

**FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

GEORGE SANT'ANA HAUSCHILD

**“INVESTIDOR, O SEU ACESSO FOI NEGADO”: OS ELEMENTOS
PROCEDIMENTAIS PARA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE *DENIAL OF
BENEFITS* EM TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO POR *INVESTOR-
STATE TRIBUNALS***

**PORTO ALEGRE
2018**

GEORGE SANT'ANA HAUSCHILD

**“INVESTIDOR, O SEU ACESSO FOI NEGADO”: OS ELEMENTOS
PROCEDIMENTAIS PARA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE *DENIAL OF
BENEFITS* EM TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO POR *INVESTOR-
STATE TRIBUNALS***

Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador (a): Prof. Luís Renato Ferreira da Silva

PORTO ALEGRE
2018

GEORGE SANT'ANA HAUSCHILD

**“INVESTIDOR, O SEU ACESSO FOI NEGADO”: OS ELEMENTOS
PROCEDIMENTAIS PARA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE *DENIAL OF
BENEFITS* EM TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO POR *INVESTOR-
STATE TRIBUNALS***

Trabalho de Conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul.

Trabalho aprovado em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Luís Renato Ferreira da Silva

Prof. Dr. Fabiano Menke

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho seria possível sem a ajuda de uma grande quantidade de pessoas, as quais infelizmente (mais por incompetência do que por falta de vontade) não listarei aqui.

Assim, registra-se um agradecimento a todos aqueles sem breques, sem respeito, aloísios, fabelíssimos e PDDenses. Sem vocês a estrada seria muito mais sinalizada, mais rápida, mais reta, muito mais feia e infinitamente mais chata.

Em exceção, agradeço pessoalmente a Prof. Luis Renato Ferreira da Silva, Raphael Lang Silva, Laura Guimarães, Ulisses Pizzolatti, Bruna Oliveira, Fernanda Santi e Victória Dutra por todo apoio e pela parcela considerável de cada um no resultado deste trabalho. Por último, agradeço de forma especial a Inaê Oliveira, por ao longo deste ano ter sido, além de amiga, uma verdadeira companheira de *front*.

Agradeço também a Pedro Deos, Bianca Onófrio e Gustavo Sanseverino, por todo o apoio e amizade dados diariamente ao longo do ano.

Por fim, agradeço a meus pais, Norman e Vera, e à minha irmã, Eliza, por absolutamente tudo.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar os elementos procedimentais para aplicação da cláusula denominada *denial of benefits*, utilizada em parcela considerável dos tratados internacionais de investimento atualmente vigentes em âmbito mundial. A cláusula consiste, em termos práticos, em um mecanismo a favor do Estado no qual este pode negar acesso ao investidor estrangeiro aos direitos conferidos a ele pelo Estado-parte do tratado internacional de investimento. Para este fim, analisou-se primeiramente a origem, os elementos e os objetivos gerais de tratados de investimento, bem como a estrutura e a dinâmica de suas principais cláusulas, incluindo-se aí a denominada *denial of benefits*. Segundamente, analisou-se se a natureza do exercício da cláusula – se objeção à jurisdição ou à admissibilidade do tribunal arbitral –, traçando-se uma divisão entre decisões proferidas por tribunais sob a jurisdição da *Energy Treaty Charter* e por tribunais sob jurisdição de outros tratados de investimento. A partir disto, analisaram-se os denominados elementos procedimentais para a aplicação da cláusula de *denial of benefits* – (i) momento adequado para seu exercício e (ii) e retroatividade de seus efeitos – e quais as respostas dadas por tribunais arbitrais em relação a ambos os assuntos. Nos pontos abordados nesta segunda parte, foram apresentadas as diversas posições adotadas sobre os assuntos postos (admissibilidade / jurisdição e requisitos procedimentais e efeitos de aplicação), bem como se indicaram incongruências incorridas por tribunais arbitrais em relação a eles. Conjuntamente, se buscou apresentar soluções para tais, apresentando-se soluções práticas e critérios mais claros para aplicação e utilização da cláusula.

Palavras-chave: admissibilidade; arbitragem comercial; arbitragem de investimentos; arbitragem internacional; *investor-state* arbitration; jurisdição; tratado bilateral de investimento; tratado multilateral de investimento; *denial of benefits*; *denial of benefits clause*; *denial of benefits provision*; *preclusion*; *retroactive effects*.

ABSTRACT

This paper aims at analysing the procedural elements of the so called “denial of benefits clause”, used in a considerable amount of the international investment treaties currently in force worldwide. It consists, in practical terms, in a pro-state mechanism in which the State may deny to the investor access to the rights granted by an international investment treaty to the foreign investors of the other state contracting party. For this purpose, it was first analysed the origins, elements and general objectives of investment treaties, as well as the structure and dynamics of its main clauses, including the denial of benefits one. Secondly, it was analyzed the nature of the exercise of the clause by the state - whether it consisted on an objection to the jurisdiction or to the admissibility of the arbitral tribunal - by separating arbitral decisions in two groups: decisions by tribunals under the jurisdiction of the Energy Treaty Charter and decisions by tribunals under the jurisdiction of other investment treaties. From this point, it was analyzed the so-called procedural requirements for the application of the denial of benefits clause - (i) the appropriate moment for its exercise and (ii) the retroactivity of its effects – and what are the answers given by arbitral tribunals in relation to both issues. In the the second part, it was presented the various positions adopted by tribunals and scholars (admissibility / jurisdiction and procedural requirements and effects of application), as well as inconsistencies by arbitral practice in relation to them. At the same time, it was sought to present answers for such inconsistencies, providing practical solutions and clearer criteria for application and use of the denial of benefits clause.

Keywords: admissibility; commercial arbitration; investment arbitration; international arbitration; investor-state arbitration; jurisdiction; bilateral treaty of investment; multilateral treaty of investment; denial of benefits; denial of benefits clause; denial of benefits provision; preclusion; retroactive effects.

LISTA DE ABREVIATURAS

BIT	Tratado Bilateral de Investimento (<i>Bilateral Investment Treaty</i>)
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
CAFTA	O Tratado de Livre Comércio entre Estados Unidos, América Central e República Dominicana
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CVDT	Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados, ratificada pela República Federativa do Brasil em 25 de Setembro de 2009
EUA	Estados Unidos da América
FMI	Fundo Monetário Internacional
ICJ	Corte Internacional de Justiça (<i>International Court of Justice</i>)
ICSID	Centro Internacional de Solução de Controvérsias relativas a Investimentos (sigla do inglês <i>International Center for the Settlement of Investment Disputes</i>)
NAFTA	Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (sigla do inglês <i>North American Free Trade Agreement</i>), vigente a partir de 1º de janeiro de 1994
OECD	Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento
OIC	<i>Organisation of the Islamic Confernce</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
PCA	<i>Permanent Court of Arbitration</i>
PCIJ	Corte Permanente de Justiça Internacional
SCC	Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (<i>Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce</i>)
UNCITRAL	<i>United Nations Comission on International Trade Law</i>
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO	11
2.1	CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....	11
2.2	TRATADOS DE INVESTIMENTO.....	15
2.2.1	Definição de investimento em tratados de investimento	16
2.2.2	<i>Standards</i> de proteção de investimento.....	17
2.2.3	Proteção específica contra expropriações.....	20
2.2.4	Arbitragem investidor-Estado.....	22
2.2.5	A Cláusula de <i>Denial of Benefits</i>	24
3	ELEMENTOS PROCEDIMENTAIS DE APLICAÇÃO	26
3.1	JURISDIÇÃO OU ADMISSIBILIDADE.....	26
3.1.1	Definição.....	26
3.1.2	A distinção entre jurisdição e admissibilidade.....	27
3.1.3	A natureza de jurisdição / admissibilidade da aplicação da cláusula de <i>denial of benefits</i> 29	
3.1.3.1	Jurisdição	30
3.1.3.2	Admissibilidade	31
3.1.4	Razões determinantes para ausência de uniformidade na aplicação da cláusula....	32
3.2	A FORMA DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE <i>DENIAL OF BENEFITS</i>	37
3.2.1	Momento adequado para o seu exercício	38
3.2.1.1	Notificação prévia ao surgimento da disputa	39
3.2.1.2	Notificação concomitante / após surgimento da disputa	40
3.2.1.3	Análise das decisões proferidas por tribunais arbitrais em relação ao momento adequado para exercício da cláusula	42
3.2.2	Efeitos de sua aplicação no tempo.....	48
3.2.2.1	Efeitos Prospectivos	48
3.2.2.2	Efeitos Retroativos	50
3.2.2.3	Análise acerca da retroatividade de efeitos	51
4	CONCLUSÃO	55
	REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto, em sua primeira parte, o estudo de tratados bilaterais de investimento e, em sua segunda parte, a análise dos requisitos procedimentais para aplicação de uma cláusula denominada por tribunais internacionais e doutrina como *denial of benefits*, a qual está presente em boa parte dos tratados de investimento atualmente em vigor.

A celebração de tratados de investimento entre Estados teve considerável aumento ao longo do século XX, com objetivo de potencializar a realização de investimentos estrangeiros nos territórios de países menos desenvolvidos, bem como aumentar a circulação de bens e serviços entre nações. Nestes tratados, Estados se comprometem uns aos outros a uma série de práticas as quais se entendem positivas para promoção e proteção de investimentos estrangeiros. Em outras palavras, para além da garantia de direitos e vantagens recíprocos, há também a criação de deveres, os quais devem ser observados por Estados signatários e seus nacionais na condução da relação estabelecida.

Dentro deste “pacote” de direitos e deveres recíprocos, há cláusulas as quais estão presentes em praticamente todo e qualquer tratado de investimento, seja ele bilateral ou multilateral. Pode-se dizer que formam a “espinha dorsal” de todo e qualquer tratado de investimento. São elas: (i) a definição de investimento; (ii) o estabelecimento de *standards* de proteção e tratamento a investidores e investimentos situados em território estrangeiro; (iii) proteção específica contra expropriações; (iv) cláusula arbitral para resolução de disputas e (v) cláusula de *Denial of Benefits*.

Dentre elas, a cláusula arbitral se mostra especialmente relevante. O acesso à arbitragem “investidor-Estado” consiste hoje em uma das ferramentas mais importantes para a atração de investimento estrangeiro. Mais do que um simples mecanismo de resolução de disputas qualificado e célere, a sua utilização significa garantir ao investidor uma forma isenta para resolução de disputas, alternativa ao poder judiciário doméstico, que por diversas vezes se mostra ineficiente, parcial e despreparado para resolução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros envolvendo Estados e investidores privados, em setores de alta relevância, tais como energia, telecomunicações, mercado de capitais e farmacêutico.

Assim, a primeira parte do trabalho se divide em duas seções. Na primeira, traça-se, ainda que de forma breve, uma contextualização histórica acerca dos tratados bilaterais de investimento e a evolução das doutrinas jurídicas a respeito proteção do investimento estrangeiro, desde suas origens até o cenário internacional atual. Na segunda, trata, uma a uma, dos referidos elementos básicos presentes em cada tratado.

Já a segunda parte deste trabalho trata especificamente da cláusula de *Denial of Benefits*. Conforme já dito, cuida-se de uma cláusula presente em grande parte de tratados de investimento atualmente em vigor, e, embora possa haver variação textual em sua redação de tratado para tratado, pode-se dizer que seus termos são os mesmos e sua função e objetivo também: garantir a estados signatários a possibilidade de negar os benefícios conferidos pelo tratado (tais como regras protetivas especiais contra expropriações, garantia de tratamento justo e equitativo e cláusula de resolução de disputas por arbitragem internacional) a investidores nacionais dos outros Estados signatários que não guardem relação econômica com o Estado do qual dizem ser nacionais.

Trata-se um mecanismo desenvolvido por Estados como resposta ao denominado *treaty shopping* praticado por grupos econômicos, prática através da qual grandes corporações buscam estabelecer subsidiárias em diferentes estados com os quais não guardam qualquer relação política ou econômica¹, com objetivo de obter tratamento diferenciado garantido por tratados que o país possui. A aplicação correta da cláusula, desta forma, teria o último objetivo de garantir que as denominadas *mailbox companies* não sejam abrangidas pelos conferidos por determinado tratado.

De todo modo, o fato é que a aplicação da cláusula não se dá de forma completamente livre, à discricionariedade do Estado. Há (ainda que de forma não expressa na cláusula) mecanismos procedimentais para sua aplicação. Estes mecanismos, aqui chamados de “requisitos procedimentais”, vem proporcionando grandes debates em tribunais arbitrais no mundo todo dada sua implicância prática para a resolução de controvérsias, bem como, em última análise, para a atividade econômica de investidores e à política de investimento estrangeiro de cada Estado. Eles dizem respeito à forma, ao momento adequado e aos efeitos gerados com o exercício da cláusula de *denial of benefits*. É especificamente sobre este assunto que a segunda parte do presente trabalho se debruça.

¹ SKINNER, Matthew; MILES, Cameron A; LUTTRELL, Sam. **Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping**. Oxford: Oxford University Press, 2010 3(3) JWElb 260, p. 260.

2 TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO

O presente capítulo será dividido em duas partes. Na primeira, traça-se uma contextualização histórica do direito internacional de investimento e da celebração de tratados de investimento em geral. Na segunda, apresenta-se um panorama geral das principais cláusulas modelo que se fazem presentes (ainda que com redação não idêntica) nos tratados de investimento atualmente presente.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Embora a origem da proteção jurídica dos interesses de investidores estrangeiros remonte à Idade Média², para compreensão do presente trabalho adota-se como ponto de partida o cenário jurídico em relação à proteção de investimento estrangeiro existente no século XVIII. Nele, como apontado por Christoph Schreuer e Rudold Dolzer³, já em 1796, após o término das tratativas do primeiro FCN (*Treaty on Friendship, Commerce and Navigation*) celebrado entre EUA a França, a importância da proteção jurídica conferida pelo direito internacional à propriedade privada detida por estrangeiros em relação a determinado Estado já era tida como questão jurídica relevante. Naquele ano, o então Vice-Presidente dos EUA, John Adams, havia dado a seguinte declaração: “*There is no principle of the law of nations more firmly established than that which entitles the property of strangers within the jurisdiction of another country in friendship with their own to the protection of its sovereign by all efforts in his power*”⁴.

Mais do que indicar o interesse de Estados soberanos no estabelecimento de normas de direito internacional a respeito do tratamento conferido por Estados ao direito de propriedade detido em seu território por pessoas naturais ou jurídicas de nacionalidade estrangeira, a declaração acima indica o pensamento que predominantemente vigorou até pelo menos 1917. Este afirmava que a proteção da propriedade estrangeira se daria não por meio da criação de

² Por exemplo, no ano de 991 DC, o Império Bizantino, por meio de um documento em latim conhecido como Chrysobul, garantiu aos mercadores de Veneza direitos relativos à realização de transações mercantis em portos e outros locais dentro do território do Império sem a necessidade de pagamento de tributos e outros custos, bem como outros benefícios. Vide Jeswald Salacuse (2015).

³ SCHREUER, Christoph; DOLZER, Rudolph. **Principles of International Investment Law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 02.

⁴ MOORE, John B. **A Digest of International Law**. 4 vol. Washington: Government Printing Office, 1906, p. 05. Tradução livre: “não há princípio mais firmemente estabelecido em direito internacional mais estabelecido do que aquele que coloca a propriedade de estrangeiros nacionais de um estado amigo sob a proteção do soberano de onde está localizada sob sua proteção por todos os meios a seu alcance”.

standards autônomos de tratamento, mas por meio da aplicação da legislação doméstica do próprio Estado no qual se localizava determinada propriedade⁵.

Por trás desta compreensão estava a ideia de que a garantia de tratamento equitativo em relação à propriedade de nacionais e estrangeiros seria suficiente para o atendimento dos interesses de investidores estrangeiros⁶. Ou seja: partia da concepção de que todos os Estados (ou simplesmente de que o Estado-parte no tratado ou convenção) adotariam um regime jurídico da propriedade de nacionais que fosse compatível com os interesses dos nacionais dos outros Estados-parte (ou simplesmente do(s) outro(s) Estado(s) parte(s) no tratado ou convenção).

Contudo, apesar de se entender que a referida linha de pensamento ter vigorado até por volta de 1917, o fato é que, a partir de 1868, na obra denominada *Derecho Internacional Teórico y Práctico*, de Carlos Calvo⁷, começa a sugerir uma nova perspectiva ao entendimento até então vigente. Neste sentido, a norma de direito internacional deveria ser interpretada de modo a permitir que o Estado receptor do investimento reduzisse o grau de protetividade garantido à propriedade do estrangeiro através de uma redução de igual grau da proteção da propriedade de seus nacionais⁸ – tendo tal entendimento mais tarde se tornado conhecido como “*Calvo Doctrine*”.

Embora não tenha sido adotada como orientação dominante (a qual se manteve no sentido de que o direito internacional impor limites à legislação doméstica), a *Calvo Doctrine* teve papel relevante em diversos debates no cenário internacional, com especial destaque à arbitragem conhecida como “*Lena Goldfields Arbitration*”, em 1930. Esta teve como pano de fundo a expropriação de companhias pela União Soviética após a Revolução Russa de 1917⁹, e a diversas controvérsias envolvendo a expropriação, pelo México, de uma série de terras pertencentes a nacionais dos EUA ao final da década de vinte. Em contrapartida à *Calvo Doctrine*, deu-se o surgimento da “*Hull Formula*”, quando o então Secretário de Estado dos EUA, Cordell Hull, enviou uma carta ao governo mexicano na qual se posicionou no sentido

⁵ Vide Convenção de Amizade, Comércio e Extradução entre os Estados Unidos e Suíça, de 25 de novembro de 1820, Artigo II. “*In case of war or of expropriation for purposes of public utility, the citizens of one of the two countries residing or established in the other shall be placed upon an equal footing with the citizens of the country in which they reside, with respect to indemnities for damages they may have sustained.*” Tradução livre: “Em caso de guerra ou de expropriação para fins de utilidade pública, os cidadãos de um dos dois países residentes ou estabelecidos no outro serão colocados em pé de igualdade com os cidadãos do país em que residem, no que diz respeito a indenizações para danos que possam ter sofrido”.

⁶ SCHREUER, Christoph; DOLZER, Rudolph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 02.

⁷ CALVO, Carlos. **Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América**. Paris: D'Amiot, 1868.

⁸ SCHREUER; DOLZER, *ibidem*, p. 02.

⁹ Vide Arthur Nussbaum (1950).

de que o direito internacional permitia expropriação de propriedades de estrangeiros, mas que para tanto seria necessária “compensação efetiva, imediata e adequada”¹⁰.

Assim, estabeleceram-se duas visões distintas a respeito da proteção de investimento de interesses estrangeiros – uma adotada por países exportadores de capital, e outra por países importadores. Estas acabaram mais tarde resultando no estabelecimento da doutrina do denominado *Minimum Standard, standard*, de caráter geral (aplicável na esfera de direitos civis, criminais, investimentos, entre outros), tendo sido predecessor dos *standards* atualmente aplicáveis na esfera do direito de investimento internacional, tais como *Fair and Equitable Treatment, Full Protection and Security, Effective Means*, entre outros¹¹.

