

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Mariana Machado da Silveira Bom

CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA EM TRATADOS BILATERAIS
DE INVESTIMENTO E SUA APLICABILIDADE A DISPOSIÇÕES DE SOLUÇÃO
DE CONTROVÉRSIAS: CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS APLICADOS PELO
ICSID

Porto Alegre

2013

MARIANA MACHADO DA SILVEIRA BOM

**CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA EM TRATADOS
BILATERAIS DE INVESTIMENTO E SUA APLICABILIDADE A
DISPOSIÇÕES DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: CRITÉRIOS
INTERPRETATIVOS APLICADOS PELO ICSID**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Costa Morosini

Porto Alegre

2013

MARIANA MACHADO DA SILVEIRA BOM

**CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA EM TRATADOS
BILATERAIS DE INVESTIMENTO E SUA APLICABILIDADE A
DISPOSIÇÕES DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: CRITÉRIOS
INTERPRETATIVOS APLICADOS PELO ICSID**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Trabalho aprovado em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA:

Professor Fábio Costa Morosini

Orientador

Professor Marc Antoni Deitos

Professor Luciano Vaz Ferreira

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo afeto e paciência.

Ao Bruno, por sempre me estimular a atingir meus objetivos.

Aos colegas e amigos, pela companhia durante esta jornada.

Ao meu orientador, Prof. Fábio Morosini, pela disponibilidade, interesse e, principalmente, pelo incentivo à pesquisa ao longo desta Faculdade.

*"... juridiquement parlant, il n'existe pas
une clause de la nation la plus favorisée; il
existe autant de stipulations distinctes qu'il
y a des traités qui la contiennent..."*

Dionisio Anzilotti, 1929

*"If each case is to be approached as a sui
generis exercise in treaty interpretation,
then the prospects for a coherent
international law of investment seems
remote."*

Zachary Douglas, 2011

RESUMO

O objetivo geral desse trabalho está em determinar se existe, na jurisprudência dos tribunais arbitrais do Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos (ICSID), um teste interpretativo único aplicável ao universo das cláusulas da nação mais favorecida (NMF) em tratados bilaterais de investimentos para aferir se seu escopo abrange as questões relativas à solução de controvérsias. A relevância dessa problemática, num contexto em que a proteção dos investimentos estrangeiros depende de garantias previstas numa rede cada vez mais complexa de tratados bilaterais de investimento, justifica-se pelo fato de que a existência de decisões divergentes acerca da interpretação da abrangência de tal cláusula tem o potencial de por em risco a criação de um ambiente de segurança jurídica para investidores e estados receptores de capital - que é um dos objetivos centrais do regime dos tratados bilaterais de investimentos. A incerteza sobre qual abordagem é mais compatível com a realidade do campo do direito dos investimentos, refletida na inconsistência das interpretações sobre o escopo da NMF realizadas pelos tribunais dos casos identificados, opera, assim, em detrimento do próprio sistema de proteção do investimento. Desse modo, o estudo dos parâmetros interpretativos aplicáveis a tal controvérsia justifica-se como modo de dissipar tal incerteza, definindo o conteúdo e as consequências reais da cláusula da NMF no contexto dos tratados de investimentos. Frente a tal problemática, o trabalho vale-se de método indutivo, uma vez que busca generalizar, para a totalidade das cláusulas da NMF, os testes interpretativos utilizados em casos particulares. Para tanto, emprega-se a análise empírica dos testes utilizados na jurisprudência, o que implica a efetuação de análise quantitativa com a identificação das variáveis relevantes e de posterior análise qualitativa dos argumentos jurisprudenciais utilizados para abordar o tema. Por fim, confronta-se os pontos em que os critérios interpretativos utilizados pelos grupos de julgados de resultados positivo e negativo convergem e divergem, a fim de se determinar quais são as metodologias interpretativas utilizadas dentro da jurisprudência do ICSID para aferir a aplicabilidade ou não de cláusulas da NMF a disposições de solução de controvérsias.

Palavras-chave: Cláusula da nação mais favorecida, disposições de solução de controvérsias, tratados bilaterais de investimentos, ICSID.

ABSTRACT

The general objective of this paper is determining whether there exists, in the case law of arbitral tribunals of the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), a single interpretative test applicable to the universe of most-favored-nation clauses (MFN) inserted in bilateral investment treaties in order to assess whether their scope covers dispute settlement provisions. The relevance of this problematic, in a context in which the protection of international investment relies in guarantees provided for in an increasingly complex network of bilateral investment treaties, is justified by the fact that the existence of divergent decisions regarding the interpretation of the comprehensiveness of that clause jeopardizes the creation of an environment of safety to investors and host states - which is one of the central objectives of the bilateral investment treaties' regime. The uncertainty regarding which approach is more compatible with the realities of investment law, reflected in the inconsistency of the interpretations as to the MFN's scope by the tribunals of the identified cases, thus operates at the expense of the very system of investment protection. Therefore, the study of the interpretative parameters applicable to such controversy is justified as a manner of dissipating such uncertainty, defining the actual content and consequences of the MFN clause in the context of investment agreements. Facing such a problem, this paper makes use of inductive methodology, since it seeks to generalize, to the totality of MFN clauses, the interpretative tests utilized in particular cases. For this purpose, it is employed the empirical analysis of the tests used in case law, which entails both the quantitative analysis with the identification of the relevant variables and the qualitative analysis of the jurisprudential arguments utilized to approach the question. Finally, it is promoted the confrontation of the points in which the interpretative criteria used by the groups of decisions of positive and negative results converge and diverge, so as to determine which are the interpretative methodologies applied inside ICSID case law to assess the applicability of MFN clauses to dispute settlement provisions.

Keywords: Most-favored-nation clause, dispute settlement provisions, bilateral investment treaty, ICSID.

LISTA DE ABREVIATURAS

CDI	Comissão de Direito Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justiça
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</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>)
NMF	Nação Mais Favorecida
OECD	<i>Organization for Economic Cooperation and Development</i>
OMC	Organização Mundial do Comércio
PCIJ	Corte Permanente de Justiça Internacional
TBI	Tratado Bilateral de Investimento
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
UNCTC	Centro das Nações Unidas sobre Corporações Transnacionais (sigla do inglês, <i>United Nations Centre on Transnational Corporations</i>)
VCLT	<i>Vienna Convention on the Law of Treaties</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 CONCEITOS E DEFINIÇÕES.....	5
2.1 TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO	5
2.1.1 Conceito.....	5
2.1.2 Evolução	8
2.2 CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA.....	10
2.2.1 Conceito.....	10
2.2.2 Evolução	12
2.2.3 Cláusula da nação mais favorecida em tratados de comércio internacional... 16	
2.2.4 Cláusulas da nação mais favorecida em tratados bilaterais de investimento . 18	
3 ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO E ASPECTOS DE INTERPRETAÇÃO DE TRATADOS.....	26
3.1 ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO	26
3.1.1 Introdução.....	26
3.1.2 O Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos (ICSID).....	28
3.2 INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA EM TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS	30
3.2.1 Regra geral de interpretação de tratados	30
3.2.1.1 <i>Objetivos e Propósitos dos TBIs</i>	32
3.2.1.2 <i>Sentido comum atribuível a "tratamento"</i>	33
3.2.2 O escopo da cláusula da NMF e o princípio do <i>ejusdem generis</i>	33
3.2.3 Princípios gerais de direito internacional relevantes.....	35
3.2.3.1 <i>Separação entre disposições de solução de controvérsias e disposições substanciais de um tratado</i>	35
3.2.3.2 <i>Princípio do expressio unius est exclusio alterius</i>	36
3.2.4 Decisões de tribunais internacionais acerca de cláusula da nação mais favorecida	36
4 ANÁLISE EMPÍRICA DOS TESTES INTERPRETATIVOS UTILIZADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO ICSID PARA AFERIR SE O ESCOPO DAS CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA DE TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS ABRANGE A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS.....	41

4.1 DECISÕES DO ICSID IDENTIFICADAS	42
4.1.1 Maffezini v Spain	42
4.1.2 Siemens v Argentina	44
4.1.3 Gas Natural SDG, S.A.v Argentina	45
4.1.4 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.v Argentina.....	45
4.1.5 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A.v Argentina	46
4.1.6 Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Jordan.....	46
4.1.7 Plama Consortium Limited v Bulgaria.....	47
4.1.8 Telenor Mobile Communications A.S. v Hungary	48
4.2 ANÁLISE QUANTITATIVA DAS CONCLUSÕES DOS PRECEDENTES IDENTIFICADOS.....	48
4.2.1 Resumo das conclusões jurisprudenciais sistematizadas por tema.....	49
4.2.2 Classificação das cláusulas da NMF	50
4.2.3 Análise comparativa entre a redação das cláusulas da NMF e o resultado dos julgados	51
4.3 ANÁLISE QUALITATIVA DOS ARGUMENTOS JURISPRUDENCIAIS UTILIZADOS	52
4.3.1 Análise dos argumentos nos casos <i>Maffezini</i> , <i>Gas Natural</i> , <i>Suez Interaguas</i> e <i>Suez Vivendi</i> : a redação da cláusula da NMF é critério determinante?	52
4.3.2 Análise dos argumentos nos casos <i>Salini</i> , <i>Plama</i> e <i>Telenor</i> : o tema da extensão do consentimento é critério determinante para o resultado negativo?	55
4.3.3 Análise dos argumentos no caso Siemens	56
4.4 IDENTIFICAÇÃO DO TESTE INTERPRETATIVO.....	57
4.4.1 Pontos de convergência	57
4.4.2 Pontos de divergência.....	58
4.4.3 Sistematização das conclusões.....	59
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	63
ANEXO A.....	69
ANEXO B.....	70
ANEXO C.....	71
ANEXO D.....	72

1 INTRODUÇÃO

O direito internacional dos investimentos nasceu da conjunção de dois fenômenos: de um lado, a conclusão de um número crescente tratados bilaterais de investimentos (TBIs) entre os países, os quais concedem uma série de direitos aos investidores e deveres aos estados anfitriões; de outro, a criação, junto ao Banco Mundial, de um foro neutro para a resolução dos conflitos entre investidores e estados anfitriões - o Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos (ICSID, da sigla em inglês) (VESEL, 2007, p. 134-135). Dentro dos tratados bilaterais de investimentos, uma das cláusulas mais comuns é aquela que prevê o tratamento da nação mais favorecida (NMF) (ACCONCI, 2008, p. 364).

Porém, desde a difusão da utilização de tal cláusula no direito internacional dos investimentos, muitos questionamentos surgiram acerca de sua interpretação e escopo. A quase mecânica aplicação que tais cláusulas possuem no âmbito do multilateralizado sistema do comércio internacional se mostra inadequada às particularidades das arbitragens relativas a investimentos internacionais (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 186). Isso porque, diferentemente do que ocorre no comércio internacional, em que o Artigo 1 do GATT prevê uma cláusula da NMF única e aplicável a todos, no direito internacional dos investimentos, há um grande número de cláusulas da NMF com diferentes redações inseridas em diferentes tratados, com o resultado de que as cláusulas da NMF são sujeitas a uma ampla gama de interpretações (VESEL, 2007, p. 126).

Um exemplo ilustrativo da variedade de cláusulas da NMF está no fato de que o TBI modelo do Reino Unido expressamente inclui as disposições de solução de controvérsia no escopo da NMF, enquanto aquela constante do TBI entre Reino Unido e Colômbia expressamente as exclui de sua abrangência. Contudo, a maior parte dos TBIs são omissos quanto a tal questão. Como ressalta Vesel (2007, p. 126), a relação entre essas NMF de formulação variável e as disposições de solução de controvérsias têm apresentado problemas, uma vez que a variedade de cláusulas estabelecendo como, quando e em que foro um investidor pode demandar contra o estado anfitrião parece, *a priori*, estar em contradição com o próprio princípio da NMF, que prescreve o tratamento igualitário de todos os investidores. O papel central que possuem as

disposições de solução de controvérsias no direito internacional dos investimentos torna, por sua vez, a resolução de tal ponto de divergência uma questão urgente.

O caso *Maffezini*, arbitrado por tribunal do ICSID em 2000, constituiu verdadeiro marco para a questão do escopo das cláusulas NMF no campo do direito internacional dos investimentos (ACCONCI, 2008, p. 366-367), instituindo a controversa conclusão de que o escopo destas cláusulas abrange a solução de controvérsias. A questão desde então sofreu interpretações divergentes por parte de outros tribunais *ad hoc* do ICSID: enquanto alguns precedentes, como os casos *Gas Natural* e *Siemens*, defendem que a NMF autoriza o investidor a invocar disposições de solução de controvérsia de um tratado de uma terceira parte; outros, como os casos *Salini* e *Plama*, consideram que o escopo da NMF se restringe ao conteúdo substantivo do tratado.

Num contexto em que a proteção dos investimentos estrangeiros depende, na vasta maioria dos casos, de garantias previstas numa rede cada vez mais complexa de tratados bilaterais de investimento, a existência de decisões divergentes acerca da interpretação de uma cláusula-chave em tais tratados - a cláusula da NMF - põe em risco um dos objetivos centrais do regime dos tratados bilaterais de investimentos, qual seja, a criação de um ambiente de segurança jurídica para investidores e estados receptores de investimentos. A incerteza sobre qual abordagem é mais compatível com a realidade do campo do direito dos investimentos, refletida na inconsistência das interpretações realizadas pelos tribunais sobre o escopo da NMF em acordos de investimentos, opera, assim, em detrimento do sistema de proteção do investimento, de modo que o estudo da controversa questão da aplicabilidade da NMF a disposições de solução de controvérsias justifica-se como modo de dissipar tal incerteza, definindo o conteúdo e as consequências reais de tal cláusula.

O objetivo geral desse trabalho está em determinar se existe, na jurisprudência do ICSID, um teste interpretativo único aplicável ao universo das cláusulas da nação mais favorecida em TBIs, o qual forneça critérios claros para analisar a questão de seu escopo. Desse modo, a formulação do problema de pesquisa está na seguinte pergunta: a jurisprudência do ICSID aponta para um teste interpretativo específico, que seja aplicável a todas as cláusulas da NMF contidas em TBIs, para entender a amplitude do seu escopo?

Para tanto, a técnica de pesquisa empregada foi, em primeiro lugar, a revisão bibliográfica em Direito Internacional Econômico. Em seguida, procedeu-se à identificação de jurisprudência em tribunais arbitrais do ICSID sobre o tema da aplicabilidade das cláusulas da NMF a questões de solução de controvérsias. Sobre tais julgados, em um primeiro momento, realizou-se a análise quantitativa simples dos resultados das decisões identificadas, para determinar se indicam ou não a aplicabilidade das cláusulas da NMF às disposições procedimentais.

Contudo, como a análise quantitativa simples não basta à identificação de uma tendência, reconheceu-se a existência de duas variáveis associadas às divergências na jurisprudência: o conteúdo dos pedidos de cada caso - isto é, a espécie de disposição que se pretende modificar através da operação da cláusula da NMF - e a redação das cláusulas da NMF cuja aplicação se pretende em cada caso. Efetuou-se então análise dos temas tratados nos precedentes de resultados positivo e negativo. No passo seguinte, analisou-se a linguagem dos tratados bilaterais de investimento que deram origem aos casos identificados. Efetuou-se, então, comparação entre o resultado das decisões e a linguagem dos tratados.

O exame das duas variáveis, por sua vez, determinou a necessidade de nova análise, de cunho qualitativo, a fim de se determinar: (a) se a redação ampla da cláusula da NMF foi determinante para as decisões dos casos *Maffezini*, *Gas Natural*, *Suez InterAguas* e *Suez Vivendi*; e (b) se o tema tratado nos casos *Salini*, *Plama* e *Telenor* foi determinante para seu resultado negativo. Desse modo, realizou-se análise qualitativa dos argumentos jurisprudenciais utilizados em cada caso, a fim de aferir as razões determinantes em cada julgado.

Provada, na etapa prévia do teste qualitativo, a não determinabilidade das variáveis em relação ao resultado do julgamento, procedeu-se à identificação dos pontos de divergência e convergência entre as decisões. Esta última fase possuiu o intuito de aferir a existência ou não de um teste sistemático realizado no raciocínio julgador para a aferição do escopo da NMF em cada caso, classificando, caso não possível a identificação de teste único, as decisões conforme o teste utilizado.

O trabalho vale-se, assim, do método indutivo, pois se trata de tentativa de generalizar, para o universo dos tratados bilaterais de investimentos, os testes interpretativos utilizados em casos específicos para determinar a aplicabilidade ou não

das cláusulas NMF às disposições de solução de controvérsias contidas naqueles tratados.

Para tal fim, este trabalho foi estruturado em três partes. No Capítulo 1, de cunho teórico, analisa-se os conceitos-chave para a problemática de pesquisa - a saber, tratados bilaterais de investimento e cláusulas da nação mais favorecida. O capítulo 2, por sua vez, introduz o sistema de solução de controvérsias do ICSID, esmiuçando os principais aspectos da interpretação de tratados e, especificamente, das cláusulas da nação mais favorecida em tratados bilaterais de investimentos. No capítulo subsequente, de número 3, realiza-se a análise empírica dos testes utilizados na jurisprudência, com a efetuação do teste quantitativo, a identificação das variáveis e a posterior análise qualitativa dos argumentos jurisprudenciais utilizados para abordar o tema da aplicabilidade das cláusulas da nação mais favorecida em matéria de solução de controvérsias, confrontando os pontos em que os testes utilizados pelos dois grupos de julgados convergem e divergem.

2 CONCEITOS E DEFINIÇÕES

2.1 TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO

2.1.1 Conceito

Tratados bilaterais de investimentos (TBI) seguem, desde sua origem, uma ideia simples: garantir a proteção dos investimentos estrangeiros realizados no território de outros países, mediante a criação de "condições favoráveis aos investimentos"¹ (DIMASCIO & PAUWELYN, 2008, p. 54). Os TBIs, que montam uma malha de milhares de tratados, constituem um elemento chave na atual moldura normativa para os investimentos estrangeiros diretos, focando basicamente na proteção do investimento contra nacionalização ou expropriação, em garantias de não discriminação e na previsão de mecanismos de solução de controvérsias entre estados anfitriões e investidores, além de outros direitos específicos (UNCTAD, 2004, p. 18-19).

Porém, antes que se analise tais tratados, impõe-se a definição daquilo que eles regulam - a saber, investimento estrangeiro direto. Alvarez (2010) define tal termo como o "fluxo transnacional de capital feito por uma entidade residente em um país com o propósito de estabelecer um interesse duradouro em uma empresa localizada em outro país." (ALVAREZ, 2010, p. 204).² No mesmo sentido é a definição fornecida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OECD, da sigla em inglês), que coloca que:

Foreign direct investment reflects the objective of establishing a lasting interest by a resident enterprise in one economy (direct

¹ De fato, a "criação de condições favoráveis aos investimentos" consta como um dos objetivos citados no preâmbulo do primeiro TBI de que se tem notícia - aquele concluído entre a Alemanha Ocidental e o Paquistão em 1959, a saber: "The Federal Republic of Germany and Pakistan, Desiring to intensify economic co-operation between the two States, Intending to create favourable conditions for investments by nationals and companies of either State in the territory of the other State, and Recognizing that an understanding reached between the two States is likely to promote investment, encourage private industrial and financial enterprise and to increase the prosperity of both the States, Have agreed as follows:(...)" (ALEMANHA OCIDENTAL; PAQUISTÃO, 1959, Preâmbulo) (grifei)

² Traduzido livremente do original: "[...]transnational flow of capital made by one resident entity in one country with the purpose of establishing a "lasting interest" in an enterprise located in another country."

investor) in an enterprise (direct investment enterprise) that is resident in an economy other than that of the direct investor. The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the direct investment enterprise and a significant degree of influence on the management of the enterprise.³ (OECD, 2008, p. 48).

