

ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO: A CONVENÇÃO ICSID E OS TRATADOS BILATERAIS*

*Pelo Prof. Doutor Dário Moura Vicente***

SUMÁRIO:

1. A arbitragem de investimento: relevância atual e problemas que suscita.
2. A Convenção ICSID. *a)* Objeto; *b)* Características distintivas.
3. Os tratados bilaterais de investimento e a sua articulação com a Convenção ICSID. *a)* Noção e relevância dos tratados bilaterais de investimento; *b)* A articulação dos tratados bilaterais de investimento com o ICSID; *c)* Problemas que suscita a arbitragem prevista nos tratados bilaterais de investimento.
4. A nova competência da União Europeia para celebrar tratados bilaterais de investimento e as questões que coloca no tocante à resolução extrajudicial de litígios. *a)* O Tratado de Lisboa e a competência da União para celebrar tratados bilaterais de investimento; *b)* A aplicabilidade da arbitragem ICSID aos tratados europeus de investimento; *c)* A articulação com outros mecanismos de resolução de litígios; *d)* A apensação de processos arbitrais; *e)* A intervenção dos Estados-Membros da União nos processos arbitrais de que esta seja parte; *f)* A subsistência dos tratados bilaterais de investimento nacionais.
5. Conclusões.

(*) Conferência proferida em 21 de julho de 2011 no *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*.

(**) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. A arbitragem de investimento: relevância atual e problemas que suscita

A globalização da economia que caracteriza a nossa era implicou, além do mais, um aumento muito significativo das operações de investimento estrangeiro⁽¹⁾. Para as economias emergentes, esse investimento é um instrumento fundamental a fim de viabilizar a exploração dos recursos naturais de que são titulares e a construção das infraestruturas de que carecem. Para os países desenvolvidos, é uma forma não menos relevante de suprir as necessidades de capital do Estado e das empresas.

O investimento estrangeiro é, porém, fortemente vulnerável a interferências do Estado que o acolhe, quer por via de medidas de nacionalização ou expropriação, quer através de restrições ao repatriamento dos lucros do investidor, do aumento de impostos ou de alterações legislativas de outra natureza. Vem daqui a frequência com que se suscitam litígios a respeito desses investimentos.

Nos últimos anos, a arbitragem tem ganho crescente relevância como forma de resolução destes litígios⁽²⁾. O que bem se compreende: do ponto de vista do investidor estrangeiro, a arbitragem constitui uma garantia essencial de que, em caso de litígio com o Estado ou outro ente público com quem contratou, o mesmo será decidido por um órgão imparcial. Na ótica do Estado recetor do investimento, trata-se de uma forma de incentivar o investimento estrangeiro.

A arbitragem de investimento suscita, no entanto, diversos problemas particularmente complexos, entre os quais destacaremos os seguintes: (a) A sua articulação com os meios de resolução de litígios previstos no Direito interno do Estado recetor do investimento; (b) A forma exigível para o consentimento do Estado relativamente à sujeição do litígio a árbitros e em particular a suficiência, para este efeito, de uma disposição constante de uma convenção internacional ou lei nacional que preveja a arbitragem

(1) Cfr. United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2011*, Nova Iorque/Genebra, 2011.

(2) *Vide*, por último, os dados disponíveis em International Centre for Settlement of Investment Disputes, *The ICSID Caseload — Statistics*, vol. 2011-2.

como forma de resolução dos litígios emergentes de investimentos estrangeiros e a correlativa desnecessidade de celebração de uma convenção de arbitragem; (c) O critério de determinação da lei aplicável, a qual, caso seja a do Estado recetor do investimento, pode ser unilateralmente alterada por este em sentido desfavorável ao investidor; (d) A suscetibilidade de anulação das decisões arbitrais, que, por via de regra, os Estados não aceitam seja decidida por tribunais de outro Estado; (e) O reconhecimento e a execução da decisão arbitral, em especial a questão de saber se é necessária para o efeito a sua prévia revisão e confirmação por um tribunal do Estado parte na arbitragem.

2. A Convenção ICSID

a) Objeto

Ao longo das últimas décadas, diversos instrumentos internacionais têm-se ocupado da arbitragem de investimento e dos problemas por ela suscitados.