O confronto jurídico – e, acima de tudo, ideológico – a respeito de quais seriam as normas jurídicas de direito internacional a tratar da proteção de propriedades e investimentos estrangeiros estendeu-se por todo o período pós II Guerra até o início da década de noventa, sendo dele diretamente decorrente as resoluções da Assembleia Geral da ONU de nº 1803 e 3281, tratando, respectivamente, da soberania dos Estados a respeito de recursos naturais¹², e sobre os direitos e deveres econômicos dos estados¹³. Todavia, devido a diversos fatores ocorridos no aludido período, tais como o fim da União Soviética, crises financeiras em diversos países da América Latina, uma comunhão de esforços por parte de países desenvolvidos no estabelecimento de instituições com o objetivo de facilitar e aumentar a fluidez de capital e investimentos entre as nações (dando-se destaque para a celebração da ICSID Convention, de 1965)¹⁴ e um alinhamento de instituições financeiras em relação à necessidade de inserção do setor privado do processo de desenvolvimento econômico e social dos Estados¹⁵, levaram a

¹⁰ SCHREUER; DOLZER, *ibidem*, p. 03.

¹¹ DIEHL, Alexandra. **The Core Standard of International Investment Protection**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, Kluwer Law International, 2012, p. 52.

¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução nº 1803 (XVII)**, adotada em dezembro de 1962, Nova York. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803>.

¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução nº 1803 (XVII)**: Charter of Economic Rights and Duties. Adotada em dezembro de 1974. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2778>>.

¹⁴ A esse respeito, tome-se como exemplo a criação do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), que estabeleceu o sistema que mais tarde originou a Organização Mundial do Comércio (OMC). Vide Jeswald Salacuse (2015, p. 05).

¹⁵ Neste ponto, veja-se o disposto no preâmbulo das Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, publicado no Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, do Banco Mundial (1992): “*Recognizing that that a greater flow of foreign direct investment brings substantial benefits to bear on the world economy and on the economies of developing countries in particular, in terms of improving the long term efficiency of the host country through greater competition, transfer of capital, technology and managerial skills and enhancement of market access and in terms of the expansion of international trade (...)*.” Tradução livre: “Reconhecendo que um fluxo maior de investimento direto estrangeiro traz benefícios substanciais à economia mundial e, em especial, aos países em desenvolvimento, em relação a ganho de eficiência

uma mudança de foco por parte dos estados em desenvolvimento em relação a suas demandas junto à ONU. Transferiu-se a concentração de esforços notadamente concentrada na demanda por maior soberania e independência em relação ao tratamento jurídico dado a propriedades e investimentos estrangeiros para uma maior atração de investimentos estrangeiros em diversos setores da economia¹⁶.

Essa troca de foco veio, evidentemente, seguida de um considerável aumento na celebração de tratados bilaterais e multilaterais de investimentos. Por exemplo, enquanto apenas 309 tratados bilaterais de investimento (BITs) haviam sido concluídos até o final do ano de 1988¹⁷, mais de 2.608 haviam sido concluídos até o final de 2008¹⁸. A celebração de tais tratados teve como objetivo garantir a investidores estrangeiros proteção jurídica maior do que a conferida pelo direito internacional da época. Para isso, a *Hull Formula* se tornou elemento padrão em centenas de tratados de investimentos, os quais passaram a estabelecer, em sua grande maioria, mecanismos protetivos para muito além do mínimo originalmente estabelecido pelo direito internacional costumeiro.

Ressalta-se também que o aumento de tratados de investimento não se deu somente em relações envolvendo, de um lado, países desenvolvidos, e, de outro, países em desenvolvimento. Na realidade, o maior crescimento na celebração de tratados de investimento foi observado justamente em relações envolvendo, dos dois lados, países em desenvolvimento. Observa-se ainda que os dispositivos de tais tratados não apresentam diferenças relevantes em relação àqueles firmados com países desenvolvidos¹⁹.

Frente a esse quadro, conforme o último levantamento feito pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), até o início de 2017 haviam sido concluídos 3.324 tratados internacionais de investimento (englobando-se BITs, tratados

a longo prazo de países receptores de investimento através de aumento da competição, transferência de capital, tecnologia e técnicas produtivas e aprimoramento de acesso ao mercado e em relação à expansão de comércio internacional”.

¹⁶ SCHREUER, Christoph; DOLZER, Rudolph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 05.

¹⁷ SALACUSE, Jeswald W. **The Law of Investment Treaties**, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 08.

¹⁸ CONFERENCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **World Investment Report**, 2008, p. 14.

¹⁹ CONFERENCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking**. Nova York e Genebra, 2007.

multilaterais de investimentos, entre outros)²⁰. Notou-se, ainda, um crescimento do número de tratados de investimento celebrados em 2016 em relação a 2015²¹.

É sobre este contexto histórico brevemente apresentado, saliente-se, que foi construído o presente trabalho. Seu desenvolvimento não se dirige a nenhum tratado de investimento específico, mas àqueles que estejam atualmente em vigor.

No entanto, a opção pela não adoção de um tratado específico para objeto de estudo se mostra atraente e possível pelo considerável grande grau de conformidade entre os tratados de investimento atualmente vigentes, conforme levantamento feito pela UNCTAD em 2006²². Além do mais, especificamente em relação a cláusula de *denial of benefits*, vê-se que ela segue esta mesma tendência geral de conformidade. Portanto, ainda que nem todo e qualquer tratado de investimento a possua, quando a efetivamente possuir, presume-se que, atualmente haverá uma considerável conformidade de texto, interpretação e objetivos dados a cada delas.

2.2 TRATADOS DE INVESTIMENTO

Atualmente, tratados bilaterais²³ de investimento podem ser caracterizados como tratados entre dois países, os quais têm como principal objetivo garantir a nacionais de cada um dos países contratantes algum tipo de tratamento privilegiado na realização de investimentos dentro do território do outro país contratante²⁴. O tratamento privilegiado pode se dar tanto em relação a outros estrangeiros como em relação aos próprios nacionais do Estado no qual se realiza investimento. Além disso, o grau e a forma de tratamento podem variar substancialmente de tratado para tratado.

Contudo, apesar de relevante grau de variabilidade, o fato é que praticamente a totalidade de tratados de investimento atualmente em vigor são construídos com bases nos

²⁰ CONFERENCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD), **World Investment Report**, 2017, p. 111.

²¹ CONFERENCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD), *ibidem*.

²² CONFERENCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD), **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking**, Nova York e Genebra: 2007, p. 11.

²³ Adota-se, neste trabalho, a definição de “tratado” dada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Art. 1.1(a): “1 – Para os fins de presente Convenção: ‘Tratado’ designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular (...)” (Resolução da Assembleia da República nº 67/2003, Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, assinada em 23 de maio de 2009).

²⁴ SALACUSE, Jeswald W. **The Law of Investment Treaties**. 2. ed, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 141.

mesmos pilares em termos de proteção ao investimento²⁵. São eles: (i) definição de investimento; (ii) garantia de algum *standard* de tratamento de investimento estrangeiro (*Fair and Equitable Treatment, Full Protection and Security, Most Favoured Nation, Non-Discrimination e National Treatment*, por exemplo); (iii) regras e critérios objetivos balizadores de proteção contra expropriações, bem como *standards* de compensação pré-definidos; (iv) acesso à arbitragem investidor-Estado por meio de cláusula de arbitragem inserida no próprio tratado.

2.2.1 Definição de investimento em tratados de investimento

Atualmente, tratados bilaterais de investimento vêm adotando cláusulas amplas acerca do que e como haveria a configuração de um investimento dentro do campo de aplicação do próprio tratado. Em regra, preveem uma definição de caráter genérico (como “todos os bens de propriedade do investidor”) e, subsequentemente, apresentam uma lista exemplificativa do que estaria abrangido por tal definição²⁶. Tem sido este o formato mais adotado por tratados bilaterais mais recentes. O *US Model BIT* pode ser utilizado como exemplo:

“‘investment’ means every asset that an investor owns or control, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include: an enterprise; shares, stock and other forms of equity participation in an enterprise; bonds, debentures, other debt instruments, and loans; futures, options and other derivatives; turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts; intellectual property rights; licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law; and other tangible and intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.”²⁷

²⁵ “Although the specific provisions of individual investment treaties are not uniform and some investment treaties restrict host country governmental action more than others, virtually all investment treaties address the same issues and follow a similar structure.” Neste sentido, ver Salacuse (2015, p. 141). Em tradução livre do autor: “Apesar de previsões específicas em tratados de investimento não serem uniformes e alguns investimentos estarem mais sujeitos a interferência governamental que outros, virtualmente todos tratados de investimento adressam os mesmos os mesmos temas e seguem uma estrutura similar”.

²⁶ SCHREUER, Christoph; DOLZER, Rudolph. **Principles of International Investment Law**. 2. ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 14.

²⁷ ESTADOS UNIDOS. 2012 **U.S. Model Bilateral Investment Treaty**. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>, p. 3-4. Tradução livre: “Investimento significa todo o ativo que um investidor possui ou tenha controle, direta ou indiretamente, que possui as características de um investimento, incluindo características como o comprometimento de capital ou outros recursos, expectativa de lucro ou retorno, ou a assunção de risco. Dentre as formas que um investimento pode ter, incluem-se: uma empresa; ações, quotas e outras formas de participação em capital em uma empresa; títulos, debêntures, outros instrumentos de crédito e empréstimos; contratos futuros, opções e outros contratos derivativos; *turnkey*, construção, gerenciamento, produção, concessão, compartilhamento de receita e outros contratos similares; direito de propriedade intelectual; licenças, autorizações, licenças de operação, exploração etc. e direitos similares conferidos nos termos da legislação nacional; e outros bens tangíveis e intangíveis, móveis ou imóveis e direitos de propriedade relacionados, tais como arrendamentos, hipotecas, ônus e promessas.”

É com este formato que a grande maioria dos tratados de investimento atual vigentes são celebrados, constituindo um dos pilares protetivos a investimentos estrangeiros. E, apesar da existência de uma série de matérias ainda não pacificadas entre tribunais arbitrais a respeito de determinados tipos de títulos e bens consistirem em investimentos ou não²⁸, o fato é que, atualmente, por diversos fatores, caminha-se na direção da adoção de definições de investimento cada vez mais amplas, desde que preservados os elementos básicos de qualquer investimento protegido por tratados. Tais elementos são conhecidos pela *caselaw* atinente ao tema como “*salini test*”, quais sejam (i) o comprometimento de capital e/ou outras formas de recursos; (ii) assunção de risco; (iii) expectativa de lucro; (iv) algum tipo de contribuição ao desenvolvimento do país hóspede do investimento²⁹. Assim, estando abrangido por essa cláusula um determinado bem e preenchidos os requisitos subjetivos (atinentes mormente à nacionalidade do investidor), estará apto a receber a proteção jurídica garantida pelo tratado.

2.2.2 *Standards de proteção de investimento*

A utilização de *standards* de tratamento constitui o segundo “pilar” de tratados de investimento, operando como garantias do Estado ao investidor de que a ele será garantida determinada forma de tratamento em relação ao seu investimento; ou, havendo descumprimento da forma de tratamento garantida, lhe será ao menos garantida devida compensação pelas perdas decorrentes da violação³⁰. São sobre estas cláusulas que recaem a praticamente totalidade de disputas em arbitragens de investimento, pois são elas que conferem direitos, dentro de tratados de investimento, a investidores dos países-parte.

A inclusão de cláusulas desta natureza se deu como forma de tornar Estados menos desenvolvidos mais competitivos em relação a Estados mais desenvolvidos dentro mercado

²⁸ Quanto a este ponto, um assunto que tem sido objeto de grandes controvérsias entre tribunais arbitrais consiste na possibilidade de laudos arbitrais (internacionais ou domésticos, de investimento ou comerciais) e decisões judiciais serem considerados investimentos abarcados por tratados de investimento com cláusulas similares à aqui apresentada. A questão já foi analisada por diversos tribunais, tendo-se adotado, por cada um deles, diferentes enfoques e diferentes conclusões. A respeito, vide *GEA Group A.G. v. Ukraine*, ICSID Case (31 mar. 2011); *Romak S.A. v. Republic of Uzbekistan* (26 nov. 2009); *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic* (12 nov. 2010); *Anglia Auto Accessories Ltd. v. Czech Republic* (10 mar. 2017); *Saipem S.p.A. v. People’s Republic of Bangladesh* (21 mar. 2007); *White Industries Australia Limited v. Republic of India* (30 nov. 2011).

²⁹ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). *Salini Costruttori S.p.A. e outro v. The Hashemite Kingdom of Jordan*. Caso ICSID ARB/02/13. Decisão em Jurisdição, 09 nov. 2004. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/954>>.

³⁰ DIEHL, Alexandra. *The Core Standard of International Investment Protection*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, Kluwer Law International, 2012, p. 13.

global de FDI³¹. Tais cláusulas proporcionariam esse aumento de competitividade atuando como substituto de uma série de fatores que são compreendidos por agentes econômicos como fundamentais para realização e operações de investimento³², tais como estabilidade política e econômica, consistência de instituições públicas, previsibilidade política, econômica, regulatória, entre outros. Em outras palavras, Estados optam pela utilização de tais cláusulas como forma de dar a investidores uma segurança a qual o Estado não consegue prover pela simples “apresentação” de seu arranjo institucional e de sua situação política e econômica.

Nessa busca por proporcionar segurança a investidores estrangeiros, Estados desenvolveram uma série de *standards* de proteção de investimentos, tais como o de *Fair and Equitable Standard*, ou tratamento justo e equitativos (FET), *Full Protection and Security* (FPS), *Most Favored Nation* (MFN), *Non-Discrimination* e *National Treatment*³³. Tais *standards* estão presentes em praticamente todo tratado de investimento, quase que de forma idêntica³⁴.

Dentre eles, o FET se apresenta como não só o *standard* mais utilizado e com grau mais alto de protetividade, mas também como, nas palavras de Alexandra Diehl, “*the core of investment protection standard*”³⁵. É considerado um *standard* que garante ao investidor um tratamento pelo Estado que vai muito além da simples proteção e garantia contra expropriações. Aumenta substancialmente a responsabilidade do Estado em relação a investidores abarcados por determinado tratado, no sentido de que a esses muitas vezes estará se garantido um tratamento inclusive acima daquele que o Estado garante a seus próprios nacionais. Dessa

³¹ DOUGLAS, Zachary. Z. **The International Law of Investment Claims**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 1.

³² DIEHL, Alexandra. **The Core Standard of International Investment Protection**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, Kluwer Law International, 2012, p. 13.

³³ DIEHL, Alexandra. **The Core Standard of International Investment Protection**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, Kluwer Law International, 2012, p. 52.

³⁴ Apesar da redação destas cláusulas serem idênticas na maior parte das vezes, pode-se encontrar diversos casos nos quais a redação possui diferenças. Nestes casos, as diferenças textuais poderão e deverão levar a diferenças na sua interpretação em relação a outras cláusulas. Acerca do assunto, vide Johan Billet et al. (2016).

³⁵ DIEHL, Alexandra. **The Core Standard of International Investment Protection**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, Kluwer Law International, 2012, p. 13. “*The FET [Fair and Equitable Standard] standard may be characterized as the pivotal, the core investment protection standard. There was a time when investor protection was virtually synonymous with protection against expropriation. Recently, however, the practical relevance of expropriation claims in investment disputes has receded. At the same time, the importance of the FET standard has grown enormously. It is clear that FET is also the most promising standard from the perspective of investor claimants*”. Tradução livre: O FET [Tratamento Justo e Equitativo] pode ser caracterizado como o principal *standard* de proteção a investimentos. Havia uma época em que proteção a investimentos era sinônimo de proteção contra expropriações. Recentemente, contudo, a relevância prática de demandas sobre expropriações tem recuado. Ao mesmo tempo, a importância do *standard* de FET têm crescido fortemente.”

forma, o ônus da prova de violação de FET é muito mais baixo do que aquele necessário para provar uma expropriação, por exemplo³⁶.

Em *PSEG v. Turkey*, o tribunal arbitral, lidando com controvérsias a respeito de concessões públicas para produção de energia através da construção de usina termelétrica conjuntamente à utilização da reserva de carvão de Konya Ilgin, reconheceu que o FET estabeleceria um ônus mais baixo ao investidor:

“The standard of fair and equitable treatment has acquired prominence in investment arbitration as a consequence of the fact that other standards traditionally provided by international law might not in the circumstances of each case be entirely appropriate. This is particularly the case when the facts of the dispute do not clearly support the claim for direct expropriation, but when there are notwithstanding events that need to be assessed under a different standard to provide redress in the event that the rights of the investor have been breached.”³⁷

No entendimento de Johan Billet, uma cláusula padrão de FET pode ser redigida da seguinte forma:

Artigo 2(2) de German Model BIT 2008:

“Each contracting party shall in its territory in every case accord investments by investors of the other contracting state fair and equitable treatment as well as full protection under this Treaty.”

Artigo 10(1) de Energy Treaty Charter:

“Each Contracting party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for investors of other contracting Parties to make investments in its areas. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other contracting Parties fair and equitable treatment.”

Artigo 1105 de NAFTA:

“1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investor of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.”³⁸

³⁶ DIEHL, Alexandra. **The Core Standard of International Investment Protection**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, Kluwer Law International, 2012, p. 13.

³⁷ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **PSEG et al. v. Republic of Turkey**. Caso ICSID No. ARB/02/05. Sentença Arbitral, 19 jan. 2007. (Orrego Vicuña, Fortier & Kaufmann-Kohler). Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/880>>, p. 238. Tradução livre: “O *standard* de tratamento justo e equitativo adquiriu proeminência em arbitragem de investimento como consequência do fato de que outros *standards* tradicionalmente previstos pelo direito internacional não podem, nas circunstâncias de cada caso, ser inteiramente apropriados. Este é particularmente o caso quando os fatos da disputa não suportam claramente o pedido de expropriação direta, apesar de existir eventos que precisam ser apreciados sob um *standard* diferente para garantir reparação no caso de os direitos do investidor terem sido violados.”

³⁸ BILLET, Johan; BENINI, Maria Elenora; LE, Cari-Dee; NOILHAC, Amelie; OOSTERVEEN, Cecile. **International Investment Arbitration. A Practical Handbook**. Antwerpen-Apeldoorn-Portland: Maklu, 2016, p. 92. Tradução livre: “1. Cada Parte deverá conceder aos investimentos de investidores de outra Parte o tratamento

É com esta redação que a maioria dos tratados de investimento atualmente vigentes estabelece sua forma de proteção a investidores.