Segundo Alvarez (2010, p. 204), o que diferenciaria o investimento estrangeiro direto do investimento de portfólio (dito da situação em que o capital transnacional é somente mantido passivamente por investidores) é justamente a presença do "interesse duradouro". Essas duas formas de investir diferem-se, ainda, por seus objetivos, visto que, no investimento de portfólio, o investidor geralmente não tem o objetivo de influenciar a administração da empresa (UNCTAD, 2008) e por sua estabilidade, pois os investimentos de portfólio são altamente voláteis (UNCTAD, 2004, p. 79). O investimento estrangeiro direto pode ocorrer por meio de aquisições de ou fusões com empresas nacionais existentes, ou ainda pelo estabelecimento de uma empresa nova ou pela aquisição do poder de controle de uma firma nacional (ALVAREZ, 2010, p. 204).

Superada a etapa de definição terminológica, passemos à análise das motivações que levam as partes à conclusão dos Tratados Bilaterais de Investimento. De acordo com Dolzer e Schreuer (2008, p. 22-23), os objetivos que ensejam tais tratados possuem duas facetas não antinômicas: de um lado, para o país anfitrião, o tratado se torna desejável pelos benefícios esperados a partir do investimento estrangeiro;⁴ de outro, para o país exportador de capital - e, por óbvio, seus investidores -, o propósito para a assinatura do tratado deriva dos seus esperados efeitos, em termos de promoção das condições necessárias para a realização dos investimentos e de remoção de obstáculos que podem possam impedi-los. Os referidos autores concluem que, portanto, "o propósito dos tratados de investimento é abordar os riscos típicos de um projeto de investimento a longo prazo, e, dessa forma, proporcionar estabilidade e previsibilidade

³ "Investimentos estrangeiro direto reflete o objetivo de estabelecer um interesse duradouro por uma empresa residente em uma economia (investidor direto) em uma empresa (empresa) que é residente em uma economia que não a do investidor direto. O interesse duradouro implica a existência de uma relação de longo prazo entre o investidor direto e a empresa que recebe o investimento direto, assim como um grau de influência significativo na gestão da empresa." Tradução livre.

⁴ Um exemplo de benefício típico esperado de certos investimentos diretos estrangeiros está na transferência de tecnologia (UNCTAD, 2004, p. 139).

no sentido de um ambiente amigável a investimentos." (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 22).⁵

Justamente pelo fato de, ao contrário do comércio, em que a relação se dá por uma troca de bens e moeda de uma só vez, a relação de investimento constituir uma relação a longo prazo entre investidor e país anfitrião, a atividade de investimento estrangeiro possui, além dos riscos comerciais, riscos políticos que lhe são inerentes (DOLZER & SCHREUER, 2008, p.3). De fato, como coloca Alvarez (2010):

The impact of trade in goods is not the same as the impact of FDI. As compared to the import of one more foreign produced good, the permanent presence of a foreign controlled enterprise produces far more sociological, economic, and cultural consequences for the home State of the enterprise and particularly for the host State in which that foreign enterprise is located. These effects can be positive or negative or in all likelihood both, but they are hard to ignore. (ALVAREZ, 2010, p. 206).⁶

Nesse sentido, Büthe e Milner (2009, p. 181) e Dolzer e Schreuer (2008, p. 4) argumentam que os TBIs devem ser entendidos como instrumentos para a mitigação do problema político característico da relação de investimento: o risco de inconsistência por parte do governo anfitrião. Isso porque este, em que pesem garantias dadas antes do investimento e as intenções existentes à época, pode alterar as regras e políticas domésticas *a posteriori* unilateralmente por meio das diversas intervenções diretas e indiretas no mercado que lhe são possíveis (DIMASCIO & PAUWELYN, 2008, p. 55). A assimetria presente nos TBIs (que, em geral, concedem direitos aos investidores e impõem tais obrigações ao estado anfitrião) foi projetada como modo de compensar as assimetrias da relação de investimento (ALVAREZ, 2010, p. 278), pois da dinâmica de tal relação resulta um alteração do equilíbrio de poder em favor do estado anfitrião a partir do momento em que o investimento é, de fato, realizado em seu território (BÜTHE & MILNER, 2009, p. 181; DOLZER & SCHREUER, p. 4; ALVAREZ, 2010,

⁵ Traduzido livremente do original: "(...) the purpose of investment treaties is to address the typical risks of a long-term investment project, and thereby to provide for stability and predictability in the sense of an investment-friendly climate."

⁶ "O impacto do comércio de bens não é igual ao impacto do investimento estrangeiro direto. Comparada à importação de um bem produzido no estrangeiro, a presença permanente de uma empresa controlada por estrangeiros produz muito mais consequências sociológicas, econômicas e culturais para o país de origem da empresa e particularmente para o país anfitrião em que a empresa estrangeira se localiza. Esses efeitos podem ser positivos ou negativos ou provavelmente ambos, mas eles são difíceis de se ignorar." Tradução livre.

p. 277). Dessa forma, de acordo com Alvarez (2010, p. 278), um TBI é um instrumento que se presta ao controle sobre mudanças abusivas na legislação nacional por parte do estado anfitrião, balanceando a assimetria estrutural ínsita a tal relação por meio da compensação da vulnerabilidade dos investidores ante o estado anfitrião - que conta com as posições de parte contratual, regulador, soberano e juiz -, através da previsão de um foro para disputas que não seja controlado pelo país anfitrião. Bütthe e Milner (2009, p. 182), semelhantemente, colocam que a resposta dos TBIs a tal problema estaria contida no fato de que eles tornam o descumprimento das promessas realizadas mais custoso - fator importante na cooperação internacional pouco explorado nas relações entre governos e atores privados - através principalmente dos mecanismos de *enforcement* dos compromissos prestados.

No tocante ao seu conteúdo, embora a redação e eventuais direitos específicos previstos nos TBIs variem, esses tratados possuem um conteúdo substancial típico que, segundo Alvarez (2010, p. 215) e Shaw (2003, p. 748-749), consiste nas seguintes garantias substanciais dadas aos investidores estrangeiros: (a) tratamento nacional e da nação mais favorecida; (b) outras garantias contra tratamento arbitrário ou discriminatório; (c) disposições garantindo tratamento justo e equitativo, total proteção e segurança, compensação imediata, adequada e efetiva no caso de expropriação; e (d) direito de transferir lucros para o exterior. Além disso, o típico TBI inclui uma cláusula que permita às partes demandar perante um órgão arbitral (UNCTC, 1992, p. 12).

2.1.2 Evolução

Se o direito internacional dos investimentos como disciplina autônoma é um fenômeno relativamente recente – datando da segunda parte do século XX (VESEL, 2007, p. 128) –, o mesmo não pode ser dito das disposições de tratados relativas a questões de investimentos, pois as mais antigas delas, que tratavam da compensação em casos de expropriação, podem ser encontradas em tratados de natureza primordialmente comercial, notadamente aquele concluído entre Estados Unidos e França no ano de 1778 (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 17). Os tratados concluídos no século XVIII, normalmente focados na facilitação do comércio e transporte, ocasionalmente continham, em seu bojo, disposições relativas à capacidade de nacionais de um país de

realizarem negócios e possuírem propriedade no território do outro (SALACUSE, 1990, p. 2; UNCTC, 1992, p. 1). De fato, os tratados mais antigos não diferenciavam as disposições comerciais daquelas relativas a direito dos investimentos. Foi somente no século XX que tal diversidade foi tomada em consideração.

No ano de 1959, a Alemanha Ocidental, que perdera todos seus investimentos estrangeiros durante a Segunda Guerra, concluiu com o Paquistão aquele que seria o primeiro tratado bilateral de investimentos no sentido moderno, ao que se seguiu a assinatura de tratados similares com uma série de outros países (SALACUSE, 1990). Em que pese continuadas tentativas de constituição de um tratado multilateral sobre o tema da proteção dos investimentos estrangeiros – que culminaram na proposição, em 1967, de um esboço de tratado multilateral pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) –, o modelo bilateral prevaleceu, sendo hoje o direito internacional dos investimentos constituído por uma verdadeira “colcha de retalhos de tratados bilaterais” (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 26).

Seguindo o exemplo alemão, iniciou-se, entre os países europeus, uma nova fase no desenvolvimento dos TBIs, com a conclusão de tratados bilaterais que, como os modernos, tratavam exclusivamente de questões relativas a investimentos estrangeiros e tinham o objetivo de criar uma moldura normativa para regular os investimentos de nacionais de um país feitos no território do outro (SALACUSE, 1990, p. 3). Nas décadas de 1970 e 1980, a assinatura de TBIs tornou-se uma política deliberada por parte dos países exportadores de capital (UNCTC, 1992, p. 2), o que culminou num número de aproximadamente 150 TBIs concluídos entre países europeus e países em desenvolvimento no começo dos anos 1980 (SALACUSE, 1990, p. 3).

Embora a tendência inicial tenha sido a conclusão de TBIs entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento (UNCTC, 1992, p. 2) - que, tradicionalmente, eram, respectivamente, os países exportadores e importadores de capital -, essa tradição se quebrou após a Segunda Guerra Mundial, já que diversos estados, como os Estados Unidos, são, a um só tempo, exportadores e importadores de capital (ALVAREZ, 2010, p. 296). Nesse contexto, alguns países em desenvolvimento, notadamente do centro e leste europeus e do sudeste asiático, começaram, a partir da década de 1970, a concluir tais tratados entre si (UNCTC, 1992, p. 2), a exemplo dos tratados entre Kuwait e Tunísia (1973), Marrocos (1980) e Paquistão (1983) (SALACUSE, 1990, p. 4). O final dos anos 1980 trouxe consigo uma nova fase política

para os TBIs, com o fim da União Soviética e a abertura das economias dos países emergentes à entrada de capital e tecnologia estrangeiros, que refletiu num aumento exponencial no número de TBIs em existência: se, até 1988, esse número era de 309 tratados; até 2002, havia 2.181 TBIs concluídos (SALACUSE & SULLIVAN, 2005). Hoje, embora o número de TBIs não mais possua aumento anual significativo, estima-se que vigore uma rede de 2.857 TBIs (UNCTAD, 2013, p. 101).

2.2 CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA

2.2.1 Conceito

A obrigação de tratamento da nação mais favorecida (NMF) decorre de cláusula comumente inserida em tratados de comércio e investimento internacionais, não havendo regra de direito internacional geral (ACCONCI, 2008, p. 367) ou de direito costumeiro (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 186) que obrigue a sua concessão. Junto ao princípio do tratamento nacional, a NMF consiste em um *standard* de tratamento que decorre do princípio da não discriminação (ACCONCI, 2008, p. 364). Isso porque, sob a cláusula que prevê tal obrigação, os signatários de um tratado concordam em estender um ao outro o mesmo tratamento que concedem a qualquer outro país (VESEL, 2007, p. 126). Nas palavras de Dolzer e Schreuer (2008, p. 186), a nação mais favorecida tem o propósito de assegurar que as partes do tratado estendam-se mutuamente tratamento pelo menos tão favorável quanto aquele que dispensam a terceiros. Assim, essa cláusula consiste basicamente em disposição de tratado que determina que um país signatário conceda ao outro o mesmo tratamento que dispensou à nação por ele mais favorecida quanto à matéria em questão.

De acordo com o artigo 4 do esboço de artigos sobre nação mais favorecida da Comissão de Direito Internacional (CDI),⁷ a cláusula da NMF consiste em uma disposição de tratado por meio da qual um estado assume a obrigação de conceder o tratamento da NMF a um beneficiário em uma esfera de relações pré-determinada. O

⁷ O esboço de artigos sobre cláusulas da nação mais favorecida da CDI foi submetido mas nunca ratificado pela Assembleia Geral da Organizações das Nações Unidas, sendo, portanto um instrumento de direito internacional não vinculante, apesar de conter regras compreensivas acerca da NMF.

artigo 5 do referido esboço de artigos, por sua vez, esmiúça o conteúdo do tratamento por esta cláusula prometido:

Most-favoured-nation treatment is treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State. (CDI, 1978, p. 21).⁸

No campo do direito internacional dos investimentos, incluir a cláusula da nação mais favorecida em um tratado bilateral de investimentos implica na extensão dos direitos concedidos a investidores estrangeiros de outras nações aos investidores provenientes do país ora signatário do TBI. Nas palavras de Acconci (2008, p. 364), essa cláusula toma por referência, para a determinação do *standard* de tratamento, os direitos que o país anfitrião outorgou aos investidores estrangeiros de outros estado, de forma que consiste ela em um *standard* relativo de tratamento (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 186). Em outras palavras, identificar uma violação a NMF envolve um teste comparativo em que o requerente deve identificar uma pessoa que esteja recebendo tratamento melhor do que aquele que ele recebeu do estado requerido (GRIERSON-WEILER & LAIRD, 2008, p. 262).

De acordo com Douglas (2011, p. 105) e na esteira do entendimento exarado pela CIJ no caso aos *Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos da América no Marrocos* (1950), a operação de uma cláusula da NMF não se dá através da "incorporação" das disposições mais benéficas constantes do tratado com a terceira parte ao tratado básico, mas sim através da invocação, por meio da cláusula da NMF contida no tratado básico, do *tratamento* mais favorável dado à terceira parte. para a parte que o invoca. Em suma, a cláusula da NMF consiste em garantia de tratamento igualitário e não em cláusula que tem o condão de reescrever o tratado base.

A Corte Internacional de Justiça, em seu decisão no caso relativo aos *Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos da América no Marrocos*, analisou os tratados firmados pelo Marrocos entre 1631 e 1892 para alcançar a conclusão de que a intenção da cláusula NMF está no estabelecimento e manutenção, a todo tempo, de "*igualdade*

⁸ "O tratamento da nação mais favorecida é o tratamento outorgado pelo estado concessionário ao estado beneficiário, ou a pessoas ou coisas que possuam determinada relação com este estado, que não seja menos favorável do que o tratamento estendido pelo estado concessionário a um terceiro estado ou a pessoas ou coisas que possuam a mesma relação com o terceiro estado." Tradução livre.

fundamental sem discriminação entre todos os países envolvidos" (CIJ, 1952, p. 192).⁹ Com larga utilização nas áreas do comércio, investimentos e propriedade intelectual, tal provisão busca não só a prevenção de discriminação contra investidores estrangeiros por conta de suas nacionalidades (UNCTAD, 2004), como também a garantia de uniformidade e igualdade no tratamento outorgado pelo país anfitrião para seus investidores estrangeiros - proporcionando, dessa forma, equilíbrio competitivo para os investidores estrangeiros no mercado doméstico anfitrião (ACCONCI, 2008, p. 364; VESEL, 2007, p. 142; UNCTAD, 2004).

No entanto, alguns aspectos da NMF geram certo desconforto. Em primeiro lugar, há a possibilidade de que alguns estados "tomem carona" nos benefícios concedidos a outrem, aproveitando-se da NMF para beneficiar-se das concessões feitas em acordos firmados por terceiros sem que o "caroneiro" necessite realizar qualquer concessão de sua parte - é o que se denomina, em inglês, do fenômeno do *free rider* (GUZMAN & PAUWELYN, 2009, p. 288). Dessa possibilidade origina-se a aflição de que isso resulte num número total de concessões menor, diminuindo o ritmo da liberalização do comércio, o que, embora certamente seja um fator que influencia as negociações, ainda não restou comprovado (GUZMAN & PAUWELYN, 2009, p. 291). A OECD (2004, p. 194) e Radi (2007, p. 773) descrevem a questão do *free rider* como um problema de equilíbrio contratual, uma vez que, havendo, por exemplo, um tratado entre os países A e B, por meio do qual A concede a B um benefício não concedido a C em um tratado anterior com A dotado de cláusula da NMF incondicional, C poderá invocar tal benefício para si, de modo que o equilíbrio contratual do tratado entre A e C restará prejudicado pela adição de vantagens a C sem contrapartida. A distinção entre aquilo que constitui operação legítima da cláusula na nação mais favorecida, de um lado, e aquilo que constitui *treaty shopping* disruptivo, de outro, já foi objeto de análise pela ICSID em diversas ocasiões (RADI, 2007, p. 771-773; FIETTA, 2005, p. 131), como se verá na seção 4.1.2 deste trabalho.

2.2.2 Evolução

⁹ Traduzido livremente do original: "[...] fundamental equality without discrimination among all of the countries concerned."

A primeira cláusula da nação mais favorecida antecede o surgimento do direito internacional dos investimentos em quase oito séculos. A primeira de tais cláusulas foi identificada em um tratado que data do século XI, quando o Imperador do Sacro Império Romano-Germânico Henrique III concedeu à cidade de Mântua, na atual região da Itália, no ano de 1055, a garantia de que ela se beneficiaria de todos os privilégios concedidos a qualquer outra cidade (GUZMAN & PAUWELYN, 2009, p. 289; CDI, 1969, p. 159). Nessa época, a NMF era utilizada pelas cidades mercantis medievais como a melhor alternativa na impossibilidade de um monopólio em mercados estrangeiros, pois assegurava-lhes que receberiam pelo menos as mesmas oportunidades que seus rivais naqueles mercados (VESEL, 2007, p. 129; CDI, 1969, 159). Exemplos desses primeiros benefícios da NMF - que tratavam dos direitos pessoais e jurisdicionais dos mercadores e não de obrigações aduaneiras - estão na concessão, pelo Imperador Bizantino, no século XII, a Veneza dos mesmos direitos e privilégios concedidos a Gênova e Pisa ou ainda na outorga de benefício semelhante pelos príncipes franceses do reino de Jerusalém a diversas cidades mercantis mediterrâneas (CDI, 1969, p. 159).

O final do século XV também trouxe inovação para as cláusulas NMF, as quais tornaram-se mais amplas, pois os benefícios a serem cobertos não mais estavam limitados a países especificamente listados como outrora, mas eram estendidos àqueles outorgado a qualquer outra nação (UNCTAD, 1999).

A difusão da utilização do mecanismo da NMF, porém, deu-se somente na Idade Moderna, pois o próprio comércio internacional, incomum no século XI, teve real expansão nos séculos XV e XVI, (VESEL, 2007, p. 129) impulsionado pelas grandes navegações.

Em que pese tais formas iniciais dessa cláusula conterem o âmago do mecanismo, o termo "nação mais favorecida" só passou a denominá-las no final do século XVII (OECD, 2004; GUZMAN & PAUWELYN, 2009, p. 289; VESEL, 2007, p. 129; JACKSON, 1997, p. 419). Ilustram esse novo paradigma de cláusula da NMF - muito mais próximo ao modelo moderno - o tratado de 1692 entre a Dinamarca e a Liga Hanseática (VESEL, 2007, p. 129) e o tratado concluído em Utrecht em 1713 por Inglaterra e França, em que se prometiam todas as vantagens concedidas a um terceiro estado em matéria de comércio e navegação (CDI, 1969, p. 160).

Porque, à época de sua confecção, o hoje basilar princípio da igualdade entre os estados ainda não havia sido formulado (CDI, 2008), o século XVIII viu emergir diversos tratados contendo cláusulas NMF unilaterais em que o benefício da nação mais favorecida era concedido somente a uma das partes, sem previsão de qualquer reciprocidade (VESEL, 2007, p. 129; CDI, 1969, p. 161). A ilustrar tal tendência, há o tratado firmado entre Inglaterra e Portugal em 1692, o qual especifica que os "sujeitos da Grã-Bretanha gozarão de todas as imunidades concedidas aos súditos de qualquer nação em aliança com Portugal."¹⁰ (CDI, 1969, p. 160).

Tal espécie de NMF deu origem ao chamado sistema das capitulações (CDI, 1969, p. 161), que tradicionalmente beneficiava países europeus em detrimento dos não europeus colonizados ou recentemente independentes, sendo a NMF utilizada então como verdadeiro instrumento de dominação (VESEL, 2007, p. 129), notadamente nas relações entre os poderes europeus e países asiáticos (CDI, 1969, p. 160-161). O sistema de capitulações pautava-se, mais um vez, pela ideia de que, na impossibilidade da conquista de monopólio em mercados estrangeiros, o benefício da NMF era a política preferível (CDI, 1969, p. 160). Contudo, a exemplo da capitulação turca de 1612 (que concedeu às Províncias Unidas os mesmos direitos gozados por França e Inglaterra), as cláusulas então firmadas possuíam o efeito de assegurar ao beneficiário as mesmas vantagens já previamente concedidas a outras nações ou cidades expressamente mencionadas (CDI, 1969, p. 161).

