)

Embora Schreuer assevere que as características enumeradas (aí incluída a contribuição para o desenvolvimento) não devam *necessariamente* ser consideradas como requisitos de jurisdição, o conjunto de argumentos de que a primeira corrente se utiliza é bastante expressivo, e o fato de um investimento tipicamente contribuir para o desenvolvimento econômico do país receptor pode ser considerado como reforço argumentativo em suporte a essa corrente.

Caso a contribuição para o desenvolvimento não seja entendida como requisito, argumenta Shahabuddeen, seria possível conceber uma entidade que sistematicamente se enriquece às custas do desenvolvimento do Estado receptor³⁴. Para a segunda corrente, não haveria aí qualquer infração de regra. O árbitro defende que o ICSID teria então perdido o seu propósito. A missão original do Centro, segundo o árbitro, é de providenciar um mecanismo

³² Op cit., p. 128

³³ Em tradução livre do original: “But it seems possible to identify certain features that are typical to most of the operations in question: the first such feature is that the projects have a certain duration. Even though some break down at an early stage, the expectation of a longer term relationship is clearly there. The second feature is a certain regularity of profit and return. A one-time lump sum agreement, while not impossible, would be untypical. Even where no profits are ever made, the expectation of return is present. The third feature is the assumption of risk usually by both sides. Risk is in part a function of duration and expectation of profit. The fourth typical feature is that the commitment is substantial. This aspect was very much on the drafters’ mind although it did not find entry into the Convention . . . The fifth feature is the operation’s significance for the host State’s development. This is not necessarily characteristic of investments in general. But the wording of the Preamble and the Executive Directors’ Report . . . suggest that development is part of the Convention’s object and purpose. These features should not necessarily be understood as jurisdictional requirements but merely as typical characteristics of investments under the Convention.”

³⁴ Parágrafo 22 do Voto Vencido

de solução de conflitos que contribuam de maneira positiva com o desenvolvimento econômico do país receptor³⁵.

Shahabuddeen adiciona que, caso prevaleça a segunda corrente, efetivamente a jurisdição dos tribunais ICSID será estendida a qualquer tipo de operação econômica, uma vez que os AII's tendem a definir 'investimento' de forma muito abrangente. Desta forma, o Centro perderia sua identidade enquanto instituição e se tornaria um Centro de arbitragem comercial como outro qualquer, competindo com cortes como a da Câmara Internacional de Comércio ou a Corte de Arbitragem Internacional de Londres³⁶.

2.7 A segunda corrente

Em termos gerais, a segunda corrente entende que a vagueza da utilização do termo 'investimento' no Artigo 25 (1) reflete uma intenção de deixar à vontade de países signatários dos AII's a função de definir seu sentido. A decisão do Comitê de Anulação se filia a esta corrente.

Trata-se de uma questão de interpretação de tratados, uma vez que tanto a Convenção ICSID quanto os AII's são tratados internacionais.

Conforme o Comitê de Anulação³⁷, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados ("Convenção de Viena") é o produto de extensos processos de codificação da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas e foi amplamente aceita, com 108 países signatários. Dentre os países que a ratificaram se encontram o Reino Unido e a Malásia, que são os países signatários do TBI relevante no caso *Malaysian Salvors*. Entretanto, a aplicação da Convenção de Viena não retroage a tratados concluídos antes de sua entrada em vigor para um dos Estados signatários, conforme seu Artigo 4. A Malásia somente se tornou parte na Convenção de Viena em 1994. Portanto, pelo fato de a Malásia ser um país relevante no caso em análise, a Convenção de Viena não é aplicável à Convenção ICSID, de 1965, nem ao TBI Reino Unido – Malásia, datado de 1981.

O Comitê de Anulação nota, no entanto, que nos próprios termos da Convenção de Viena, sua não-retroatividade se opera "Sem prejuízo da aplicação de quaisquer regras

³⁵ Idem

³⁶ Parágrafo 63 do Voto Vencido

³⁷ Parágrafo 56 da Decisão do Comitê

enunciadas na presente Convenção a que os tratados estariam sujeitos em virtude do Direito Internacional, *independentemente da Convenção*". O Comitê entende que as regras sobre interpretação de tratados, constantes dos Artigos 31 e 32 da Convenção de Viena, seriam aplicadas independentemente dessa Convenção porque foram aceitas pela Corte Internacional de Justiça e pela comunidade internacional como costume de Direito Internacional³⁸.

Assim, aplica-se o Artigo 31 da Convenção de Viena, que dispõe:

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o *sentido comum* atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
 - a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
 - b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
- (...)

O Comitê de Anulação entendeu como sentido comum do termo 'investimento' a alocação de dinheiro ou outros ativos com o propósito de obter um retorno³⁹. A segunda corrente entende o objeto e o propósito do tratado como promover o fluxo de investimento privado para Estados signatários por meio da disponibilização de um mecanismo que, permitindo a solução de controvérsias internacionais, conduz a um maior grau de segurança para tais investimentos. Neste sentido, o termo 'investimento' não é qualificado no contexto do Artigo 25 (1), não há definição precisa de seu significado.

O TBI Reino Unido – Malásia tem uma definição ampla de investimento, incluindo qualquer tipo de ativo. Em rol exemplificativo, o tratado menciona concessões negociais conferidas por meio de contratos e direitos a pagamento (*claims to money or to any performance*) sob um contrato com valor econômico. Não há dúvidas sobre o contrato firmado entre as partes do caso *Malaysian Salvors* se enquadrar no conceito de investimento do TBI relevante.

³⁸ Parágrafo 56 da Decisão do Comitê

³⁹ Parágrafo 57 da Decisão do Comitê

Outro documento importante é o *Report* dos Diretores Executivos, um documento elaborado pelos Diretores Executivos do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (“BIRD”). Os Diretores são efetivamente os autores da Convenção ICSID. Em 1964, foram convocados pelo *Board of Governors* do BIRD para “formular uma Convenção estabelecendo instituições e procedimentos que estariam disponíveis para quem voluntariamente submetesse disputas de investimentos entre países signatários e nacionais de um outro país signatário para solução através de conciliação ou arbitragem”⁴⁰.

O *Report* pode ser interpretado de forma conjunta com os *travaux préparatoires* da Convenção ICSID na busca pela construção do sentido de ‘investimento’⁴¹. *Travaux préparatoires*, expressão francesa para “trabalhos preparatórios” documentam a negociação que culmina na conclusão de um tratado internacional. Os *travaux* tem uma função importante como meio de interpretação de tratados, expressa no Artigo 32 da Convenção de Viena:

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
- b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

O termo ‘investimento’ presente na Convenção pode ser considerado como ambíguo para fins do Artigo 32, *a* da Convenção de Viena à medida em que há marcadas diferenças na interpretação do termo por diferentes tribunais ICSID e comentadores. A diferença é, com efeito, suficiente para que tenhamos considerado importante dividir as interpretações em duas correntes no presente trabalho.