2.2.3 Proteção específica contra expropriações

Conforme adentrado na seção 2.1, a proteção contra expropriação de bens de estrangeiros consiste em uma das mais antigas formas de proteção a investidores e investimentos estrangeiros, conferida notadamente através de tratados internacionais³⁹. Embora a complexidade das relações econômicas e das formas de investimento tenham em muito evoluído desde 1796 (assim como doutrina e jurisprudência arbitram em relação à matéria), o fato é que cláusulas protetivas contra expropriações continuam tendo a mesma função de outrora: garantir proteção contra expropriações, as quais só poderão ocorrer em situações de grande interesse público e desde observados critérios específicos e seguidas de compensação efetiva e de acordo com balizadores dispostos no tratado⁴⁰.

Segundo entendimento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴¹, a expropriação de investimentos pode ocorrer por meio de: (i) expropriação direta, (ii) expropriação indireta e (iii) expropriação sorrateira. A expropriação direta se dá quando o investimento é nacionalizado ou diretamente expropriado através da transferência formal de sua propriedade ou posse de seu proprietário original ao Estado⁴². A expropriação indireta se dá quando há intensa interferência do Estado no uso do bem ou na fruição de seus benefícios de modo que os efeitos se assemelham a uma expropriação direta

de acordo com o direito internacional, incluindo o tratamento justo e equitativo e a plena proteção e segurança. 2. Sem prejuízo do disposto no nº 1 e em exceção ao disposto no artigo 1108(7)(b), cada Parte concederá ao investidor de outra Parte e a investimentos de investidores de outra Parte, tratamento não discriminatório em relação a medidas que adote ou mantenha em prática às perdas sofridas pelos investimentos no seu território devido a conflitos armados ou civis.”

³⁹ SCHREUER, Christoph; DOLZER, Rudolph. **Principles of International Investment Law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 02.

⁴⁰ BILLET, Johan; BENINI, Maria Elenora; LE, Cari-Dee; NOILHAC, Amelie; OOSTERVEEN, Cecile. **International Investment Arbitration. A Practical Handbook**. Antwerpen-Apeldoorn-Portland: Maklu, 2016, p. 152.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Indirect Expropriation’ and the ‘Right to Regulate’ in International Investment Law**, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, 2004, pp. 3-4.

⁴² BILLET, Johan; BENINI, Maria Elenora; LE, Cari-Dee; NOILHAC, Amelie; OOSTERVEEN, Cecile. **International Investment Arbitration. A Practical Handbook**. Antwerpen-Apeldoorn-Portland: Maklu, 2016.

tamanho grau de paralisação, impedimento de uso e inutilidade⁴³⁻⁴⁴, ainda que não haja uma perda formal da propriedade sobre o bem⁴⁵. Já a expropriação sorrateira ocorre de modo quase idêntico à expropriação indireta, apenas diferindo naquilo que Rudolph Dolzer indica como a existência de uma estratégia por parte do Estado na prática de atos expropriatório, de forma a sofrer objeções não apenas jurídicas, mas também morais⁴⁶.

Todos estes conceitos têm sido absorvidos por Estados e incluídos em cláusulas de tratados de investimento. Dessa forma, uma cláusula padrão protetora de expropriações encontrada atualmente em BITs tem uma redação dentro dos seguintes padrões:

BIT Modelo UK, Artigo 5(1):

“Investment of nationals or companies of either contracting party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as ‘expropriation’) in the territory of the other contracting party except for a public purpose related to the internal needs of that Party on a non-discriminatory basis and against prompt, adequate and effective compensation (...)”⁴⁷

NAFTA, Artigo 1110:

“1. No party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment, except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
- (d) on payment of compensation in accordance with paragraph 2 through 6.

2. Compensation shall be equivalent to the fair market value for the expropriated investment immediately before the expropriation took place (‘date of expropriation’), and shall not reflect any change in value accruing because the intended expropriation had become known earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value”⁴⁸

⁴³ Vide decisão arbitral em *Compañia de Aguas de Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (20 ago. 2007).

⁴⁴ FORTIER, Yves L.; DRYMER, Stephen L. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor. **ICSID Review, Foreign Investment Law Journal**. Paper apresentado como a Décima-Segunda Palestra Anual de Arbitragem, Hong Kong, 9 de dezembro de 2004, p. 297.

⁴⁵ Em relação à ocorrência da expropriação indireta, doutrina e jurisprudência arbitral em investimento têm se posicionado no sentido da necessidade de realização de análise casuística, na qual deverão ser observados os seguintes critérios: (i) impacto econômico da medida ou da série de medidas adotadas pelo estado; (ii) a duração da medida ou da série de medidas adotadas pelo estado; e (iii) em que medida os atos praticados pelo estado afetaram as expectativas razoáveis relacionadas ao investimento. Vide Fortier et al. (2004, p. 318); Billet et al. (2016, p. 257).

⁴⁶ DOLZER, Rudolph. Indirect Expropriation of Alien Property. **ICSID Review, Foreign Investment Law Journal**, vol. 1, Issue 1, 1986, pp. 41-59 at 44. Tradução livre: “Os investimentos de nacionais ou empresas de qualquer das partes contratantes não serão nacionalizados, expropriados ou sujeitos a medidas de efeito equivalentes a nacionalização ou expropriação (doravante denominada ‘expropriação’) no território da outra parte contratante, exceto para fins públicos relacionados às necessidades internas da Parte, de forma não discriminatória e nem de forma a violar a indenização imediata, adequada e efetiva.”

⁴⁷ CONFERENCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD), **UK Model BIT**, artigo 5(1), 2008. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>>. Tradução livre:

⁴⁸ NAFTA, Artigo 1110. Tradução livre: “1. Nenhuma parte pode, de forma direta ou indireta, nacionalizar ou expropriar um investimento de um investidor de outra Parte em seu território ou tomar uma medida equivalente à

É com esta redação que a maioria dos tratados de investimento atualmente vigentes estabelece proteção contra expropriações.

2.2.4 Arbitragem investidor-Estado

Assim como na arbitragem comercial, o consentimento das partes é a base para constituição de todo e qualquer tribunal arbitral em matéria de investimento⁴⁹. Na verdade, neste caso a máxima tem até mesmo especial relevância, uma vez que, diferentemente de arbitragens comerciais, as de investimento envolvem diretamente Estados. E como elemento fundamental de sua soberania está justamente a sua capacidade de, voluntariamente, limitar a sua própria soberania⁵⁰.

Desta forma, a principal diferença quanto ao consentimento das partes na arbitragem de investimento e na arbitragem comercial não está propriamente em sua natureza ou na sua forma exteriorização, mas precisamente no instrumento jurídico onde está expresso. Embora nada impeça (tendo sido inclusive já utilizado) que tribunais de investimento sejam constituídos pela celebração de compromissos arbitrais *ad hoc* após o surgimento de disputas ou pela simples inserção de cláusulas arbitrais entre investidor-Estado em contratos de investimento, a forma mais amplamente utilizada se dá pela inclusão de cláusulas arbitrais em BITs ou tratados multilaterais de investimento entre Estados⁵¹.

nacionalização ou expropriação de tal investimento, exceto: (a) para fins públicos; (b) de forma não discriminatória; (c) de acordo com o devido processo legal e com o artigo 1105 (1); e (d) mediante pagamento de compensação de acordo com os parágrafos 2 a 6. 2. A compensação deve ser equivalente ao valor justo de mercado para o investimento expropriado imediatamente antes da expropriação ter ocorrido ('data de expropriação') e não refletirá qualquer alteração de valor que tenha ocorrido porque a expropriação intencional se tornou conhecida anteriormente. Os critérios de avaliação devem incluir o valor da continuidade do negócio, o valor do activo, incluindo o valor fiscal declarado dos bens corpóreos, e outros critérios, se for caso disso, determinar o valor justo de mercado.”

⁴⁹ DUGAN, Christopher F.; WALLACE JR., Don; RUBINS, Noah D.; SABAHI, Borzu. **Investor-State Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2008: p. 219.

⁵⁰ CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). **Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. (TOPCO) v. Government of the Lybian Arab Republic**. Caso ICC nº 2321, Sentença Preliminar, 1974. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/261700/_/texaco-overseas-petroleum-company-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-yca-1979-at-177-et-seq-/>. Nota-se que, neste caso, o tribunal arbitral, tratando da celebração de contratos de concessão entre o requerente e o gover líbio, se pronunciou neste exato sentido: “*Nothing can prevent a State, in the exercise of its sovereignty, from binding itself irrevocably by the provisions of a concession and from granting to the concessionaire irrevocable rights (...). In entering into concession contracts with the plaintiffs, the Libyan Stat did not alienate but exercised its sovereignty.*” Tradução livre: “Nada pode impedir um Estado, no exercício de sua soberania, de se vincular de forma irrevogável pelos dispositivos de uma concessão e de garantir ao concessrionário direitos irretatáveis (...). Através da celebração de contratos de concessão com os requerentes, o governo línio não dispôs, mas na verdade exerceu sua soberania.”

⁵¹ DUGAN, Christopher F.; WALLACE JR., Don; RUBINS, Noah D.; SABAHI, Borzu. **Investor-State Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2008: p. 220.

A inserção de cláusulas arbitrais nestes tratados é então compreendida como uma oferta à arbitragem, a qual necessariamente depende do aceite do investidor para constituição da obrigação de instauração da arbitragem⁵². E a aceitação da oferta, por sua vez, é normalmente expressada pela apresentação de requerimento para instauração de arbitragem contra o estado em questão com base na disposição correspondente do tratado. Uma cláusula arbitral de redação ampla atualmente utilizada em tratados de investimento pode ser exemplificada com base no BIT Equador-EUA:

BIT Equador-EUA, Artigo VI:

1. For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.

2. In the event of an investment dispute, the parties to the dispute should initially seek a resolution through consultation and negotiation. If the dispute cannot be settled amicably, the national or company concerned may choose to submit the dispute, under one of the following alternatives, for resolution: (a) to the courts or administrative tribunals of the Party that is a party to the dispute; or (b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute-settlement procedures; or (c) in accordance with the terms of paragraph 3.

3. (a) Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) or (b) and that six months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration: (i) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ("Centre") established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, done at Washington, March 18, 1965 ("ICSID convention"), provided that the Party is a party to such Convention; or (ii) to the Additional Facility of the Centre, if the Centre is not available; or (iii) in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL); or (iv) to any other arbitration institution, or in accordance with any other arbitration rules, as may be mutually agreed between the parties to the dispute.

(b) once the national or company concerned has so consented, either party to the dispute may initiate arbitration in accordance with the choice so specified in the consent."⁵³

É importante ainda esclarecer que o presente item apresenta apenas uma abordagem geral acerca do assunto para uma apropriada compreensão do objeto central deste trabalho, qual seja, a cláusula de *Denial of Benefits* em tratados de investimento. Há uma grande quantidade de assuntos relacionados à redação da cláusula e à natureza do tratado que não serão abordados no trabalho por estarem além de sua pretensão.

⁵² DUGAN; WALLACE; RUBBINS; SABAHI, *ibidem*, p. 220.

⁵³ EQUADOR; ESTADOS UNIDOS. **BIT Equador-EUA**. Celebrado em 27 de agosto de 1993, em vigor a partir de 11 de maio de 1994. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/43558.pdf>>.

2.2.5 A Cláusula de *Denial of Benefits*

A cláusula de *denial of benefits* tem por objetivo garantir a Estados o direito de negar os benefícios concedidos por um tratado de investimento do qual fazem parte a investidores que não possuem relações econômicas – ou, melhor dizendo, um *link* econômico – com o Estado do qual dizem ser nacionais⁵⁴. São uma medida de proteção dos Estados contra *free riders* ou como uma forma de contra-atacar planejamento de nacionalidade por grupos econômicos⁵⁵. Tem sua origem em períodos de guerra, quando Estados buscavam negar proteção diplomática a companhias mais proximamente relacionadas com Estados inimigos⁵⁶⁻⁵⁷.

Como exemplos de cláusulas modelo de *denial of benefits*, podem ser utilizadas as seguintes:

United States-Australia Free Trade Agreement, artigo 11.12:

“(1) A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party:

(a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or

(b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibits transactions with enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Treaty were accorded to the enterprise or to its investments.

(2) A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise (p. 272) has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non- Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.”⁵⁸

Energy Charter Treaty, Artigo 17:

“Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to: (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organised; or (2) an Investment, if the denying Contracting Party establishes that such Investment is an Investment of an Investor of a third state with or as to which the denying Contracting Party: (a) does not maintain a diplomatic relationship; or (b) adopts or maintains measures that: (i) prohibit transactions with Investors of that state; or (ii) would be violated or circumvented if the benefits of this Part were accorded to Investors of that state or to their Investments.”⁵⁹

⁵⁴ SCHREUER, Christoph. DOLZER, Rudolph. **Principles of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 55.

⁵⁵ MISTELIS, Loukas; BALTAG, Crina Mihaela. Denial of Benefits Article 17 of the Energy Charter Treaty. **Penn State Law Review**, vol. 113:4, 2009, p. 1321.

⁵⁶ SKINNER, Matthew; MILES, Cameron A; LUTTRELL, Sam. **Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping**. Oxford: Oxford University Press 2010 3(3) JWELB 260, p. 8.

⁵⁷ McLAHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; WEINIGER, Matthew. **International Investment Arbitration: Substantive Principles. Part II: Ambit of Protection, 5. Nationality**. Oxford: Oxford University Press 2017, p. 40-41.

⁵⁸ *United States-Australia Free Trade Agreement*, de 18 de maio de 2004, artigo 11.12.

⁵⁹ THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER. **Consolidated Energy Charter Treaty with related documents**. consolidada em 15 de janeiro de 2016, artigo 17. Disponível em: <http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>. Tradução livre: “Cada Parte Contratante reserva-se o direito de negar as vantagens desta Parte para: (1) uma pessoa jurídica se cidadãos

Embora haja uma diversidade de cláusulas desta natureza atualmente em vigor dotadas de redações diferentes umas das outras (o que, conforme será demonstrado, pode gerar substanciais efeitos em sua interpretação⁶⁰), a partir dos exemplos acima pode-se realizar uma análise das principais atuais controvérsias a respeito da interpretação e aplicação de cláusulas de *denial of benefits*. São elas: (i) quanto à sua natureza, quanto a sua aplicação consistir em objeção à jurisdição ou à admissibilidade do tribunal arbitral; (ii) quanto ao momento apropriado para o seu exercício e a retroatividade de seus efeitos; e (iii) quanto à interpretação acerca do termo *substantial business activities*. Assim, tendo-se apresentado o que são tratados bilaterais e multilaterais de investimento bem como a estrutura básica atualmente adotada pela maioria dos BITs em vigor, passa-se à segunda parte deste trabalho, isto é, os requisitos procedimentais para aplicação da cláusula de *denial of benefits* em tratados bilaterais de investimento através da análise doutrinária e da prática corrente em tribunais arbitrais.

ou nacionais de um terceiro Estado possuir ou controlar essa entidade e se essa entidade não tiver atividades comerciais substanciais na Área da Parte Contratante em que está organizada; ou (2) um Investimento, se a Parte Contratante negadora estabelecer que esse Investimento é um Investimento de um Investidor de um terceiro estado com ou em relação ao qual a Parte Contratante negadora: (a) não mantém uma relação diplomática; ou (b) adota ou mantém medidas que: (i) proibir transações com investidores desse estado; ou (ii) seria violado ou contornado se os benefícios desta Parte fossem concedidos aos Investidores desse Estado ou aos seus Investimentos.”

⁶⁰ Nos itens adiante a importância do *wording* de cada cláusula será demonstrada: “*Denial of benefits clauses have been considered in a number of investment cases. The only clear principle emerging from these awards to date is the overriding importance of parsing the particular wording of the clause at issue.*”, de acordo com McLahlan, Shore e Weinigier (2017). Tradução livre: “Cláusulas de *denial of benefits* têm sido analisadas em uma variedade de casos de investimento. O único princípio claro extraído de tais decisões até o momento é a preponderante importância de se analisar especificamente a redação da cláusula discutida.”

3 ELEMENTOS PROCEDIMENTAIS DE APLICAÇÃO

No presente capítulo serão apresentadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito dos requisitos procedimentais de aplicação da cláusula de *denial of benefits* e quais fundamentos utilizados para cada posição adotada, tais como técnicas interpretativas predominantes, redações adotadas por diferentes tratados, decisões arbitrais proferidas acerca do assunto, entendimentos doutrinários, entre outros. Ao final de cada um realiza-se a análise, traçando-se, dentro da mesma seção, conclusões parciais, indicando qual entendimento tende a ser considerando o dominante (caso ainda não haja um), bem como qual o juridicamente mais apropriado, em vista aos fundamentos analisados.

3.1 JURISDIÇÃO OU ADMISSIBILIDADE

3.1.1 Definição

Apesar da existência de considerável material doutrinário a respeito da distinção entre objeções à jurisdição e à admissibilidade da causa perante tribunais arbitrais de investimento, ainda se está longe da formação de um consenso a respeito de sua aplicação⁶¹. A origem desta indefinição se dá mais pela dificuldade de seu enquadramento nos critérios já estabelecidos pela doutrina do que por imprecisões técnicas por parte dela. A imprecisão técnica do enquadramento, portanto, se dá mais pela natureza da própria cláusula do que por atecnicidade da doutrina na definição de ambos os conceitos.

Cláusulas de *denial of benefits* podem ser incluídas em diferentes seções e formas em tratados de investimento, o que dificulta a construção de uma uniformidade jurídica de sua aplicação por tribunais arbitrais. No entendimento de Matthew Skinner et al., podem ser incluídas tanto na seção de definições de termos, como em seção própria⁶². Têm objetivos similares à adoção de definições restritivas do termo “investidor”, as quais podem ser, a depender do tratado, consideradas tanto como questões atinentes à jurisdição, como à admissibilidade. Embora a inexistência de uma aplicação uniforme da cláusula se justifique em parte por diferenças textuais na redação da cláusula – e isso não seja algo necessariamente

⁶¹ BILLET, Johan; BENINI, Maria Elenora; LE, Cari-Dee; NOILHAC, Amelie; OOSTERVEEN, Cecile. **International Investment Arbitration. A Practical Handbook**. Antwerpen-Apeldoorn-Portland: Maklu, 2016, p. 198.

⁶² “If the parties elect to include a denial of benefits provision into their agreement, it will either be inserted into the definition section of the treaty or to be included as an independent term” de acordo com Skinner, Miles e Luttrell (2010, p. 9). Tradução livre: se as partes decidem incluir uma previsão sobre *denial of benefits* no acordo, ela será incluída ou na seção de definições do tratado, ou como um item independente.”

indesejável –, também é verdade que contribui consideravelmente para confundir o intérprete acerca de qual a correta objeção a ser realizada em determinado caso específico.

3.1.2 A distinção entre jurisdição e admissibilidade

A distinção teórica entre jurisdição e admissibilidade funda-se na seguinte acepção: a jurisdição diz respeito ao tribunal arbitral ter poderes para julgar a disputa como um todo, enquanto a admissibilidade diz respeito à possibilidade de um tribunal que possua tais poderes efetivamente apreciar o mérito da causa⁶³. Portanto, um tribunal sem jurisdição não tem poder algum para analisar qualquer questão atinente à disputa. Já a admissibilidade ao fim e ao cabo diz respeito ao exercício desse poder pelo tribunal.