Esse sistema foi contestado pela China em 1926, que tentou por fim ao tratado comercial que firmara com a Bélgica em 1865, ao argumento de que a cláusula NMF unilateral nele contida contrariava o princípio da igualdade soberana entre as nações. (VESEL, 2007, p. 129-130; CDI, 1969, p. 161) Tais cláusulas unilaterais caíram em desuso, sendo consideradas hoje de fato incompatíveis com o princípio da igualdade soberana dos estados (VESEL, 2007, p. 130), que constitui hoje um dos princípios que

¹⁰ Traduzido livremente do original: "subjects of Great Britain shall enjoy all the immunities accorded to the subjects of any nation whatsoever in league with the Portugals".

regem a Organização das Nações Unidas¹¹ e "a doutrina constitucional básica do direito das nações." (BROWNLIE, 2008, p. 289).¹²

Contudo, em que pese as primeiras cláusulas em muito se assemelharem às modernas, no início do século XIX, a exemplo de um tratado concluído entre Estados Unidos e França em 1778, uma espécie diversa de cláusula NMF tomou preponderância nas relações internacionais - a cláusula NMF condicional, em que a concessão do tratamento da NMF ocorre somente mediante oferecimento, pela parte beneficiada, da mesma compensação paga pelo terceiro país pela vantagem obtida (GUZMAN & PAUWELYN, 2009, p. 289). O artigo II do referido tratado estabelecia:

The Most Christian King and the United States engage mutually not to grant any particular favour to other nations, in respect of commerce and navigation, which shall not immediately become common to the other Party, who shall enjoy the same favour, freely, if the concession was freely made, or on allowing the same compensation, if the concession was conditional. (CDI, 1969, p. 161).¹³

Isto é, nessas cláusulas, era precisa pagar pelo tratamento da NMF (CDI, 2008, p. 392). A política internacional dos Estados Unidos somente voltou-se para as cláusulas incondicionais - modelo utilizado até hoje - na década de 1920 (VESEL, 2007, p. 131; GUZMAN & PAUWELYN, 2009, p. 290). A Europa Ocidental também adotou brevemente esse modelo de cláusula no período entre 1830 e 1860 (CDI, 1969, p. 162).

A assinatura do tratado de Chevalier-Cobden em 1860, entre França e Inglaterra, o qual continha cláusula da NMF incondicional, porém, marcou a derrocada do modelo de cláusulas NMF condicionais, iniciando uma época de liberalismo econômico nas relações comerciais que se estendeu até a Primeira Guerra Mundial (CDI, 1969, p. 162). O fim da guerra, seguido da grande crise de 1929, trouxe à tona uma era protecionista, marcada por altas tarifas no comércio internacional e pela renúncia a tratados incluindo

¹¹ O artigo 2.1 da Carta das Nações Unidas lê: "Artigo 2º A Organização e os seus membros, para a realização dos objetivos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros; (...)."

¹² Traduzido livremente do original: "...the basic constitutional doctrine of the law of nations, which governs a community consisting primarily of states having a uniform legal personality."

¹³ "O Rei Mais Cristão e os Estados Unidos acordam mutuamente em não conceder qualquer favor específico a outras nações, em matéria de comércio e navegação, o qual não possa imediatamente se tornar comum à outra Parte, que gozará do mesmo favor, gratuitamente, se a concessão foi feita gratuitamente, ou mediante a prestação da mesma compensação, se a concessão foi condicional." Tradução livre.

(CDI, 1969, p. 163). A cláusula da nação mais favorecida só recuperou seu papel central no comércio internacional após a Segunda Guerra Mundial, com o Artigo 1 do Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1947 (VESEL, 2007, p. 134), condição em que até hoje permanece.

2.2.3 Cláusula da nação mais favorecida em tratados de comércio internacional

A cláusula da nação mais favorecida incondicional encontra-se embutida no cerne do sistema da Organização Mundial do Comércio (GUZMAN & PAUWELYN, 2009, p. 288; JACKSON, 1997, p. 415) - a organização atualmente encarregada da regulamentação do comércio internacional. Com efeito, o dever de concessão de tratamento da NMF aos produtos de outras partes contratantes do GATT, aliado à previsão da obrigação de tratamento nacional, constitui o núcleo do princípio da não discriminação no sistema da OMC (HORN & MAVROIDIS, 2001; CDI, 2008). De acordo com Guzman e Pauwelyn (2009, p. 288), tal princípio possui duas facetas: a interna - consubstanciada na obrigação de tratamento nacional - e a externa - consistente na obrigação de tratamento da nação mais favorecida. Porém, os mesmos autores colocam que também a NMF possui uma faceta interna, pois, enquanto a obrigação de tratamento nacional proíbe a discriminação entre produtos nacionais e produtos importados, a NMF impede-a entre produtos importados de diferentes parceiros comerciais (GUZMAN & PAUWELYN, 2009, p. 288).

A lógica que permeou a inclusão do mecanismo da NMF no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT, da sigla em inglês) está no fato de que constituiria um instrumento de liberalização do comércio¹⁴ (MATSUSHITA *et al*, 2006), o que justifica a inserção desse instrumento no sistema, porquanto a liberalização progressiva através da diminuição das barreiras ao comércio internacional é um dos objetivos primordiais

¹⁴ A noção de liberalização do comércio deve ser entendida como o objetivo de minimizar as interferências governamentais nos fluxos de comércio internacional. O argumento por trás desse propósito estaria na teoria das vantagens comparativas, a qual basicamente consiste na ideia de que cada país pode produzir mais concentrando-se naquilo que produz de modo mais eficiente (JACKSON, 1997, p. 11). Ademais, embora a teoria econômica sugira que a liberalização do comércio não constitui um jogo de soma zero, deixar que as decisões em relação à determinação dos níveis de tributos sobre o comércio internacional sejam tomadas unilateralmente pode levar a uma situação de Dilema do Prisioneiro, em que os países se comportam de forma não cooperativa, impondo externalidades aos produtores estrangeiros. (MATSUSHITA *et al*., 2006, p. 202-203)

do sistema da OMC (OMC, 1947).¹⁵ Sob o égide da NMF, caso dois membros da OMC iniciassem concessões bilaterais entre si, tal cláusula operaria multilateralizando as concessões feitas em prol de todos os demais membros da organização (GUZMAN & PAUWELYN, 2009, p. 288; JACKSON, 1997, p. 416).

As vantagens que a NMF incondicional soma ao sistema do GATT são, segundo Jackson (1997, p. 416) e Guzman e Pauwelyn (2009, p. 290) de cinco ordens: (a) a NMF assegura que cada país importará a partir da fonte fornecedora mais eficiente em termos econômicos; (b) a NMF opera espalhando a segurança através da multilateralização de concessões bilaterais para todos os membros do sistema; (c) a NMF ajuda a concretizar o ideal da igualdade soberana das nações, garantindo o acesso aos mercados internacionais; (d) a NMF políticas comerciais mais transparentes e diretas, contribuindo para maior simplicidade administrativa; e, por fim, (e) a NMF diminui a influência governamental em matéria de comércio, impedindo que setores específicos obtenham medidas comerciais discriminatórias especiais. Guzman e Pauwelyn (2009, p. 288) colocam, ainda, que a NMF incondicional - um dos maiores incentivos para a adesão à OMC, principalmente por parte de países menores - tem efeitos importantes com relação à redução da animosidade entre os países, direção dos fluxos comerciais com base na eficiência, e impedimento da "erosão de concessões" (fenômeno em que as expectativas de negociações são frustradas por concessões mais favoráveis subsequentes que não estendidas ao primeiro negociador, como ocorre com a NMF).

O princípio da nação mais favorecida está presente nos três tratados-pilares do sistema da OMC - o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, da sigla em inglês, Artigo 1), o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS, Artigo 2) e o Tratado sobre Aspectos Comerciais dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS, Artigo 4).

O Artigo I do GATT prevê a obrigação de tratamento NMF:

Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das

¹⁵ Nesse sentido é o Preâmbulo do GATT de 1947, que estabelece, como objetivo dos membros fundadores da OMC, a adoção de "arranjos direcionados à redução substancial de tributos e outras barreiras ao comércio". Traduzido livremente do original: "[...]advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade[...]". (OMC, 1947, preâmbulo).

outras Partes Contratantes ou ao mesmo destinado. Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos §§ 2 e 4 do art. III. (OMC, 1947, Art. 1.1).

Assim, em termos de comércio internacional, a obrigação de tratamento da NMF consiste no dever de oferecer às importações de (e exportações para) qualquer membro da OMC o melhor tratamento oferecido a qualquer outro membro, sendo aplicável tanto a medidas aduaneiras (cotas e impostos de importação/exportação) quanto a medidas internas (impostos e regulamentos) que afetem o comércio de bens (GUZMAN & PAUWELYN, 2009, p. 288; HORN & MAVROIDIS, 2001). Porém, dentro do sistema da OMC, a obrigação da NMF está submetida a algumas exceções previstas no corpo do GATT, tais como aquela para uniões aduaneiras e áreas de livre comércio¹⁶ e aquela referente ao Sistema Geral de Preferências¹⁷ (JACKSON, 1997, p. 417). Tais exceções, levam Jackson (1947, p. 417) a preocupar-se com o futuro dessa regra como fundamental ao comércio internacional. Ademais, o escopo da NMF também sofre outra potencial limitação: ela é somente aplicável a "produtos semelhantes", termo indeterminado utilizado em diversas disposições do GATT cuja definição no caso concreto desperta incertezas (HORN & MAVROIDIS, 2001).

2.2.4 Cláusulas da nação mais favorecida em tratados bilaterais de investimento

¹⁶ O Artigo 24 do GATT excepciona da obrigação da NMF para três tipos de associações: (1) áreas de livre comércio, definidas no artigo 24, parágrafo 8(b), como uma associação de nações que elimina barreiras contra importados dos membros em "substancialmente todo" o comércio intrabloco; (2) uniões aduaneiras, definidas no artigo 24, parágrafo 8(a), como uma associação de nações que elimina barreiras contra importados dos membros em "substancialmente todo" comércio intrabloco e que estabelece um nível comum de tributos externos para importados de não membros; (3) acordos de ínterim que levem a um dos outros dois tipos. (JACKSON, 1997, p. 453)

¹⁷ Em 1971, os membros contratantes do GATT adotaram uma renúncia (*waiver*) à cláusula da NMF que autorizou a criação do Sistema Geral de Preferências. Esse sistema foi projetado com vistas ao estabelecimento de tratamento tarifário preferencial, geral, não discriminatório e não recíproco no mercado de países desenvolvidos para os produtos originários de países em desenvolvimento. Tal renúncia era inicialmente para um período de 10 anos, mas, ao fim deste período, foi adotada a chamada *enabling clause* (ou cláusula de habilitação), tornando o sistema de preferências permanente. (GUZMAN & PAUWELYN, 2008, p. 631)

Embora os campos do direito internacional comercial e do direito internacional dos investimentos sejam intimamente conectados - visto que um lida com o fluxo internacional de produtos e serviços, e o outro, com o fluxo de capital e outros fatores de produção - o direito internacional trata dos dois tópicos de modo diferente e separado (DIMASCIO & PAUWELYN, 2008, p. 48). De fato, como advertem Dolzer e Schreuer (2008, p. 5), não se pode *pressupor* semelhanças entre os dois campos, sob pena de se realizar analogias falsas ou transferir-se soluções entre as duas áreas cuja natureza não seja efetivamente semelhante, em razão de possuírem, em uma análise aprofundada, conceitos *a priori* semelhantes características diversas decorrentes das particularidades das relações atinentes a cada uma das áreas.

Apesar de sua origem comum na proteção e tratamento de estrangeiros (DISMASCIO & PAUWELYN, 2008, p. 53), os regimes do comércio internacional e dos investimentos internacionais atualmente diferem em um número de aspectos. O primeiro está no fato de que o comércio internacional é regulado multilateralmente desde 1947 - ano em que se deu a assinatura do GATT, que é, como visto *supra*, o cerne do sistema da Organização Mundial do Comércio. O fluxo dos investimentos estrangeiros diretos, por outro lado, está regulado por uma rede milhares de tratados bilaterais de investimentos separados (DISMASCIO & PAUWELYN, 2008, p. 53), inexistindo uma única instituição global encarregada de sua regulamentação (ALVAREZ, 2010, p. 333). Em segundo lugar, enquanto o comércio, através do sistema da OMC, é tratado em um grande número de regras extremamente detalhadas, o direito internacional dos investimentos apoia-se apenas em alguns poucos princípios, dos quais a maioria decorre do costume (DISMASCIO & PAUWELYN, 2008, p. 48). Em terceiro lugar, os tratados comerciais são cumpridos exclusivamente entre estados, ao passo que, no caso de tratados de investimentos, empresas privadas possuem legitimidade para requerer indenização por parte dos países anfitriões (DISMASCIO & PAUWELYN, 2008, p. 48). Ademais, no comércio internacional, a NMF é aplicável somente a medidas de fronteira (principalmente tributos aduaneiros), enquanto que, no âmbito do investimento internacional a NMF é aplicada geralmente após a entrada do investimento no território do país anfitrião (embora haja algumas cláusulas da NMF que operam também no tocante ao estágio pré-entrada) (UNCTAD, 1999). Por fim, essas áreas diferem no tocante aos seus objetivos - que têm dizer, para o comércio, com a

liberalização dos fluxos comerciais e, no caso dos investimentos, com a proteção e promoção do investimento estrangeiro (DISMASCIO & PAUWELYN, 2008, p. 53).

A cláusula da nação mais favorecida, que é uma disposição típica da área do comércio internacional, tem sido incorporada na vasta maioria dos tratados bilaterais de investimentos. De acordo com Acconci (2008), uma possível explicação para esse fenômeno está tanto no fato de que a importância do investimento estrangeiro para o processo de integração econômica sofreu aumento, quanto na crescente necessidade de previsibilidade, transparência e coerência na moldura legal que regula os investimentos internacionais. Contudo, como demonstrado *supra*, o direito dos investimentos difere em muito do direito internacional comercial. De fato, algumas das particularidades do direito internacional dos investimentos tem implicado dificuldades na interpretação e aplicação da NMF na área.

Segundo Acconci (2008, p. 368), é possível a identificação de dois tipos principais de tratados no direito internacional dos investimentos moderno: tratados multilaterais, que abordam a liberalização e promoção de comércio e investimento (tais quais o NAFTA e o MERCOSUL) e tratados bilaterais de investimento (TBIs), os quais focam no tratamento e proteção de investimentos estrangeiros privados. Contudo, diferentemente do que ocorre no comércio internacional, no âmbito dos investimentos inexistente um tratado multilateral amplo e, dessa forma, “ao invés de convergir na direção de uma cláusula NMF única aplicável a todos, análoga ao Artigo 1 do GATT, o direito internacional dos investimentos apresenta um grande número de cláusulas NMF com diferentes redações inseridas em diferentes tratados, com o resultado de que as cláusulas NMF são sujeitas a uma ampla gama de interpretações.” (VESEL, 2007, p. 126).¹⁸

No tocante a instrumentos multilaterais, o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA, da sigla em inglês), de 1994, contém cláusula da NMF em seu Artigo 1103, a qual prescreve que as partes contratantes do tratado deverão conferir, em circunstâncias semelhantes, tratamento NMF tanto para "investidores de outra Parte" quanto para "investimentos de investidores de outra Parte" no tocante ao "estabelecimento, aquisição, expansão, administração, conduta, operação e venda ou

¹⁸ Traduzido do original: “rather than convergence toward a single MFN clause applicable to all, analogous to GATT Article 1, international investment law presents a multiplicity of differently worded MFN clauses embedded in different treaties, with the result that the MFN clauses are subject to a broad range of interpretations”

qualquer outra disposição de investimentos". (NAFTA, 1994, Art. 1103) Essa cláusula, que oferece cobertura para os estágios pré- e pós-entrada de um investimento,¹⁹ pode ser considerada incondicional, recíproca e indeterminada (ACCONCI, 2008, p. 374).

Também o Protocolo de Colonia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL, de 1994, apresenta uma cláusula da NMF incondicional, recíproca e indeterminada, a qual, no entanto, não prescreve a proteção dos investimentos na fase pré-entrada. Tal cláusula está contida no Artigo 7 do referido protocolo, a saber:

ARTIGO 7

APLICAÇÃO DE OUTRAS NORMAS

Quando as disposições da legislação de uma Parte Contratante ou as obrigações de direito internacional existentes ou que vierem a se estabelecer no futuro ou um acordo entre um investidor de uma Parte Contratante e a Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento, contenham normas que outorguem aos investimentos um tratamento mais favorável que o que se estabelece no presente Protocolo tais normas prevalecerão sobre o presente Protocolo na medida em que forem mais favoráveis.

Por outro lado, nos TBIs, as cláusulas da NMF são geralmente recíprocas, pois prescrevem uma obrigação mútua, incondicionais, já que automática e imediatamente aplicáveis a investimentos entre as partes, sem o requisito de compensação ou renegociação; e ilimitadas, já que geralmente não contêm restrições *ratione materiae*, *ratione personae* ou *ratione temporis* à sua aplicação (ACCONCI, 2008, p. 370; UNCTAD, 1999, p. 5). Exceto pelos TBIs americanos e alguns dos canadenses, esse tipo de acordo de regra não concede o benefício da NMF para o estágio pré-entrada, já que "TBIs *per se* não geram um direito geral à realização de investimentos estrangeiros" (ACCONCI, 2008, p. 370).²⁰

Acconci (2008, p. 370) considera a seguinte uma cláusula NMF típica em TBIs:

¹⁹ Como referido antes, a vasta maioria dos acordos de investimentos não oferecem cobertura para a fase de admissão de um investimento, prescrevendo a obrigação de conceder o tratamento da NMF somente quando o investimento é de fato feito. Esse modelo de cláusula da NMF é conhecido como *post-entry* (pós-entrada), já que a proteção da cláusula somente operará após a entrada do investimento no território do país anfitrião. Embora minoria na prática internacional, o modelo de cláusula da NMF do NAFTA cobre tanto a fase pré- quanto a pós-entrada. (UNCTAD, 1999, p. 14-15).

²⁰ Traduzido livremente do original "BITs *per se* do not grant a general right to make foreign investments".

Neither Contracting Party shall subject investments in its territory owned or controlled by nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than it accords, in equivalent circumstances, to nationals or companies of any third State. (ALEMANHA; BARBADOS, 1994, Art. 3.1)²¹

Porém, segundo o relatório da OECD de 2004, o universo das cláusulas da nação mais favorecida em tratados bilaterais de investimento é bastante diversificado, contendo, por vezes, cláusulas mais restritivas, por vezes, cláusulas mais gerais. Um exemplo de cláusula geral, cujo escopo não é restrito a nenhuma parte específica do tratado que a contém, estaria no Tratado Modelo da Alemanha (2008), que combina a obrigação da nação mais favorecida com a de tratamento nacional:

(1) Neither Contracting State shall subject investments in its territory owned or controlled by investors of the other Contracting State to treatment less favourable than it accords to investments of its own investors or to investments of investors of any third State.

(2) Neither Contracting State shall subject investors of the other Contracting State, as regards their activity in connection with investments in its territory, to treatment less favourable than it accords to its own investors or to investors of any third State. (ALEMANHA, 2008, Artigo 3.1 e 3.2)²²

Outra cláusula altamente inclusiva é aquela contida no Artigo 3 do TBI de 1994 entre Albânia e Reino Unido, a qual expressamente inclui no escopo da NMF "as disposições dos Artigos 1 a 11 desse tratado" - isto é, todas as disposições do tratado, inclusive as relativas à solução de controvérsias (ALBÂNIA; REINO UNIDO, 1994, Artigo 3).²³

Um segundo conjunto de cláusulas identificado pela OECD (2004, p. 4) faz uso da expressão "em circunstâncias semelhantes" para determinar o escopo da cláusula

²¹ "Nenhuma das partes contratantes submeterá investimentos em seu território pertencentes a nacionais ou empresas da outra parte contratante a tratamento menos favorável do que aquele que concede, em circunstâncias semelhantes, a nacionais ou empresas de qualquer terceiro estado." Tradução livre.