Mas de qualquer forma, na prática os itens *a* e *b* do Artigo 32 não são aplicados de forma rígida. Embora a Convenção de Viena expressamente reserve aos *travaux* um papel na interpretação somente quando os itens previstos no Artigo 31 deixarem o sentido ambíguo ou obscuro ou resultarem em uma conclusão manifestamente absurda ou desarrazoada, o Comitê de Anulação acerta em determinar que “cortes e tribunais, ao interpretar tratados, regularmente analisam os *travaux préparatoires* sempre que estes são trazidos à sua atenção;

⁴⁰ Em tradução livre do original, a Resolução nº 214 do Board of Governors do BIRD: “(b) The Executive Directors are requested to formulate a convention establishing facilities and procedures which would be available on a voluntary basis for the settlement of investment disputes between contracting States and Nationals of other contracting States through conciliation and arbitration.”

⁴¹ Parágrafo 63 da Decisão do Comitê

é mitológico fingir que o fazem somente após concluírem que o termo que requer interpretação é ambíguo ou obscuro”⁴².

Para a segunda corrente, o conceito de investimento deve levar em consideração a intenção dos países signatários de um AII, de forma que o Tratado deve ter um peso significativo na definição do conceito. O Comitê de Anulação critica a Primeira Decisão, que desconsiderou totalmente o conteúdo do TBI relevante e decidiu que o não cumprimento dos requisitos do Artigo 25 (1), nos termos em que a primeira corrente os entende, seria suficiente para decidir pela não configuração do contrato como investimento para fins de jurisdição do tribunal ICSID⁴³.

O Comitê de Anulação segue na argumentação da vontade dos países signatários como guia da interpretação dos tratados: Sob o Artigo 7 do TBI, o único meio de solução de conflitos que resta às partes no caso de uma disputa jurídica entre um investidor e um país receptor que não seja solucionada por acordo entre as partes ou pelos remédios locais é o ICSID⁴⁴.

Diferentemente de outros TBIs, o Tratado firmado entre o Reino Unido e a Malásia não previu outras opções de solução de controvérsias que não o ICSID. Consequentemente, se for adotado o entendimento de não haver jurisdição nos termos da Convenção ICSID, o investidor será deixado sem qualquer órgão internacional a que possa recorrer. Para o Comitê de Anulação, este resultado não é admissível à luz das intenções dos Governos da Malásia e do Reino Unido ao concluírem o TBI, à medida que adotaram uma definição bastante ampla e inclusiva de investimento⁴⁵. Não pode ser aceito que os Governos tenham concluído um tratado com a previsão de arbitragem de disputas de ‘investimento’, tão amplamente definido nos termos do tratado, com a intenção de que o acesso ao único mecanismo arbitral disponível entre um Estado signatário e um investidor, o ICSID, pudesse ser negado por uma definição restritiva de um termo que deliberadamente não fora definido na Convenção, o termo ‘investimento’ constante do Artigo 25 (1). Nesse sentido, o Comitê de Anulação considerou a

⁴² Parágrafo 57 da Decisão do Comitê. Tradução livre do original: “In any event, courts and tribunals interpreting treaties regularly review the *travaux préparatoires* whenever they are brought to their attention; it is mythological to pretend that they do so only when they first conclude that the term requiring interpretation is ambiguous or obscure.”

⁴³ Parágrafo 62 da Decisão do Comitê

⁴⁴ Idem

⁴⁵ Idem

Primeira Decisão incompatível com as intenções dos países envolvidos⁴⁶, Reino Unido e Malásia.

Quanto aos critérios normalmente utilizados para a identificação de um investimento, o Comitê de Anulação se valeu de extensa citação de um caso então recente⁴⁷, *Biwater v. Tanzania* (julgado em 24 de julho de 2008), que tratou do assunto.

O caso indica a problemática do teste a ser aplicado para definir o que é um investimento. A respeito do Artigo 25 da Convenção ICSID, as partes frequentemente apontam que o termo não é definido na Convenção, e seguem aplicando os cinco critérios originalmente sugeridos no tribunal arbitral *Fedax v. Venezuela* e notadamente reintroduzidos no caso *Salini v. Marrocos*, nomeadamente: (i) duração; (ii) regularidade de lucro e retorno; (iii) assunção de risco; (iv) substancial valor empenhado (*commitment*) e (v) significância para o desenvolvimento do país receptor.

Para o tribunal em *Biwater*, não há base para uma aplicação fixa ou absolutamente estrita dos cinco critérios *Salini* em todos os casos⁴⁸. Por um lado, porque no sistema ICSID não vigora a regra do *stare decisis*, de forma que a *ratio decidendi* utilizada em um caso não vincula outros casos futuros que tratem da mesma questão jurídica. Por outro, porque os critérios não aparecem na Convenção ICSID. Pelo contrário, é claro a partir dos *travaux préparatoires* da Convenção que várias tentativas de se incorporar uma definição de ‘investimento’ foram feitas, mas ao final restaram infrutíferas. Para o tribunal *Biwater*, o termo foi deixado intencionalmente sem definição, com a expectativa de que uma definição pudesse ser sujeita a acordo entre os Estados signatários de AIIs.

No combate à aplicação dos critérios *Salini*, o tribunal entendeu que uma vez que a Convenção não teve em sua redação uma definição estrita e objetiva do termo investimento, é duvidoso que um tribunal arbitral, em sua função de tratar de um caso específico, deva impor tal definição a ser aplicada em todos os casos e para todos os propósitos⁴⁹.

O tribunal *Biwater* segue afirmando que o teste *Salini* é problemático se, como alguns tribunais decidiram, as “características típicas” de um investimento, conforme entendidas

⁴⁶ Idem

⁴⁷ Parágrafo 79 da Decisão do Comitê

⁴⁸ Parágrafo 312 da decisão do caso *Biwater*

⁴⁹ Parágrafo 313 da decisão do caso *Biwater*

naquela decisão, forem elevadas ao patamar de um teste inflexível, de forma a excluir contratos do entendimento de ‘investimento’ nos termos da Convenção ICSID a não ser que satisfaçam os cinco critérios do caso⁵⁰. Esta postura cria o risco de uma exclusão arbitrária de certos tipos de transação do escopo da Convenção. Também leva a uma definição que pode contrariar alguns AII, à medida que suas definições de investimento podem ser tão amplas quanto as Estados signatários desejarem.

Ora, se um número substancial de AII expressam a definição de ‘investimento’ de forma mais abrangente que o teste *Salini*, isto constituiria uma forma de consenso internacional, de forma que a Convenção ICSID não poderia ser lida de forma mais restritiva, como defende a primeira corrente.

O tribunal *Biwater* considerou que um tratamento mais flexível e pragmático ao significado de ‘investimento’ é apropriado, levando em conta as características identificadas em *Salini*, mas também as circunstâncias do caso concreto, incluindo a natureza do instrumento que contém o consenso em submeter controvérsias ao ICSID (o AII relevante)⁵¹. Decidiu, ao final, que ainda que nem todos os critérios *Salini* fossem satisfeitos no caso, essa constatação não seria por si só suficiente para a negativa de jurisdição do tribunal.