Trata-se, assim dizendo, daquilo que o direito brasileiro entende como “requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional”, classe que abrange tanto as denominadas condições da ação (possibilidade jurídica do pedido; interesse de agir; legitimidade *ad causam*) e pressupostos processuais (regularidade procedimental; capacidade das partes; coisa julgada; litispendência compromisso arbitral)⁶⁴.

Dessa forma, o exercício ou não da cláusula pelo Estado teria a mesma natureza, por exemplo, da necessidade, no direito brasileiro, de notificação ou interpelação para constituição do devedor inadimplente em mora em ação rescisória de contratos sobre direitos de imóveis não lotados⁶⁵, conforme disposto no Decreto-Lei nº 745, de 07 de agosto de 1969⁶⁶.

⁶³ BILLET, Johan; BENINI, Maria Elenora; LE, Cari-Dee; NOILHAC, Amelie; OOSTERVEEN, Cecile. **International Investment Arbitration. A Practical Handbook**. Antwerpen-Apeldoorn-Portland: Maklu, 2016, p. 197.

⁶⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 288, 321.

⁶⁵ A esse respeito, vide (i) MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 10701110428755001**, 13ª Câmara Cível, Relator Desembargador Newton Teixeira Carvalho, Julgado em 25.10.2013: “AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – COMPRA E VENDA IMÓVEL – NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO OU INTERPELAÇÃO PRÉVIA – NOTIFICAÇÃO INEXISTENTE – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO – EXTINÇÃO. A falta de notificação prévia para constituição em mora do devedor inadimplente, impõe a extinção do processo, inteligência do artigo 1º, do Decreto-lei 745/69. A finalidade legal da notificação é, essencialmente, prevenir que o alienante seja surpreendido, sem ter a oportunidade de saldar do débito. Constatada irregularidade na notificação, o processo deve ser extinto, sem julgamento de mérito.”; (ii) MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 100350505398120011**, Relatora Desembargadora Selma Marques, Julgado em 25.10.2013: “AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – COMPRA E VENDA IMÓVEL – NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO OU INTERPELAÇÃO PRÉVIA – NOTIFICAÇÃO INEXISTENTE – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO – EXTINÇÃO. A falta de notificação prévia para constituição em mora do devedor inadimplente, impõe a extinção do processo, inteligência do artigo 1º, do Decreto-lei 745/69. A finalidade legal da notificação é, essencialmente, prevenir que o alienante seja surpreendido, sem ter a oportunidade de saldar do débito. Constatada irregularidade na notificação, o processo deve ser extinto, sem julgamento de mérito.”

⁶⁶ BRASIL, República Federativa do. **Decreto-Lei nº 745, de 07 de agosto de 1969, Art. 1º**: “Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei no 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto

Esta distinção é tradicionalmente compreendida em direito internacional como uma questão hierárquica⁶⁷. A inadmissibilidade da causa pelo tribunal não afeta sua jurisdição. Na realidade, a admissibilidade da causa apenas pode ser apreciada se o tribunal possuir jurisdição. Colocando de outra forma, o tribunal arbitral primeiro deve analisar sua própria jurisdição, decidindo eventuais objeções que faça a ela, para, somente após, e tendo decidido que possui jurisdição, analisar objeções feitas à admissibilidade da causa.

Cabe aqui dar ênfase ao notável entendimento proferido ainda em 1986, por Gerald Fitzmaurice:

"There is a clear jurisprudential distinction between an objection to the jurisdiction of the tribunal, and an objection to the substantive admissibility of the claim. The latter is a plea that the tribunal should rule the claim inadmissible on some ground other than its ultimate merits: the former is a plea that the tribunal itself is incompetent to give any ruling at all whether as to the merits or as to the admissibility of the claim. A successful challenge to the jurisdiction stops all further proceedings in the case, or at any rate ensures that there is no finding on the merits. But an unsuccessful jurisdictional plea leaves open the possibility that a finding on the ultimate merits may still be excluded through a decision given against the substantive admissibility of the claim."⁶⁸

Percebe-se ainda que o conceito de “admissibilidade” em arbitragem de investimento é muitas vezes entendido como “o outro lado da mesma moeda” ao de “competência”⁶⁹, sendo diferentes um do outro apenas quanto à perspectiva. Isso porque a admissibilidade tem como perspectiva a causa e os requisitos para que o tribunal aprecie seu mérito. Já a competência tem

ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação.”

⁶⁷ HEISKANEN, V. “Ménage a Trois’? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review*, vol. 29, Issue 1, 2014, p. 13.

⁶⁸ FITZMAURICE, Gerald. **The Law and Procedure of the International Court of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 438-439 Tradução livre: “Há uma clara distinção entre uma objeção à jurisdição do tribunal, e uma objeção à admissibilidade da causa. A última diz respeito a um pleito para o qual o tribunal deveria julgar a causa inadmissível sob fundamento que não o mérito da causa. Já a primeira é no sentido de que o próprio tribunal é incompetente para se pronunciar, seja sobre o mérito, seja sobre admissibilidade da causa perante ele. Uma objeção exitosa à jurisdição de determinado tribunal extingue o procedimento e impede qualquer andamento subsequente nele, ou garante que não haverá nenhum pronunciamento de mérito sobre o caso. Mas uma objeção inexitosa deixa ainda aberta a possibilidade da causa ser julgada inadmissível.”

⁶⁹ Em âmbito de direito doméstico, vide OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 249: “(...) a competência é a capacidade para o exercício do poder. Não se trata de medida da jurisdição. O conceito de competência é qualitativo e não quantitativo (...). Se a competência é a medida da jurisdição, a ausência de competência equivale, ao fim e ao cabo, à ausência de jurisdição. Mais adequado, portanto, conceituras a competência como capacidade para exercer o poder.” Neste mesmo sentido, ver Athos Gusmão Carneiro (1990, p. 45).

como perspectiva o próprio tribunal⁷⁰. A conclusão exposta por Heiskanen quanto a este ponto é clara:

“It turns out, upon closer analysis, that the conceptual triad of jurisdiction, admissibility and competence may be understood to consist of only two concepts — jurisdiction and competence/admissibility—or indeed of only one: jurisdiction in the broad sense (also comprehending competence/admissibility) or competence in the broad sense (also covering jurisdiction and admissibility). In any event, there is no substantive basis to draw a strict conceptual distinction between competence and admissibility—they are two sides of one and the same conceptual coin, viewed from two different perspectives, one internal to the tribunal (competence) and the other external (admissibility). Decisions on the admissibility of the claim are decisions on the tribunal’s competence — and vice versa.”⁷¹

Como exemplos de objeções à admissibilidade comumente ocorridos em arbitragens de investimento, cita-se a necessidade de esgotamento de meio locais, o descumprimento de requisito de negociações prévias, o descumprimento de dever de notificação, entre outros. Quanto à jurisdição, qualquer situação atinente à extensão do consentimento expressado pelas partes se faz exemplo, tais quais a caracterização ou não de investimento sob o tratado, preenchimento de requisitos territoriais e existência de nacionalidade do investidor⁷².

3.1.3 A natureza de jurisdição / admissibilidade da aplicação da cláusula de *denial of benefits*

Quanto à distinção sobre o exercício da cláusula de *denial of benefits*, contudo, a situação não se mostra tão clara. Isso pode ocorrer pelo fato de que ela lida com questões referentes à nacionalidade de pessoas jurídicas fruto de planejamento estratégico de grupos econômicos (as chamadas *mailbox companies*) ou, ainda, pela possibilidade de negar a extensão dos efeitos em determinado momento à pura vontade do Estado (possibilidade de exercício do

⁷⁰ BILLET, Johan; BENINI, Maria Elenora; LE, Cari-Dee; NOILHAC, Amelie; OOSTERVEEN, Cecile. **International Investment Arbitration. A Practical Handbook**. Antwerpen-Apeldoorn-Portland: Maklu, 2016, p. 197.

⁷¹ Tradução livre: “Ocorre que, sobre uma análise mais detalhada, vê-se que o conceito tríptico de jurisdição, admissibilidade e competência podem ser compreendidos como apenas dois conceitos – jurisdição e competência/admissibilidade – ou até mesmo apenas um: jurisdição em sentido amplo (assim englobando admissibilidade/competência) ou competência em sentido amplo (também englobando jurisdição e admissibilidade). De qualquer forma, não há fundamentos suficientes para se tratar uma distinção conceitual entre admissibilidade e competência – eles são duas partes do mesmo lado de uma moeda conceitual, vistos sob duas perspectivas diferentes, uma interna ao tribunal (competência), e a outra externa (admissibilidade). Decisões sobre admissibilidade são decisões sobre a competência do tribunal – e vice-versa.” Ver Veijo Heiskanen (2013, p. 15).

⁷² QC WILLIAMS, David A. R. Jurisdiction and Admissibility. IN: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012: p. 42.

direito a qualquer momento – ou ao menos em tese a qualquer momento). Essas questões caminham por tribunais arbitrais em uma zona de penumbra, passando entre casos claros de jurisdição e casos claros de admissibilidade. Dessa forma, tribunais arbitrais têm adotado posicionamentos em diversas direções, sem estabelecer critérios e métodos claros para análise da questão.

3.1.3.1 Jurisdição

Em *Ulysseas v. Ecuador* (2010), o tribunal entendeu que a aplicação da cláusula de *denial of benefits* consistia em objeção à jurisdição do tribunal arbitral. Como fundamento, o tribunal se manifestou no sentido de que, por conta de o procedimento ter sido instaurado sobre as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional de Comércio (UNCITRAL), objeções ao tribunal deveriam ser realizadas até a apresentação de defesa (contestação). Portanto, esta seria a data limite apropriada para aplicação da cláusula⁷³.

Em *Guaracachi v. Bolivia* (2014), o tribunal endossou o entendimento firmado em *Ulysseas v. Ecuador*, decidindo no sentido de que “a consequência da aplicação da cláusula de *denial of benefits* é que o tribunal (o qual é parte do “pacote” de benefícios garantidos através do BIT) será privado de sua jurisdição no presente caso”⁷⁴. Ainda, em *PAC Rim v. El Salvador* (2016), o tribunal adotou o posicionamento de que a aplicação da cláusula de *denial of benefits* constante no CAFTA consistiria no afastamento da jurisdição do tribunal, afastando também, portanto, sua, competência em relação à causa⁷⁵. Em *Ampal-American v. Egypt* (2016), se manifestou no sentido de que a aplicação da cláusula de *denial of benefits* consistiria em objeção à jurisdição do tribunal, e que, no caso em questão, não havia sido apontada no momento adequado pela parte requerida⁷⁶.

No entanto, foi em *Achmea v. Slovakia* (2014) que o tribunal mais detalhadamente analisou a distinção, reforçando o posicionamento jurisprudencial dos casos mencionados. O

⁷³ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). *Ulysseas, Incorporated v. Ecuador*. IIC 548 (2012). Sentença Parcial, 12 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1132>>, p. 172.

⁷⁴ Tradução livre do autor, em *Guaracachi America Incorporated and Rurelec plc v. Bolivia* (2014, p. 381-382): “The consequence of the denial of benefits is that the Tribunal (which forms part of the package of benefits afforded under the BIT) will be deprived of jurisdiction over the present dispute.”

⁷⁵ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). *Pac Rim Cayman Limited v. El Salvador*. Caso ICSID ARB/09/12. Decisão sobre as objeções Jurisdicionais dos Requeridos, 01 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/783>>, p. 4.92.

⁷⁶ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). *Ampal-American Israel Corporation and outros v. Arab Republic of Egypt*, Caso ICSID ARB/12/11, 01 de fev. 2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1926>>, p. 113-113.

tribunal foi além, acrescentando que, enquanto o tribunal tem o dever de observar e conhecer de restrições a sua jurisdição independentemente da provocação das partes, ele não tem poderes para conhecer a apreciar de ofício questões de admissibilidade as quais não foram levantadas pelas partes. Ou ainda, conforme será ainda discutido no presente trabalho, não foram levantadas adequada e tempestivamente arguidas pelas partes⁷⁷.

3.1.3.2 Admissibilidade

O entendimento pela admissibilidade se mostra igualmente presente entre tribunais arbitrais. Em *Plama v. Bulgária* (2005)⁷⁸, entendeu-se que a aplicação da cláusula de *denial of benefits* se tratava de objeção ao mérito (e, portanto, à admissibilidade) da causa, sob principal fundamento de que, diferente da maioria dos tratados, o artigo 17(1) da ECT (tratado que abarcava a disputa) teria sua aplicação restrita à determinada seção, e não a todo o tratado. Portanto, sua aplicação não poderia ser utilizada para afastamento da jurisdição do tratado⁷⁹.

Energy Charter Treaty, Artigo 17(1).

“Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of **this Part** to: (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organised; or (2) an Investment, if the denying Contracting Party establishes that such Investment is an Investment of an Investor of a third state with or as to which the denying Contracting Party: (a) does not maintain a diplomatic relationship; or (b) adopts or maintains measures that: (i) prohibit transactions with Investors of that state; or (ii) would be violated or circumvented if the benefits of this Part were accorded to Investors of that state or to their Investments.” (grifou-se)⁸⁰.

⁷⁷ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Achmea B.V. v. Slovak Republic**. Caso PCA 2013-12. Sentença em Jurisdição e Admissibilidade, 20 mai. 2014. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/417>>, p. 111-121.

⁷⁸ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria**. Caso ICSID ARB/03/24. Decisão sobre Jurisdição, 08 fev. 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/857>>, p. 152.

⁷⁹ ICSID, ibidem, p. 149.

⁸⁰ THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER (ECT) – **Consolidated Energy Charter Treaty with related documents**. Consolidada em 15 de janeiro de 2016, artigo 17. Disponível em: <<http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Tradução livre: “Cada Parte Contratante reserva-se o direito de negar as vantagens desta Parte para: (1) uma pessoa jurídica se cidadãos ou nacionais de um terceiro Estado possuir ou controlar essa entidade e se essa entidade não tiver atividades comerciais substanciais na Área da Parte Contratante em que está organizada; ou (2) um Investimento, se a Parte Contratante negadora estabelecer que esse Investimento é um Investimento de um Investidor de um terceiro estado com ou em relação ao qual a Parte Contratante negadora: (a) não mantém uma relação diplomática; ou (b) adota ou mantém medidas que: (i) proibir transações com investidores desse estado; ou (ii) seria violado ou contornado se os benefícios desta Parte fossem concedidos aos Investidores desse Estado ou aos seus Investimentos.”

Tanto em *Yukos v. Russia* (2012)⁸¹ como em *Khan v. Mongolia* (2012)⁸², o entendimento adotado pelo tribunal foi neste mesmo sentido. Tais casos, assim como *Plama*, foram decididos sob a jurisdição da ECT.

Dessa forma, o que se evidencia é que, em que pese a existência efetiva de considerável desuniformidade entre as decisões proferidas, elas podem (e, como se verá ao longo deste trabalho, devem) ser separadas em dois grupos distintos: casos sob a jurisdição da ECT (tais como *Plama v. Bulgaria*, *Yukos v. Russia*, *Khan v. Mongolia*), doravante denominado “*Grupo ECT*”, e casos sob a jurisdição de outros tratados de investimento (tais como *Guaracachi v. Bolivia*, *PAC Rim v. El Salvador*, *Achmea v. Slovakia*, *Ampal-American v. Egypt*), doravante denominado “*Grupo Geral*”. Tal separação é de suma importância para análise de aplicação dos requisitos procedimentais da cláusula, os quais serão tratados no ponto 3.2. De todo modo, o fato é que, ainda que reste clara a existência destas duas linhas distintas de decisões, a imprecisão técnica sobre a distinção entre admissibilidade e jurisdição perdura, gerando distorções com relevantes consequências práticas em decisões arbitrais, as quais serão abordadas nas seções seguintes.

3.1.4 Razões determinantes para ausência de uniformidade na aplicação da cláusula

A ausência de uniformidade e de critérios de aplicação da cláusula de *denial of benefits* nos dois referidos grupos se fundam em duas razões: (i) a distinção em relação à localização e âmbito de aplicação na ECT (*Grupo ECT*) e em outros tratados de investimento (*Grupo Geral*); (ii) o caráter de certa forma híbrido da cláusula de *denial of benefits*, o que claramente não tem sido observado por tribunais arbitrais em suas decisões.

A distinção entre a aplicação da cláusula de *denial of benefits* da ECT e demais dos tratados é a mesma que fundamenta a distinção entre objeção à jurisdição e admissibilidade existente entre o *Grupo ECT* e o *Grupo Geral*. Conforme exposto, em *Plama v. Bulgaria* (2005)⁸³ o tribunal apontou a diferença quanto ao local e ao termo ao qual o artigo 17(1) da ECT fazia referência. O dispositivo, ao contrário da maioria dos tratados de investimentos, dizia que

⁸¹ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Yukos Universal Limited v. Russian Federation**. Caso PCA AA 227, Sentença Parcial em Jurisdição e Admissibilidade, 30 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1175>>, p. 441.

⁸² COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Khan Resources e outros v. Government of Mongolia**. UNCITRAL, Decisão em Jurisdição (25-Jul-2012). Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/604>>, p. 411.

⁸³ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria**. Caso ICSID ARB/03/24. Decisão sobre Jurisdição, 08 fev. 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/857>>, p. 152.

cada parte contratante reservaria o direito de negar os direitos garantidos pela “Parte III” da ECT a investidores que não preenchessem determinados requisitos materiais de aplicação⁸⁴. O mecanismo de resolução de disputas contido da ECT não estava situado na “Parte III”, mas na “Parte V” do tratado. Portanto, o tribunal em Plama, assim como os demais tribunais arbitrais constituídos sob a ECT, interpretaram que o acesso à arbitragem não estaria englobado pela cláusula de *denial of benefits* em caso de sua aplicação. Assim, o tribunal arbitral não teria seus poderes limitados por conta de sua aplicação⁸⁵.

Por outro lado, nos demais tratados a cláusula the *denial of benefits* possui redação reservando às partes contratantes o direito de negar os benefícios concedidos no tratado como um todo a determinados investidores que preenchessem determinados requisitos materiais⁸⁶. Neste caso, o acesso à arbitragem, por ser considerada uma das formas de benefícios concedida a investidores, estaria abarcada pelo campo de aplicação da cláusula⁸⁷. O que não fica claro, contudo, é por que a abrangência da cláusula implicaria na extinção da jurisdição (e não simplesmente importaria na inadmissibilidade da causa) arbitral sobre a controvérsia, uma vez que ela não diria respeito à extensão do consentimento, mas apenas quanto à possibilidade de o tribunal arbitral exercer seus poderes frente ao não preenchimento de determinado requisito para para apreciação do mérito.