²² "(1) Nenhum dos estados contratantes submeterá investimentos em seu território pertencentes ou controlados por investidores do outro estado contratante a tratamento menos favorável que concede a investimentos de seus próprios investidores ou a investimentos de investidores de qualquer terceiro estado.

(2) Nenhum dos estados contratantes submeterá os investidores do outro estado contratante, no tocante a sua atividade relativa a investimentos localizados em seu território, a tratamento menos favorável do que o que concede a seus próprios investidores ou a investidores de qualquer terceiro estado." Tradução livre.

²³ Consta do Art. 3.3 do TBI entre Albânia e Reino Unido: "Art 3 National Treatment and Most-Favoured-Nation Provisions [...] (3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement."

NMF. Nesse grupo, encaixam-se as cláusulas contidas nos TBIs americanos e canadenses. A título ilustrativo, cláusula da NMF contida no TBI modelo dos Estados Unidos de 2012 possui a seguinte redação:

Article 4: Most-Favored-Nation Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.²⁴ (grifei)

Tal modalidade de cláusula da NMF utiliza a semelhança das circunstâncias em que o tratamento é concedido como a base para a comparação entre aquele que invoca a cláusula e aquele que recebeu o benefício (OECD, 2004, p. 5).

Depreende-se, assim, que uma ampla gama de construções e redações foi incorporada nas cláusulas NMF contidas em cada um dos mais de 2.800 TBIs atualmente existentes. Para ilustrar ainda mais essa questão, volta-se ao ponto central desse trabalho.

Após o caso *Maffezini*, os Estados Unidos requisitaram a inclusão de nota de rodapé de cunho interpretativo no artigo referente ao tratamento da nação mais favorecida contido na Minuta do Tratado da Área de Livre Comércio das Américas. Tal nota possui a seguinte redação:

Observação: Uma delegação propõe que seja incluída a seguinte nota de rodapé no histórico das negociações como reflexo do acordo compartilhado pelas Partes sobre a interpretação do artigo de nação mais favorecida e o caso *Maffezini*. Essa nota de rodapé seria retirada do texto final do Acordo:

²⁴"Artigo 4: Tratamento da Nação Mais Favorecida

1. Cada parte concederá, aos investidores da outra parte, tratamento não menos favorável do que aquele que concede, em circunstâncias semelhantes, a investidores de qualquer não parte, no tocante ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, direção, operação e venda ou outras disposição de investimentos em seu territórios.

2. Cada parte concederá, aos investimentos cobertos, tratamento não menos favorável do que aquele que concede, em circunstâncias semelhantes, a investimentos em seu território pertencentes a investidores de qualquer não parte, no tocante ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, direção, operação e venda ou outras disposição de investimentos." Tradução livre.

As Partes desejam registrar a recente decisão do tribunal de arbitragem no caso Maffezini (Arg.) vs. Reino da Espanha, na qual se determinou que uma cláusula de nação mais favorecida excepcionalmente ampla em um acordo entre Argentina e Espanha incluía procedimentos de solução de controvérsias internacionais. Ver Decisão sobre Jurisdição §§ 38-64 (25 de janeiro de 2000), reimpressa em 16 ICSID Ver. - F.I.L.J. 212 (2002). Em contraste, o Artigo sobre nação mais favorecida do presente Acordo limita expressamente o âmbito de aplicação “ao referente ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição dos investimentos”. As Partes compartilham a interpretação e a intenção de que esta cláusula não inclua mecanismos de solução de controvérsias internacionais como os que constam da Sub-seção C.2.b. (Solução de controvérsias entre uma Parte e um investidor de outra Parte) deste Capítulo, e que portanto não tenha possibilidades razoáveis de levar a uma solução semelhante à do caso Maffezini. (ALCA, 2003, Capítulo XVII, Artigo 5, nota 13) (grifei)

Como depreende-se da leitura, tal nota busca excluir a aplicação do tratamento NMF a disposições dos tratados que tratem de solução de controvérsias. Da mesma forma o faz o TBI concluído em 2010 entre Reino Unido e Colômbia, cuja cláusula da NMF estabelece:

Article III

NATIONAL TREATMENT AND MOST-FAVOURLED NATION PROVISIONS

1. Each Contracting Party shall grant to the investment of investors of the other Contracting Party made in its territory, a treatment no less favourable than that accorded, in like circumstances, to investments of its own investors or to investments of investors of another third State, whichever is more favourable to the investor.

2. The most favourable treatment to be granted in like circumstances referred in this Agreement does not encompass mechanisms for the settlement of investment disputes, such as those contained in Articles IX and X of this Agreement, which are provided for in treaties or international investment agreements.²⁵ (REINO UNIDO; COLÔMBIA, 2010, Artigo 3). (grifei)

²⁵ "Artigo III DISPOSIÇÕES DE TRATAMENTO NACIONAL E NAÇÃO MAIS FAVORECIDA

1. Cada uma das partes contratantes concederá, ao investimento de investidores da outra parte contratante feitos em seu território, tratamento não menos favorável do que aquele estendido, em circunstâncias semelhantes, a investimentos de seus próprios investidores ou a investimentos de investidores de outro terceiro estado, seja qual for mais favorável ao investidor.

2. O tratamento da nação mais favorecida a ser concedido em circunstâncias semelhantes referido nesse acordo não abrange mecanismos para a resolução de controvérsias relativas a investimentos, como aqueles contidos nos Artigos IX a X deste Acordo, as quais são previstas em tratados ou acordos internacionais de investimento." Tradução livre.

Em contrapartida, o TBI modelo do Reino Unido, de 2005, expressamente prevê a aplicabilidade da NMF em matéria de solução de controvérsia, a saber:

Article 3

National Treatment and Most-favoured-nation Provisions

(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

(3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement.²⁶ (grifei)

Em que pesem tais exemplos, a maior parte dos TBIs são omissos quanto a questão da aplicação ou não da NMF a disposições de solução de controvérsias (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 253). Como ressalta Vesel (2007, p. 126), a relação entre essas NMF variáveis e os mecanismos de solução de controvérsias têm apresentado problemas, já que a variedade de disposições dizendo como, quando e em que foro um investidor pode demandar contra o estado anfitrião parece estar em contradição com o próprio princípio da NMF, que prescreve o tratamento igualitário de todos os investidores. O papel central que possuem as disposições de solução de controvérsias no direito internacional dos investimentos torna a resolução de tal ponto de controvérsia uma questão urgente.

²⁶ "Artigo 3 Disposições de Tratamento Nacional e Nação Mais Favorecida

(1) Nenhuma das partes contratantes submeterá, em seu território, investimentos ou retorno de nacionais ou empresas da outra parte contratante a tratamento menos favorável do que aquele que concede a investimentos e retornos de seus próprios nacionais ou empresas ou a investimentos ou retornos de nacionais ou empresas de qualquer terceiro estado.

(2) Nenhuma das partes contratantes submeterá, em seu território, nacionais ou empresas da outra parte contratante, no tocante à administração, manutenção, uso, gozo e disposição de seus investimentos, tratamento menos favorável do que aquele que concede a seus próprios nacionais ou empresas ou a nacionais ou empresas de qualquer terceiro estado.

(3) Para evitar-se dúvida, confirma-se que o tratamento previsto nos parágrafos (1) e (2) acima será aplicável às disposições constantes dos Artigos 1 a 11 deste Acordo." Tradução livre.

3 ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO E ASPECTOS DE INTERPRETAÇÃO DE TRATADOS

3.1 ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO

Esta seção presta-se à justificativa da escolha de amostragem de casos do ICSID para a realização da porção empírica deste trabalho, demonstrando-se a relevância que possui a jurisprudência de tal órgão dentro do direito internacional dos investimentos, não só em termos quantitativos, como também em razão do papel central que desempenha na proteção dos investimentos.

3.1.1 Introdução

Sob o direito internacional tradicional, os investidores não possuíam legitimidade para demandar diretamente contra o país anfitrião por violações a seus direitos, devendo tais demandas ser feitas por intermédio da proteção diplomática (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 211). Trata-se de instituto por meio do qual o estado de nacionalidade do investidor "adota" a sua causa contra o outro estado e demanda em nome próprio (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 211; SHAW, 2003, p. 722). Porém, o exercício da proteção diplomática fica na esfera da discricionariedade do governo do país de nacionalidade do investidor, não implicando obrigação por parte do estado ou direito *per se* do investidor ao seu exercício (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 211-212; SHAW, 2003, p. 723; UNCTAD, 2003, p. 6). Além disso, mesmo em caso de sucesso da demanda esposada pela proteção diplomática, não há obrigação legal de que o país natal transfira os produtos da causa ao seu nacional investidor (UNCTAD, 2003, p. 6), o que naturalmente torna tal mecanismo consideravelmente menos atraente para os investidores.

Assim, não só o exercício da proteção diplomática pressupõe o preenchimento de uma série de requisitos²⁷ que o tornam bastante limitado (UNCTAD, 2003, p. 6),

²⁷ Ver, de modo geral: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL (CDI). **Draft Articles on Diplomatic Protection**, 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2013.

como também possui uma faceta política que, de regra, não é proveitosa aos interesses do investidor que teve seus direitos violados, já que a ruptura nas relações entre os países provocada por tal instituto tem o condão de causar disputas excessivamente prolongadas (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 212). Contudo, a criação de novas formas de solução das controvérsias relativas a investimentos, que ocasionaram a possibilidade de os investidores demandarem diretamente contra os estados anfitriões, relegou a proteção diplomática a segundo plano nas demandas de investimentos (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 212-213).

Por outro lado, como, ao realizarem investimentos no território de outros países, os investidores se submetem ao direito daquele estado, pode-se dizer que as cortes nacionais serão competentes (exceto em casos de cláusulas de eleição de foro) para dirimir os conflitos de tais investimentos resultantes através da aplicação da *lex fori* (SACERDOTI, 1997, p. 413-414). Para o investidor, tal arranjo gera o receio de que a corte do estado contra quem ele demanda não possua imparcialidade ou independência suficiente do governo para julgar a lide (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 214; SACERDORTI, 1997, p. 414).

Para contornar tais problemas, foram criados métodos alternativos de solução das controvérsias entre estado anfitrião e investidor estrangeiro (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 215; SACERDORTI, 1997, p. 414). Tais métodos incluem a prática da conclusão de acordos, entre o estado anfitrião e investidores estrangeiros, que estabeleçam cláusula de estabilização, de eleição de lei estrangeira ou de princípios internacionais como aplicáveis ao mérito, de eleição de foro de um terceiro país como competente ou então providenciando a possibilidade de um procedimento arbitral independente (SACERDORTI, 1997, p. 414).

De acordo com Dolzer e Schreuer (2008, p. 221), o método eleito, na vasta maioria dos casos, para a solução de litígios entre estado e investidor estrangeiro, é a arbitragem, que traz as vantagens de ser mais eficiente, barata, acessível, e, principalmente, para os investidores, de natureza privada. A arbitragem entre estado anfitrião e investidor estrangeiro pode se dar sob um grande número de regras e instituições.²⁸ Contudo, a maioria dos casos de disputas relativas a investimentos é

²⁸ Por exemplo, Corte de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio. Uma crítica que se faz à utilização da Corte da ICC como foro de resolução de demandas de investimentos está no fato de ser ela

submetida ao Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos (ICSID, da sigla em inglês) (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 222), que é o único sistema de arbitragem internacional especificamente estruturado para lidar com demandas relativas a investimentos (UNCTAD, 2003, p. 15).

3.1.2 O Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos (ICSID)

O Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos (ICSID) foi estabelecido em 1965 pelo Banco Mundial por meio da Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos Entre Estados e Nacionais de Outros Estados (chamada Convenção do ICSID) (SHAW, 2003, p. 943; SACERDOTI, 1997, p. 418; DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 222-223). Tal convenção, segundo informações do *site* do ICSID, foi ratificada por 150 países até novembro de 2013.²⁹ Ela é responsável por instituir a moldura normativa para um sistema autônomo - leia-se, independente das cortes nacionais e sem a politização ínsita à proteção diplomática - de conciliação e arbitragem em que os investidores privados nacionais de estados membros da convenção podem dirimir conflitos relativos a investimentos (SHAW, 2003, p. 944). Embora institua tal moldura normativa e forneça apoio institucional para a sua realização, importa notar que o ICSID não realiza a arbitragem, mas garante que os procedimentos sejam efetuados em todos os casos em que, havendo litígio, as partes tenham concordado com a arbitragem sob o ICSID (SACERDOTI, 1997, p. 419).

Os tribunais arbitrais constituídos sob o ICSID são compostos por três pessoas, duas das quais são selecionadas por cada uma das partes e a terceira, que presidirá o tribunal arbitral, pode ser selecionada tanto por uma das partes quanto, na ausência de consenso, pelo Presidente do ICSID (ALVAREZ, 2010, p. 225). Já a sentença arbitral por eles proferida, consoante o Artigo 54 da Convenção do ICSID, reveste-se de caráter

um foro para a solução de disputas comerciais entre entes privados (UNCTAD, 2003, p. 15). Outro exemplo está nas regras de arbitragem da UNCITRAL, adotadas pela UNCTAD em 1966 (SHAW, 2003, p. 946).

²⁹ Informações disponíveis em:

<<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

vinculante e final, sendo as possibilidades de revisão estritamente restritas às limitadas hipóteses previstas na própria convenção (ICSID, 1965, art. 54.1).

Por parte dos países de nacionalidade dos investidores, o interesse na adesão à Convenção do ICSID se afigura evidente, pois, como coloca a UNCTAD (2003, p. 1), os mecanismos de solução de controvérsias possuem um papel chave na proteção dos direitos substanciais concedidos aos investidores, uma vez que "*standards* de tratamento e garantias têm significado limitado a menos que submetidos a um sistema de solução de controvérsias e, em última análise, a medidas de execução".³⁰ Por parte dos estados anfitriões, contudo, as motivações não são tão aparentes. Segundo Alvarez (2010, p. 224), governos reticentes em aceitar arbitragens internacionais aderiram à Convenção do ICSID em razão da garantia, contida no Art. 27 da Convenção, de que o estabelecimento da jurisdição do ICSID preclui a utilização da proteção diplomática. A vantagem para esse grupo de países - que incluía principalmente importadores de capital - estava na promessa do "fim da diplomacia de canhão [por parte dos países desenvolvidos exportadores de capital] destinada a fazer valer os direitos de estrangeiros."

O Artigo 25 da Convenção do ICSID prevê que, para a instauração da jurisdição do ICSID, é condição necessária a existência de disputa de cunho legal e derivada de investimento entre um estado parte da Convenção e um nacional de outro estado que também seja parte da Convenção.³¹ Contudo, a adesão à Convenção do ICSID não pressupõe o consentimento dos estados para a jurisdição no caso concreto: além de serem membros da convenção,³² as partes da demanda devem ter manifestado consentimento por escrito (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 223), como consta da redação do supracitado artigo 25. Para suprir tal requisito, muitos tratados bilaterais de investimento preveem, no caso de controvérsias deles resultantes, o recurso à arbitragem sob o ICSID (SHAW, 2003, p. 944).

³⁰ Traduzido livremente do original "...treatment standards and guarantees are of limited significance unless they are subject to a dispute-settlement system and, ultimately, to enforcement...".

³¹ O artigo 25.1 da Convenção do ICSID dita: "Article 25(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally." (ICSID, 1965, art. 25.1)

Em 1978, o conselho administrativo introduziu o Mecanismo Suplementar, que deu a certos casos fora da jurisdição do ICSID a oportunidade de submetê-los a ela sob o regime especial de regras previsto nesse mecanismo (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 224-225). Foi então, por meio dele, expandida a jurisdição do ICSID para disputas que não derivem diretamente de um investimento e, principalmente, para casos em que somente uma das partes é um estado membro ou nacional de um estado membro (SHAW, 2003, p. 944).

Em que pese seu início vagaroso - visto que primeira disputa entre estado e investidor foi submetida ao ICSID data de 1972 -, o número de demandas submetidas ao ICSID teve aumento exponencial nos anos 1990 e 2000 (UNCTAD, 2007, p. 7). Se, em 1998, o número de litígios interpostos perante o ICSID era de apenas 14; em 2006, esse número chegou a 161 demandas, a vasta maioria dos quais possui um TBI como norma aplicável (UNCTAD, 2007, p. 7-8). Com efeito, consoante Dolzer e Schreuer (2008, p. 225), o ICSID tornou-se o principal foro de solução de controvérsias entre investidores estrangeiros e seu estado anfitrião.

3.2 INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA EM TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS

Nesta seção, realiza-se um apanhado geral das regras interpretativas relevantes à interpretação das cláusulas da nação mais favorecida no contexto dos tratados bilaterais de investimentos, adiantando-se algumas das questões problemáticas contidas nos precedentes do ICSID identificados no capítulo seguinte.

3.2.1 Regra geral de interpretação de tratados

Porquanto as cláusulas da NMF são disposições contidas em tratados, analisar seu escopo e significado implica a aplicação das regras de interpretação de tratados. De acordo com Shaw (2003, p. 839), a interpretação de tratados ramifica-se em três abordagens emblemáticas: (a) a de cunho objetivamente textual, cujo foco encontra-se nas palavras utilizadas para redigir o tratado; (b) a de cunho subjetivo, que enfatiza, para a solução de casos ambíguos a intenção das partes ao concluírem o tratado; e (c) a de

cunho teleológico, que, mais ampla que as duas primeiras, destaca os objetos e propósitos do tratado como critério interpretativo.

A regra geral para a interpretação de tratados encontra-se no Artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), que estabelece que "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."³³ Como colocou a CDI em seu relatório para a Assembleia Geral da ONU em 1966, tal regra "ênfatisa a primazia do texto como base para a interpretação de um tratado e, ao mesmo tempo, dá um certo espaço para evidências extrínsecas das intenções das partes e para os objetos e propósitos do tratado como meios de interpretação."³⁴ Dessa forma, tal regra congrega em seu âmago aspectos de cada uma das três escolas de interpretação supramencionadas (SHAW, 2003, p. 239). Em outras palavras, o foco interpretativo está na intenção das partes como expressa no texto, de modo que o sentido comum das palavras deve emergir do contexto do tratado como um todo, o que consubstancia o princípio da integração (BROWNLIE, 2008, p. 631 e 633). Note-se que tal artigo prevê uma regra de interpretação unia (BROWNLIE, 2008, p. 632, VESEL, 2007, p. 138), mas composta de vários elementos - a saber, o significado comum das palavras no contexto (Artigo 31.1), o objeto e propósito do tratado (Art. 31.1 c/c 31.2) e práticas subsequentes das partes contratantes (Art. 31.3).

O Artigo 32 da supracitada Convenção prevê meios suplementares de interpretação, a serem utilizados nos casos em que a interpretação consoante o Artigo 31 necessite de confirmação ou resultar em significado ambíguo ou obscuro ou em resultado absurdo ou irrazoável (SHAW, 2003, p. 841). Tais meios quais incluem referência aos *travaux préparatoires* - a saber, documentos que registram as negociações prévias à elaboração do tratado. Como mencionam Dolzer e Schreuer (2008, p. 33), a utilização dos *travaux préparatoires* para a interpretação de TBIs não é comum, pois normalmente seu processo de negociação não é documentado.

³³ Traduzido do original: "a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."

³⁴ Traduzido livremente do original: "emphasizes the primacy of the text as the basis for the interpretation of a treaty, while at the same time giving a certain place to extrinsic evidence of the intentions of the parties and to the objects and purposes of the treaty as means of interpretation."

Nas seções a seguir - 3.2.1.1 e .3.2.1.2 -, trataremos com maior detalhe a aplicação da regra geral de interpretação de tratados às cláusulas da nação mais favorecida em TBIs.

3.2.1.1 Objetivos e Propósitos dos TBIs

De acordo com Dolzer e Schreuer (2008, p. 32), é frequente a utilização pelo ICSID do objeto e propósito de um TBI como norte para sua interpretação. Geralmente, tais elementos são extraídos do preâmbulo de tais tratados e resultam em uma interpretação favorável ao investidor (DOLZER & SCHREUER, 2008, p. 32). Isso porque, como discutido anteriormente na seção 2.1.1, os objetivos típicos de um TBI estão, entre outros, na criação de um ambiente favorável a investimentos. De fato, a título exemplificativo, vê-se que tal propósito consta do preâmbulo de todos os tratados bilaterais de investimentos supramencionados³⁵, além de constar do TBI Modelo da França (2006), Índia (2003) e daqueles entre China e Argentina (1992), Brasil e Chile (1994), Brasil e Portugal (1994) e Brasil e Finlândia (1995).