Entre esses instrumentos sobressai a *Convenção Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos Entre Estados e Nacionais de Outros Estados*, celebrada em Washington, D.C., em 1965, que instituiu o Centro Internacional Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (ICSID), a qual constitui o objeto precípua desta exposição⁽³⁾.

Até maio de 2011, tinham ratificado esta Convenção 157 Estados⁽⁴⁾. Portugal é parte dela desde 1984. No espaço lusófono, integram-na também Cabo Verde, Moçambique e Timor-Leste. Angola

⁽³⁾ Ver, sobre essa Convenção, Aron Broches, «The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States», *Recueil des cours de l'Académie de La Haye de Droit international*, vol. 136 (1972-II), pp. 331 ss.; CHRISTOPH H. SCHREUER/LORETTA MALINTOPPI/AUGUST REINISCH/ANTHONY SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2.^a ed., Cambridge, 2009; e CHRISTINA BINDER/URSULA KRIEBAUM/AUGUST REINISCH/STEPHAN WITTICH (orgs.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, 2009.

⁽⁴⁾ Cfr. o estado das ratificações disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID>.

e o Brasil permanecem, até à data, à margem da Convenção. A Guiné-Bissau e São Tomé e Príncipe assinaram-na, mas não a ratificaram.

A Convenção de Washington prevê a resolução dos litígios que integram o respetivo objeto por pessoas escolhidas pelas partes ou nomeadas pelo Presidente do ICSID de entre os membros de uma lista de árbitros.

A competência do ICSID encontra-se definida no art. 25.º, n.º 1, da Convenção, nos termos do qual:

«A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica diretamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa coletiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes.»

A Convenção não define o conceito de investimento relevante para este efeito⁽⁵⁾. Na jurisprudência de diversos tribunais arbitrais constituídos sob a égide do ICSID tem-se admitido que a existência de um investimento pressupõe o preenchimento de certos requisitos que o distinguem de uma transação comercial comum, a saber: (a) Um contributo (*apport*) económico do investidor em dinheiro ou outros bens; (b) Uma certa duração temporal, situada por alguns entre dois e cinco anos; (c) A susceptibilidade de gerar lucros ou rendimentos; (d) A assunção pelo investidor dos riscos da operação em causa; e (e) Que o investimento concorra para o desenvolvimento económico do Estado de acolhimento⁽⁶⁾. A exigência

(5) Ver, sobre o tema, por último, EMMANUEL GAILLARD, «Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice», in *Essays in Honour of Christoph Schreuer*, cit. (nota 3), pp. 407 ss.; e JEAN HO, «The Meaning of “Investment” in ICSID Arbitrations», *Arbitration International*, 2010, pp. 633 ss.

(6) Trata-se do denominado *Salini Test*, que remonta à decisão arbitral proferida em 23 de julho de 2001 no caso *Salini Costruttori SpA and another v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4), in *Clunet Journal de Droit International*, 2002, pp. 196 ss., e disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

bilidade da verificação destes requisitos está, no entanto, longe de ser pacífica⁽⁷⁾.

O conceito de investimento compreende, em todo o caso, tanto o *investimento direto*, *i.e.*, aquele que se traduz na constituição de empresas ou na aquisição de equipamentos, instalações, *stocks* ou participações sociais em empresas já existentes num país por empresas, particulares ou entes públicos estabelecidos noutros países, como o *investimento indireto*, ou seja, o que tem lugar sob a forma de financiamentos⁽⁸⁾.

Mais controversa é a questão de saber se a definição de investimento relevante para os efeitos do art. 25.º da Convenção de Washington pode ser extraída dos tratados bilaterais de investimento celebrados entre os Estados membros do ICSID. Voltaremos a este ponto adiante⁽⁹⁾.