⁸⁴ THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER (ECT) – **Consolidated Energy Charter Treaty with related documents**. Consolidada em 15 de janeiro de 2016, artigo 17. Disponível em: <<http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Tradução livre: “Cada Parte Contratante reserva-se o direito de negar as vantagens desta Parte para: (1) uma pessoa jurídica se cidadãos ou nacionais de um terceiro Estado possuir ou controlar essa entidade e se essa entidade não tiver atividades comerciais substanciais na Área da Parte Contratante em que está organizada; ou (2) um Investimento, se a Parte Contratante negadora estabelecer que esse Investimento é um Investimento de um Investidor de um terceiro estado com ou em relação ao qual a Parte Contratante negadora: (a) não mantém uma relação diplomática; ou (b) adota ou mantém medidas que:(i) proibir transações com investidores desse estado; ou (ii) seria violado ou contornado se os benefícios desta Parte fossem concedidos aos Investidores desse Estado ou aos seus Investimentos.”

⁸⁵ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria**. Caso ICSID ARB/03/24. Decisão sobre Jurisdição, 08 fev. 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/857>>, p. 149.

⁸⁶ “Each Party reserves the right to deny to a company of the other Party the benefits of this Treaty if nationals of a third country own or control the company and: (a) the denying Party does not maintain normal economic relations with the third country; or (b) the company has no substantial business activities in the territory of the Party under whose laws it is constituted or organized.” BIT EUA-Bolívia, 1998, Artigo XII. Tradução livre: “Cada Parte se reserva o direito de negar a uma empresa da outra Parte os benefícios deste Tratado se os nacionais de um país terceiro possuir ou controlar a empresa e: (a) a Parte negadora não mantém relações econômicas normais com o país terceiro; ou (b) a empresa não possui atividades comerciais substanciais no território da Parte sob cuja legislação é constituída ou organizada.”

⁸⁷ A discussão sobre mecanismo de resolução de disputas ser ou não considerada como benefício material do tratado e/ou como forma de tratamento também tem sido objeto de grande discussão entre tribunais arbitrais, tendo em CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain**, ICSID Case ARB/97/7, Decisão sobre objeções à jurisdição, 25 jan. 2000. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/641>>.

Assim, entende-se que a justificativa quanto à localização e escopo de aplicação no tratado ela não se mostra suficiente para a desuniformidade entre o *Grupo ECT* e o *Grupo Geral*. Os requisitos e a natureza da cláusula permanecem os mesmos. A mera referência a “esta parte do tratado” ou “a todo o tratado” não tem o condão, por si só, de alterar a jurisdição do tribunal arbitral e/ou a natureza de seus requisitos de aplicação, e, muito menos, da natureza de seu exercício.

De todo modo, o fato é que o tratamento dado à questão na grande maioria dos casos foi feita como se estivesse tratando de mera questão teórica⁸⁸, optando-se por se dar atenção quase que exclusiva aos requisitos (procedimentais e materiais) de aplicação da cláusula – quais sejam, o momento adequado para invocação dos direitos da cláusula (se antes da realização do investimento⁸⁹; se antes do surgimento de controvérsia⁹⁰; se até o momento de apresentação de defesa perante o tribunal⁹¹); a retroatividade de efeitos; a inexistência de atividades comerciais substanciais (*substantial business activities*); e o controle por pessoa ou entidade nacional de um terceiro país, não parte do tratado.

Em relação à primeira forma de controvérsia (momento adequado de invocação), faz-se importante vislumbrar possíveis situações nas quais a existência e aplicação de critérios distintivos claros se mostram fundamentais para o deslinde da controvérsia. A principal delas está na possibilidade de determinado Estado descobrir (e/ou estar apto a constituir prova) que certo investidor, por exemplo, é efetivamente controlado por um nacional de um terceiro país e/ou que não possui atividades comerciais substanciais em seu território, somente após apresentação de defesa ao tribunal arbitral. Neste caso, este Estado teria interesse na invocação da cláusula de *denial of benefits* após a apresentação de defesa ao tribunal arbitral.

⁸⁸ A esse respeito, vide a título exemplificativo os seguintes casos: *Hulley Enterprises Limited v. Russian Federation* (30 nov. 2009); *Veteran Petroleum Limited v. Russian Federation* (30 nov. 2009); *Yukos Universal Limited v. Russian Federation* (30 nov. 2009); *Liman Caspian Oil B.V. e outro v. Republic of Kazakhstan* (22 jun. 2010); *Ascom Group S.A. e outros v. Republic of Kazakhstan* (19 dez. 2013); *Khan Resources e outros v. Government of Mongolia* (25 jul. 2012); *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain* (12 jul. 2016); *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (08 fev. 2005); *Pac Rim Cayman Limited v. El Salvador* (01 jul. 2012); *Achmea B.V. v. Slovak Republic* (20 mai. 2014); *Ulysseas Incorporated v. Ecuador* (12 jun. 2012); *Guaracachi America Incorporated and Rurelec plc v. Bolivia* (31 jan. 2014); *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine* (15 sept. 2003).

⁸⁹ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria**. Caso ICSID ARB/03/24. Decisão sobre Jurisdição, 08 fev. 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/857>>.

⁹⁰ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Khan Resources e outros v. Government of Mongolia**. UNCITRAL, Decisão em Jurisdição, 25 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/604>>.

⁹¹ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Ulysseas, Incorporated v. Ecuador**. IIC 548 (2012). Sentença Parcial, 12 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1132>>.

Ocorre que, conforme a totalidade dos casos analisados (mesmo entre os tribunais que adotaram posicionamento mais “pró-Estado”⁹²), a data limite para realização de objeções à jurisdição do tribunal seria no momento da apresentação de defesa. Diversos tribunais utilizam as regras procedimentais adotadas pelas partes para fundamentação da decisão⁹³. Neste ponto, é importante notar que, embora a ICSID⁹⁴ preveja a possibilidade de realização de objeções à jurisdição do tribunal posteriormente à apresentação de defesa, as regras da UNCITRAL e da PCA não apresentam (ao menos expressamente) tal possibilidade.

Caso a aplicação da cláusula na hipótese sugerida acima fosse considerada questão de jurisdição, ela não poderia ser levantada pelo Estado. Já sendo considerada questão de admissibilidade, ela poderia ser invocada ao menos como “emenda à contestação”⁹⁵. Em tal situação, a adoção pelo tribunal arbitral de critérios de análise claros (já inclusive definidos e utilizados pela própria ICJ⁹⁶) seriam fundamentais para o deslinde da controvérsia. Todavia, mesmo utilizando-se dos critérios de análise expostos no item 3.1.1, ainda assim poderia haver certa dificuldade para uma correta aplicação da cláusula de *denial of benefits*, dada a sua natureza híbrida.

A simples análise da aplicação da cláusula com base nestes requisitos, sem uma análise global e cuidadosa com base nos elementos interpretativos estabelecidos na Seção III da CVDT⁹⁷, tais como os objetivos e princípios norteadores do tratado e uma interpretação

⁹² A exemplo, veja-se em: *Ulysseas Incorporated v. Ecuador* (12 jun. 2012); *Guaracachi America Incorporated and Rurelec plc v. Bolivia* (31 jan. 2014), p. 381-382.

⁹³ A exemplo, vide Corte Permanente de Arbitragem (PCA), *Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two Parties of Which Only One is a State*, p. 82, Artigo 21(3): “3. A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than in the statement of defence or, with respect to a counter-claim, in the reply to the counterclaim.” Tradução livre: “A realização de objeção à jurisdição do tribunal deve ser feita até a apresentação de defesa (contestação), ou, em se tratando de reconvenção, à resposta à reconvenção.”

⁹⁴ “Rule 41, Preliminary Objections. (1) Any objection that the dispute or any ancillary claim is not within the jurisdiction of the Centre or, for other reasons, is not within the competence of the Tribunal shall be made as early as possible. A party shall file the objection with the Secretary-General no later than the expiration of the time limit fixed for the filing of the counter memorial, or, if the objection relates to an ancillary claim, for the filing of the rejoinder—unless the facts on which the objection is based are unknown to the party at that time.” ICSID, *Regras de Arbitragem*. Tradução livre: “Regra 41, Objeções Preliminares.

(1) Qualquer objeção de que a disputa ou qualquer pedido auxiliar não está dentro da jurisdição do Centro ou, por outros motivos, não está dentro da competência do Tribunal será feita o mais cedo possível. Uma parte deve apresentar a objeção ao Secretário-Geral o mais tardar à expiração do prazo fixado para a apresentação do memorial de defesa, ou, se a objeção se refere a um pedido secundário, para o depósito da réplica - a menos que os fatos em que se baseia a objeção sejam desconhecidos para a parte naquele momento.”

⁹⁵ Note-se que a grande maioria das câmaras de arbitragem não trata de diferenciação entre jurisdição e admissibilidade. Neste caso, sendo aplicação da cláusula de *denial of benefits* entendida com de admissibilidade, não se verificariam óbices a sua aplicação após a apresentação de contestação.

⁹⁶ FITZMAURICE, Gerald. *The Law and Procedure of the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, pp. 438-439.

⁹⁷ CVDT, **Artigos 31, 32 e 33, através do Decreto Presidencial nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, Arts. 31, 32 e 33.** “SEÇÃO 3. Interpretação de Tratados Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. 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

sistemática de seus dispositivos, harmonizando os diversos aspectos da cláusula, poderia gerar interpretações antinômicas do tratado. Isso porque, para o autor do presente trabalho, tribunais arbitrais parecem lidar com a aplicação da cláusula de *denial of benefits* como se apresentasse uma natureza híbrida. Nesse caso, parte de natureza procedimental, e parte de natureza material. Afinal, ao mesmo tempo que ela estabelece critérios materiais para sua aplicação (não configuração de atividades comerciais substanciais em determinado território e configuração de controle por nacional de terceiro Estado), ela lida também necessariamente com critérios procedimentais de aplicação (necessidade de efetivo exercício para geração de efeitos, momento e forma do exercício – se mediante notificação ou outra forma).

Analisando-se a natureza de ambas feições à luz dos fatores de distinção entre admissibilidade e jurisdição, nota-se que, enquanto a aplicação dos critérios materiais trata de qual foi a extensão do consentimento dado pelas partes na celebração de determinado tratado (mais precisamente, se a aplicação do tratado foi estendida ou não a nacionais com determinadas características) – e, portanto, trata-se de uma questão de jurisdição, a aplicação dos critérios procedimentais trata, também de forma muito clara, da possibilidade do tribunal arbitral exercer sua jurisdição em determinado momento e quanto a determinado ponto. O que configuraria, portanto, uma questão de admissibilidade.

Poder-se-ia imaginar que a natureza híbrida da cláusula de *denial of benefits* levaria necessariamente a uma contradição em sua própria aplicação, no sentido que obrigaria o tribunal a decidir primeiro uma questão de admissibilidade, a qual autorizaria ou não ele próprio a decidir uma questão atinente a sua própria jurisdição. Pelo exemplo dado, vê-se que o tribunal

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. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.”

“Artigo 32. Meios Suplementares de Interpretação. 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.”

“Artigo 33. Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas. 1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado. 2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o prever ou as partes nisso concordarem. 3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos. 4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos.”

teria que primeiro analisar a possibilidade de invocação da cláusula naquele momento (qual seja, após a apresentação de defesa no procedimento arbitral), análise de caráter de admissibilidade, para, somente em momento subsequente, passar a análise do preenchimento de seus requisitos.

Tal situação acarretaria numa clara contradição em relação à necessária hierarquia e anterioridade da análise da jurisdição em relação à admissibilidade, uma vez que um tribunal arbitral somente pode ter “competência” (ou seja: determinada causa somente pode ser admissível) se ele possuir jurisdição. O entendimento de que a análise da aplicação da cláusula de *denial of benefits* pelo tribunal arbitral trataria da “admissibilidade” da realização de uma objeção à jurisdição do tribunal arbitral seria contraditória, senão logicamente impossível. Afinal, ao tempo da análise acerca da admissibilidade, o tribunal já teria sua jurisdição reconhecida.

Com intuito de evitar interpretações contraditórias, adotando-se as regras de interpretação da CVDT, especialmente o disposto no artigo 31⁹⁸, neste trabalho se adota o posicionamento de que tanto a aplicação da cláusula de *denial of benefits* deve ser entendida como tendo uma natureza una, em que pese seu claro caráter híbrido. Adota-se também o posicionamento de que sua aplicação deve ser tratada como questão de admissibilidade.

A verificação do preenchimento dos requisitos para *denial of benefits* não deve ser entendida como uma análise sobre a extensão do consentimento dado pelas partes do tratado, mas como uma análise sobre a capacidade do tribunal para exercer poderes sobre aplicação de normas do tratado a determinados indivíduos e em determinados momentos específicos. Eventual pedido pelo Estado neste sentido deve ser entendido como uma objeção à admissibilidade da causa proposta pelo investidor (e, portanto, uma objeção à competência), e não uma objeção à jurisdição arbitral. Sendo assim, pode ser alegado (e aplicado) ao menos concomitantemente à apresentação de defesa, ou conforme for especificamente estabelecido pelas regras arbitrais adotadas.

3.2 A FORMA DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE *DENIAL OF BENEFITS*

A segunda discussão subjacente à cláusula de *denial of benefits* trata da forma como é aplicada por tribunais arbitrais de investimento. Três questões compõem o tema: (i) qual o

⁹⁸ CVDT, Seção 3, Interpretação de Tratados, Artigo 31. Regra Geral de Interpretação: “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.”

momento adequado de seu exercício pelo Estado; (ii) se há efeitos retroativos ou prospectivos; e (iii) quais os critérios materiais para o seu exercício e aplicação. O presente trabalho se restringirá à análise dos itens (i) e (ii), também denominados requisitos procedimentais de aplicação.

3.2.1 Momento adequado para o seu exercício

Não há pacificidade entre tribunais arbitrais sobre qual o momento adequado para o exercício dos direitos garantidos ao Estado na cláusula de *denial of benefits*. O que há, conforme introduzido previamente, é uma série de decisões descompassadas, adotando posições diametralmente diversas – e isto, baseando-se em cláusulas com redações muito similares. Tamanha similitude é digna de nota (dada a importância, pede-se vênica do leitor para transcrição da mesma cláusula já referida):

BIT EUA-Bolivia, Artigo XII.

“Each Party reserves the right to deny to a company of the other Party the benefits of this Treaty if nationals of a third country own or control the company and: (a) the denying Party does not maintain normal economic relations with the third country; or (b) the company has no substantial business activities in the territory of the Party under whose laws it is constituted or organized.”⁹⁹

Energy Charter Treaty, Artigo 17(1).

“Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to: (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organised; or (2) an Investment, if the denying Contracting Party establishes that such Investment is an Investment of an Investor of a third state with or as to which the denying Contracting Party: (a) does not maintain a diplomatic relationship; or (b) adopts or maintains measures that: (i) prohibit transactions with Investors of that state; or (ii) would be violated or circumvented if the benefits of this Part were accorded to Investors of that state or to their Investments.”¹⁰⁰

⁹⁹ BOLÍVIA; ESTADOS UNIDOS. **1998 Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Bolivia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment**. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/43541.pdf>>, Artigo XII. Tradução livre: “Cada Parte se reserva o direito de negar a uma empresa da outra Parte os benefícios deste Tratado se os nacionais de um país terceiro possuir ou controlar a empresa e: (a) a Parte negadora não mantém relações econômicas normais com o país terceiro; ou (b) a empresa não possui atividades comerciais substanciais no território da Parte sob cuja legislação é constituída ou organizada.”

¹⁰⁰ THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER (ECT) – **Consolidated Energy Charter Treaty with related documents**. Consolidada em 15 de janeiro de 2016, artigo 17. Disponível em: <<http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Tradução livre: “Cada Parte Contratante reserva-se o direito de negar as vantagens desta Parte para: (1) uma pessoa jurídica se cidadãos ou nacionais de um terceiro Estado possuir ou controlar essa entidade e se essa entidade não tiver atividades comerciais substanciais na Área da Parte Contratante em que está organizada; ou (2) um Investimento, se a Parte Contratante negadora estabelecer que esse Investimento é um Investimento de um Investidor de um terceiro estado com ou em relação ao qual a Parte Contratante negadora: (a) não mantém uma relação diplomática; ou (b) adota ou mantém medidas que: (i) proibir transações com investidores desse estado; ou (ii) seria violado ou contornado se os benefícios desta Parte fossem concedidos aos Investidores desse Estado ou aos seus Investimentos.”

A redação completa de ambas é de grande similaridade. A redação especificamente pertinente à adequação do momento de seu exercício, qual seja – “*Each party reserves the right to deny*” – é idêntica. E, a respeito da interpretação de tais termos, tribunais arbitrais têm proferido decisões muito distintas.

3.2.1.1 Notificação prévia ao surgimento da disputa

Em *Plama v. Bulgaria* (2005), o tribunal adotou posicionamento no sentido da necessidade de notificação do investidor do exercício da cláusula de *denial of benefits* pelo Estado antes mesmo da realização do investimento. O tribunal argumentou que se o requerido pudesse negar acesso aos benefícios do tratado por sua conveniência, as expectativas legítimas do requerente de um *standard* mínimo de certeza seriam privadas e o investidor se tornaria um refém do Estado anfitrião¹⁰¹. Assim, o tribunal entendeu que a Bulgária teria o dever (ou o ônus) de analisar cada investidor potencialmente abrangido pelo tratado previamente à realização do investimento para fins de exercer os direitos garantidos pela cláusula de *denial of benefits*.

Este mesmo entendimento foi endossado pelo tribunal em *Khan v. Mongolia* (2012), quando decidiu no sentido de que permitir ao Estado que invoca a cláusula de *denial of benefits* a qualquer momento após a realização do investimento seria contra o objeto e propósitos do tratado de investimento. Segundo o tribunal, estando o investidor sujeito à negação dos benefícios do tratado a qualquer momento o colocaria em uma situação de extrema imprevisibilidade, violando, assim os objetivos do próprio tratado¹⁰².

Em *Ampal American v. Egypt* (2016), o tribunal adotou posicionamento no sentido de que deveria haver notificação por parte do Estado ao menos anteriormente à insurgência de disputa. Neste caso, o Estado em questão teria o ônus de realizar a análise do preenchimento dos requisitos durante a implementação e condução do investimento, sob pena de preclusão, baseado no fundamento de que o limite para exercício da cláusula seria a constituição do

¹⁰¹ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria**. Caso ICSID ARB/03/24. Decisão sobre Jurisdição, 08 fev. 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/857>>, p. 161.

¹⁰² COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Khan Resources e outros v. Government of Mongolia**. UNCITRAL, Decisão em Jurisdição, 25 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/604>>, p. 426.

tribunal arbitral¹⁰³. Para isso, o tribunal se utilizou do entendimento firmado pela ICJ na *Right of Passage Decision*, quando adotou o seguinte posicionamento:

“It is a rule of law generally accepted, as well as one acted upon in the past by the Court, that, once the Court has been validly seized of a dispute, unilateral action by the Respondent State in terminating its Declaration, in whole or in part; cannot divest the Court of jurisdiction.”¹⁰⁴

Ao lado dela, encontram-se outras decisões, tais como *Isolux v. Spain* (2016)¹⁰⁵ e *Ascom v. Kazakhstan* (2013)¹⁰⁶, as quais adotaram o mesmo entendimento. Em todos estes tribunais a questão foi tratada como objeção à jurisdição.