Dada tal premissa, impõe-se o questionamento: poder-se-ia incluir, como parte integrante desse objetivo de "criação de condições favoráveis aos investimentos" as disposições relativas à solução de controvérsias? Vesel (2007, p. 139-140) argumenta no sentido de que, no contexto do direito internacional dos investimentos, em vista do papel fundamental nele desempenhado pela solução de controvérsias, as disposições que preveem mecanismos para a resolução de conflitos são centrais para a criação de "condições favoráveis aos investimentos", já que estas pressupõem um ambiente em que investidores e estados anfitriões possam realizar planos com segurança quanto ao futuro e com confiança de que seus direitos serão protegidos pelo sistema legal aplicável. Tal interpretação criaria uma presunção de que, salvo nos casos em que o TBI possuir disposição em contrário, a cláusula da NMF seria aplicável a disposições de solução de controvérsias. Da mesma forma argumenta Radi (2007, p. 769), ao observar que, numa interpretação teleológica do TBI - consistente com o Artigo 31 da Convenção de Viena - , não se pode concluir pela exclusão dos mecanismos de solução de controvérsia do

³⁵ A saber, TBI Albânia-Reino Unido (1994), TBI Modelo da Alemanha (2008), TBI Alemanha-Barbados (1994), TBI Modelo dos Estados Unidos (2012), TBI

escopo da cláusula da NMF, pois tais mecanismos possuem função de proteção aos investimentos.

3.2.1.2 Sentido comum atribuível a "tratamento"

De acordo com Vesel (2007, p. 144-145), a formulação básica das cláusulas da NMF contidas em TBIs requer que uma parte contratante conceda à outra "tratamento não menos favorável" do que aquele concedido a terceiros. A título de ilustração do quão típica é tal formulação, ela foi identificada em todos os tratados bilaterais de investimentos supramencionados³⁶, além daqueles do TBI Modelo da França (2006), Índia (2003), Colômbia (2007) e daqueles entre China e Argentina (1992), Brasil e Chile (1994), Brasil e Portugal (1994) e Brasil e Finlândia (1995).

Outros tratados, além de conterem a indicação de que a cláusula da nação mais favorecida prescreverá "tratamento não menos favorável" incluem uma lista daquilo que será considerado "tratamento menos favorável". Porém, a exemplo da lista contida no TBI entre Alemanha e Tailândia (2002, art. 3.2) tais listas não elucidam a questão de se o conceito de "tratamento" inclui ou exclui as disposições de solução de controvérsias (VESEL, 2007, p. 145).

Ademais, uma série de tratados contem referência a aplicabilidade da cláusula da NMF a "todas as questões contidas nesse tratado" - formulação ampla esta que geralmente resulta em um resultado positivo para a invocação da NMF em relação a disposições de controvérsias, como ver-se-á no próximo capítulo.

3.2.2 O escopo da cláusula da NMF e o princípio do *ejusdem generis*

A exemplo do supramencionado tratado bilateral de investimento concluído entre Reino Unido e Colômbia em 2010, a redação da cláusula da nação mais favorecida incluída no tratado em questão pode ter efeitos diretos sobre a sua abrangência. No entanto, há uma limitação em particular que é aplicável ao escopo de todas as cláusulas

³⁶ A saber, TBI Albânia-Reino Unido (1994), TBI Modelo da Alemanha (2008), TBI Alemanha-Barbados (1994), TBI Modelo dos Estados Unidos (2012), TBI

da NMF como um todo e cujo respeito constitui condição necessária para a invocação dessa cláusula com sucesso - trata-se do princípio do *ejusdem generis* (OECD, 2004, p. 9; ACCONCI, 2008, p. 365).

Tal princípio estabelece que o tratamento da NMF é devido somente em relação a questões pertencentes ao mesmo assunto ou à mesma categoria de assuntos com que a cláusula se relaciona. Nas palavras de Acconci (2008, p. 365), esse princípio "requer que o tratado internacional que contém a cláusula da nação mais favorecida (o chamado 'tratado básico') lide com o mesmo assunto que o tratado internacional que contém o tratamento mais favorável (o chamado 'tratado com a terceira parte')."³⁷

Tal princípio resta elucidado ainda pela CDI nos Artigos 9 e 10 do seu esboço de artigos sobre cláusulas da nação mais favorecida (1978). O citado Artigo 9 prevê que os direitos adquiridos por intermédio de uma cláusula da NMF são "apenas aqueles que se encaixem nos limites do mesmo assunto de que trata a cláusula"³⁸ (CDI, 1978, Artigo 9.1). Em outras palavras, o tratado contendo a cláusula da NMF - chamado o tratado básico - deve tratar do mesmo assunto (ser *idem genus*) que o tratado que prevê o tratamento mais benéfico - o tratado com a terceira parte. É por tal motivo que, por exemplo, um tratado comercial contendo cláusula da nação mais favorecida entre os estados A e B não daria a A o direito de requisitar a B que lhe fornecesse o mesmo tratamento dado a C quanto à extradição de criminosos (CDI, 1978, p. 27). O Artigo 10 do esboço de artigos, por sua vez, estabelece mais condições: (a) que os direitos adquiridos por meio da NMF devem se limitar àqueles que o país concedente estende a um terceiro estado dentro dos limites do assunto de que trata a NMF e (b) somente se as pessoas ou coisas beneficiadas pelo tratado base pertencerem à mesma categoria de pessoas e coisas que se beneficiam do tratamento mais benéfico e (c) possuírem aquelas a mesma relação que possuem estas com o terceiro estado (CDI, 1978, Artigo 10).

A lógica deste princípio é explanada pela CDI (1978, p. 30) no comentário 11 aos artigos 9 e 10 do esboço de artigos e tem dizer com a ideia de que, caso a NMF não fosse estritamente limitada a casos em que há uma identidade substancial entre os

³⁷ Traduzido livremente do original: "... requires that the international treaty including a most-favoured-nation clause (so-called 'basic treaty') deals with the same subject-matter as the international treaty providing for the most favourable treatment (so-called 'third-party treaty')."

³⁸ Traduzido livremente do original: "...only those which fall within the limits of the subject-matter of the clause" (CDI, 1978, Artigo 9.1)

assuntos dos dois tratados em questão, em um grande número de casos os a operação da cláusula da NMF teria o efeito de impor aos estados signatários obrigações que eles jamais contemplaram assumir. A essência dessa regra está, portanto, na noção de que o beneficiário de uma cláusula da NMF não pode invocar para si tratamento concedido a um terceiro quanto a produtos industrializados, se o tratamento prometido a ele pela cláusula da NMF do tratado básico tem dizer somente com pesca. Em suma, são os tratamentos prometido pela NMF e concedido para o terceiro que devem guardar relação de mesmo gênero entre si, e não os dois tratados que os contém que devem necessariamente ser da mesma categoria (CDI, 1978, p. 30).

3.2.3 Princípios gerais de direito internacional relevantes

Os tratados de investimento não existem no vácuo, mas sim em um contexto mais amplo em que vigoram uma série de princípios pré-estabelecidos.

3.2.3.1 Separação entre disposições de solução de controvérsias e disposições substanciais de um tratado

Douglas (2011, p. 102-103) aponta a necessidade de se efetuar a diferenciação - em sua opinião, fundamental - entre as duas espécies de obrigações previstas em um mesmo tratado: de um lado, obrigações substantivas (como aquela do tratamento da NMF, por exemplo); de outro, disposições pertinentes à jurisdição de uma corte ou tribunal para a resolução das disputas decorrentes do tratado. Nesse sentido, aponta como evidências a prática das arbitragens em direito internacional privado, em que as disposições de solução de controvérsias são completamente separáveis do conteúdo substancial dos contratos, e a decisão da CIJ no caso do Congo, em que se decidiu que o *status* de *jus cogens* da obrigação substancial de abster-se de atos de genocídio não invalidava reserva feita à jurisdição da CIJ sobre disputas provenientes da Convenção contra Genocídio (DOUGLAS, 2011, p. 103).

Dolzer e Schreuer (2008, p. 257), por outro lado, observam que, no contexto dos tratados bilaterais de investimentos, não haveria base convincente para a distinção entre solução de controvérsias e disposições substanciais no tocante ao escopo da cláusula da

NMF, exceto se tal cláusula contivesse tal indicação. Isso porque tais autores consideram, como visto, que, dentro de um contexto de interpretação de tratados, a expressão "tratamento", contida nas cláusulas NMF mais gerais, abarcaria tanto as disposições substanciais quanto as procedimentais de um tratado. RADI (2007, p. 763), igualmente, considera que não é aplicável a autonomia da solução de controvérsias no contexto da cláusula da NMF, em vista da dimensão protetiva que os mecanismos de arbitragem internacional possuem no direito internacional dos investimentos, o que temo condão de tornar tênues os limites entre as disposições substanciais e procedimentais de um tratado.

3.2.3.2 *Princípio do expressio unius est exclusio alterius*

O princípio interpretativo do *expressio unius est exclusio alterius* deriva do direito romano e significa, literalmente, a expressão de uma coisa é a exclusão de outra. Como ver-se-á *infra* na análise qualitativa dos argumentos jurisprudenciais do ICSID, a discussão central que implica tal princípio está em saber se a presença de exceções explícitas a um cláusula da NMF deve ser tomada como evidência de que as partes contratantes desejavam excluir apenas aquelas áreas, incluindo as demais no escopo da NMF. Em termos de interpretação de cláusulas da NMF contidas em TBIs, Dolzer e Schreuer (2008, p. 188) observam que tal princípio pode ter especial significado na análise de cláusulas que contenham exclusão da aplicabilidade da NMF de determinadas áreas. Por tal princípio, todas as questões não expressamente excluídas da cobertura da NMF estarão sobre seu escopo.

3.2.4 Decisões de tribunais internacionais acerca de cláusula da nação mais favorecida

As abordagens dadas pela CIJ e pela Comissão de Arbitragem às questões interpretativas de cláusulas NMF importam ao presente trabalho, em razão do valor que podem assumir enquanto parâmetros interpretativos para as atuais disputas relativas a investimentos (VESEL, 2007, p. 147).

Há dois casos na Corte Internacional de Justiça que tratam da questão ora em pauta - a saber, os casos *Anglo-Iranian Oil Co.* e *Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos da América no Marrocos*, de 1951 e 1950, respectivamente. Nesses casos, a Corte Internacional de Justiça, abordou, embora indiretamente, a questão das cláusulas NMF para o fim de interpretar o seu escopo em relação à jurisdição da CIJ e de outros foros.

O caso *Anglo-Iranian Oil Co.* (1951) - cujo contexto fático envolve a nacionalização da indústria do petróleo pelo Irã - diz respeito à alegação, por parte do Reino Unido, de que a Corte possuía jurisdição sobre o caso com base na aplicação da cláusula da NMF contida no tratado entre Reino Unido e a Pérsia, que daria ao Reino Unido o direito de clamar, para si, o mesmo tratamento concedido posteriormente pela Pérsia à Dinamarca por tratado em que a jurisdição da Corte Permanente de Justiça Internacional (PCIJ) era prevista. Contudo, o tratado entre Pérsia e Reino Unido era anterior à declaração por meio da qual o Irã aceitou a jurisdição compulsória da PCIJ para todas as disputas posteriores à declaração, expressamente excluindo as disputas anteriores. Ao decidir sobre a jurisdição, a sucessora da PCIJ, a CIJ, julgou que o tratado entre Reino Unido e Pérsia não poderia fornecer a base para a jurisdição, porque fora assinado antes da declaração do Irã (CIJ, 1952a, p. 109).

No entanto, como coloca Vesel (2007), o raciocínio por trás de tal conclusão não resta claro, pois:

The Court first states that it is not necessary to consider the “meaning and the scope” of the MFN clause and that the Court may “confine itself” to the dates in order to conclude that the United Kingdom cannot invoke the jurisdiction of the court. Then [...] the Court appears to hold that the jurisdiction of the Court is outside the scope of the MFN clause itself - stating that the MFN clause “has no relation whatever to jurisdictional matters” - but then immediately returns to the dates as if their recitation were enough to resolve the matter. (VESEL, 2007, p. 148).³⁹

³⁹ "A Corte afirma, em primeiro lugar, que não é necessário tomar em consideração o significado e escopo da cláusula NMF e que a Corte pode se restringir a datas para o fim de concluir que o Reino Unido não pode invocar a jurisdição da Corte. Em seguida [...] a Corte parece considerar que a jurisdição da Corte está fora do escopo da cláusula NMF - afirmando que a cláusula NMF "não possui qualquer relação com questões jurisdicionais" -, mas depois imediatamente retorna às datas como se sua recitação fosse suficiente para resolver o assunto." Tradução livre.

Em tal caso, a CIJ decidiu, por maioria, que a cláusula NMF, unida ao consentimento para jurisdição dado pelo país anfitrião para com um terceiro estado, não era suficiente para constituir consentimento para jurisdição em relação ao país que invoca a cláusula, dada a evidência em contrário consubstanciada na declaração do Irã (CIJ, 1952a, p. 109). Ao abordar tal questão, a CIJ considerou que é o tratado básico que estabelece o vínculo jurídico entre o Reino Unido e o tratado com a terceira parte, dando-lhe a possibilidade de invocar os direitos conferidos à terceira parte. Na ausência de tal conexão, o tratado com a terceira parte constituiria *res inter alios acta* e não poderia produzir efeitos sobre o Reino Unido (CIJ, 1952a, p. 109).

Já no caso relativo aos *Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos da América no Marrocos* (1950), a CIJ julgou que os direitos obtidos através de uma cláusula NMF dependem da existência continuada do tratado com a terceira parte do qual eles derivam, já que não são incorporados ao tratado base (CIJ, 1952b, p. 190). Nesse caso, os Estados Unidos, que gozavam dos mesmos direitos consulares no Marrocos que a Espanha e o Reino Unido por meio de uma cláusula da NMF, postulavam a manutenção desses direitos mesmo após não vigorem mais os tratados do Marrocos com a Espanha e o Reino Unido. A CIJ rejeitou tanto a alegação de que essas disposições haviam sido incorporadas no tratado entre EUA e Marrocos quanto a de que aqueles direitos estavam fundamentados no costume (CIJ, 1952b, p. 190 e 200). Dessa forma, reafirmou que os direitos obtidos através de uma cláusula NMF possuem relação de dependência com a existência do tratado com a terceira parte.

No caso *Ambatielos* (1953), por fim, a Grécia, tomando por base a cláusula da NMF incluída no Tratado de Comércio e Navegação de 1886 entre Grécia e Reino Unido e a declaração anexa de 1926, procurou invocar disposições contidas em tratados anteriores entre o Reino Unido e terceiros estados para argumentar que o sr. Ambatielos, um proprietário de navio grego, teria sofrido negação de justiça por parte das cortes do Reino Unido. A CIJ julgou não possuir jurisdição sobre o mérito caso, pois controvérsias relativas à validade de demandas sob o Tratado de 1886 deveriam ser resolvidas pela Comissão de Arbitragem, consoante ditava a declaração de 1926, mas julgou, no entanto, possuir jurisdição para decidir se a questão deveria ser submetida a arbitragem (CIJ, 1952c, p. 46). Contudo, apesar de não ter analisado os méritos do caso, a CIJ rejeitou a ideia de que o consentimento de um estado aos procedimentos arbitrais deve ser interpretado de forma restritiva (VESEL, 2007, p. 153). É oportuno ainda,

quanto ao caso, observar-se as considerações tecidas na opinião dissidente dos Juízes McNair, Basdevant, Klaestad e Read no tocante à questão do escopo da cláusula na NMF em questão:

This Article contains a most-favoured-nation clause which, in [Greece's] opinion, embodies certain references to the requirements of the proper administration of justice. But, having regard to its terms, Article X promises most-favoured-nation treatment only in matters of commerce and navigation; it makes no provision concerning the administration of justice; [...]. The mostfavoured- nation clause in Article X cannot be extended to matters other than those in respect of which it has been stipulated. We do not consider it possible to base the obligation on which the Court has been asked to adjudicate, on an extensive interpretation of this clause. (CIJ, 1952c, p. 34)

O caso *Ambatielos* foi posteriormente submetido para a Comissão de Arbitragem, cuja decisão de mérito de 1956 mostra-se relevante, pois, em diversos casos do ICSID, notadamente o *Maffezini* (2000), serviu de evidência de apoio para a tese de que a cláusula da NMF é aplicável a disposições jurisdicionais de um terceiro tratado (DOUGLAS, 2011, p. 102). Em tal decisão, a pretensão da Grécia foi rejeitada ao argumento de que as disposições contidas nos tratados com terceiros invocados não prescreviam "privilégios, favores ou imunidades" mais favoráveis do que aqueles resultantes do tratado base. A Comissão de Arbitragem, no pertinente ao escopo da cláusula da NMF, julgou que tal cláusula "só pode atrair questões pertencentes à mesma categoria de assunto daquela a que a própria cláusula se refere"⁴⁰ (COMISSÃO DE ARBITRAGEM, 1956, p. 107). Tal entendimento está em consonância com o supra-analisado princípio do *ejusdem generis*. Contudo, quanto à cláusula específica do caso, a Comissão entendeu que:

In the Treaty of 1886 the field of application of the most-favoured-nation clause is defined as including "all matters relating to commerce and navigation ". [...]

It is true that " the administration of justice ", when viewed in isolation, is a subject-matter other than " commerce and navigation ", but this is not necessarily so when it is viewed in connection with the protection of the rights of traders. Protection of the rights of traders naturally finds a place among the matters dealt with by Treaties of commerce and navigation. Therefore it cannot be said that the administration of justice, in so far as it is concerned with the

⁴⁰ Traduzido livremente do original: "The most-favoured-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates."

protection of these rights, must necessarily be excluded from the field of application of the most-favoured-nation clause, when the latter includes "all matters relating to commerce and navigation". The question can only be determined in accordance with the intention of the Contracting Parties as deduced from a reasonable interpretation of the Treaty.

Although the wording of Article X does not provide a clear and decisive indication in this respect, the Commission is of opinion that it is difficult to reconcile the narrow interpretation submitted by the Government of the United Kingdom with the indications given in the text, in particular in the last part of the sentence: "it being their (the Contracting Parties') intention that the trade and navigation of each country shall be placed, *in all respects*, by the other on the footing of the most favoured nation ". (COMISSÃO DE ARBITRAGEM, 1956, p. 107)⁴¹

Da leitura do excerto *supra*, depreende-se que a Comissão de Arbitragem decidiu, no caso em análise, que a aplicação da cláusula da nação mais favorecida a questões de "administração de justiça" não violaria o princípio do *ejusdem generis*.

⁴¹ "No tratado de 1886, a definição do campo de aplicação da cláusula da nação mais favorecida inclui 'todas as questões relacionadas a comércio e navegação'. [...] É verdade que 'a administração de justiça', quando vista isoladamente, é um assunto diverso do 'comércio e navegação', mas não o é necessariamente quando visto em conexão com a proteção dos direitos dos comerciantes. Proteção dos direitos dos comerciantes naturalmente encontra lugar entre as questões abordadas por tratados de comércio e navegação. Portanto, não se pode dizer que a administração da justiça, no tanto que se relaciona com a proteção desses direitos, deve necessariamente ser excluída do campo de aplicação da cláusula da nação mais favorecida, quando esta inclui 'todas as questões relativas a comércio e navegação' A questão só pode ser determinada de acordo com a intenção das partes contratantes deduzida de uma interpretação razoável do tratado. Embora a redação do Artigo X não forneça indicação clara e decisiva a este respeito, a Comissão tem a opinião de que é difícil conciliar a interpretação restritiva apresentada pelo Governo do Reino Unido com as indicações dadas no texto, em particular na última parte da frase: 'sendo sua intenção (das partes contratantes) que o comércio e a navegação de cada país seja colocada, em todos aspectos, pelo outro no fundamento da nação mais favorecida'. " Tradução livre.