Com fundamentação na decisão *Biwater*, o Comitê de Anulação entendeu como equivocada a postura da Primeira Decisão de elevar critérios *Salini* à condição de requisitos para a jurisdição⁵².

2.8 O requisito adicional de avaliação da natureza e grau da presença de cada critério *Salini*

A Primeira Decisão interpretou os critérios *Salini* de forma totalmente diferente da segunda corrente. Para o Comitê de Anulação, de acordo com o caso, os critérios podem até mesmo não ser aplicáveis. O entendimento do árbitro Michael Hwang, que proferiu a primeira decisão, por outro lado, é de que os critérios *Salini* não só devem obrigatoriamente ser analisados em todos os casos, como há ainda outros requisitos. Nos termos da Primeira

⁵⁰ Parágrafo 314 da decisão do caso *Biwater*

⁵¹ Parágrafo 316 da decisão do caso *Biwater*

⁵² Parágrafo 83 da Decisão do Comitê

Decisão, os critérios são características “essenciais, mas não suficientes” de um investimento. Hwang determinou⁵³:

Os critérios *Salini* clássicos não são uma *checklist* que, se completada, automaticamente levará à conclusão de que há um ‘investimento’. Se algum dos critérios estiver ausente, o tribunal hesitará em (e provavelmente se negará a) decidir que houve ‘investimento’. Entretanto, ainda que todos os critérios estejam presentes, o tribunal ainda examinará a natureza e o grau de sua presença de forma a determinar se, em uma avaliação holística, os requisitos de um ‘investimento’ ICSID estão satisfeitos.⁵⁴

A adoção dos requisitos adicionais de exame da natureza e grau da presença de cada um dos critérios para que haja ‘investimento’ foi determinante no resultado da Primeira Decisão. Os novos requisitos acabaram por tornar insuficientemente cumpridos alguns dos critérios *Salini*.

2.9 O exame de cada critério

2.9.1 Regularidade de lucros e retornos

O primeiro critério analisado pelo árbitro Michael Hwang foi a regularidade de lucros e retornos, requisito que na realidade foi citado em *Joy Mining*, mas não em *Salini*. Hwang decidiu que não havia regularidade de lucros no caso *Malysian Salvors*⁵⁵. Aceitou, entretanto, o argumento da Autora de que o critério não é sempre decisivo e não foi considerado como característica essencial nos casos julgados.

2.9.2 Contribuições

O segundo critério foi o de contribuições, em que o tribunal entendeu não haver disputa quanto ao fato de a Autora ter despendido seus próprios recursos. O árbitro único entendeu, entretanto, que o tamanho das contribuições não fora, de forma alguma, comparável a de casos como *Salini*, *Bayindir*, *Jan de Nul* ou *Joy Mining*⁵⁶.

⁵³ Parágrafo 106, e da Primeira Decisão

⁵⁴ Em tradução livre do original: “The classical *Salini* hallmarks are not a punch list of items which, if completely checked off, will automatically lead to a conclusion that there is an “investment.” If any of these hallmarks are absent, the tribunal will hesitate (and probably decline) to make a finding of “investment.” However, even if they are all present, a tribunal will still examine the nature and degree of their presence in order to determine whether, on a holistic assessment, it is satisfied that there is an ICSID “investment.””

⁵⁵ Parágrafo 86 da Primeira Decisão

⁵⁶ Parágrafo 109 da Primeira Decisão

2.9.3 Duração do contrato

O terceiro critério analisado foi a duração do contrato. No caso *Malaysian Salvors* a execução durou quase quatro anos, o que a qualifica dentro dos parâmetros de 2 a 5 anos discutidos em *Salini*. Entretanto, a Primeira Decisão considerou que este critério foi cumprido somente no sentido quantitativo, mas não no sentido qualitativo. Isto porque a duração originalmente estipulada do contrato fora de somente 18 meses, e posteriormente estendida por consentimento de ambas as partes. O árbitro argumenta, assim, que o contrato somente conseguiu alcançar a duração mínima disposta em *Salini* por um elemento externo à vontade das partes, uma vez que a duração do contrato dependia em grande parte de quanto tempo a Autora demoraria a encontrar e resgatar a embarcação *Diana*⁵⁷. A natureza do projeto indicava que a empresa poderia ter completado suas obrigações em um período de menos de dois anos e, inclusive, estava contratualmente obrigada a fazê-lo em 18 meses.

2.9.4 Riscos

O quarto critério analisado diz respeito aos riscos assumidos. Neste caso, novamente os requisitos adicionais adotados pelo árbitro resultam em uma decisão diferente da que seria obtida caso os critérios *Salini* houvessem sido seguidos em sua forma original. A Primeira Decisão notou que não estava sob disputa que todos os riscos do contrato foram assumidos unilateralmente pela Autora. Entretanto, o árbitro considerou que o fato de contratos de recuperação marinha tipicamente serem concluídos na base de *no-finds-no-pay* indica que os riscos assumidos pela empresa não eram superiores a riscos comerciais ordinários, intrínsecos à natureza da operação. Portanto, a Autora teria satisfeito o critério *Salini* de risco no sentido quantitativo, mas não no sentido qualitativo⁵⁸.

2.9.5 Contribuição para o desenvolvimento econômico do país receptor

O quinto e último critério analisado foi o de contribuição para a economia da Malásia através do contrato. A esse respeito, o árbitro único considerou que qualquer contrato concluído representaria *alguma* contribuição econômica para o lugar onde fosse executado, mas isso não significa que se trate de um ‘investimento’ nos termos do Artigo 25 (1)⁵⁹.

⁵⁷ Parágrafo 110 da Primeira Decisão

⁵⁸ Parágrafo 112 da Primeira Decisão

⁵⁹ Parágrafo 125 da Primeira Decisão

A Primeira Decisão considerou que a questão da contribuição para o desenvolvimento econômico seria de significativa importância no caso *Malaysian Salvors*, uma vez que outros critérios típicos de ‘investimento’ não foram preenchidos de forma decisiva, tendo sido somente superficialmente satisfeitos.

O caso *Salini* tratou da questão de se um contrato de construção poderia ser considerado investimento nos termos do Artigo 25 (1). A empresa marroquina *Société Nationale des Autoroutes du Maroc* (“ADM”) construía, mantinha e operava estradas e várias vias terrestres no país, baseada em um contrato de concessão firmado com o Ministério de Infraestrutura do Marrocos. No contexto do contrato de concessão, a ADM iniciou uma licitação internacional para a construção de uma estrada ligando as cidades de Fes e Rabat, respectivamente, a segunda e a sexta maiores cidades do Marrocos. *Salini Costruttori S.p.A.* e *Italstrade S.p.A.* submeteram uma proposta conjunta para a construção de uma seção de 50 km da estrada, e um contrato foi firmado. As empresas italianas não foram pagas e ajuizaram ação no ICSID.