É importante que se note uma evolução temporal em relação às decisões que formam o conjunto que estabelece necessidade de notificação prévia à disputa. *Plama v. Bulgaria* (2005) estabeleceu, em primeiro momento, necessidade de notificação previamente à realização do investimento, posteriormente endossado por *Khan v. Mongolia* (2012). Subsequente, em *Ascom v. Kazakhstan* (2013)¹⁰⁷ altera-se esta tendência, passando-se a exigir apenas a notificação prévia ao início da disputa, sendo reproduzida por outros tribunais arbitrais, tais como *Isolux v. Spain* (2016)¹⁰⁸ e *Ampal American v. Egypt* (2016)¹⁰⁹. Assim, entende-se que decisões arbitrais futuras que decidam pela necessidade de notificação prévia adotarão o entendimento firmado desses três casos, ao invés daquele de *Plama v. Bulgaria* (2005) e de *Khan v. Mongolia* (2012).

3.2.1.2 Notificação concomitante / após surgimento da disputa

¹⁰³ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Ampal-American Israel Corporation and outros v. Arab Republic of Egypt**. Caso ICSID ARB/12/11, 01 fev.2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1926>>, p. 170-173.

¹⁰⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Portugal v. Índia (1957). Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory**. Objeções Preliminares. Julgamento de 26 de novembro de 1957. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19571126-JUD-01-00-EN.pdf>>, p. 142. Tradução livre: “Trata-se de uma regra de lei geralmente aceita, bem como uma já apreciada pela corte no passado que, tendo a corte sido devidamente adjudicada do caso para si [tratando-se de tribunais arbitrais, entende-se que o termo mais apropriado seria “tendo sido o tribunal arbitral devidamente constituído], eventual ação unilateral do Estado requerido em revogando sua Declaração, no todo ou em parte, não pode afetar a jurisdição da corte sobre a controvérsia.”

¹⁰⁵ INSTITUTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO DE ESTOCOLMO (SCC). **Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain**. Caso SCC V2013/153, Sentença Arbitral, 12 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/5893>>, p. 715.

¹⁰⁶ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Liman Caspian Oil B.V. e outro v. Republic of Kazakhstan**. Caso ICSID ARB/07/14. Sentença Arbitral, 22 jun. 2010. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1977>>, p. 745.

¹⁰⁷ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS, *ibidem*.

¹⁰⁸ INSTITUTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO DE ESTOCOLMO, *ibidem*.

¹⁰⁹ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Ampal-American Israel Corporation and outros v. Arab Republic of Egypt**. Caso ICSID ARB/12/11, 01 fev.2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1926>>.

Apesar o considerável número de casos relevantes mencionados no ponto anterior, o respaldo e número de decisões proferidas em sentido oposto não fica por menos. Em *Ulysseas v. Ecuador* (2010), o tribunal adotou posicionamento no sentido de que este havia cumprido com o requisito temporal, uma vez que as regras de arbitragem da UNCITRAL estabeleciam a apresentação de defesa como data limite para realização de objeção à jurisdição. Além disso, o tribunal fez referência ao fato de a cláusula em si não impor, por sua literalidade, qualquer requisito temporal para seu exercício:

“By exercising the right to deny Claimant the BIT’s advantages in the Answer, 358 Respondent has complied with the time limit prescribed by the UNCITRAL Rules. Nothing in Article I(2) of the BIT excludes that the right to deny the BIT’s advantages be exercised by the State at the time when such advantages are sought by the investor through a request for arbitration.”¹¹⁰

Ao lado dele, outros tribunais decidiram no mesmo sentido, apresentando ainda fundamentos complementares. Em *Guaracachi v. Bolivia* (2014), o tribunal, lidando com a questão acerca da aplicação da cláusula de *denial of benefits* sobre uma companhia incorporada sobre as leis dos EUA para ser um veículo financeiro de um grupo econômico caribenho na condução de operações em outros países, fundamentou sua decisão apresentando outros dois fundamentos para a não imposição de restrições ao momento de notificação para antes da apresentação de defesa perante o tribunal arbitral: (i) o fato de que ninguém pode aceitar mais do que aquilo que está sendo oferecido, e a oferta aberta à arbitragem foi feita pelo tratado levando em consideração a totalidade dos dispositivo contidos no tratado, de forma que o investidor já tinha ciência da existência da cláusula e da possibilidade de sua aplicação frente ao preenchimento dos requisitos¹¹¹; (ii) seria até mesmo estranho para um Estado examinar o preenchimentos dos requisitos dispostos na cláusula de *denial of benefits* por determinado investidor com qual não tivesse qualquer disputa, que, por isso, eventual notificação seria

¹¹⁰ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). *Ulysseas, Incorporated v. Ecuador*. IIC 548 (2012). Sentença Parcial, 12 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1132>>, p. 172. Tradução livre: “Ao exercer o direito de negar ao Requerente as vantagens do BIT na contestação [defesa], o Requerido cumpriu o prazo previsto pelas Regras da UNCITRAL. Não há nada disposto no Artigo I (2) do BIT vede o exercício do direito de negação das as vantagens do BIT pelo Estado no momento em que tais vantagens são solicitadas pelo investidor através de um pedido de arbitragem.”

¹¹¹ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). *Guaracachi America Incorporated and Rurelec plc v. Bolivia*. Caso PCA 2011-17. Sentença Arbitral, 31 jan. 2014. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/518>, p. 370. Cita ainda que: “All investors are aware of the possibility of such denial, such that no legitimate expectations are frustrated by that denial of benefits”. Tradução livre: todos investidores estão cientes da possibilidade da aplicação da cláusula de *denial of benefits*, de modo que não há frustração de legítimas expectativas pela negativa.”

inclusive contrário ao objeto e propósitos do tratado de investimento, tendo que vista que se criariam arestas, na grande maioria das vezes, desnecessárias, na relação Estado-investidor¹¹².

Ao lado de *Ulysseas v. Ecuador* (2010) e *Guaracachi v. Bolivia* (2014), encontram-se outras decisões de grande relevância, tais como *Emelec v. Ecuador* (2009)¹¹³ e *Pac Rim v. El Salvador* (2012)¹¹⁴. A seguir, analisa-se quais os fundamentos para a concomitância de entendimentos conflitantes em relação ao tema, e ainda possíveis correções em relação às decisões proferidas por tribunais arbitrais.

3.2.1.3 Análise das decisões proferidas por tribunais arbitrais em relação ao momento adequado para exercício da cláusula

À parte da discussão a respeito de se tratar de objeção à jurisdição ou ao mérito da causa, a principal consideração que se pode traçar em relação à divergência de entendimentos em relação ao momento adequado para exercício de *denial of benefits* pode ser percebida através dos dois mesmos grandes grupos de decisões distintos dentro do campo da arbitragem de investimento já analisados anteriormente: *Grupo Geral* e *Grupo ECT*. Enquanto o primeiro grupo apresenta entendimento majoritariamente “pró-Estado” neste ponto, o segundo apresenta entendimento “pró-investidor”.

Conforme introduzido, primeiro grupo é formado por decisões como *Ulysseas v. Ecuador* (2010)¹¹⁵, *Guaracachi v. Bolivia* (2014)¹¹⁶, *Emelec v. Ecuador* (2009)¹¹⁷ e *Pac Rim v.*

¹¹² CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Guaracachi America Incorporated and Rurelec plc. v. Bolivia**. Caso PCA 2011-17. Sentença Arbitral, 31 jan. 2014. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/518>, p. 379. Cita ainda que: “it would be odd for a State to examine whether the requirements (...) had been fulfilled in relation to an investor whom it had no dispute whatsoever”, and that “the notification of the denial of benefits would – per se – be seen as unfriendly and groundless act, contrary to the promotion of foreign investments.”, pa 379. Tradução livre: “Seria estranho que um Estado examinasse (...) o preenchimento dos requisitos em relação a um investidor contra qual não tenha disputa alguma, (...) a notificação da negação de benefícios seria, por si só, considerada um ato de inimizade e infundado, contrário à promoção de investimentos estrangeiros.

¹¹³ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. Republic of Ecuador**, Caso ICSID ARB/05/9. Sentença Arbitral, 02 jun. 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/388>>, p. 71.

¹¹⁴ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Pac Rim Cayman Limited v. El Salvador**. Caso ICSID ARB/09/12. Decisão sobre as objeções Jurisdicionais dos Requeridos, 01 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/783>>, p. 4.83-491.

¹¹⁵ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Ulysseas, Incorporated v. Ecuador**. IIC 548 (2012). Sentença Parcial, 12 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1132>>, p. 172.

¹¹⁶ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Achmea B.V. v. Slovak Republic**. Caso PCA 2013-12. Sentença em Jurisdição e Admissibilidade, 20 mai. 2014. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/417>>, p. 379.

¹¹⁷ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. Republic of Ecuador**, Caso ICSID ARB/05/9. Sentença Arbitral, 02 jun. 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/388>>, p. 71.

El Salvador (2012)¹¹⁸ são fundadas em BITs diversos. Já o segundo grupo é formado por *Plama v. Bulgaria* (2005)¹¹⁹, *Ampal American v. Egypt*¹²⁰ (2016), *Isolux v. Spain* (2016)¹²¹, *Ascom v. Kazakhstan* (2013)¹²², *Khan v. Mongolia*¹²³ e *Liman v. Kazakhstan* (2010)¹²⁴, todos fundados na ECT. Analisando-os comparativamente (e em conjunto com o já discorrido no presente trabalho até o momento), o que se vê é que, enquanto para tribunais constituídos sob diversos BITs o exercício da cláusula de *denial of benefits* deve se dar dentro do tempo limite para realização de objeções à jurisdição ou à admissibilidade do tribunal, conforme as regras arbitrais estabelecidas ao procedimento, para aqueles constituídos sob a ECT (não importante aqui quais as regras procedimentais adotadas), a cláusula somente pode ser exercida mediante notificação prévia ao começo da disputa¹²⁵. No entanto, mais importante do que a constatação de duas tendências distintas em relação à aplicação de cláusula de *denial of benefits*, é buscar compreender quais razões levaram a formação destas tendências.

Em estudo realizado sobre decisões arbitrais em função dos requerimentos procedimentais para aplicação da cláusula de *denial of benefits*, Gastrell e Le Cannu apontam duas razões de relevância: a existência de diferenças (i) textuais e (ii) contextuais entre a ECT e outros tratados de investimento¹²⁶. Quanto às diferenças textuais, nota-se que o artigo 2 da ECT estabelece como propósito do tratado “*to promote long-term co-operation in the energy*

¹¹⁸ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Pac Rim Cayman Limited v. El Salvador**. Caso ICSID ARB/09/12. Decisão sobre as objeções Jurisdicionais dos Requeridos, 01 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/783>>, p.4.83-491.

¹¹⁹ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria**. Caso ICSID ARB/03/24. Decisão sobre Jurisdição, 08 fev. 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/857>>.

¹²⁰ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Ampal-American Israel Corporation and outros v. Arab Republic of Egypt**. Caso ICSID ARB/12/11, 01 fev.2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1926>>, p. 170-173.

¹²¹ INSTITUTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO DE ESTOCOLMO (SCC). **Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain**. Caso SCC V2013/153, Sentença Arbitral, 12 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/5893>>, p. 715.

¹²² INSTITUTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO DE ESTOCOLMO (SCC). **Ascom Group S.A. e outros v. Republic of Kazakhstan**. Caso SCC V116/2010. Sentença Arbitral, 19 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2358>>, p. 745.

¹²³ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Khan Resources e outros v. Government of Mongolia**. UNCITRAL, Decisão em Jurisdição, 25 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/604>>, p. 426.

¹²⁴ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Liman Caspian Oil B.V. e outro v. Republic of Kazakhstan**. Caso ICSID ARB/07/14. Sentença Arbitral, 22 jun. 2010. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1977>>.

¹²⁵ Neste ponto, interessante atentar para a inexistência de uniformidade de regras arbitrais adotadas para procedimentos sob a ECT. Enquanto em *Isolux v. Spain* (2016) foram adotadas as Regras de Arbitragem da SCC, em *Khan v. Mongolia* (2012) foram as Regras de Arbitragem da UNCITRAL (1976) e em *Plama v. Bulgaria* (2005) foram as Regras de Arbitragem da ICSID.

¹²⁶ GASTRELL, Lindsay; LE CANNU, Paul-jean. Procedural Requirements of ‘Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. **ICSID Review**, vol. 30, no. 1, 2015, p. 95.

*field*¹²⁷, enquanto os tratados do outro grupo não possuem tal redação. Além disso, o mecanismo da arbitragem investidor-Estado não é, dentro do âmbito da ECT, considerado como parte das “vantagens” garantidas a investidores pelo tratado, enquanto nos tratados do outro grupo esta exclusão não se dá se forma expressa – já inclusive tendo sido objeto de controvérsias em disputas entre investidores e Estados¹²⁸.

Contudo, são as diferenças contextuais que tornam a questão interessante. Primeiro, a diferença entre o número total de partes envolvendo cada tratado chama a atenção. Enquanto a ECT possui 54 Estados-parte¹²⁹, BITs possuem somente dois e o CAFTA, seis¹³⁰. Embora não constitua fundamento jurídico propriamente dito, tamanha diferença tende a ter contribuído para uma percepção diferente do propósito da cláusula de *denial of benefits* diferente daquele tido por tribunais constituídos sob outros tratados¹³¹.

Em *Plama v. Bulgaria* (2005)¹³², o tribunal entendeu que o artigo 17(1) era na realidade uma ferramenta para que a ECT conseguisse acomodar as diversas políticas dos Estados parte a respeito de *mailbox companies*. Esta visão se mostrou fundamental à decisão proferida pelo tribunal no sentido de que seria razoável exigir dos Estados notificação prévia para o exercício da cláusula porque, na prática, Estados deveriam distinguir Estados com diferentes políticas de investimento estrangeiro¹³³.

Cada Estado teria, dentro de sua própria análise de conveniência, discricionariedade para exercer os direitos conferidos pelo tratado, até determinado limite temporal. Dessa forma, estabelecendo-se efeitos “não automáticos” para o exercício da cláusula mas, ao mesmo tempo, estabelecendo tempo limite para o seu adequado exercício, se conseguiria obter um grau razoável de proteção ao investidor e, ao mesmo tempo, deixar que cada Estado pudesse estabelecer, dentro dos limites temporais, sua própria política a respeito de investimentos estrangeiros no setor de energia.

¹²⁷ THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER (ECT) – **Consolidated Energy Charter Treaty with related documents**. Consolidada em 15 de janeiro de 2016, artigo 17. Disponível em: <<http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Tradução livre: “promover cooperação de longo prazo no setor de energia”.

¹²⁸ GASTRELL, Lindsay; LE CANNU, Paul-jean. Procedural Requirements of ‘Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. **ICSID Review**, vol. 30, no. 1, 2015, p. 95.

¹²⁹ Vide Energy Treaty Charter (2016).

¹³⁰ Vide CAFTA (2005).

¹³¹ GASTRELL; LE CANNU, *ibidem*, p. 95.

¹³² GASTRELL; LE CANNU, *ibidem*, p. 95.

¹³³ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria**. Caso ICSID ARB/03/24. Decisão sobre Jurisdição, 08 fev. 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/857>>, p. 157.

Tal entendimento a respeito da ECT foi comentado também por tribunais fora de seu escopo. Em *Pac Rim v. El Salvador* (2016), o tribunal se manifestou expressamente no sentido de que a “ECT é um tratado multilateral com seu artigo 17(1), não surpreendentemente, redigido de forma expansiva, par fins de acomodação de diferentes políticas de Estado”¹³⁴.

Esta linha de interpretação também contribuiu para o entendimento acerca de qual seria a forma adequada de notificação ao investidor, pois no mesmo o tribunal sugeriu que o Estado em questão poderia adotar condutas gerais para fins de notificação que seriam aplicadas a toda uma classe de investidores, tais como declaração em diários oficiais ou emissão de disposição legais tratando do tema¹³⁵. Por outro lado, para a maioria dos tratados bilaterais de investimento e CAFTA, a utilização da cláusula de *denial of benefits* não tem como propósito a acomodação de diversas políticas de Estado, mas sim garantir a Estados a opção de negar tratamento a investidores individuais situados fora do escopo do tratado a partir de uma análise casuística. Neste sentido, nota-se o entendimento do tribunal arbitral em *Guaracachi v. Bolivia* (2014): “*The very purpose of the denial of benefits is to give the investor the Respondent the possibility of withdrawing the benefits granted under the BIT to investors who invoke those benefits.*”¹³⁶

A compreensão do escopo da cláusula em relação a BITs e ao CAFTA contribuem também para compreensão acerca da preocupação de Estados ao excessivo peso em que consistiria a obrigação de notificação prévia ao surgimento de controvérsia para exercício da cláusula. Afinal, a imposição de obrigação de notificação prévia consistiria em ataque frontal à própria finalidade de cláusula.

Em adição a isso, outra grande diferença responsável pelas divergências na aplicação da cláusula é a diferença informacional existente entre Estados parte de tratados bilaterais e do CAFTA a respeito de seus investidores e países parte da ECT a respeito dos seus. Tal diferença decorre do escopo de aplicação das duas variedades de tratados. Enquanto tratados bilaterais de investimento e CAFTA, por exemplo, se aplicam a todo e qualquer tipo de investimento¹³⁷, realizados em qualquer campo, a área de aplicação da ECT está restrita ao setor de energia:

ECT, Artigo 1(5):

¹³⁴ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). *Pac Rim Cayman Limited v. El Salvador*. Caso ICSID ARB/09/12. Decisão sobre as objeções Jurisdicionais dos Requeridos, 01 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/783>>, p.155.

¹³⁵ GASTRELL, Lindsay; LE CANNU, Paul-jean. Procedural Requirements of ‘Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. *ICSID Review*, vol. 30, no. 1, 2015, p. 95.

¹³⁶ Tradução livre: "O principal propósito da cláusula de *denial of benefits* é dar ao Requerido a possibilidade de retirar os benefícios concedidos no âmbito do BIT aos investidores que os invocam". *Guaracachi America Incorporated and Rurelec plc v. Bolivia*, PCA Case 2011-17, Award (31-Jan-2014), pa 376.

¹³⁷ A respeito disso, tome-se como parâmetro a cláusula de definição de investimento exposta no item 2.2.1 deste trabalho.