4 ANÁLISE EMPÍRICA DOS TESTES INTERPRETATIVOS UTILIZADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO ICSID PARA AFERIR SE O ESCOPO DAS CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA DE TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS ABRANGE A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O porção empírica do presente estudo, a ser realizada neste capítulo, presta-se à identificação de tendências dentro do raciocínio interpretativo adotado dentro dos tribunais *ad hoc* do ICSID ao abordarem a questão da aplicabilidade da cláusula da NMF a disposições de solução de controvérsias. A identificação empírica das tendências dá-se por meio da documentação dos argumentos explicitamente utilizados pelos tribunais. Busca-se, ainda, no processo de generalização das conclusões de cada caso, identificar as razões que levaram à ocorrência de soluções divergentes dentro da jurisprudência de tal instituição, por meio da análise da redação da cláusula da NMF central a cada controvérsia.

Embora o princípio do *stare decisis* não seja aplicável ao sistema do ICSID, uma vasta gama de interpretações acerca de um ponto tem o condão de afetar a previsibilidade e estabilidade do sistema do direito internacional dos investimentos. Portanto, um certo nível de coerência entre as decisões é naturalmente desejável num contexto de promoção de condições favoráveis aos investimentos - que certamente incluem a confiabilidade dos órgãos judiciais a que serão submetidas eventuais controvérsias.

Como visto, o objetivo central deste trabalho está em determinar quais são, no contexto das arbitragens do ICSID, os critérios utilizados para aferir se as cláusulas da nação mais favorecida são ou não aplicáveis às disposições de solução de controvérsias. Para fins deste estudo, foram identificado oito casos em que é analisada a questão da aplicabilidade da NMF a disposições de solução de controvérsias. A amostra foi selecionada dentre os casos arbitrados no âmbito do ICSID - órgão que possui, para o campo do direito internacional dos investimentos, importância tanto em termos de número de casos quanto em razão de ser, como demonstrado no capítulo prévio, um foro neutro criado especificamente para a solução de controvérsias relativas a investimentos. O critério utilizado para a seleção dos casos a compor a amostra foi lidarem eles ou não com a controvérsia da aplicação da NMF a solução de controvérsias. Foram identificados, segundo tal critério, oito julgados, compreendidos

no período a partir do ano 2000 - ano do caso considerado pioneiro na análise da problemática: o caso *Maffezini*.

Uma vez selecionada a amostra, tais decisões serão submetidas a quatro modalidades de análise: (a) em primeiro lugar, na seção 4.2, análise quantitativa simples das decisões que respondem positiva e negativamente à problemática central do trabalho (ver tabela 1, anexo A); (b) em seguida, na seção 4.2.1, separação dos precedentes conforme o tema (variável 1); (c) na seção 4.2.2, análise da redação das cláusulas da NMF envolvidas em cada uma das controvérsias, com sua classificação em *ampla*, *restrita* ou *geral* (variável 2, ver tabela 2, anexo B); (c) posteriormente, a seção 4.2.3 apresenta a confrontação dos resultados das decisões com a modalidade de cláusula da NMF envolvida (ver tabela 3, anexo C); (d) finalmente, a seção 4.3 contém a análise dos argumentos utilizados em cada uma das decisões (ver tabela 4, anexo D), a fim de identificar: (1) se a variável 1 foi determinante para os casos que a envolvem; (2) se a variável 2 foi determinante para os casos que envolve; (3) no caso negativo, as semelhanças e diferenças nos testes utilizados para a resolução da questão.

4.1 DECISÕES DO ICSID IDENTIFICADAS

Nesta seção, realiza-se análise preliminar das decisões de tribunais do ICSID que abordam a problemática de pesquisa deste trabalho: se as disposições de solução de controvérsias podem, ou não, serem consideradas dentro do escopo das cláusulas da NMF omissas quanto a intenção das partes no tocante a esse ponto.

4.1.1 *Maffezini v Spain*

A decisão de 2000 do tribunal *ad hoc* do ICSID no caso *Maffezini* foi responsável por iniciar a polêmica que cerca a aplicabilidade das cláusulas da NMF a disposições de solução de controvérsias nos TBIs. Nesse caso, o investidor, o Sr. Emilio Agustín Maffezini, de nacionalidade argentina, requisitou arbitragem contra a Espanha. O pedido tinha dizer com a aplicação da cláusula da NMF contida no TBI entre Argentina e Espanha para fins de contornar a exigência procedimental contida no mesmo tratado de um período de dezoito meses sem decisão nas cortes domésticas

(ARGENTINA, ESPANHA, 1991, Art. X.3.a). Alegava o investidor que tal disposição era menos favorável do que aquela prevista no TBI entre Espanha e Chile, em que o se poderia levar a demanda diretamente ao ICSID. Nesse caso, o tribunal interpretou a disposição da NMF do TBI entre Argentina e Espanha, concluindo que seria permitida a aplicação das disposições de solução de controvérsia contidas no TBI entre Espanha e Chile (o tratado com terceira parte). Segue excerto do raciocínio utilizado pelo tribunal arbitral:

Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors [...] [S]uch [dispute settlement] arrangements, even if not strictly a part of the material aspect of the trade and investment policy pursued by treaties of commerce and navigation, were essential for the adequate protection of the rights they sought to guarantee.[...]

From the above considerations it can be concluded that if a third party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favorable to the protection of the investor's rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the *ejusdem generis* principle. Of course, the third-party treaty has to relate to the same subject matter as the basic treaty, be it the protection of foreign investments or the promotion of trade, since the dispute settlement provisions will operate in the context of these matters; otherwise there would be a contravention of that principle (ICSID, 2000, para. 54-56).⁴²

Em que pese o tribunal aceitar como legítima a aplicação da cláusula da NMF a disposições de solução de controvérsias, ele ainda assim preocupou-se em diferenciar aquilo que constituiria "extensão legítima de direitos e benefícios por meio da operação

⁴² Em tradução livre: "Apesar de o tratado básico contendo a cláusula não se referir expressamente à cobertura pela cláusula da nação mais favorecida da solução de controvérsias, o Tribunal considera que há boas razões para se concluir que hoje os arranjos de solução de controvérsias são inextricavelmente relacionados com a proteção dos investidores estrangeiros [...] Tais arranjos [de solução de controvérsias], mesmo que não estritamente uma parte do aspecto material das políticas de comércio e investimentos seguidas pelos tratados de comércio e navegação, foram essenciais para a adequada proteção dos direitos que eles buscavam garantir.[...]

Das considerações acima, pode-se concluir que, se um tratado com uma terceira parte contém disposições de solução de controvérsias que são mais favoráveis à proteção dos direitos e interesses dos investidores do que aquelas contidas no tratado básico, tais disposições podem ser estendidas ao beneficiário da cláusula da nação mais favorecida, pois são completamente compatíveis com o princípio do *ejusdem generis*. Claro, o tratado com a terceira parte deve tratar do mesmo assunto do que o tratado básico, seja a proteção de investimentos estrangeiros ou a promoção do comércio, já que as disposições de soluções de controvérsias operaram no contexto de tais assuntos; caso contrário, haveria violação daquele princípio."

da cláusula" de "*treaty shopping* perturbador que destruiria os objetivos políticos subjacentes a provisões específicas do tratado" (ICSID, 2000, para. 63).⁴³ Com o intuito de ilustrar tal distinção, o tribunal afirmou a existência de uma série de exceções à abrangência da NMF, entre as quais principalmente a de que a aplicação da cláusula da NMF não pode passar por cima das considerações de políticas públicas que foram fundamentais para que as partes contratantes aceitassem o acordo (ICSID, 2000, para. 62).

Quando confrontadas com a questão da evasão do requisito de dezoito meses em cortes domésticas, decisões posteriores de tribunais *ad hoc* do ICSID adotaram a mesma linha deste julgado, como ver-se-á a seguir.

4.1.2 Siemens v Argentina

No caso *Siemens* (2004), o tribunal do ICSID seguiu a mesma linha de raciocínio do caso *Maffezini*. Este caso abordou a questão de se, através da nação mais favorecida do TBI Alemanha-Argentina (1991) (o tratado básico), o demandante, nacional alemão, poderia invocar para si as disposições de controvérsia contidas no TBI Argentina-Chile (1991), que permitiam o recurso direto à arbitragem, sem o requisito de dezoito meses nas cortes nacionais previsto no tratado básico.

Realizando interpretação do tratado básico consoante o Art. 31 da VCLT, isto é, considerando os objetivos do tratado - que tinham dizer com a "promoção e proteção" - o tribunal do ICSID decidiu que a cláusula da NMF era suficientemente abrangente para incluir a solução de controvérsias (ICSID, 2004b, para. 81). Alcançou-se tal conclusão por meio do argumento de que a NMF em questão não especificava se era ou não aplicável às disposições de solução de controvérsias, incluindo expressamente no seu escopo somente os termos "tratamento" e "atividades relacionadas a investimentos", cujo significado ordinário não exclui os mecanismos de solução de controvérsias (ICSID, 2004b, para. 103).

⁴³ Traduzido livremente de: "the legitimate extension of rights and benefits by means of operation of the clause" e "disruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions."

4.1.3 Gas Natural SDG, S.A.v Argentina

Da mesma forma, no caso *Gas Natural* (2005), em que também se analisava a aplicabilidade da NMF do TBI Argentina-Espanha para o fim de contornar o requisito do tratado básico de dezoito meses em cortes domésticas, o tribunal do ICSID chegou a conclusão semelhante. Nesse caso, o tribunal rejeitou o argumento da Argentina de que o mencionado requisito equivaleria à exigência do direito internacional de exaustão dos remédios locais (ICSID, 2005a, para. 30). O tribunal também observou a prática dos TBIs argentinos, a maioria dos quais não incluía requisito semelhante, chegando à conclusão de que a concessão, através da cláusula da NMF, de acesso direto a arbitragem, não violava qualquer interesse de política pública (ICSID, 2005a, para. 30). Ao fim, concluiu o tribunal, apoiando-se, mais uma vez, nas conclusões do caso *Maffezini*, que as disposições de controvérsia constituem parte dos direitos substanciais conferidos aos investidores pelo TBI e que, por isso, estavam dentro do escopo da nação mais favorecida (ICSID, 2005a, para. 29).

4.1.4 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.v Argentina

O caso *Suez e InterAguas* (2006) é outro caso em que o tribunal lida com a utilização da cláusula da NMF para contornar a exigência de dezoito meses nas cortes domésticas contida no TBI Argentina-Espanha. Neste caso, porém, o tribunal faz uso de processo interpretativo diferente dos anteriores para chegar ao resultado positivo. Ao invés de apoiar-se sobre princípios amplos e sobre a presunção de que a cláusula da NMF é aplicável à solução de controvérsias, o tribunal afirma que tal questão deve ser resolvida considerando-se as circunstâncias de cada caso, no contexto das regras de interpretação de tratados (ICSID, 2006a, para. 53-54). O tribunal enfatiza o fato de que considera o texto do tratado o ponto de partida de qualquer interpretação (ICSID, 2006a, para. 54). Por meio de tal interpretação, chega à conclusão de que o significado ordinário atribuível à palavra "tratamento", contida na cláusula da NMF em questão, no contexto dos TBIs, abrange todos os direitos e privilégios concedidos por meio do tratado, inclusive aqueles relativos à solução de controvérsias (ICSID, 2006a, para. 55).

4.1.5 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v Argentina

O caso *Suez Vivendi* (2006) segue exatamente a mesma linha do caso *Suez InterAguas*, inclusive contendo vários excertos idênticos à decisão deste último.⁴⁴ Neste caso, discute-se, mais uma vez, a utilização da cláusula da NMF contida no TBI Argentina-Espanha para o fim de evitar o requisito do tratado básico de dezoito meses nas cortes domésticas. A conclusão aqui alcançada é, igualmente, a de que os investidores podem invocar a cláusula da nação mais favorecida para obter tratamento mais favorável em termos de solução de controvérsias. (ICSID, 2006b, para. 56)

4.1.6 Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Jordan

Contudo, conclusões divergentes foram alcançadas pelo tribunal do ICSID no caso *Salini* (2004). Neste caso, foi rejeitada pelo tribunal a pretensão do demandante de, por intermédio da cláusula da NMF do TBI Itália-Jordânia (1999), basear a jurisdição do ICSID nas disposições de solução de controvérsias contidas no TBI entre Jordânia e Estados Unidos. O tribunal assim manifestou suas reservas com as conclusões do caso *Maffezini*:

The current Tribunal shares the concerns that have been expressed in numerous quarters with regard to the solution adopted in the Maffezini case. Its fear is that the precautions taken by authors of the award may in practice prove difficult to apply, thereby adding more uncertainties to the risk of “treaty shopping.” (ICSID, 2004a, para. 115).⁴⁵

O tribunal, no entanto, também enfatizou as diferenças entre as situações fáticas presentes nos casos *Salini* e *Maffezini*, colocando que, diferentemente do que ocorrera

⁴⁴ Ver, por exemplo, ICSID, 2006b, para. 53-55.

⁴⁵ Em tradução livre: "O presente tribunal compartilha das preocupações que foram expressadas por numerosas partes com relação à solução adotada no caso *Maffezini*. Seu medo é de que as precauções tomadas pelos autores do julgamento possam, na prática, provar-se difíceis de aplicar, desse modo adicionando mais incertezas ao risco do *treaty shopping*."

em *Maffezini*, a cláusula da NMF em Salini não continha a formulação ampla com referência a "todas as matérias cobertas por este tratado" (ICSID, 2004a, para. 118).

4.1.7 Plama Consortium Limited v Bulgaria

Na mesma linha, o caso *Plama* (2005), que cuidava da questão de se a cláusula da NMF poderia ser utilizada para ampliar o consentimento manifestado em outros tratados de investimentos, também expressou críticas para com o resultado de *Maffezini*. Neste caso, o tribunal do ICSID afirmou não possuir, sobre o caso, a jurisdição que o demandante, nacional de Chipre, tentara estabelecer por meio da cláusula da NMF contida no TBI Bulgária-Chipre (o tratado básico). Consoante o demandante, a NMF do tratado básico abrangia todos os aspectos do tratado e, por conseguinte, também as disposições de solução de controvérsias. O demandante desejava invocar as disposições de arbitragem contidas em outros TBIs da Bulgária, para o fim de estabelecer a jurisdição do ICSID sobre o caso. Porém, seu pedido não obteve sucesso, já que o tribunal rejeitou a interpretação teleológica por ele proposta - isto é, focada nos objetos e propósitos do TBI - em favor do entendimento de que as partes do TBI básico não manifestaram a intenção de extensão da cláusula da NMF para as disposições de controvérsias de outros TBIs (ICSID, 2005b, para. 193). Com efeito, quanto ao ponto, o tribunal afirmou que a menção aos objetivos do tratados e ao caráter protetivo da solução de controvérsias em TBIs são afirmações de cunho geral legalmente insuficientes para conduzir ao resultado de que as partes tinham realmente a intenção de que a cláusula da NMF cobrisse os mecanismos de arbitragem (ICSID, 2005b, para. 193). Como evidência disso, o tribunal apontou ainda que, quando da assinatura do TBI Bulgária-Chipe, a Bulgária encontrava-se sob regime comunista que tinha preferência por TBIs com disposições de solução de controvérsias e proteções limitadas para os investidores estrangeiros (ICSID, 2005b, para. 195). Ademais, o tribunal enfatizou a diferença existente entre, de um lado, incorporar tratamento mais favorável de um terceiro tratado a uma disposição existente no tratado básico e, de outro, substituir o conteúdo do procedimento especificamente negociado pelas partes por um mecanismo completamente diferente (ICSID, 2005b, para. 209).

4.1.8 Telenor Mobile Communications A.S. v Hungary

O pedido do caso *Telenor* (2006), por sua vez, tem dizer com a utilização da cláusula da NMF do TBI Hungria-Noruega para estender o consentimento para arbitragem, dado neste tratado somente para questões relativas a consequências da expropriação, para outras matérias. Neste caso, o tribunal adotou a solução encontrada no caso *Plama* (ICSID, 2006c, para. 90), considerando que o termo "tratamento" da cláusula da NMF do TBI básico tinha dizer com direitos substantivos do tratado somente, e não com disposições procedimentais (ICSID, 2006c, para. 92). Afirma ainda o tribunal que a aplicação da NMF para estender o consentimento para matérias diversas daquelas constantes na cláusula de consentimento do TBI básico seria verdadeira subversão da intenção que tinham as partes ao negociá-lo (ICSID, 2006c, para. 100).

4.2 ANÁLISE QUANTITATIVA DAS CONCLUSÕES DOS PRECEDENTES IDENTIFICADOS

Nesta seção, realiza-se análise quantitativa das decisões contraditórias do ICSID quanto à aplicabilidade da cláusula da NMF a questões de solução de controvérsias. Em primeiro lugar, essa etapa da análise presta-se a demonstrar a existência de jurisprudência divergente acerca do tema. Além disso, o estudo quantitativo tem caráter explanatório do problema de pesquisa - isto é, busca identificar a causa do problema, destacando as variáveis associadas às divergências na jurisprudência (CHUI, 2007, p. 50). A hipótese a ser testada pelo presente teste quantitativo é a de que existe, na jurisprudência do ICSID, uma tendência à aceitação da utilização da cláusula da NMF no tratado base para fins de adoção de mecanismos de solução de controvérsias previstos em tratados com terceiros estados.

Como depreende-se dos dados organizados na tabela 1 (Anexo A), dos oito julgados identificados, admitiu-se a aplicação da NMF a disposições de solução de controvérsias em cinco, enquanto em três precedentes tal aplicação não foi aceita.

No entanto, para se inferir conclusões desta análise, deve-se levar em conta não só o fato de não ser a diferença apresentada entre os dois grupos significativa, como também o fato de que a mera análise quantitativa dos resultados não se presta à

identificação de uma tendência real na jurisprudência, pois há variáveis fáticas envolvidas que têm o condão de modificar o resultado final de cada caso. Com efeito, como coloca UNCTAD (2007, p. 1), inferir tendências gerais na jurisprudência do ICSID requer uma abordagem cautelosa, pois a identificação daquilo que é essencial na jurisprudência requer um exercício de dissociação das conclusões alcançadas no caso de fatores como circunstâncias fáticas determinadas e redações específicas dos tratados envolvidos. Nesse sentido, identificou-se nesse trabalho, variáveis de duas ordens: em primeiro lugar, o tema específico de cada precedente - isto é, a espécie de disposição que se pretende modificar através da operação da cláusula da NMF -; em segundo lugar, a redação da cláusula da NMF cuja aplicação se pretende em cada caso.

4.2.1 Resumo das conclusões jurisprudenciais sistematizadas por tema

A análise dos julgados sistematizados por temas gera conclusões preliminares interessantes. Em primeiro lugar, nota-se, da tabela 1 (Anexo A) que todos os casos identificados que possuem resposta (*Maffezini, Siemens, Gas Natural, Suez e Interaguas e Suez e Vivendi*) positiva têm dizer com a questão da utilização da cláusula mais favorecida contida no TBI entre Argentina e Espanha (1991) ou naquele entre Alemanha e Argentina (*Siemens*) para contornar o requisito, constante do mesmo tratado, de um período de dezoito meses nas cortes domésticas antes do pedido de arbitragem. Os casos que possuem resposta negativa, por sua vez, têm dizer com o reconhecimento da jurisdição do ICSID com base em cláusula da NMF (*Salini e Plama*) ou com a extensão do consentimento para arbitragem dado pela parte a outras matérias através da cláusula da NMF do tratado básico (*Telenor*).

Tais dados podem levar à conclusão de que a extensão do consentimento por meio da cláusula da NMF - seja a outras matérias, seja a outros órgãos arbitrais - encontra maior resistência e rigidez interpretativa por partes dos tribunais do ICSID, se comparado à utilização da cláusula da NMF para evitar outros requisitos específicos no procedimento para a arbitragem. Em outras palavras, pode levar à conclusão de que há uma tendência a se permitir a aplicação da NMF para modificar o procedimento arbitral, e uma tendência a se proibir o alargamento do consentimento pela operação da NMF.