No caso *Salini*, o tribunal entendeu que o contrato se configurava como investimento nos termos do Artigo 25 (1), e reiterou que o requerimento de ‘investimento’ é uma condição objetiva, que não pode ser diluída pelo consenso das partes, formando o que o árbitro Shahabuddeen denominou *outer limit* em seu Voto Vencido⁶⁰.

Em sua consideração do requisito de contribuição para o desenvolvimento econômico no caso *Malaysian Salvors*, o árbitro comparou o escopo do contrato do caso que estava a julgar com o contrato do caso *Salini*. Considerou que, ao passo que o contrato em *Salini* resultou na construção de uma infraestrutura que beneficiaria a economia do Marrocos e serviria ao interesse público do país, o contrato em *Malaysian Salvors* não beneficiou o interesse público malaio de forma substancial, nem serviu à sua economia no sentido desenvolvido pela jurisprudência ICSID: as contribuições não foram significativas⁶¹.

Assim, o árbitro cria, no caso, um novo requisito para a contribuição econômica: que ela seja *significativa*.

Continuando em sua análise, a Primeira Decisão nota que, durante a fase de sustentações orais, a Autora buscou demonstrar que o contrato forneceu contribuição à

⁶⁰ Parágrafo 8 do Voto Vencido

⁶¹ Parágrafo 143 da Primeira Decisão

economia da Malásia, uma vez que residentes locais foram empregados pela empresa para “lavar, empacotar, catalogar e fotografar as porcelanas” resgatadas da embarcação Diana⁶². Argumentou ainda que havia dividido com a população malaia empregada um know-how valioso sobre a ciência e o processo de recuperação marítima, o que beneficiaria museus da Malásia. Defendeu que sua execução do contrato havia contribuído para o perfil internacional do país como uma destinação atraente para os interesses de história, tesouros, arqueologia e, como consequência, o contrato geraria movimentação na economia através do turismo. Além disso, o contrato contribuiu com mais de US\$ 1 milhão para os cofres públicos da Malásia.

O tribunal reconheceu que o emprego oferecido aos malaios beneficiou o interesse público e a economia do país de alguma forma⁶³. Considera, entretanto, que o benefício não é da mesma qualidade ou da mesma quantidade considerada pela jurisprudência ICSID, de forma que os benefícios que o contrato forneceu ao Governo da Malásia são em grande parte culturais e históricos.

A Autora argumentou ainda que, embora sua contribuição possa ser pequena se comparada a outros casos julgados pelo ICSID (construção de rodovias, extração de petróleo e utilidades elétricas), a contribuição do contrato foi a maior da história da indústria de resgate marítimo, chegando a pelo menos US\$ 3.8 milhões. A empresa defende que é neste padrão de referência que as contribuições e valor empenhado devem ser medidos.

A esse respeito, o tribunal decidiu que os requisitos do termo ‘investimento’ da Convenção ICSID não podem depender do tamanho do contrato em relação à indústria em que se insere, mas devem, sim, ser mensurados tendo por referência sua contribuição para a economia do país receptor⁶⁴. O árbitro nota que o contrato não alcança a magnitude econômica de outros casos julgados previamente pelo Centro, citando o caso *Joy Mining*, em que garantias prestadas pela empresa no valor de 9.6 milhões de libras esterlinas, valor muito mais expressivo que a contribuição em *Malaysian Salvors*, foram consideradas como insuficientes para que o contrato constituísse investimento.

A Autora observou que no caso *Patrick Mitchell*, o Comitê *ad hoc* afirmou que a razão pela qual, em alguns casos, a característica do desenvolvimento econômico do país receptor não é mencionada é que os fatos em questão nesses casos tratavam de contratos estatais (*state*

⁶² Parágrafo 132 da Primeira Decisão

⁶³ Parágrafo 132 da Primeira Decisão

⁶⁴ Parágrafo 135 da Primeira Decisão

contracts). Nesses casos, haveria um impacto evidente e inquestionável no desenvolvimento do Estado receptor. A empresa buscou aplicar este argumento ao caso *Malaysian Salvors*. Defendeu que o contrato fora providenciado especificamente e exclusivamente para o Governo da Malásia, de forma que este se beneficiou diretamente do contrato, que tinha um interesse público. A Autora arguiu que o contrato contribuiu não somente com o desenvolvimento econômico do Réu, como também seu desenvolvimento cultural.

A decisão do árbitro único sobre o assunto foi de que nem todo contrato concluído com um Estado soberano terá um impacto positivo em seu desenvolvimento econômico no sentido previsto na Convenção ICSID. O tribunal deve rejeitar quaisquer benefícios políticos e culturais em sua avaliação da satisfação dos requisitos de ‘investimento’. Há que se analisar se os benefícios provenientes do contrato são simplesmente benefícios comerciais ou se, por outro lado, há uma contribuição significativa para a economia do país receptor⁶⁵.

A Primeira Decisão passa a comparar a contribuição no caso *Malaysian Salvors* com a de outros casos da jurisprudência ICSID⁶⁶.

No caso *CSOB*, foi concluído um contrato considerado “instrumental para o desenvolvimento da infraestrutura bancária do país receptor”. Em *Jan de Nul*, o contrato relevante tinha por objeto uma operação de alargamento e aprofundamento de partes do Canal de Suez, canal artificial que permite a navegação entre a Europa e o sul da Ásia sem a necessidade de circunavegação da África, o que reduz a viagem entre a Europa e a Índia em cerca de 7 mil km. O contrato no caso *Bayindir* envolvia a construção de uma rodovia entre Islamabad e Peshawar, duas cidades que se encontram entre as dez maiores do Paquistão.

O árbitro Michael Hwang considerou que nos casos *Jan de Nul* e *Bayindir*, “as contribuições substanciais se manifestaram na forma de projetos de infraestrutura pública que representaram um valor permanente, e providenciaram benefícios tangíveis para o desenvolvimento econômico do país receptor”⁶⁷.

No caso *Malaysian Salvors*, em contraste, a avaliação foi de que o benefício não foi duradouro no sentido aplicável aos projetos de infraestrutura pública ou infraestrutura bancária. O árbitro considerou como especulativa a afirmação de que os contratos de

⁶⁵ Parágrafo 138 da Primeira Decisão

⁶⁶ Parágrafos 140-142 da Primeira Decisão

⁶⁷ Parágrafo 142 da Primeira Decisão

recuperação marinha possam contribuir com uma indústria próspera de turismo. Concluiu, portanto, que a Autora não contribuiu para o desenvolvimento do país receptor de forma significativa⁶⁸.

2.10 Conclusão a partir do exame realizado

A Primeira Decisão delinea duas formas diferentes de se interpretar as características de um investimento: como características típicas (*Typical Characteristics Approach*) ou como requisitos jurisdicionais (*Jurisdictional Approach*). A diferença entre as duas diz respeito à forma como um tribunal sopesará as características de um investimento.