“As used in this Treaty: (...) (5) Economic Activity in the Energy Sector” means an economic activity concerning the exploration, extraction, refining, production, storage, land transport, transmission, distribution, trade, marketing, or sale of Energy Materials and Products except those included in Annex NI, or concerning the distribution of heat to multiple premises.¹³⁸

ECT, Diretiva Interpretativa do Artigo 1(5):

“(a) With respect to Article 1(5) (a) It is understood that the Treaty confers no rights to engage in economic activities other than Economic Activities in the Energy Sector.”¹³⁹

Trata-se de considerável diferença a ser considerada para fins de atribuição de obrigação de notificação prévia. Enquanto tratados bilaterais de investimento comuns abarcam uma ampla gama de investimento dos mais variados setores, a ECT lida apenas com investimentos no setor de energia, o qual é tradicionalmente muito regulado por Estados. Presume-se, portanto, que Estados receptores de investimentos abarcados pela ECT possuem quantidade e meios de informação consideravelmente mais propícios para averiguação prévia do preenchimento dos requisitos aplicação da cláusula de *denial of benefits* do que Estados receptores de investimento através de outros tratados mais abrangentes¹⁴⁰. Desta forma, a imposição de obrigação de notificação prévia em controvérsias relacionadas à ECT pode ser considerada, em regra, consideravelmente menor do que a imposição do mesmo dever a Estados no âmbito de outros tratados de investimento.

Depreende-se, assim, que existem dois entendimentos distintos no âmbito da arbitragem de investimento quanto ao momento adequado para exercício da cláusula de *denial of benefits*: um no qual se exige notificação do exercício previamente ao início da disputa, e outro no qual se autoriza o exercício no momento da apresentação de defesa ou até mesmo após. O primeiro entendimento tem seu seu âmbito de aplicação restrito a controvérsias sob a ECT. O segundo, sob outros tratados de investimento.

Há razões de ordem textual e contextual para configuração da divergência. A razão textual se verifica na inclusão de previsão expressa no corpo da ECT estabelecendo a

¹³⁸ THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER (ECT) – **Consolidated Energy Charter Treaty with related documents**. Consolidada em 15 de janeiro de 2016, artigo 17. Disponível em: <<http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Tradução livre: “Tal como utilizado neste Tratado: ‘Atividade Econômica no Setor de Energia’ significa uma atividade econômica relativa à exploração, extração, refinação, produção, armazenamento, terra transporte, transmissão, distribuição, comércio, comercialização ou venda de Materiais de Energia e Produtos, exceto os incluídos no Anexo NI, ou relativo à distribuição de calor em múltiplas instalações”.

¹³⁹ THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER (ECT) – **Consolidated Energy Charter Treaty with related documents**. Consolidada em 15 de janeiro de 2016, artigo 17. Disponível em: <<http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Tradução livre: “(a). No que diz respeito ao artigo 1(5), entende-se que o Tratado não confere qualquer direito a exercer atividades econômicas que não sejam Atividades Econômicas no Setor da Energia.”

¹⁴⁰ GASTRELL, Lindsay; LE CANNU, Paul-jean. Procedural Requirements of ‘Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. **ICSID Review**, vol. 30, no. 1, 2015, p. 95.

cooperação a longo prazo no setor energético como um dos objetivos do tratado. As principais razões de ordem contextual são (i) o grande número de signatários da ECT em comparação a outros tratados, gerando assim uma compreensão diversa acerca de qual o objetivo da cláusula de *denial of benefits* em seu âmbito; (ii) o campo de aplicação consideravelmente mais restrito da ECT em relação a outros tratados – aplicação restrita ao setor de energia, enquanto outros tratados aplicam-se a praticamente todos os setores de atividade de econômica do Estado –, em setor com volume consideravelmente alto de informações sobre investidores, se comparado a outros mercados.

Contudo, há de ser feita uma necessária crítica ao grupo de decisões sob o escopo da ECT. Enquanto o outro grupo de decisões, que entende a aplicação de cláusula se tratar de objeção à jurisdição, estabelece como momento limite ou o disposto nas regras procedimentais para realização de objeções à jurisdição do tribunal (ou a regra geral estabelecida em direito internacional, qual seja, a constituição do tribunal), o grupo de decisões da ECT, que adota posicionamento no sentido da aplicação da cláusula consistir em objeção à admissibilidade da causa, se posiciona no sentido de ser necessária notificação prévia ao início da disputa.

Conforme detalhado no item 3.1.1, a análise da admissibilidade de determinada demanda somente é possível caso haja jurisdição do tribunal¹⁴¹. Portanto, atrelar o exercício da cláusula à anterioridade da formação da disputa se mostra incompatível com a natureza que o próprio tribunal dá à realização da objeção. Entendendo-se tratar de questão de admissibilidade, o exercício da cláusula deve ser permitido ao menos até imediatamente após a apresentação de defesa, ou conforme as regras estabelecidas pelo tribunal arbitral. Afinal, o tribunal somente poderá apreciar a admissibilidade da causa após decidir sobre sua própria jurisdição.

Assim, de forma mais simplificada que os fundamentos expostos por tribunais arbitrais, conclui-se o seguinte: tratando-se de objeção à jurisdição, o tempo limite deve ser aquele estabelecido pelas regras de arbitragem da câmara adotada, ou, na sua ausência, aquela estabelecida em direito internacional. Tratando-se de objeção à admissibilidade, ela pode ser alegada conforme regras procedimentais adotadas, não podendo ser a data limite inferior àquela atribuída à objeção de jurisdição.

¹⁴¹ FITZMAURICE, Gerald. **The Law and Procedure of the International Court of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 438-439. Tradução livre: “Há uma clara distinção entre uma objeção à jurisdição do tribunal, e uma objeção à admissibilidade da causa. A última diz respeito a um pleito para o qual o tribunal deveria julgar a causa inadmissível sob fundamento que não o mérito da causa. Já a primeira é no sentido de que o próprio tribunal é incompetente para se pronunciar, seja sobre o mérito, seja sobre admissibilidade da causa perante ele. Uma objeção exitosa à jurisdição de determinado tribunal extingue o procedimento e impede qualquer andamento subsequente nele, ou garante que não haverá nenhum pronunciamento de mérito sobre o caso. Mas uma objeção inexitosa deixa ainda aberta a possibilidade de a causa ser julgada inadmissível.”

3.2.2 Efeitos de sua aplicação no tempo

Conjuntamente ao debate do momento adequado para exercício da cláusula ocorre a discussão sobre a atribuição de efeitos retroativos ou prospectivos a partir de seu exercício. A proximidade entre as discussões é tanta que as decisões em relação à segunda seguem com exatidão a mesma linha da primeira: quando se decide por notificação prévia ao início da disputa se atribui efeitos prospectivos, e quando se decide por possibilidade de exercício e notificação no momento da apresentação da defesa (ou até mesmo posteriormente) se atribui efeitos retroativos.

Além disso, cumpre-se deixar claro que os efeitos de aplicação da cláusula no tempo não dizem respeito apenas à jurisdição e/ou admissibilidade de causas perante tribunais arbitrais, mas de todos os efeitos do tratado aplicados a investidores. Portanto, a discussão dos efeitos de aplicação da cláusula no tempo diz respeito tanto a “efeitos materiais” como “efeitos procedimentais”. Desta forma, o debate possui relevância prática para determinar, por exemplo, se houve violação de *standard* de tratamento ao investidor em determinado momento, e se, naquele tempo, os benefícios providos pelo tratado estavam estendidos ao investidor em questão.

Contudo, no presente item será demonstrado que, apesar da linha decisória adotada pelos dois grupos distintos – *Grupo ECT* e *Grupo Geral*, ela não se mostra juridicamente correta. Em primeiro lugar, porque em se tratando de decisões que tratam da questão como sendo objeção à jurisdição, os efeitos devem necessariamente ser retroativos, não havendo motivos para sequer haver análise separada do momento adequado para seu exercício e da retroatividade de efeitos. Em segundo lugar, porque no caso do grupo de decisões que trata da questão como sendo objeção à admissibilidade, o momento de exercício poderia se dar inclusive após a apresentação de defesa (ou de acordo com o estabelecido nas regras procedimentais adotadas), e os efeitos devem, conforme será demonstrado no presente item, ser necessariamente prospectivos a partir do momento de exercício da cláusula de *denial of benefits*, seja qual for seu momento.

3.2.2.1 Efeitos Prospectivos

Conforme introduzido, o grupo que atribui efeitos prospectivos é exatamente o mesmo que estabelece (erroneamente) necessidade de notificação prévia (item 3.2.1.1) – *Grupo ECT*. O fundamento exposto em *Plama v. Bulgária* (2005) é representativo. Nele, o tribunal atribuiu efeitos apenas prospectivos – isto é, apenas do exercício da cláusula em diante – com base em

dois fatores distintos: (i) a expectativa legítima dos investidores e (ii) o objeto e propósitos da ECT.

Quanto ao primeiro fator, o tribunal entendeu que o investidor possuía expectativas legítimas sobre a utilização dos benefícios garantido pelo tratado, a não ser que, ou até que, o Estado exercitasse seus direitos constantes na cláusula de *denial of benefits*¹⁴². Quanto ao segundo, o tribunal novamente se utilizou do artigo 2 da ECT, o qual estabelece como objetivo do tratado a promoção de cooperação a longo prazo no setor de energia¹⁴³. Com base nele, adotou posição no sentido de que, caso o exercício da cláusula possuísse efeitos retroativos, as consequências ao investidor seriam sérias, uma vez que não possível planejar nada a longo prazo, tornando suas expectativas legítimas de outrora em falsas através da retroatividade de seus efeitos¹⁴⁴.

A fundamentação para atribuição de efeitos prospectivos está também proximamente ligada a ideia de “exercício do direito”. Conforme entendimento proferido em *Yukos v. Russia* (2009)¹⁴⁵, *Hulley Enterprises v. Russia* (2009)¹⁴⁶ e *Veteran Petroil v. Russia* (2009)¹⁴⁷, o fato da cláusula possuir redação dispondo que “*Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part (...)*”¹⁴⁸ significaria que cada parte contratante reservaria para si o direito de negar tratamento a investidores em determinado momento no futuro. Tal qual um contrato derivativo de opção, seus efeitos estariam diretamente atrelados ao seu exercício.

¹⁴² CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria**. Caso ICSID ARB/03/24. Decisão sobre Jurisdição, 08 fev. 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/857>>, p. 161.

¹⁴³ THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER (ECT) – **Consolidated Energy Charter Treaty with related documents**. Consolidada em 15 de janeiro de 2016, artigo 17. Disponível em: <<http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>.

¹⁴⁴ CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria**. Caso ICSID ARB/03/24. Decisão sobre Jurisdição, 08 fev. 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/857>>, p. 162.

¹⁴⁵ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Yukos Universal Limited v. Russian Federation**. Caso PCA AA 227, Sentença Parcial em Jurisdição e Admissibilidade, 30 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1175>>, p. 458.

¹⁴⁶ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Hulley Enterprises Limited v. Russian Federation**. Caso PCA AA 226. Sentença Parcial em Jurisdição e Admissibilidade, 30 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/544>>, p. 457.

¹⁴⁷ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Veteran Petroleum Limited v. Russian Federation**. Caso PCA AA 228. Sentença Parcial em Jurisdição e Admissibilidade, 30 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1151>>, p. 514.

¹⁴⁸ THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER (ECT) – **Consolidated Energy Charter Treaty with related documents**. Consolidada em 15 de janeiro de 2016, artigo 17. Disponível em: <<http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Tradução livre: “Cada Parte Contratante reserva-se o direito de negar as vantagens desta parte do tratado para: (1) uma pessoa jurídica se cidadãos ou nacionais de um terceiro Estado possuir ou controlar tais entidade e se essa entidade não possui atividades comerciais substanciais na Área da Parte Contratante em que está organizada (...).”

Assim, o dispositivo teria de ser ativamente exercido para que pudesse produzir efeitos jurídicos¹⁴⁹⁻¹⁵⁰.

3.2.2.2 Efeitos Retroativos

Ao grupo de notificação concomitante ou posterior (3.2.1.2) atribui-se efeitos retroativos – *Grupo Geral. Guaracachi v. Bolivia* (2014) se apresenta como caso representativo. Nele, o tribunal atribuiu efeitos retroativos ao exercício da cláusula de *denial of benefits*, a qual havia sido arguida pelo Estado há aproximadamente dois anos após o início do procedimento arbitral. No caso, a Bolívia havia exercido seu direito de *denial* alegando que Guaracachi American Incorporated (GAI) era uma *shell company* controlada por companhias nacionais de das Ilhas Virgens Britânicas¹⁵¹.

Na decisão, o tribunal, endossando entendimento já firmado em *Ulysseas v. Ecuador* (2012)¹⁵², adotou posicionamento nos seguintes termos:

“It asserted that, although the investor is something of a fragile position... one cannot say that such a denial will come as a total surprise for the investor, since the BIT is not a secret.”¹⁵³

“The very purpose of the denial of benefits is to give the Respondent the possibility of withdrawing the benefits granted under the BIT to investors who invoke those benefits. As such, it is proper that the denial is ‘activated’ when the benefits are being claimed.”¹⁵⁴¹⁵⁵

Nota-se que em contrapartida à ideia de expectativa legítima do investidor no grupo de decisões anteriormente apresentado, em *Guaracachi v. Bolivia* (2014) o tribunal adota um posicionamento voltado a demonstrar a ciência pelo investidor, desde o início de seus

¹⁴⁹ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Khan Resources e outros v. Government of Mongolia**. UNCITRAL, Decisão em Jurisdição, 25 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/604>>, p. 419.

¹⁵⁰ SZWEDO, Pietr. Case Comment: (former) Yukos v. Russian Federation before the Permanent Court of Arbitration. **Journal of International Cooperation**, vol. 18, n. 2, 2010, p. 57-69.

¹⁵¹ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Guaracachi America Incorporated and Rurelec plc. v. Bolivia**. Caso PCA 2011-17. Sentença Arbitral, 31 jan. 2014. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/518>>, p. 211.

¹⁵² COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Ulysseas, Incorporated v. Ecuador**. IIC 548 (2012). Sentença Parcial, 12 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1132>>, p. 172.

¹⁵³ GASTRELL, Lindsay; LE CANNU, Paul-jean. Procedural Requirements of ‘Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. **ICSID Review**, vol. 30, no. 1, 2015, p. 91.

¹⁵⁴ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Guaracachi America Incorporated and Rurelec plc. v. Bolivia**. Caso PCA 2011-17. Sentença Arbitral, 31 jan. 2014. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/518>>, p. 211.

¹⁵⁵ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Ulysseas, Incorporated v. Ecuador**. IIC 548 (2012). Sentença Parcial, 12 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1132>>, p. 382.

investimentos, acerca da possibilidade de ter seus benefícios negados. Segundo o tribunal, esta ciência por parte do investidor teria o condão de ilidir qualquer expectativa legítima que pudesse haver com relação à proteção de seu investimento enquanto não houvesse manifestação do estado para exercício da cláusula.

Há ainda outro fundamento exposto em *Guaracachi v. Bolivia* (2014), no sentido de que o dever de notificação prévia do exercício da cláusula se trataria de medida contrária à promoção de investimento estrangeiros, objetivo central de qualquer tratado de investimentos:

“(...) it would be odd for a State to examine whether the requirements of Article XII had been fulfilled in relation to an investor with whom it had no dispute whatsoever. In that case, the notification of the denial of benefits would — per se — be seen as an unfriendly and groundless act, contrary to the promotion of foreign investments.”¹⁵⁶

Trata-se de fundamento legítimo, mas que, no entendimento do presente trabalho, parece contribuir mais para o fundamento de que o exercício da cláusula deve ser entendido como objeção à admissibilidade, podendo inclusive ser alegado após a apresentação de defesa (dentro da situação específica exposta na seção 3.1.3), do que para a fundamentação da retroatividade de efeitos propriamente dita. Até porque, conforme já exposto, partindo-se do pressuposto de que se trata de objeção à jurisdição, a discussão acerca da retroatividade de efeitos perde o objeto. Portanto, também aqui se percebe a incongruência lógica do entendimento firmado pelos tribunais arbitrais do *Grupo Geral*.

3.2.2.3 Análise acerca da retroatividade de efeitos

A análise quanto à retroatividade de efeitos deve necessariamente ser dividida em dois cenários distintos: jurisdição e admissibilidade. Entendendo-se tratar de objeção à jurisdição, os efeitos do exercício de *denial of benefits* devem obrigatoriamente ser compreendidos como retroativos. Afinal, não possuindo jurisdição, o tribunal não poderá, conforme demonstrado, decidir qualquer questão atinente à disputa. Neste ponto, as decisões proferidas pelo grupo formado por tratados de investimento em geral se mostram corretas. Contudo, entendendo-se tratar de objeção à admissibilidade da causa, a qual pode ser arguida a qualquer momento, deve-

¹⁵⁶ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). *Ulysseas, Incorporated v. Ecuador*. IIC 548 (2012). Sentença Parcial, 12 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1132>>, p. 378. Tradução livre: “(...) seria estranho que um Estado examinasse o cumprimento dos requisitos do artigo XII em relação a um investidor com quem não se teve, até o momento, qualquer controvérsia. Nesse caso, a notificação de *denial of benefits* seria considerada como um ato hostil e infundado, em contrariedade à promoção de investimentos estrangeiros”.

se, aí sim, passar a análise acerca da retroatividade ou irretroatividade dos efeitos atribuídos ao exercício da cláusula de *denial of benefits*.

Entende-se que o mais correto é aquele adotado por tribunais arbitrais constituídos sob o *Grupo ECT*. O fundamento relativo à necessidade de exercício se mostra correto. Um Estado não é obrigado a negar as vantagens do tratado a determinado investidor caso preencha os requisitos previstos na cláusula. No caso de serem preenchidas, ele terá a discricionariedade de escolher entre a manutenção ou retirada dos benefícios concedidos ao investidor pelo tratado. Portanto, é bem possível um cenário no qual determinado investidor preencheu as condições para aplicação da cláusula, o Estado tenha ciência disso (especialmente se tratando de setor altamente regulado e circulator de vultuosos recursos financeiros), porém opta por não notificar, dado o fato de que o preenchimento dos aludidos requisitos não trazer ao estado qualquer prejuízo. Neste sentido, não poderia se entender pela retroatividade de efeitos – não quando o próprio Estado se beneficiou anteriormente de tal *status*. Seguindo-se a mesma lógica da boa-fé no direito privado brasileiro, o estado estaria em evidente *venire contra pactum proprium*, ou, analogamente à doutrina da common law, o Estado estaria em *estoppel*.

Neste mesmo cenário, também é razoável presumir que o investidor tem ciência de que o Estado conhece sua situação em relação aos requisitos da cláusula de *denial of benefits*. Também é razoável presumir, conforme será demonstrado adiante, que o investidor muitas vezes sequer tem conhecimento sobre seu *status* em relação a tais requisitos. Ele pode não saber, por exemplo, se possui ou não atividades comerciais substanciais no território no qual diz ser nacional. Nestas duas hipóteses, o que se entende é que o investidor presume (i) ou que, embora preenchidos os requisitos, ao estado não incomoda sua situação, de modo que a aplicação da cláusula não é exercida; (ii) ou que sua situação não configura hipótese de exercício de *denial of benefits* pelo estado.