Porém, tal conclusão generalizadora não pode, nesse momento ter natureza final, eis que ainda não analisada a segunda variável identificada - a saber, a redação das

cláusulas da NMF envolvidas. Ora, sendo a amostra de decisões positivas extremamente não variada (pois todas, exceto uma, tratam exatamente do mesmo TBI, contendo a mesma cláusula da NMF), deve-se, em primeiro lugar, analisar se tal cláusula da NMF não possui redação tal que afete o resultado final do julgado. Além disso, a análise nesta seção realizada aponta como necessária, na porção qualitativa do trabalho, o exame de se a questão tratada nos casos *Salini*, *Plama* e *Telenor* - a saber a extensão do consentimento através da NMF - foi determinante para o seu resultado negativo.

4.2.2 Classificação das cláusulas da NMF

Como se infere da Tabela 2 no Anexo B, as cláusulas da NMF foram classificadas, conforme sua redação, nas categorias ampla, geral e restrita. Considerou-se como parte integrante da categoria ampla, as cláusulas da NMF que continham expressões ampliativas do seu escopo. As cláusulas gerais, por sua vez, foram consideradas como aquelas cuja redação não incluía qualquer provisão acerca do escopo, limitando-se a prescrever que seria devido tratamento da nação mais favorecida. Não foram identificados casos tratando de cláusula da NMF com redação tida como restritiva.

Ademais, em nenhum dos casos identificados, há referência expressa no TBI à aplicação da cláusula da nação mais favorecida em matéria de solução de controvérsias, seja incluindo-a ou excluindo-a do escopo da NMF. Assim, todas as cláusulas estudadas são omissas quanto à questão central do trabalho.

Os casos *Maffezini*, *Gas Natural*, *Suez Interaguas* e *Suez Vivendi* lidam com o TBI entre Argentina e Espanha (1991), cuja cláusula possui formulação ampla, a saber:

Artículo IV

Tratamiento

2.- En todas las materias regidos por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país. (ARGENTINA, ESPANHA, 1991, Art. IV.2)⁴⁶ (grifei)

⁴⁶ Em tradução livre: "Em todas as matérias regidas pelo presente Acordo, este tratamento não será menos favorável do que aquele outorgado por cada Parte aos investimentos realizados em seu território por investidores de um terceiro país."

A supramencionada cláusula foi considerada ampla em razão de conter a expressão "em todas as matérias regidas pelo presente acordo" como indicativa do escopo do tratamento da NMF contido no tratado.

Por sua vez, os tratados bilaterais de investimentos que deram origem aos casos *Siemens*, *Salini*, *Plama*, *Telenor* e *Suez Vivendi*⁴⁷ contêm cláusula da NMF com redação geral. Isto é, embora não constassem restrições ao escopo da NMF, ele também não englobava expressamente todo o tratado. Essa espécie de formulação, que é a mais comum nos TBIs, tem a seguinte redação, no TBI entre Bulgária e Cyprus (aplicado no caso *Plama*), o qual é ilustrativo do gênero:

Article 3

1. Each Contracting Party shall apply to investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments of investors of third states. (BULGÁRIA, CHIPRE, 1987, Art. 3.1)⁴⁸

Os TBIs de todos os casos continham lista de certas matérias que restam excluídas do campo de aplicação da NMF - fato esse que tornou-se determinante para a utilização do argumento relativo ao princípio do *expressio unius est exclusio alterius*.

4.2.3 Análise comparativa entre a redação das cláusulas da NMF e o resultado dos julgados

Na análise realizada na tabela 3 (Anexo C), vê-se que, dos cinco casos com resultado positivo quanto à inclusão da solução de controvérsias no escopo da NMF, quatro lidavam com cláusulas da NMF classificadas como amplas - isto é, que continham a expressão "em todas as matérias regidas pelo presente acordo". O caso *Siemens*, diferentemente, apresentou resultado positivo contendo uma cláusula da NMF geral completamente omissa quanto à extensão do seu escopo. Também continham cláusulas de caráter geral os três casos com resultado negativo (*Salini*, *Plama* e *Telenor*).

⁴⁷ O caso *Suez Vivendi* lida com a aplicação de dois TBIs diferentes: o TBI Argentina-Espanha e o TBI Argentina-Reino Unido.

⁴⁸ Em tradução livre: "Cada uma das partes contratantes aplicará, aos investimentos em seu território feitos por investidores da outra parte contratante, tratamento que não seja menos favorável do que aquele outorgado a investimentos de investidores de terceiros estados."

Esse exame demonstra a necessidade de: (a) determinar se a redação ampla da cláusula da NMF foi determinante para as decisões dos casos *Maffezini*, *Gas Natural*, *Suez Interaguas* e *Suez Vivendi*; (b) identificar os critérios utilizados para o resultado positivo no caso *Siemens*; (c) examinar em que pontos, os critérios do caso *Siemens* (e dos demais casos positivos, caso a redação da cláusula NMF mostre-se não determinante) difere dos casos em que, havendo cláusula igualmente geral, decidiu-se negativamente.

4.3 ANÁLISE QUALITATIVA DOS ARGUMENTOS JURISPRUDENCIAIS UTILIZADOS

Como visto, a análise qualitativa efetuada na seção anterior, embora inconclusiva em termos absolutos, conduziu o estudo à necessidade de se responder as seguintes questões:

- a) determinar se a questão tratada nos casos *Salini*, *Plama* e *Telenor* - a saber a extensão do consentimento através da NMF - foi determinante para o seu resultado negativo;
- b) determinar se a redação ampla da cláusula da NMF foi determinante para as decisões dos casos *Maffezini*, *Gas Natural*, *Suez Interaguas* e *Suez Vivendi*;
- c) identificar os critérios utilizados para o resultado positivo no caso *Siemens*;

O esforço em encontrar se as razões determinantes dos julgados derivam de suas circunstâncias fáticas particulares - seja o tema abordado, seja a cláusula em questão - justifica-se pelo objetivo deste estudo de buscar teste interpretativo, na jurisprudência do ICSID, que possa ser generalizado ao universo dos tratados bilaterais como um todo.

4.3.1 Análise dos argumentos nos casos *Maffezini*, *Gas Natural*, *Suez Interaguas* e *Suez Vivendi*: a redação da cláusula da NMF é critério determinante?

Nesta seção realiza-se a análise dos argumentos jurisprudenciais primordiais para o resultado nos casos *Maffezini*, *Gas Natural*, *Suez Interaguas* e *Suez Vivendi*, a fim de se determinar se, em algum deles, a redação ampla da cláusula mais favorecida foi fator determinante para a conclusão positiva do tribunal.

No caso *Maffezini* (2000) analisa a aplicabilidade da cláusula da NMF do tratado básico a disposições de controvérsia nos parágrafos 46-. Para atingir a conclusão de que a cláusula da NMF abrangia as disposições de solução de controvérsia, o tribunal valeu-se primordialmente do argumento de que os mecanismos de solução de controvérsias possuem uma dimensão protetiva que não permite sua dissociação dos direitos materiais previstos no tratado (ICSID, 2000, para. 54-56). A redação da cláusula da NMF é citada apenas de maneira incidente, com a conclusão de que ela é omissa quanto à questão, e que se deve, portanto, analisar a intenção das partes durante as negociações do tratado (ICSID, 2000, para. 53). O fator determinante nessa decisão tem a ver com a análise da prática espanhola na conclusão de TBIs, na qual não há referência ao requisito dos dezoito meses em cortes domésticas (ICSID, 2000, para. 58-59).

No caso *Gas Natural* (2005), o tribunal toma por base o entendimento manifestado por tribunais em casos prévios semelhantes (a saber, os casos *Maffezini* e *Siemens*), enfatizando o papel de proteção dos direitos substanciais que possuem os mecanismos de solução de controvérsia (ICSID, 2005a, para. 49). Mais uma vez, a redação da cláusula é apontada, junto ao fato de existir lista de exclusão que não retira a solução de controvérsias do escopo da NMF, como mera evidência de que tal cláusula poderia ser considerada abrangente o bastante para cobrir as disposições de arbitragem do tratado (ICSID, 2005a, para. 30).

O tribunal do ICSID no caso *Suez InterAguas* (2006), por sua vez, embasou sua decisão numa interpretação mais textual do Art IV(2) do TBI entre Argentina e Espanha, analisando, em conformidade com o art. 31 da VCLT, o significado comum atribuível às expressões "em todas as matérias cobertas por este Acordo" e "tratamento" (ICSID, 2006a, para. 54-55). O tribunal alcançou a conclusão de que as disposições de solução de controvérsia se encaixam no conceito de "todas as matérias do tratado", bem como que a concessão da possibilidade de arbitragem direta no TBI entre Argentina e França constitui "tratamento mais favorável" (ICSID, 2006a, para. 55). Ademais, o tribunal reforça o entendimento de que as disposições de solução de controvérsias estão incluídas na expressão "todas as matérias" pelo fato de não terem sido especificamente excluídas do escopo da NMF, como o foram outras matérias no Art. IV.3 do TBI (ICSID, 2006a, para. 56). O julgado afirma também que o princípio do *ejusdem generis* não pode ser entendido de maneira a excluir as disposições de solução de controvérsias do escopo da NMF (ICSID, 2006a, para. 57). Os argumentos da dimensão protetiva da

solução de controvérsias, da não distinção das disposições de arbitragem das substanciais de um tratado e de que das negociações do tratado não se pode inferir a vontade de excluir da NMF as disposições relativas à arbitragem são utilizados como outras evidências da sua inclusão na expressão "todas as matérias" (ICSID, 2006a, para. 56-57). Dessa forma, embora utiliza diversos outros argumentos, esse precedente utiliza como argumento central a linguagem da cláusula da NMF, como se depreende do seguinte excerto:

The language of the treaty is clear. Applying the normal interpretational methodology to Article IV of the Argentina-Spain BIT, the Tribunal finds that the ordinary meaning of that provision is that matters relating to dispute settlement are included within the term "all matters" and that therefore InterAguas and AGBAR may take advantage of the more favorable treatment provided to investors in the Argentina- France BIT with respect to dispute settlement. (ICSID, 2006a, para. 59).⁴⁹

O caso *Suez Vivendi* (2006) possui uma singularidade em relação aos demais: cada um dos demandantes requeria a aplicação de uma cláusula da NMF diferente, possuindo uma delas formulação ampla (a contida no TBI Argentina-Espanha), e a outra, formulação geral (aquela do TBI Argentina-Reino Unido). Nesse caso, o tribunal considerou que, apesar dessas diferenças na redação, o resultado deveria ser positivo para ambas, pois nenhuma continha definição para a palavra "tratamento" que excluísse as disposições de controvérsias (ICSID, 2006b, para. 57). Colocou o tribunal ainda que o TBI Argentina-Reino Unido continha lista de atos relativos a investimentos expressamente incluídos no escopo da NMF, dentro dos quais a "manutenção" de investimentos, termo que inclui a proteção dos investimento e, logo, a solução de controvérsias (ICSID, 2006b, para. 57). Portanto, nesse caso, imperar, assim como no anterior, a interpretação textual, visto que o termo "em todas as matérias" do TBI Argentina-Espanha é apontado como uma das maiores evidência da aplicabilidade da NMF deste tratado às disposições relativas a arbitragem (ICSID, 2006b, para. 55). Também da mesma forma que o caso anterior, o tribunal cita de maneira suplementar os argumentos da dimensão protetiva da solução de controvérsias (ICSID, 2006b, para. 59), da não separação entre disposições substanciais e de solução de controvérsias

⁴⁹ Em tradução livre: "A linguagem do tratado é clara. Aplicando-se a metodologia normal de interpretação ao Artigo IV do TBI entre Argentina e Espanha, o Tribunal considera que o significado ordinário daquela disposição é o de que questões relativas à solução de controvérsias estão incluídas no termo "todas as matérias" e que, portanto, Interaguas e AGBAR podem se valer do tratamento mais favorável fornecido aos investidores no TBI Argentina-França com relação à solução de controvérsias."

(ICSID, 2006b, para. 59), do *expressio unius est exclusio alterius* (ICSID, 2006b, para. 58) e da compatibilidade com o princípio do *ejusdem generis* (ICSID, 2006b, para. 59).

Frente a tais colocações, conclui-se que a redação ampla da cláusula da NMF foi fator determinante para a decisão dos casos *Suez Interaguas* e *Suez Vivendi*. No entanto, como se observou, mesmo nesses precedentes, não constitui esse o fator único na decisão, havendo diversos argumentos suplementares de interesse deste estudo.

4.3.2 Análise dos argumentos nos casos *Salini, Plama e Telenor*: o tema da extensão do consentimento é critério determinante para o resultado negativo?

Nesta seção, analisa-se se o objetivo do demandante nos casos *Salini, Plama e Telenor* - a saber, a extensão do consentimento - foi determinante para o resultado negativo dos julgados. Interessa tal análise, porque, em caso positivo, não terá sentido o confronto dos argumentos utilizados nesses julgados com os utilizados nos julgados de resultado positivo, eis que cada grupo de precedentes aborda temas diferentes dentro da questão maior da aplicabilidade da NMF a disposições de solução de controvérsias.

No caso *Salini* (2004), o tribunal do ICSID, em primeiro lugar, diferencia as circunstâncias presentes neste caso e no precedente *Maffezini*, em razão de tratar este último de cláusula da NMF que continha formulação ampla (ICSID, 2004a, para. 118). Em seguida, justifica a não aplicabilidade da NMF a disposições de controvérsias através da ausência de evidências de que seria outra a intenção das partes (ICSID, 2004a, para. 118).

O caso *Plama* (2005) tem sua decisão pautada pela noção de que, não se podendo inferir, do significado ordinário atribuível à palavra "tratamento", contida na NMF do TBI Bulgária-Cyprus, se ela inclui ou não as disposições de solução de controvérsias (ICSID, 2005b, para. 189) e não bastando à resolução da questão a invocação genérica dos objetivos e propósitos do tratado e da dimensão protetiva da arbitragem investidor estado (ICSID, 2005b, para. 223), a presunção que se deve ter é a de que as cláusulas da NMF não são aplicáveis a disposições de solução de controvérsias, exceto se for esta a clara e inequívoca intenção das partes contratantes (ICSID, 2005b, para. 200). Outras evidências apontadas estão nas negociações

realizadas entre as partes, que não indicam, para o tribunal, a intenção de inclusão da solução de controvérsias na NMF (ICSID, 2005b, 195). A espécie do pedido realizado - que foi considerado como tentativa de substituir *in toto* as disposições de solução de controvérsias do tratado básico pela operação da NMF (ICSID, 2005b, para. 210)- é utilizada como argumento subsidiário para suportar o resultado negativo (ICSID, 2005b, para. 212).

Por fim, no caso *Telenor* (2006), o tribunal faz uso de quatro argumentos centrais para concluir pela não aplicabilidade da NMF a solução de controvérsias, nenhum dos quais tem dizer com as características específicas do pedido realizado. O primeiro consiste na falta de evidências para se interpretar a frase "tratamento menos favorável a investimentos" (ICSID, 2006c, para. 92). O segundo e o terceiro estão, respectivamente, está no fato de que dar-se uma interpretação ampla à NMF tem o condão de provocar *treaty shopping* perturbador - pois abrirá a possibilidade de as partes realizarem misturarem e combinarem as disposições de solução de controvérsias de vários tratados (ICSID, 2006c, para. 93) - e uma atmosfera de insegurança e instabilidade - pois nunca se saberá quais limitações de um TBI permanecerão (ICSID, 2006c, para. 94). O quarto, finalmente, está no fato de que a dimensão protetiva da disposições relativas a arbitragem não pode ser argumento utilizado em detrimento da intenção das partes, uma vez que invocar a NMF para substituir mecanismos de solução de controvérsias é subverter as escolhas feitas pelas partes do tratado básico (ICSID, 2006c, para. 95).

Da análise dos julgados, depreende-se, assim, que nenhum deles possuiu, como fator determinante em seu resultado negativo, a espécie de pedido realizado.

4.3.3 Análise dos argumentos no caso Siemens

O caso *Siemens*, por sua vez, - o único na amostra que possui resultado positivo com cláusula da NMF de formulação geral - reforça vários argumentos utilizados pelo tribunal em *Maffezini*. Para chegar à conclusão, é utilizada interpretação nos moldes Art. 31.1 da VCLT. Isto é, considera-se os objetivos e propósitos do tratado (a saber, a criação de condições favoráveis a investimentos) a fim de se interpretar o escopo da cláusula da NMF (ICSID, 2004b, para. 81). O tribunal, neste caso, argumenta ainda que,

em que pese se tratar de cláusula com formulação mais restrita do que aquela analisada em *Maffezini*, as expressões "tratamento" e "atividades relacionadas a investimentos" nela contidas são suficientemente amplas para abranger a solução de controvérsias (ICSID, 2004b, para. 103). Adicionalmente, fez o tribunal uso dos argumentos do *expressio unius est exclusio alterius* (em vista da presença de lista de matérias excluídas da NMF que não compreende a solução de controvérsias) (ICSID, 2004b, para. 85) e da dimensão protetiva que possuem os mecanismos de solução de controvérsias nos tratados de investimentos, que, em razão de tal função, encaixam-se na noção de tratamento dos investidores estrangeiros (ICSID, 2004b, para. 102).

4.4 IDENTIFICAÇÃO DO TESTE INTERPRETATIVO

Nesta seção, busca-se examinar em que pontos, os critérios interpretativos dos casos positivos diferem e convergem em relação àqueles dos casos em que se decidiu negativamente. Isto é, já que nem o tipo de cláusula da NMF, nem o assunto abordado mostraram-se determinantes para o resultado dos julgados, passa-se à análise dos critérios interpretativos utilizados em cada um dos casos - identificando-se, assim os pontos de convergência e de divergência.

Para fins de identificação do teste interpretativo utilizado por cada tribunal, elaborou-se a tabela 4 (Anexo D), a qual demonstra os argumentos analisados em cada um dos casos supramencionados. Nesse contexto, realiza-se, nesta seção, um resumo dos pontos de convergência e divergência entre as decisões, com o objetivo de aferir se suas conclusões e argumentos são, ou não, irreconciliáveis.

4.4.1 Pontos de convergência

Identificou-se quatro pontos de convergência principais entre as decisões:

- a) Todos os casos identificados fazem uso da citação de casos anteriores que analisaram a questão do escopo da NMF - seja para apoiar suas conclusões (como em *Maffezini*, *Siemens*, *Gas Natural*, *Suez Interaguas*, *Suez Vivendi* e *Telenor*), seja para diferenciar as circunstâncias fáticas dos casos anteriores divergentes (como em *Plama* e *Salini*);

- b) Dos oito casos identificados, sete reconhecem a existência de relação íntima entre a proteção dos investidores e a solução de controvérsias. Mesmo os casos *Plama* e *Telenor*, de resultado negativo, declaram haver tal relação;
- c) Os cinco casos que analisaram o significado ordinário da palavra "tratamento", constante das cláusulas da NMF, concordam que não é possível determinar, somente a partir dessa análise, se está ou não incluída nesse conceito a solução de controvérsias.
- d) Os casos *Maffezini*, *Plama*, *Telenor* e *Salini* trazem preocupações no tocante às consequências da extensão do escopo da NMF às disposições de solução de controvérsia, manifestado no receio de que esta venha a incentivar *treaty shopping* que subverta as intenções negociadas das partes.