A *Jurisdictional Approach* requer que todas as características estejam presentes para que um contrato seja considerado como investimento. A *Typical Characteristics Approach*, por sua vez, representa uma avaliação que pode aceitar um contrato como ‘investimento’ ainda que uma de suas características esteja presente de forma insuficiente, contanto que outras características estejam presentes de forma marcante.

A linguagem utilizada pela Primeira Decisão se aproxima da *Typical Characteristics Approach*. Ao avaliar que as características de duração do contrato e de riscos assumidos não foram preenchidas de forma substancial, considera que no caso de preenchimento pleno da característica de contribuição para o desenvolvimento do país receptor, ainda seria possível considerar o contrato como ‘investimento’. Uma vez, entretanto, que nem três dos cinco requisitos se mostraram insuficientemente cumpridos, a Primeira Decisão considerou o contrato em *Malaysian Salvors* como não sendo investimento nos termos do Artigo 25 (1) da Convenção ICSID.

Uma vez que a Primeira Decisão considera que a Convenção fornece limites à autonomia dos países signatários de AIs em sua liberdade de definição de ‘investimento’, o árbitro considerou desnecessária a análise detalhada do TBI relevante, e concluiu portanto que o contrato não poderia ser considerado investimento. Portanto, o tribunal ICSID não tem jurisdição para julgar a lide.

⁶⁸ Parágrafo 144 da Primeira Decisão

2.11 Críticas aos requisitos adicionais utilizados pelo árbitro Michael Hwang

O Comitê de anulação se contrapôs à forma como a Primeira Decisão comparou os valores de contribuição no caso em tela com o de outros casos julgados pelo ICSID, assim como à consideração da duração do contrato dentro de um critério de 2 a 5 anos de duração⁶⁹.

Em seus comentários sobre a história da Convenção ICSID, Schreuer menciona considerações de Aron Broches sobre a Convenção. Broches foi *General Counsel* do BIRD e *Chairman* de encontros entre juristas nas fases de implementação do ICSID.

O Sr. Broches chamou atenção para o fato de que o documento não limitou ou definiu os tipos de disputas que podem ser submetidas à conciliação ou arbitragem sob os auspícios do Centro. Foi difícil encontrar uma definição satisfatória. Havia o perigo de que o recurso aos serviços do Centro pudesse ser negado em determinadas situações por razão de a disputa não se qualificar precisamente nos termos da definição da Convenção. Havia ainda o perigo de que uma definição pudesse fornecer a uma parte relutante a oportunidade de frustrar ou atrasar os procedimentos através do questionamento do enquadramento da disputa na definição. Essas possibilidades sugeriram que não era aconselhável definir de forma estreita as disputas que poderiam ser submetidas.⁷⁰

Houve uma redação primitiva da Convenção em que se previa que o Centro não exerceria jurisdição no caso de disputas com valor da causa inferior a US\$ 100 mil. A determinação se fundamentava no fato de procedimentos arbitrais terem um custo elevado, e potencialmente não valerem a pena no caso de contendas de pequeno valor. Mas mesmo essa previsão foi rejeitada ao final como uma restrição desnecessária à vontade das partes⁷¹.

O primeiro *draft* do que se tornou o Artigo 25 (1) previa que “investimento significa qualquer contribuição de dinheiro ou de ativos de valor econômico por um período indefinido de tempo ou, se o período for definido, de não menos de cinco anos”⁷².

Ainda sobre a definição de ‘investimento’, uma outra proposta do Secretariado do BIRD tinha a seguinte redação:

⁶⁹ Parágrafo 62 da Decisão do Comitê

⁷⁰ Schreuer, apud Decisão do Comitê, p. 28. Em tradução livre do original: “Mr. Broches called attention to the fact that the document did not limit or define the types of disputes which might be submitted to conciliation or arbitration under the auspices of the Center. It was difficult to find a satisfactory definition. There was the danger that recourse to the services of the Center might in a given situation be precluded because the dispute in question did not precisely qualify under the definition of the convention. There was the further danger that a definition might provide a reluctant party with an opportunity to frustrate or delay the proceedings by questioning whether the dispute was encompassed by the definition. These possibilities suggested that it was inadvisable to define narrowly the kinds of disputes that could be submitted.”

⁷¹ Schreuer, apud Decisão do Comitê, p. 27

⁷² Idem

O termo ‘investimento’ significa a aquisição de (i) direitos de propriedade ou direitos contratuais (incluindo-se direitos sob concessão) para o estabelecimento ou para a condução de um empreendimento industrial, comercial, de agricultura, financeiro ou de serviços; (ii) participações ou ações em qualquer de tais empreendimentos; ou (iii) obrigações financeiras de uma entidade pública ou privada que não sejam obrigações com surgimento a partir de atividades bancárias de curto prazo e instituições de crédito.⁷³

A reação de Estados e seus representantes às propostas de definição foi mista. Mas ao passo que alguns deram suporte aos esforços, a visão prevalecente foi de que não deveria haver um limite monetário imposto às disputas submetidas, e que a contribuição de dinheiro ou outros ativos de valor econômico não deveria ser limitada a durações de mais de cinco anos para que um contrato se definisse como ‘investimento’⁷⁴.

Ao final, uma proposta foi enviada por representantes britânicos. No sentido exposto por Broches, estava ausente qualquer definição de investimento sob a justificativa de que uma definição somente criaria dificuldades a respeito da jurisdição. De acordo com Schreuer em seus comentários sobre a história da Convenção ICSID, a proposta dos britânicos foi adotada pela grande maioria do *Legal Committee* (Schreuer, 2009, p.123).

No mesmo sentido, o *Report* dos diretores executivos esclareceu⁷⁵:

Nenhuma tentativa de definição do termo ‘investimento’ foi realizada, dado o requisito essencial de consentimento das partes, e o mecanismo através do qual os Estados signatários podem tornar público, se assim desejarem, quais tipos de disputados eles considerariam ou não submeter ao Centro.

Com base nestes marcos a respeito da Convenção ICSID, o Comitê de Anulação considerou que:

Deliberadamente nenhuma definição de ‘investimento’ para o Artigo 25 (1) foi adotada⁷⁶;

- Um piso-limite para o valor de investimento foi rejeitado⁷⁷;

⁷³ Idem. Em tradução livre do original: “The term ‘investment’ means the acquisition of (i) property rights or contractual rights (including rights under a concession) for the establishment or in the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprise; (ii) participations or shares in any such enterprise; or (iii) financial obligations of a public or private entity other than obligations arising out of short-term banking or credit facilities”

⁷⁴ Parágrafo 66 da Decisão do Comitê

⁷⁵ Parágrafo 27 do *Report*

⁷⁶ Parágrafo 71 da Decisão do Comitê

⁷⁷ Idem

- O requisito de duração indefinida ou não menor de 5 anos para um investimento foi rejeitada⁷⁸;
- O consentimento das partes foi adotado como o critério mais importante (*critical criterion*)⁷⁹.