Através das *Regras Sobre Facilidades Adicionais*, adotadas em 1978, a arbitragem ICSID foi estendida a outros litígios para além dos previstos no art. 25.º, nos quais pelo menos o Estado parte ou o Estado de que é originário o investidor é membro da Convenção. Alargou-se assim a jurisdição do ICSID a casos em que um desses Estados não se encontra vinculado à Convenção. Esta não se aplica, todavia, às arbitragens instauradas ao abrigo das Facilidades Adicionais, conforme o declara expressamente o art. 3.º das referidas Regras; o que tem importância, em especial, no tocante ao reconhecimento das decisões arbitrais proferidas ao

(7) Haja vista, por último, à decisão proferida em 4 de agosto de 2011 no caso *Abaclat and Others v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/05), disponível em <http://icsid.worldbank.org>, na qual o tribunal arbitral se absteve de aplicar o *Salini Test* em ordem a verificar se as aquisições feitas por vários milhares de cidadãos e empresas italianas de obrigações emitidas pelo Estado argentino, cujo valor não fora reembolsado na data do respetivo vencimento, constituíam investimentos na acepção do art. 25.º da Convenção de Washington. Sem questionar o bem-fundado daquele *test*, o tribunal sublinhou que seria contraditório com o objetivo precípuo da Convenção, consistente em promover o investimento privado, que certos contributos, qualificáveis como investimentos à luz do tratado bilateral de investimento entre a Itália e a Argentina, não beneficiassem da proteção conferida pela Convenção ICSID por não preencherem critérios que esta não enuncia e que têm sido aplicados de forma divergente pelos tribunais arbitrais. Tais critérios não deveriam, por isso, segundo o Tribunal, funcionar como limites à aplicação da Convenção.

(8) Cf. JULIAN LEW/LOUKAS MISTELLIS/STEFAN KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia/Londres/Boston, 2003, p. 782.

(9) Ver *infra*, n.º 3, b).

abrigo das Facilidades Adicionais, que não beneficiam do princípio de reconhecimento automático previsto na Convenção.

Até dezembro de 2010, foram decididos no âmbito do ICSID 221 processos. Neste momento, estão pendentes nele 129 processos. Estima-se que cerca de dois terços dos litígios relativos a investimentos estrangeiros sejam presentemente submetidos ao ICSID.

b) Características distintivas

Entre as características distintivas da arbitragem ICSID apontaremos as seguintes.

Em primeiro lugar, a *exclusividade* dos meios de resolução de litígios previstos na Convenção (art. 26.º). O consentimento dado pelas partes à arbitragem no âmbito da Convenção implica, salvo estipulação em contrário, a renúncia a qualquer outro meio jurisdicional. As partes podem decerto, nos termos da Convenção, estipular a obrigatoriedade da exaustão dos meios administrativos e judiciais internos previamente à instauração da arbitragem, mas tal é raro.

Em segundo lugar, a necessidade de um *duplo consentimento* do Estado parte relativamente à resolução por arbitragem de determinado litígio. A ratificação ou aprovação da Convenção pelos respetivos Estados membros não implica, por si só, o consentimento destes quanto à resolução por arbitragem de qualquer litígio concreto (preâmbulo, parágrafo sétimo): é ainda necessária, nos termos do art. 25.º, n.º 1, da Convenção, uma manifestação por escrito da vontade de submeter esse litígio a arbitragem. É por este motivo que por vezes se afirma que a Convenção ICSID é um «acordo-quadro», que apenas possibilita um acordo posterior entre um investidor cujo Estado nacional seja membro do ICSID e outro Estado membro deste, no sentido da resolução por arbitragem de certo ou certos litígios. Note-se porém que, como veremos adiante, a referida manifestação de vontade do Estado parte pode ter lugar não apenas através de uma convenção de arbitragem contida num contrato entre o Estado e o investidor estrangeiro, mas também de

uma lei nacional sobre investimentos estrangeiros ou de um tratado bilateral de investimentos.