Em qualquer uma das hipóteses, há necessariamente uma expectativa legítima por parte do investidor de que, naquele momento específico, não convém ao estado que seus benefícios lhe sejam retirados. Portanto, não parece razoável a atribuição de efeitos retroativos ao exercício da cláusula quando, muito provavelmente, foi também conveniente ao próprio estado a manutenção do *status* do investidor pelo período no qual os requisitos já eram preenchidos e o momento do exercício da cláusula.

Podendo ainda se indagar sobre eventual cenário no qual o investidor possui ciência de que preenche os requisitos autorizadores do exercício da cláusula de *denial of benefits*, enquanto o Estado não. Neste caso, é possível dizer que o investidor poderia estar atuando de má-fé, usufruindo dos benefícios concedidos a ele por meio do tratado. Contudo, se é verdade que o

Estado não possuía conhecimento, também é verdade que o Estado possuiria meios para obter tal conhecimento. Sendo assim, o motivo determinante para tal “desconhecimento” seria, novamente, um simples desinteresse ou inconveniência sobre o assunto. Portanto, neste caso também se poderia entender que não haveria vontade do estado no exercício da cláusula de *denial of benefits*. E, portanto, que também não seria legítimo a atribuição de efeitos retroativos ao exercício da cláusula. Não quando ambas as partes obtiveram benefícios com a manutenção do *status* até o momento em que o estado optasse pela negação de vantagens.

Há ainda um último fundamento (não apreciado especificamente com relação à retroatividade de efeitos¹⁵⁷) para que se entenda pela não retroatividade de efeitos: é o fato de que o preenchimento dos requisitos de aplicação da cláusula é invariavelmente dinâmico. Conforme será visto, os requisitos são (i) controle sobre o investidor por nacional de terceiro Estado e (ii) inexistência de atividades comerciais substanciais dentro de determinado território”. É natural que o *status* em relação a tais requisitos não se mantenham os mesmos ao longo do tempo.

Por exemplo, é crível que determinada companhia controlada por nacional de terceiro país, em determinado momento, não tenha atuação substancial no mercado no qual está incorporada por razões das mais diversas ordens (econômicas, políticas ou simplesmente comerciais), mas que, posteriormente, acabe lá gerando grandes operações e estabelecendo forte presença de mercado. Neste caso, o Estado incontroversamente não terá o direito de aplicação da cláusula (caso a presença já tenha sido estabelecida).

Tome-se agora por exemplo a situação inversa. Determinada companhia controlada por terceiro de determinado país possui, durante logo período de tempo, atividades comerciais substanciais no Estado no qual foi incorporada / registrada. Subsequentemente, por qualquer razão, ela cessa grande parte de suas atividades dentro do território, tornando-se nada além de um escritório centralizado de operações em território estrangeiro, ou simplesmente um escritório para que a empresa mantenha lá seu endereço oficial. Neste caso, o Estado terá o direito de invocação da cláusula. Contudo, ele não terá ele o direito de aplicar efeitos retroativos, deixando o investidor sem direito de demandar seus benefícios durante o período

¹⁵⁷ Conforme será demonstrado no item subsequente, o caráter dinâmico da situação do investidor frente ao preenchimento dos requisitos se mostra na realidade a favor do Estado quanto ao analisado no subcapítulo anterior – adequação do momento para o exercício. Afinal, seu caráter dinâmico, ao mesmo tempo que gera expectativas legítimas ao investidor, também gera consideráveis dificuldades ao estado para identificação de investidores abarcados pela cláusula, e consequentemente, também ao seu subsequente exercício. Vide próximo item, em CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Guaracachi America Incorporated and Rurelec plc. v. Bolivia**. Caso PCA 2011-17. Sentença Arbitral, 31 jan. 2014. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/518>>.

no qual não esteve abrangido pela cláusula. Afinal, neste caso não haveria somente quebra de expectativa legítima do investidor, mas poderia se inclusive arguir violação de tratamento equitativo e justo, entre outras possibilidades.

Neste ponto, se poderia ainda levantar a hipótese de que deveria se atribuir efeitos retroativos somente até (ou a partir) do momento em que o investidor “ingressou” dentro do escopo da aplicação da cláusula. Isso, contudo, leva à análise de um terceiro cenário possível, no qual determinado investidor, ao longo dos anos, “preenche e esvazia”, “entra e sai” do seu campo de aplicação. Neste caso, será muito difícil (senão praticamente impossível) de se identificar exatamente quais foram os períodos de abrangência ou não da cláusula para identificação de eventuais violações de tratamento, concessão de benefícios etc. Portanto, o que se vê é que, também por conta do caráter dinâmico de seus requisitos não se mostra razoável a atribuição de efeitos retroativos ao exercício de *denial of benefits*. Os efeitos devem se dar apenas de forma prospectiva, a partir de seu exercício pelo Estado, o qual pode ocorrer antes ou depois do surgimento da controvérsia.

4 CONCLUSÃO

Tratados bilaterais de investimento são uma das principais ferramentas jurídicas adotadas por Estados para promoção de investimento direto estrangeiro e aumento da circulação de riquezas entre Estados. Cada tratado possui características próprias, porém, ao mesmo tempo, todos possuem uma estrutura comum, consistente em cláusulas padronizadas que estabelecem normas relativas a: (i) definição de investimento; (ii) estabelecimento de *standards* de proteção e tratamento a investidores e investimentos situados em território estrangeiro; (iii) proteção específica contra expropriações; (iv) cláusula arbitral para resolução de disputas e (v) cláusula de *denial of benefits*. Embora possa existir diferença na redação destas cláusulas entre um tratado e outro, o seu sentido e objetivo permanece o mesmo. No entanto, Estados podem e devem incluir alterações na redação das cláusulas em tratados subsequentes, adotadas à medida que a necessidade (notadamente, após uma análise da interpretação dada por ela por tribunais arbitrais) lhe exige.

Dentre estas cláusulas, a de *denial of benefits* ganha destaque por sua natureza peculiar e pela relevância que sua aplicação possui. Trata-se de um mecanismo desenvolvido por Estados para fins de evitar que grupos econômicos que não guardem relações com o Estado do qual dizem ser nacionais usufruam das vantagens garantidas pelo tratado em questão.

Não há consenso entre tribunais arbitrais sobre qual a natureza jurídica do exercício da cláusula. Enquanto uns tratam da questão como uma objeção à jurisdição do tribunal arbitral, outros a tratam como uma objeção à admissibilidade. Neste contexto, para que possa haver um entendimento firme e previsível sobre a aplicação da cláusula pela jurisprudência arbitral, faz-se imprescindível que tribunais arbitrais de investimento firmem posicionamento definido sobre qual a natureza da cláusula e de seu exercício. Assim, em que pese a natureza híbrida da cláusula de *denial of benefits*, sua aplicação deve ser entendida como uma objeção à admissibilidade da causa pelo tribunal arbitral. Isso porque ela não diz respeito à extensão do consentimento das partes à arbitragem, mas a capacidade do tribunal para análise do mérito da causa. Além disso, também se identificou uma contraditoriedade das decisões nas quais se entendeu tratar de objeção à jurisdição, mas que ao mesmo tempo atribuíram efeitos meramente prospectivos ao seu exercício. Afinal, a inexistência de jurisdição não comporta efeitos *ex nunc*.

Entendendo-se sua aplicação como objeção à admissibilidade, deve-se também entender que o momento adequado ao seu exercício deve ser, ao menos, até o mesmo momento (ou imediatamente após) a apresentação da defesa perante o tribunal arbitral – a não ser que de outra

forma seja previamente acordado pelas partes, ou simplesmente previsto nas regras arbitrais adotadas.

Quanto à retroatividade de seus efeitos, viu-se que a discussão apenas faz sentido quando se entende que a aplicação da cláusula consiste em objeção à admissibilidade da causa. Isso porque, entendendo-se tratar de objeção à jurisdição, os efeitos serão sempre retroativos. Além disso, viu-se que os efeitos de aplicação da cláusula devem ser sempre prospectivos. Como justificativa para este entendimento, estão a expectativa legítima do investidor de que eventual aplicação da cláusula terá efeitos apenas prospectivos, a dificuldade considerável de modulação dos efeitos de aplicação de forma retroativa dado caráter dinâmico da cláusula e a impossibilidade, na mesma lógica da boa-fé no direito brasileiro, do Estado negar os benefícios a investidor quando se beneficiou disso durante todo o período de realização de condução do investimento.

Assim, o exercício da cláusula de *denial of benefits* pelo Estado após o surgimento da disputa é válido, tendo, contudo, apenas efeitos prospectivos. Desta forma, não terá o condão de impedir o julgamento da causa pelo tribunal arbitral. Portanto, para que o Estado possa efetivamente impedir o tribunal arbitral de apreciar a causa, deve necessariamente exercer seu direito anteriormente ao surgimento da disputa. Para este fim, entende-se que o surgimento da disputa é o recebimento pelo órgão arbitral do requerimento de instauração da arbitragem.

REFERÊNCIAS

AUSTRÁLIA; ESTADOS UNIDOS. United States-Australia Free Trade Agreement, de 18 de maio de 2004. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file148_5168.pdf. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

BANCO MUNDIAL. **Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, publicado no Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment**, v. II. 1992. Disponível em <<https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

BILLET, Johan; BENINI, Maria Elenora; LE, Cari-Dee; NOILHAC, Amelie; OOSTERVEEN, Cecile. **International Investment Arbitration. A Practical Handbook**. Antwerpen-Apeldoorn-Portland: Maklu, 2016

BOLÍVIA; ESTADOS UNIDOS. 1998 Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Bolivia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/43541.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto-Lei nº 745, de 07 de agosto de 1969**. Dispõe sobre os contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, e dá outras providências.

CAFTA. The Dominican Republic – Central America – United states Free Trade Agreement. Em vigor a partir de 1º de janeiro de 2005.

CALVO, Carlos. **Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América**. Paris: D'Amyot, 1868.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). **Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. (TOPCO) v. Government of the Libyan Arab Republic**. Caso ICC nº 2321, Sentença Preliminar, 1974. Disponível em: <https://www.translex.org/261700/_/texaco-overseas-petroleum-company-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-yca-1979-at-177-et-seq-/>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Ampal-American Israel Corporation and outros v. Arab**

Republic of Egypt. Caso ICSID ARB/12/11, 01 fev.2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1926>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Compañia de Aguas deel Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic.** Caso ICSID no. ARB/97/3. Sentença Arbitral, 20 ago. 2007. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/309>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. Republic f Ecuador,** Caso ICSID ARB/05/9. Sentença Arbitral, 02 jun. 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/388>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **GEA Group A.G. v. Ukraine.** Caso ICSID Case ARB/084116. Sentença Arbitral, 31 mar. 2011. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/478>>. Acesso em: 07 de novembro de 2017.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine.** Caso ICSID ARB/00/9. Sentença Arbitral, 15 set. 2003. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/482>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2017.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Liman Caspian Oil B.V. e outro v. Republic of Kazakhstan.** Caso ICSID ARB/07/14. Sentença Arbitral, 22 jun. 2010. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1977>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2017.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain,** ICSID Case ARB/97/7, Decisão sobre objeções à jurisdição, 25 jan. 2000. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/641>>. Acesso em: 01 janeiro de 2018.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Pac Rim Cayman Limited v. El Salvador.** Caso ICSID ARB/09/12. Decisão sobre as objeções Jurisdicionais dos Requeridos, 01 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/783>>. Acesso em: 07 de dezembro de 2017.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria.** Caso ICSID ARB/03/24. Decisão sobre Jurisdição, 08 fev. 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/857>>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **PSEG et al. v. Republic of Turkey**. Caso ICSID No. ARB/02/05. Sentença Arbitral, 19 jan. 2007. (Orrego Vicuña, Fortier & Kaufmann-Kohler). Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/880>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2017.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh**. Caso ICSID ARB/05/07. Decisão sobre Jurisdição e Recomendação em Medidas Provisórias, 21 mar. 2007. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/951>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). **Salini Costruttori S.p.A. e outro v. The Hashemite Kingdom of Jordan**. Caso ICSID ARB/02/13. Decisão em Jurisdição, 09 nov. 2004. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/954>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic**. UNCITRAL. Sentença Arbitral, 12 nov. 2010). Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/517>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Khan Resources e outros v. Government of Mongolia**. UNCITRAL, Decisão em Jurisdição, 25 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/604>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **Ulysseas, Incorporated v. Ecuador**. IIC 548 (2012). Sentença Parcial, 12 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1132>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DE COMÉRCIO (UNCITRAL). **White Industries Australia Limited v. Republic of India**. Sentença Arbitral (30-Nov-2011). Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/1170>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

CONFERENCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD), **UK Model BIT**, artigo 5(1), 2008. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS (CVDT). Concluída em 23 de maio de 1969. Em vigor no Brasil através do decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Portugal v. Índia (1957)**. Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory. Objeções Preliminares. Julgamento de 26 nov. 1957. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19571126-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). “Regras Opcionais para Arbitragem de Disputas entre Duas Partes das Quais Apenas Uma é um Estado (1993)”. *Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two parties of Which Only One is a State* (1993). Acesso em: 04 de novembro de 2017.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Achmea B.V. v. Slovak Republic**. Caso PCA 2013-12. Sentença em Jurisdição e Admissibilidade, 20 mai. 2014. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/417>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Guaracachi America Incorporated and Rurelec plc. v. Bolivia**. Caso PCA 2011-17. Sentença Arbitral, 31 jan. 2014. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/518>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Hulley Enterprises Limited v. Russian Federation**. Caso PCA AA 226. Sentença Parcial em Jurisdição e Admissibilidade, 30 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/544>>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Romak S.A. v. Republic of Uzbekistan**. Caso PCA AA280. Sentença Arbitral, 26 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/919>>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Veteran Petroleum Limited v. Russian Federation**. Caso PCA AA 228. Sentença Parcial em Jurisdição e Admissibilidade, 30 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1151>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (PCA). **Yukos Universal Limited v. Russian Federation**. Caso PCA AA 227, Sentença Parcial em Jurisdição e Admissibilidade, 30 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1175>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

DIEHL, Alexandra. The Core Standard of International Investment Protection. **International Arbitration Law Library**, vol. 26, Kluwer Law International, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 288, 321.

DOLZER, Rudolph. Indirect Expropriation of Alien Property. **ICSID Review, Foreign Investment Law Journal**, vol. 1, Issue 1, 1986, pp. 41-59.

DOUGLAS, Zachary. Z. **The International Law of Investment Claims**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009

DUGAN, Christopher F.; WALLACE JR., Don; RUBINS, Noah D.; SABAHI, Borzu. **Investor-State Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

EQUADOR; ESTADOS UNIDOS. **BIT Equador-EUA**. Celebrado em 27 de agosto de 1993, em vigor a partir de 11 de maio de 1994. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/43558.pdf>>. Acesso em: 09 de novembro de 2017.

ESTADOS UNIDOS. **ACORDO DE LIVRE COMERCIO DA AMÉRICA DO NORTE (NAFTA)**. Vigente a partir de 1º de janeiro de 1994. Disponível em: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/north-american-free-trade-agreement-nafta>. Acesso em: 10 de novembro de 2017.

ESTADOS UNIDOS. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. Disponível em: <https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>. Acesso em: 23 de dezembro de 2017.

FERNANDAES, Erika Capella. FIORATI, Jete Jane. **Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil – Uma análise comparada**. RIL Brasília a. 52 n. 208 out./dez. 2015 p. 247-276, Senado Federal, 2015.

FITZMAURICE, Gerald. **The Law and Procedure of the International Court of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 438-439

FORTIER, Yves L.; DRYMER, Stephen L. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor. **ICSID Review, Foreign Investment Law Journal. Paper** apresentado como a Décima-Segunda Palestra Anual de Arbitragem, Hong Kong, 9 de dezembro de 2004.

GASTRELL, Lindsay; LE CANNU, Paul-jean. Procedural Requirements of ‘Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. **ICSID Review**, vol. 30, no. 1, 2015.

HEISKANEN, V. “Ménage a Trois”? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration. **ICSID Review**, vol. 29, Issue 1, 2014.

INSTITUTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO DE ESTOCOLMO (SCC). **Anglia Auto Accessories Ltd. v. Czech Republic**, Caso SCC v. 2014/181. Sentença Arbitral, 10 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/5415>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2017.

INSTITUTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO DE ESTOCOLMO (SCC). **Ascom Group S.A. e outros v. Republic of Kazakhstan**. Caso SCC V116/2010. Sentença Arbitral, 19 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2358>>. Acesso em: 18 de dezembro de 2017.

INSTITUTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO DE ESTOCOLMO (SCC). **Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain**. Caso SCC V2013/153, Sentença Arbitral, 12 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/5893>>. Acesso em: 10 de novembro de 2017.

MCLAHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; WEINIGER, Matthew. **International Investment Arbitration: Substantive Principles**. Part II: Ambit of Protection, 5. Nationality. Oxford: Oxford University Press 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 10701110428755001**, 13ª Câmara Cível, Relator Desembargador Newton Teixeira Carvalho, julgado em 25.10.2013.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 100350505398120011**, Relatora Desembargadora Selma Marques, Julgado em 25.10.2013.

MISTELIS, Loukas; BALTAG, Crina Mihaela. Denial of Benefits Article 17 of the Energy Charter Treaty. *Penn State Law Review*, vol. 113:4, 2009.

MOORE, John B. **A Digest of International Law**. Vol. IV. Washington: Government Printing Office: 1906.

NUSSBAUM, Arthur. Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and The Soviet Government. **Cornell Law Review**, vol. 36, Issue 1 1950. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol36/iss1/2>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIÉRO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral, **Resolução nº 1803 (XVII)**: Charter of Economic Rights and Duties. Adotada em dezembro de 1974. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2778>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Resolução nº 1803 (XVII)**. Adotada em dezembro de 1962, Nova York. Disponível em: [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803\(XVII\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803(XVII)). Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Indirect Expropriation' and the 'Right to Regulate' in International Investment Law**. OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, 2004.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). **Indirect Expropriation' and the 'Right to Regulate' in International Investment Law**. OECD Working Papers on International Investment 2004/04. OECD Publishing. Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

QC WILLIAMS, David A. R. Jurisdiction and Admissibility. IN: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SALACUSE, Jeswald W. **The Law of Investment Treatie, Chapter 4: A History of International Investment Treaties**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SCHREUER, Christoph. DOLZER, Rudolph. **Principles of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SCHREUER, Christoph; DOLZER, Rudolph. **Principles of International Investment Law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 02.

SKINNER, Matthew; MILES, Cameron A; LUTTRELL, Sam. **Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping**. Oxford: Oxford University Press, 2010 3(3) JWelb 260.

SZWEDO, Pietr. Case Comment: (former) Yukos v. Russian Federation before the Permanent Court of Arbitration. **Journal of International Cooperation**, vol. 18, n. 2, 2010, p. 57-69.

THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER (ECT) – Consolidated Energy Charter Treaty with related documents. Consolidada em 15 de janeiro de 2016, artigo 17. Disponível em: <<http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.