Estas conclusões foram os pontos de partida a partir dos quais o Comitê de Anulação rejeitou as comparações feitas pela Primeira Decisão entre o contrato no caso *Malaysian Salvors* e outros de maior expressão econômica julgados em casos anteriores por Cortes ICSID. O Comitê também rejeitou os limites temporais e o critério de “preenchimento qualitativo” criado pelo árbitro Michael Hwang⁸⁰.

Com base no histórico de preparação da Convenção ICSID, e no *Report* dos Diretores Executivos, o Comitê entendeu a recusa do árbitro único em exercer jurisdição e em aplicar a definição de investimento nos termos da Convenção como um erro grosseiro (*gross error*) que deu causa a uma recusa manifesta (*manifest failure*) de exercício da jurisdição⁸¹.

O Comitê de Anulação entende essa recusa de exercício de jurisdição como excesso manifesto de poder, porque o exercício de jurisdição, quando ela existe, é dever do árbitro⁸². Trata-se de uma hipótese de anulação do laudo arbitral nos termos do Artigo 52 (1) (b) da Convenção ICSID, que determina:

(1) Qualquer das partes pode requerer a anulação de um laudo através de uma petição por escrito, endereçada ao Secretário Geral, por um ou mais de um dos seguintes motivos:

(...)

(b) o Tribunal excedeu manifestamente os seus poderes;⁸³

O mecanismo previsto no referido artigo é de anulação, e não de reforma da decisão. A Primeira Decisão foi anulada, mas a questão foi deixada para decisão por um futuro

⁷⁸ Idem

⁷⁹ Idem

⁸⁰ Parágrafo 80 (b) da Decisão do Comitê

⁸¹ Parágrafo 74 da Decisão do Comitê

⁸² Parágrafo 80 da Decisão do Comitê

⁸³ Em tradução livre do original: “(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;”

Tribunal ICSID, caso a Autora decidisse propor nova ação, o que não ocorreu até a data de elaboração do presente trabalho.

CAPÍTULO III – O SENTIDO DO ARTIGO 25 (1) DA CONVENÇÃO ICSID EM DECISÕES POSTERIORES

Em seu voto vencido, o árbitro Mohammed Shahabuddeen delineou que a solução do caso dependia da percepção que se tenha dos objetivos do ICSID: A jurisdição do Centro deve depender unicamente da vontade das partes? Ou, por outro lado, deve depender da vontade das partes na medida em que esta se sujeita à conformidade com os objetivos do ICSID enquanto instituição preocupada com o desenvolvimento econômico do país receptor?⁸⁴

O árbitro denomina a primeira como visão subjetivista (que tratamos como “segunda corrente”) e a segunda como objetivista (“primeira corrente”). A cisão marca um embate de titãs entre ideias, e também entre países que exportam e países que importam capital. O Voto Vencido se baseou na visão objetivista, ao passo que decisão do Comitê de Anulação, que prevaleceu, se fundou na visão subjetivista. O árbitro alerta que a visão subjetivista parece estar em ascensão, o que representa um risco ao que ele considera como objetivo fundamental do ICSID: a promoção do desenvolvimento econômico. Analisemos então como o tema foi tratado em decisões posteriores.

3.1 Decisões posteriores

Decisões exaradas em 2012 se focaram principalmente em três fatores: contribuição, risco e duração.

O tribunal em *Electrabel v. Hungria* notou:

“apesar de não haver unanimidade entre tribunais a respeito dos elementos de um investimento, há um consenso geral de que três critérios objetivos são elementos necessários de um investimento: (i) contribuição, (ii) uma certa duração e (iii) um elemento de risco.”⁸⁵

O tribunal considerou que, embora o desenvolvimento econômico do país receptor fosse um dos objetivos da Convenção ICSID e uma consequência desejável do investimento, não se trata de um requisito jurisdicional⁸⁶.

⁸⁴ Parágrafo 62 do Voto Vencido

⁸⁵ Parágrafo 5.43 da Decisão *Electrabel v. Hungria*

⁸⁶ Idem

No mesmo sentido, a decisão no caso *Deutsche Bank v. Sri Lanka* avaliou que o desenvolvimento da prática arbitral ICSID sugere que somente três critérios são relevantes para o propósito de definição de um investimento, novamente citando contribuição, risco e duração⁸⁷. O tribunal se contrapõe diretamente aos critérios *Salini* e determina que os critérios de contribuição para o desenvolvimento econômico do país receptor e a regularidade de lucros e retornos não devem ser utilizados como elementos adicionais de avaliação.

Aplicando os três critérios ao contrato de hedge em questão, o tribunal concluiu que todos foram preenchidos. Em particular, considerou que o contrato de hedge envolvia uma contribuição para o Sri Lanka, notando que uma contribuição não está adstrita a termos financeiros, mas inclui também know-how, equipamento, pessoal e serviços⁸⁸.

A respeito da duração, o contrato originalmente se estenderia por 12 meses, mas foi terminado após 125 dias. O contexto é contrastante com o caso *Malaysian Salvors*. Neste, a execução do contrato acabou durando mais do que o estipulado, e o árbitro entendeu pelo não cumprimento do requisito estabelecido em jurisprudência prévia de 2 a 5 anos. No caso *Deutsche Bank*, por outro lado, tanto a duração estipulada quando a efetiva duração do contrato foram mais curtas do que o critério de 2 a 5 anos presentes em outros casos ICSID, mas mesmo assim o árbitro não considerou os fatos como impedindo a jurisdição do Centro. A decisão foi no sentido de que projetos de curto prazo não podem ser excluídos da categoria de investimento simplesmente em função de sua curta duração. Esta deve ser analisada à luz de todas as circunstâncias e do engajamento (*commitment*) geral do investidor.

O caso *Quiborax v. Bolívia* teve decisão em sentido similar. O tribunal entendeu que o engajamento de recursos, risco e duração são parte da definição ordinária de investimento, ao passo que a contribuição para o desenvolvimento do país receptor, conformidade com as leis deste país e o respeito à boa-fé não o são⁸⁹. Em aplicação do elemento de contribuição ou engajamento de recursos a um dos acionistas chilenos da empresa local, que detinha concessões de mineração na Bolívia, o tribunal concordou com a distinção feita pela parte ré entre os objetos de um investimento, tais quais ações ou concessões e a ação de investir⁹⁰. Em particular, o tribunal considerou que enquanto ações ou outros valores mobiliários podem ser a materialização jurídica de um investimento, a simples propriedade de uma ação é, por si

⁸⁷ Parágrafo 295 da Decisão *Deutsche Bank v. Sri Lanka*

⁸⁸ Parágrafo 297 da Decisão *Deutsche Bank v. Sri Lanka*

⁸⁹ Parágrafo 219 da Decisão *Quiborax v. Bolívia*

⁹⁰ Idem

própria, insuficiente para provar a contribuição de dinheiro ou ativos. Neste caso, não havia evidência de uma contribuição original, como o pagamento original pela ação, nem uma contribuição subsequente do acionista para a exploração das concessões de mineração⁹¹.