4.4.2 Pontos de divergência

Foram identificados seis pontos de divergência:

- a) Quatro dos cinco julgados de resultado positivo utilizam, para sua conclusão, o argumento de que não se deve promover diferenciação entre disposições substantivas e procedimentais de um TBI, enquanto, do grupo de resultado negativo, somente o caso *Plama*, aborda tal questão - para afirmar que a separação deve ser feita;
- b) Em todos os cinco casos do grupo de resultado positivo, a dimensão protetiva dos mecanismos de solução de controvérsias é aceita como argumento legal para a extensão da NMF para abranger as disposições de controvérsias. A contrario sensu, os casos *Plama* e *Telenor* - isto é, dois dos três julgados do grupo de resultado negativo - expressamente ressaltam não se tratar de argumento legal suficiente para se construir tal interpretação;
- c) Dos cinco casos positivos, quatro utilizam, frente à existência no TBI de lista excluindo determinadas matérias do escopo da NMF, o princípio do *expressio unius est exclusio alterius* como critério interpretativo para apontar a intenção das partes de que fosse incluída a solução de controvérsias no escopo da NMF, pois não incluída naquela lista. Diferentemente, somente um (*Plama*) dos três casos negativos trata de tal princípio, reconhecendo ser possível a interpretação

- dada pelos casos positivos, mas rejeitando-a por ter encontrado evidências mais fortes no sentido contrário;
- d) Os três casos negativos utilizam os critérios de interpretação do Art. 32 da VCLT para analisar as intenções das partes quando da conclusão do TBI, contra somente dois dos cinco casos positivos;
 - e) Três dos cinco casos positivos pautam sua interpretação da cláusula da NMF pelos objetivos e propósitos do TBI. Diferentemente, somente um (*Plama*) dos três casos negativos faz tal análise.
 - f) Os casos *Siemens*, *Suez InterAguas* e *Suez Vivendi* (do grupo positivo) e *Plama* e *Telenor* (do grupo negativo) iniciam seu processo interpretativo a partir da metodologia descrita no Art. 31.1 da VCLT. A *contrario sensu*, os casos *Maffezini*, *Gas Natural* e *Salini* não se atêm à interpretação da cláusula da NMF segundo o Art. 31.1 da VCLT.

4.4.3 Sistematização das conclusões

A partir dos supramencionados pontos, podemos concluir que:

- a) A convergência para a utilização de precedentes como argumento jurisprudencial aponta para o fato de que, em que pese não imperar, entre os tribunais *ad hoc* estabelecidos pelo ICSID, o princípio do *stare decisis*, as conclusões alcançadas em casos prévios são definitivamente critérios interpretativos relevantes para as posteriores;
- b) Nos casos de resultado positivo, há maior tendência à utilização de argumentos de cunho geral (como a dimensão protetiva da solução de controvérsias, a ausência de diferenciação entre disposições substanciais e procedimentais e os objetos e propósitos do TBI) para ampliação do escopo da NMF;
- c) Nos casos de resultado negativo, há maior tendência ao recurso aos documentos comprobatórios das negociações do tratado (*travaux préparatoires*) a fim de se aferir as intenções das partes quanto ao escopo da NMF;
- d) Nos casos de resultado positivo, há maior tendência à utilização do princípio do *expressio unius est exclusio alterius* como forma de se aferir as intenções das partes quanto ao escopo da NMF;

- e) Em que pese as interpretações textuais dos dois grupos resultarem igualmente em conclusões de omissão, o grupo de resultado positivo presume que a cláusula da NMF, salvo manifestação expressa em sentido contrário, aplica-se às disposições de controvérsia, enquanto o grupo de resultados negativos presume exatamente o oposto;
- f) Das diferentes presunções realizadas pelos julgados resulta uma divergência nos julgados acerca de quem tem o ônus de provar a intenção das partes;
- g) Há uma tendência à preocupação com os efeitos, em termos de segurança e confiabilidade dos tratados, de uma interpretação demasiado ampla da NMF, a qual é reconhecida inclusive no *leading case* dos casos positivos - o caso *Maffezini*, em que, para contornar tal problema, cria-se uma série de exceções.
- h) Os casos, independentemente de seu resultado, podem ser divididos, quanto ao processo interpretativo utilizado, em duas categorias: aqueles que iniciam a interpretação pelos critérios do Art.31.1 da VCLT (*Siemens, Suez InterAguas, Suez Vivendi, Plama e Telenor*) e aqueles que não o fazem (*Maffezini, Gas Natural e Salini*). Os três últimos casos iniciam suas respectivas interpretações a partir de considerações de natureza geral - seja no tocante às preocupações com a extensão do escopo da NMF (*Salini*), quanto à dimensão protetiva das da solução de controvérsias (*Maffezini*) ou em relação a constituir ou não a solução de controvérsia parte do conjunto de proteções concedidos aos investidores por meio do TBI (*Gas Natural*).

5 CONCLUSÃO

Frente às considerações tecidas ao longo deste trabalho, percebe-se que a polêmica que cerca o escopo da cláusula da NMF atinge dimensões muito maiores do que apenas as partes do tratado bilateral de investimento interpretado. Ora, se há uma tendência à valorização dos julgamentos prévios de tribunais *ad hoc* do ICSID enquanto argumento jurisprudencial para novos casos,⁵⁰ as decisões de tais tribunais têm o potencial de repercutir no universo das partes contratantes de TBIs. Por tal razão, a mera indicação de que a solução deve ser feita de forma casuística não satisfaz as necessidades de segurança e confiabilidade que são ínsitas aos objetivos de um TBI típico. Com efeito, embora as características, contexto e redação de cada cláusula da NMF específica devam, certamente, ser levadas em consideração, deve-se procurar a construção de um teste interpretativo universal aplicável a todas as cláusulas igualmente.

Como se depreende da análise qualitativa dos argumentos jurisprudenciais realizada,⁵¹ não foi possível a identificação, na jurisprudência existente, de um teste único para se aferir a aplicabilidade das cláusulas da nação mais favorecida em matéria de solução de controvérsia. O que se identificou foi a existência de dois processos interpretativos diferentes: aquele que inicia a interpretação pelos critérios do Art.31.1 da VCLT (*Siemens, Suez InterAguas, Suez Vivendi, Plama e Telenor*) e aquele que a inicia a partir de considerações de natureza geral (*Maffezini, Gas Natural e Salini*).

Além de tal classificação metodológica, foi possível a identificação de outro aspecto, *a priori* irreconciliável, entre as interpretações realizadas pelos grupos de resultados positivo e negativo. Embora as interpretações textuais dos dois grupos resultem igualmente em conclusões de omissão das cláusulas da NMF quanto à sua aplicabilidade em matéria de solução de controvérsias, tal omissão gerou presunções opostas em cada um dos grupos, as quais foram, na maioria dos casos, determinantes para os resultados encontrados. O grupo de resultado positivo presume que a cláusula da NMF, salvo manifestação expressa em sentido contrário, aplica-se às disposições de controvérsia. *A contrario sensu*, o grupo de resultados negativos presume exatamente o

⁵⁰ Como visto na seção 4.4.3.

⁵¹ na seção 4.4

oposto: a cláusula da NMF não será aplicável em matéria de solução de controvérsias, exceto no caso de evidência de que esta foi a intenção das partes. Ademais, a análise mostrou que as duas presunções são construídas sobre bases diversas. Se, por um lado, a presunção positiva é construída sobre uma interpretação teleológica do TBI, aliada à noção da dimensão protetiva da solução de controvérsias no direito internacional dos investimentos; por outro, a presunção negativa baseia-se primordialmente sobre os *travaux préparatoires* e o contexto de negociação do TBI, aliada à recorrente preocupação com os efeitos, em termos de segurança e confiabilidade dos tratados, de uma interpretação demasiado ampla da NMF.

Tratando-se, com efeito, de duas presunções *juris tantum* - isto é, que admitem prova em sentido contrário -, temos que das diferentes presunções adotadas pelos tribunais resulta outra questão: a incerteza acerca de quem possui o ônus de provar a intenção das partes. Isso porque, caso a presunção adotada venha a ser a de que a MFN é aplicável a disposições de solução de controvérsias, o ônus probatório recairá sobre aquele que busca afastar tal aplicabilidade - e vice-versa. Visto que os *travaux préparatoires* são geralmente omissos quanto ao escopo da NMF, a presunção adotada pelo tribunal, no caso de ausência de evidência em sentido contrário, é aquilo que determinará para qual dos lados penderá essa falha em cumprir o ônus probatório.

Em um contexto em que a garantia de segurança e confiabilidade para os instrumentos de proteção dos direitos dos investidores estrangeiros pode ser determinante para a própria existência dos investimentos, a existência de um método e abordagem de interpretação conciso e previsível por parte dos tribunais arbitrais faz-se essencial. Até porque, na ausência de tal coerência interpretativa, as chances de um direito internacional dos investimentos confiável e não fragmentado parecem, como coloca Douglas (2010, p. 99), remotas.

REFERÊNCIAS

ACCONCI, P. Most-Favoured-Nation Treatment. In: MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F.; SCHREUER, C. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 363-406.

ALBÂNIA; REINO UNIDO. **Agreement for the Promotion and Protection of Investments**, 1994. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/uk_albania.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2013.

ALEMANHA OCIDENTAL; PAQUISTÃO. **Treaty for the Promotion and Protection of Investments**, 1959. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

ALEMANHA. **Model Bilateral Investment Treaty**, 2008. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

ALEMANHA; ARGENTINA. **Vertrag über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen**, 1991. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/germany_argentina_sp.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2013.

ALEMANHA; BARBADOS. **Bilateral Investment Treaty**, 1994. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/germany_barbados.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2013.

ALEMANHA; TAILÂNDIA. **Treaty concerning Encouragement and Reciprocal Protection of Investments**, 2002. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/germany_thailand.pdf>. Acesso em 15 nov. 2013.

ALVAREZ, J. The Public International Law Regime Governing International Investment. 344 **Recueil des cours** 195 (2010).

ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO DAS AMÉRICAS (ALCA). **Terceira Minuta do Acordo da ALCA**, 2003. Disponível em: <http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXVII_p.asp>. Acesso em: 06 nov. 2013.

ARGENTINA; CHINA. **Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments**, 1992. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/argentina_china.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

ARGENTINA; ESPANHA. **Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones**, 1991. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/argentina_spain_sp.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2013.

BRASIL; CHILE. **Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos**, 1994. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/chile_brazil_por.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

BRASIL; FINLÂNDIA. **Agreement for the Promotion and Protection of Investments**, 1995. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/finland_brazil.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

BRASIL; PORTUGAL. **Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos**, 1994. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/portugal_brazil_por.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

BROWNLIE, I. **Principles of Public International Law**. 7 ed. New York: Oxford University Press, 2008.

BULGÁRIA; CHIPRE. **Agreement on Mutual Encouragement and Protection of Investments**, 1987. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/bulgaria_cyprus.PDF>. Acesso em: 18 nov. 2013.

BÜTHER, T; MILNER, H. Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis. In: SAUVANT, K.; SACHS, L. **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 171-224.

CHUI, W. Quantitative Legal Research. In: MCCONVILLE, M.; CHUI, W. **Research Methods for Law**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007. p. 46-68.

COLÔMBIA. **Model Bilateral Investment Treaty**, 2007. Disponível em: <http://italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2013.

COLÔMBIA; REINO UNIDO. **Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments**, 2009. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/colombia_united%20kingdom.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2013.

COMISSÃO DE ARBITRAGEM. The Ambatielos Claim. (Greece v. United Kingdom) **Award of 6 march 1956**. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/83-153_Ambatielos.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2013.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries**, 1978. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf>. Acesso em: 2 out. 2013.

_____. First report on the most-favoured-nation clause, by Mr. Endre Ustor, Special Rapporteur In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Yearbook of the International Law Commission**. New York: 1969, p. 157-186.

_____. **Report on the work of its sixtieth session.** (5 May to 6 June and 7 July to 8 August 2008). Supplement No. 10 (A/63/10), Annex B.

_____. **Reports of the Commission to the General Assembly,** (A/6309/Rev.1/1966), 1966.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Ambatielos.** (Greece v. United Kingdom). Judgment on Preliminary Objection. 1 de julho de 1952. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/15/1965.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

_____. **Ambatielos.** (Greece v. United Kingdom). Dissenting Opinion by Sir Arnold McNair, President, and Judges Basdevant, Klaestad and Read. 19 de maio de 1953. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/15/1987.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

_____. **Anglo-Iranian Oil Co.** (United Kingdom v. Iran). Judgement on Jurisdiction. 22 de julho de 1952. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2013.

_____. **Rights of Nationals of the United States of America in Morocco** (France v. United States of America). Judgment. 27 de agosto 1952. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/11/1927.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2013.

DIMASCIO, N.; PAUWELYN, J. Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin? 102 **American Journal of International Law** 48 (2008).

DOLZER, R; SCHREUER, C. **Principles of International Investment Law.** Oxford: Oxford University Press, 2008.

DOUGLAS, Z. The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails. **Journal of International Dispute Settlement**, vol. 2, n. 1 (2011), p. 97-113

ESTADOS UNIDOS. **Model Bilateral Investment Treaty**, 2012. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

FIETTA, S. Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point? 8 **International Arbitration Law Review** 131 (2005) p. 131-138.

FRANÇA. **Model Bilateral Investment Treaty**, 2006. Disponível em: <<http://italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2013

GRIERSON-WEILER, T. J.; LAIRD, I. A. Standards of Treatment. In MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F.; SCHREUER, C. **The Oxford Handbook of International Investment Law.** New York: Oxford University Press, 2008, p. 259-304.

GUZMAN, A.; PAUWELYN, J. **International Trade Law.** New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

HORN, H.; MAVROIDIS, P. Economic and legal aspects of the Most-Favored-Nation clause. **European Journal of Political Economy** vol. 17 (2001) p. 233-279

HUNGRIA; NORUEGA. **Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments.** Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/hungary_norway.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2013. Acesso em: 17 nov. 2013.

ÍNDIA. **Model Bilateral Investment Treaty**, 2003. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1026.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

INTERNATIONAL CENTER FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTED (ICSID). **Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain.** Decision on Objections to Jurisdiction. 25 de janeiro de 2000. ICSID Case No. ARB/97/7. (2000).

_____. **Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States**, 1965. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/basic-en.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. **Plama Consortium Limited v. The Republic of Bulgaria.** Decision on Jurisdiction. 8 de fevereiro de 2005. ICSID Case No. ARB/03/24.

_____. **Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic.** Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction. 17 de junho de 2005. ICSID Case No. ARB/03/10.

_____. **Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan.** Decision of the Tribunal on Jurisdiction. 29 de novembro de 2004. ICSID Case No. ARB/02/13.

_____. **Siemens A.G. v The Argentine Republic.** Decision on Jurisdiction. 3 de agosto de 2004. ICSID Case No. ARB/02/8.

_____. **Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v The Argentine Republic.** Decision on Jurisdiction. 16 de maio de 2006. ICSID Case No. ARB/03/17.

_____. **Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v The Argentine Republic.** Decision on Jurisdiction. 03 de agosto de 2006. ICSID Case No. ARB/03/19.

_____. **Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary.** Award. 13 de setembro de 2006. ICSID Case No. ARB/04/15.

ITÁLIA; JORDÂNIA. **Agreement on the Promotion and Protection of Investments**, 1996. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/italy_jordan.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2013.

JACKSON, J. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations.** Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1997.

MATSUSHITA, M.; SCHOENBAUM, T.; MAVROIDIS, P. **The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2006.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). Protocolo de Colonia Para a Promoção Recíproca de Investimentos no Mercosul (Intrazona), 1994. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/relinter/mercosul/coloni-p.asp>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2013.

_____. **Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados**, 1969. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>>. Acesso em: 11 out. 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio**, 30 outubro 1947. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OECD). **Most-favoured-national treatment in International Investment Law**. Working Papers on International Investment n. 2004/2. (2004) Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/33773085.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

_____. **Benchmark Definition of Foreign Direct Investment**. 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

RADI, Y. The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'. **European Journal of International Law** 18 (4): 757 (2007).

REINO UNIDO. UK Model BIT, 2005. In: DOLZER, R; SCHREUER, C. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 376-384

SACERDOTI, G. Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection. **Recueil des Cours** vol. 269 (1997)

SALACUSE, J. BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. 24 **The International Lawyer** 655 (1990).

SALACUSE, J.; SULLIVAN, N. Do BITs really work?: An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. **Harvard International Law Journal**, Winter, (2005).

SHAW, M. **International Law**. 5 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

UNITED NATIONS CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS (UNCTC); INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Bilateral Investment Treaties:**

1959-1991, 1992. Disponível em: <<http://unctc.unctad.org/data/e92iia16a.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2013.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **International Investment Agreements: Key Issues**. UNCTAD/ITE/IIT/2004/10(Vol. I), 2004.

_____. **Most-Favoured-Nation Treatment**. UNCTAD/ITE/IIT/10(Vol. III), 1999.

_____. **Dispute Settlement: Investor-State**, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteiit30_en.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. **World Investment Report**, 2013. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf>. Acesso em: 04 out. 2013.

VESEL, S. Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favoured-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties. 32 **Yale Journal of International Law** 125 (2007).

ANEXO A

Tabela 1 Análise Quantitativa dos Resultados dos Precedentes

CASO	QUESTÃO	SIM	NÃO
<i>Maffezini</i>	Requisito de 18 meses nas cortes domésticas	X	
<i>Siemens</i>	Requisito de 18 meses nas cortes domésticas	X	
<i>Gas Natural</i>	Requisito de 18 meses nas cortes domésticas	X	
<i>Suez e Interaguas</i>	Requisito de 18 meses nas cortes domésticas	X	
<i>Suez e Vivendi</i>	Requisito de 18 meses nas cortes domésticas	X	
<i>Salini</i>	Jurisdição com base na NMF		X
<i>Plama</i>	Jurisdição com base na NMF		X
<i>Telenor</i>	Estender o consentimento a outras matérias		X
TOTAL		5	3

ANEXO B

Tabela 2 Análise da Redação das Cláusulas da Nação Mais Favorecida

Caso	TBI	Redação cláusula NMF	Geral	Ampla	Restritiva
<i>Maffezini</i>	Argentina-Espanha	<i>"En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país."</i>		x	
<i>Siemens</i>	Alemanha-Argentina	<i>"Jede Vertragspartei behandelt Staatsangehörige oder Gesellschaften der anderen Vertragspartei hinsichtlich ihrer Betätigung im Zusammenhang mit Kapitalanlagen in ohrem Hoheitsgebiet nicht weniger günstig als Staatsangehörige und Gesellschaften dritter Staaten."</i>	x		
<i>Gas Natural</i>	Argentina-Espanha	<i>"En todas las materias regidas por el presente Acuerdo[..]."</i>		x	
<i>Suez Interaguas</i>	Argentina-Espanha	<i>"En todas las materias regidas por el presente Acuerdo[..]."</i>		x	
<i>Suez Vivendi</i>	Argentina-Espanha	<i>"En todas las materias regidas por el presente Acuerdo[..]."</i>		x	
	Argentina-Reino Unido	<i>Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of investors of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of investors of any third state."</i>	x		
<i>Salini</i>	Itália-Jordânia	<i>"Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the other Contracting Party no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, investors of Third States."</i>	x		
<i>Plama</i>	Bulgária-Cyprus	<i>"Each Contracting Party shall apply to investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments of investors of third states."</i>	x		
<i>Telenor</i>	Hungria-Noruega	<i>"Investments made by investors of one contracting party in the territory of the other contracting party, as also the returns therefrom, shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by investors of any third state."</i>	x		
TOTAL			5	4	0

ANEXO C

Tabela 3 Modalidade de cláusula da NMF e resultado do julgamento

Tipo Cláusula	SIM	NÃO	TOTAL
GERAL	2	3	5
AMPLA	4		4
RESTRITIVA			0

ANEXO D

Tabela 4 Análise dos Argumentos Jurisprudenciais

Caso	Art 31 VCLT Object and Purposes	Art. 31VCLT Ordinary Meaning	Art 31 VCLT Practice	Art. 32 VCLT	Princípio do <i>ejusdem generis</i>	<i>Expressio unius est exclusio alterius</i>	Disposições substanciais v. procedimentais	Dimensão protetiva da solução de controvérsias	Prece- dentes
<i>Maffezini</i>			x	x	x		x	x	x
<i>Siemens</i>	x	x				x		x	x
<i>Gas Natural</i>						x	x	x	x
<i>Suez e Interaguas</i>	x	x		x	x	x	x	x	x
<i>Suez e Vivendi</i>	x	x			x	x	x	x	x
<i>Salini</i>				x					x
<i>Plama</i>	x	x	x	x	x	x	x	x	x
<i>Telenor</i>		x	x	x				x	x
TOTAL	4	5	3	5	4	5	5	7	8