As decisões exaradas em 2013 continuam na controvérsia a respeito do sentido do termo ‘investimento’ e da relevância dos critérios *Salini*.

O tribunal em *Philip Morris v. Uruguai* decidiu que a noção de ‘investimento’ no Artigo 25 (1) “cobre um largo leque de operações econômicas, confirmando o amplo escopo de sua aplicação, sujeita à possibilidade de Estados restringirem a jurisdição *ratione materiae* ao limitar seu consentimento na legislação sobre investimento ou no tratado aplicável”⁹². O tribunal reconheceu a existência dos *outer limits* defendidos pela primeira corrente, notando, por exemplo, que uma única transação comercial não se qualifica como investimento. Entretanto, a decisão foi de que cabe aos Estados, através dos AII, definir o escopo de o que desejam ser entendido como ‘investimento’⁹³.

No caso *Ambiente Ufficio v. Argentina*, o tribunal adotaram uma postura diferente daquela encontrada em *Philip Morris* e focaram primariamente na análise dos critérios *Salini*, e não do AII relevante⁹⁴.

A maioria do tribunal em *Ambiente Ufficio* considerou que os critérios *Salini* não são requisitos obrigatórios para a jurisdição do Centro nos termos do Artigo 25 (1) da Convenção. Ao mesmo tempo, notaram:

Os critérios ainda podem se provar úteis, contanto que sejam tratados como linhas-guia e sejam aplicados em conjunção e de maneira flexível. Os critérios podem ajudar a identificar e excluir fenômenos extremos que devem permanecer fora de uma leitura, ainda que ampla, do termo ‘investimento’ no Artigo 25 da Convenção ICSID.

No mesmo sentido da decisão em *Abaclat v. Argentina*, a maioria do tribunal em *Ambiente Ufficio* considerou que papéis do tesouro não poderiam ser comparados com transações comerciais singulares, e de forma que não encontrou motivo para excluir a contenda da jurisdição do ICSID, na medida em que havia evidência de que os países

⁹¹ Idem

⁹² Parágrafo 200 da Decisão *Philip Morris v. Uruguay*

⁹³ Idem

⁹⁴ Parágrafo 481 da Decisão *Ambiente Ufficio v. Argentina*

envolvidos, Argentina (enquanto ré) e Itália (enquanto domicílio do investidor) consideraram que estes investimentos deveriam ser protegidos⁹⁵.

Um dos árbitros em *Ambiente Ufficio* discordou da maioria, notando que uma interpretação de direito internacional guiada pela boa-fé do termo ‘investimento’ no Artigo 25 da Convenção ICSID resultaria na exclusão do portfólio de investimentos e outros produtos financeiros negociáveis, circulados em rápida velocidade em mercados de capitais e em locais geograficamente remotos em relação ao Estado onde o investimento deve ocorrer, entre pessoas que não guardam nenhuma relação com a atividade econômica do país receptor⁹⁶.

O tribunal no caso *KT Asia v. Cazaquistão* reconheceu que o autor teria de demonstrar ter realizado um investimento no sentido da definição objetiva desenvolvida no contexto da Convenção ICSID para que o tribunal tivesse jurisdição sobre a contenda⁹⁷. Citando decisões passadas, o tribunal considerou como definição objetiva o engajamento de recursos, a duração e o risco tomado pelo particular contratante. De forma similar à decisão *Philip Morris*, entretanto, o tribunal em *KT Asia* rejeitou a relevância da contribuição do investimento para o desenvolvimento econômico do país receptor. O tribunal notou que enquanto o desenvolvimento é um dos objetivos proclamados na Convenção, o objetivo por si não é um critério independente da definição de investimento⁹⁸.

3.2 A projeção futura do tema tratado pelo caso *Malaysian Salvors*

Os desenvolvimentos recentes no tema da definição de ‘investimento’ no contexto do Artigo 25 (1) tendem para a corrente subjetivista, conforme previu Shahabuddeen⁹⁹. O embate entre ideias é comentado de forma elucidativa pelo professor Peter Muchlinski. Em comentário ao caso *Malaysian Salvors*, Muchlinski nota que a discordância entre a maioria do Comitê de Anulação e Mohammed Shahabuddeen representa um dilema no Direito do Investimento Internacional: trata-se de um Direito de proteção ao investimento, pura e simplesmente? Neste caso, a noção de investimento deve ser tão ampla quanto possível para facilitar acesso aos meios de solução de conflitos para o investidor. Ou trata-se, por outro lado, de um Direito de cooperação econômica internacional? Neste caso, é essencial que os interesses do investidor privado sejam equilibrados com os interesses públicos do país

⁹⁵ Parágrafos 471-472 da Decisão *Ambiente Ufficio v. Argentina*

⁹⁶ Parágrafos 262-263 da Opinião Dissidente do árbitro Santiago Torres Bernárdez

⁹⁷ Parágrafo 168 da Decisão *KT Asia v. Kazakhstan*

⁹⁸ Idem

⁹⁹ Parágrafo 63 do Voto Vencido

receptor e a contribuição ao desenvolvimento será vista como um requisito jurisdicional (Muchlinski, 2010, p. 183).

Em seu Voto Vencido, Shahabuddeen fornece fundamentos com base nos quais considera o desenvolvimento como objetivo do ICSID.

Primeiramente, o preâmbulo da Convenção, onde se lê:

“Considerando a necessidade de cooperação internacional para o desenvolvimento econômico e o papel do investimento privado internacional nestes fins

Tendo em mente a possibilidade de que, de tempos em tempos, disputas possam surgir em conexão com tal investimento entre Estados contratantes e nacionais de Estados contratantes”

O propósito do Centro seria então de resolver disputas que digam respeito a “tal investimento”, sendo que esse investimento está inserido no contexto de cooperação internacional para o desenvolvimento econômico.

O quinto parágrafo preambular da Convenção tem a seguinte redação: “Desejando estabelecer tais instalações sob os auspícios do Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento”. A conexão institucional quando da fundação do ICSID seria também um indício de que o objetivo foi, desde o princípio, a promoção da cooperação para o desenvolvimento.

Com efeito, a influência do BIRD é ilustrada também pelo Artigo 2 da Convenção ICSID, que determina que “a sede do Centro será no escritório principal do Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento”. Os gastos decorrentes do Centro não dizem respeito somente à instituição. Quaisquer excessos que o ICSID não conseguir cobrir através das custas cobradas pelo uso de suas instalações ou por outras formas de receita são cobertos pelos Estados signatários que são membros do BIRD, na proporção de suas respectivas cotas de capital do Banco. Os ativos, propriedades e receitas do Centro, assim como suas operações e transações não são tributáveis: os Estados devem abdicar desses elementos de sua receita frente ao ICSID.

Shahabuddeen argumenta ser uma inferência razoável a afirmação de que os Estados signatários não aceitaram esses fardos para beneficiar transações que não promovessem o

desenvolvimento econômico dos Estados¹⁰⁰. Difícil defender que uma transação comercial, objetivando somente o enriquecimento da empresa contratante e desconectada do desenvolvimento econômico do país receptor, pudesse ser trazida a julgamento pelo Centro. Schreuer nota que “sempre esteve claro que transações comerciais ordinárias não seriam cobertas pela jurisdição do Centro”.

No mesmo sentido, o *Report* determina em seu parágrafo 9 que: “ao submeter a Convenção anexa aos governos, os Diretores Executivos estão tomados pelo desejo de fortalecer a parceria entre países na causa pelo desenvolvimento econômico”¹⁰¹. O tribunal em *Amco v. Indonésia* concluiu que “a Convenção visa proteger, na mesma extensão e com o mesmo vigor, o investidor e o Estado receptor, sem se olvidar de que proteger investimentos é proteger o interesse geral do desenvolvimento e de países em desenvolvimento”¹⁰².

¹⁰⁰ Parágrafo 21 do Voto Vencido

¹⁰¹ Em tradução livre do original: “[i]n submitting the attached Convention to governments, the Executive Directors are prompted by the desire to strengthen the partnership between countries in the cause of economic development.”

¹⁰² Citado a partir do Parágrafo 19 do Voto Vencido. Em tradução livre do original: “[t]hus, 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.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Defender que a contribuição do investimento para o desenvolvimento do Estado receptor seja um requisito jurisdicional é por vezes uma tarefa árdua, uma vez que isto não está determinado expressamente nos textos relevantes. Mas como notou Shahabuddeen, há muitas coisas que não estão dispostas expressamente e mesmo assim integram o Direito, porque podem ser inferidas do contexto. E no tema desenvolvido, o contexto é farto no sentido de defender a cooperação internacional para o desenvolvimento enquanto objetivo primordial do ICSID.

Não se pode perder de vista que o contexto dos AIIs não é um contexto de equilíbrio entre as partes. Os termos de definição de investimento são muito abrangentes e há várias cláusulas de proteção aos aportes de capital.

Rudolph von Jhering foi veemente em sua obra *A luta pelo direito*:

Todo direito no mundo foi adquirido pela luta; esses princípios de direito que estão hoje em vigor foi indispensável impô-los pela luta àqueles que não os aceitavam; assim, todo o direito, tanto o de um povo, como o de um indivíduo, pressupõe que estão o indivíduo e o povo dispostos a defendê-lo.

Conforme o panorama histórico apresentado por Schneuwly, o Direito do Investimento Direto Internacional é um mecanismo permeado pela dicotomia entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, e que surge como continuação de um sistema de imperialismo que durou por séculos. Se esse ramo do Direito fosse depender de termos expressos para buscar um equilíbrio entre investidor e país receptor, em grande medida ainda estaríamos na época dos contratos de concessão altamente exploratórios.

Os tribunais ICSID são, portanto, uma possível via para a evolução do sistema jurídico de investimento internacional, e podem se basear nos argumentos de doutrina, jurisprudência do Centro e análise do histórico da Convenção para legitimar decisões que equilibrem as relações entre investidores e países receptores.

Entender a contribuição para o desenvolvimento econômico como requisito da classificação de ‘investimento’ para fins de jurisdição ICSID é um passo importante na busca desse equilíbrio. O requisito funciona como incentivo a investimentos que realmente contribuam com o país receptor, uma vez que o ambiente institucional do Centro proporciona

um grau de segurança jurídica muito maior para o investidor do que as instituições internas de países receptores, com todas as suas possíveis vicissitudes.

Notamos que, inicialmente, houve uma quantidade de decisões ICSID contra investidores. No cômputo geral de casos julgados até o final de 2013, 26% foram extintos por meio de acordo entre as partes, 31% tiveram uma decisão a favor do investidor e 43% foram decididos em favor do Estado receptor (UNCTAD, 2014, p. 10). A situação que levou alguns pesquisadores e profissionais atuantes na área a comentar que a arbitragem baseada em TBIs começara a favorecer Estados ao invés de investidores e considerar alternativas à arbitragem investidor-Estado no modelo ICSID. Mas este não pode ser um argumento para afastar uma linha teórica que coloca o Centro como instituição que busca promover o desenvolvimento econômico e a cooperação entre as nações.

Richard Deutsch comenta, por outro lado, que a despeito das dúvidas das partes que foram vencidas, o sistema de arbitragem atual é, em alguns casos, a única alternativa para investidores estrangeiros ao sistema jurídico doméstico e o controle que o governo exerce sobre o processo judicial. Na visão de Deutsch, o ICSID provou ser um método extremamente confiável para a solução e controvérsias entre investidores e países em um contexto de neutralidade (Deutsch apud Schneuwly, 2012, p. 45)

Por todo o exposto, apoiamos as conclusões desenvolvidas pela primeira corrente. Esperamos que a tendência recente de julgamentos dê lugar à tese objetivista, de forma a 1) considerar o Artigo 25 (1) da Convenção ICSID como limitação da liberdade das partes em definir investimentos por meio de AIIs, de forma que se entenda ‘investimento’ nos termos da Convenção como tendo um sentido objetivo e 2) dentro do sentido de ‘investimento’ na convenção, considerar a contribuição ao desenvolvimento econômico do país receptor como elemento, constituindo-se em verdadeiro requisito jurisdicional do ICSID.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GRAVELLE, J. G. Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion. *National Tax Journal*, 62(4), 727–753. Congressional Research Service, 2015. Disponível em <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40623.pdf>
- MUCHLINSKI, Peter. (2008a). Corporate Social Responsibility. In *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Disponível em <http://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/9780199231386.001.1/law-iic-9780199231386>
- MUCHLINSKI, Peter. (2008b). *Policy Issues*. In *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Disponível em <http://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/9780199231386.001.1/law-iic-9780199231386>
- MUCHLINSKI, Peter. Holistic Approaches to Development and International Investment Law: The Role of International Investment Agreements. In *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*. Edward Elgar, 2010. Disponível em <http://eprints.soas.ac.uk/13453/>
- MUCHLINSKI, Peter., RIPINSKY, Sergey (2012). “Fair and Equitable Treatment: A Sequel” *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. Disponível em www.unctad.org/en/docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf
- OCDE. “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law. OCDE, 2004. Disponível em http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf
- OCDE. *Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais Edição de 2011*. OCDE, 2011. Disponível em
- SCHNEUWLY, Anne Mirjam. International Investment Law and its Instruments : Managing Risks to Investors and Host States. Fribourg: 2012. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2200347
- SCHREUER, Cristoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. American journal of international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- UNCTAD. *International Investment Agreements: Key Issues*. UNCTAD, 2004. Disponível em unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf
- UNCTAD. *Most-Favoured-Nation Treatment: a Sequel*. New York. UNCTAD, 2010. Disponível em unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf
- UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. UNCTAD, 2014. Disponível em unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf

WALKER, J. *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. *Statistical News*. OCDE, 1983

LACORDAIRE, Henri. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848.