Em terceiro lugar, a *deslocalização* do processo arbitral e dos meios de anulação da decisão. Na arbitragem ICSID, a lei aplicável ao processo arbitral — a *lex arbitri* — é a própria Convenção ICSID, a qual exclui a aplicabilidade de qualquer lei nacional. A Convenção regula expressamente o pedido de arbitragem (art. 36.º), a constituição do tribunal arbitral (arts. 37.º a 40.º), os poderes e funções do tribunal arbitral (arts. 41.º a 47.º), a sentença (arts. 48.º e 49.º), a substituição e inibição dos árbitros (arts. 56.º a 58.º), as custas do processo (arts. 59.º a 61.º) e o local onde este decorre (arts. 62.º e 63.º). Relativamente às questões de processo não reguladas na Convenção, aplicam-se, nos termos do art. 44.º: em primeira linha, as regras escolhidas pelas partes; subsidiariamente, o Regulamento de Arbitragem do ICSID; e naquilo a que o Regulamento não preveja, o que for decidido pelo próprio tribunal arbitral. As decisões arbitrais proferidas no âmbito do ICSID não estão sujeitas a anulação por qualquer tribunal nacional, mas tão-só por um comité *ad hoc*, nomeado nos termos do art. 52.º. As causas de anulação são apenas as que aí figuram, sendo o elenco muito restritivo (não figura nele, por exemplo, a ordem pública). Estamos, assim, perante um processo arbitral verdadeiramente internacional, ou supranacional, em que a escolha do lugar da arbitragem (que, na falta de escolha de outro local, será Washington, D.C.) não tem repercussão direta sobre as regras aplicáveis ao mesmo. É só na fase da execução da sentença arbitral que as leis nacionais ganham relevo, de acordo com o disposto no art. 54.º, n.º 3. Esta característica das arbitragens ICSID reflete a circunstância de se tratar aqui de arbitragens entre Estados e nacionais de outros Estados e de, através da submissão a essas arbitragens, os Estados renunciarem à sua imunidade de jurisdição.

Em quarto lugar, o *primado do Direito Internacional* sobre o Direito interno do Estado contratante (art. 42.º): na falta de escolha pelas partes das regras aplicáveis ao mérito da causa, «o tribunal deverá aplicar a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os

princípios de direito internacional aplicáveis». Assim se procura dar resposta a dois interesses contraditórios que estão em jogo nesta matéria: por um lado, o interesse do Estado parte no diferendo em ver aplicado a este o seu próprio Direito, que presumivelmente salvaguardará melhor a sua posição; por outro, o interesse do investidor privado em ser protegido contra eventuais modificações unilaterais do regime jurídico aplicável ao investimento por parte do Estado anfitrião. Por força da referida regra, se a lei do Estado contratante lhe permitir a expropriação ou a nacionalização sem indemnização dos bens do investidor privado, o princípio de Direito Internacional Público que impõe o pagamento dessa indemnização prevalecerá sobre ela⁽¹⁰⁾.

Em quinto lugar, o *reconhecimento automático* das decisões arbitrais proferidas no âmbito do ICSID (art. 54.º): os Estados contratantes devem reconhecer a obrigatoriedade da sentença dada em conformidade com a Convenção e assegurar a execução no seu território como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado — independentemente, portanto, de qualquer processo de revisão e confirmação prévias. A parte interessada no reconhecimento e execução tem apenas de fornecer ao tribunal competente ou outra autoridade desse Estado, para esse efeito, uma cópia da sentença autenticada pelo Secretário-Geral do ICSID.

⁽¹⁰⁾ Foi o que sucedeu no caso *AGIP v. Congo*, decidido em 1979 ao abrigo da Convenção ICSID (ICSID Case No. ARB/77/1), reproduzido em *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1983, pp. 133 ss., e disponível em <http://icsid.worldbank.org>. Os bens da AGIP no Congo haviam sido nacionalizados em 1975 e transferidos para uma empresa local por força de um diploma legal que estabelecia expressamente que não seria devida qualquer compensação por esse facto. O tribunal examinou a validade desse diploma legal à luz do Direito Internacional Público e concluiu ser o ato de nacionalização incompatível com ele. Em conformidade, condenou o Congo a indemnizar a AGIP.

3. Os tratados bilaterais de investimento e a sua articulação com a Convenção ICSID

a) Noção e relevância dos tratados bilaterais de investimento

Durante um longo período de tempo, o ICSID permaneceu em larga medida inoperante: até ao início dos anos 80, deu entrada nele uma escassa dezena de processos.

Foi só quando, na década de 90, começaram a ser celebrados em larga escala tratados bilaterais de investimento que o ICSID passou a ter uma atividade mais intensa.

Estes tratados visam, de um modo geral, promover e proteger os investimentos realizados pelos nacionais de cada um dos respetivos Estados partes no território do outro Estado parte⁽¹¹⁾.

Para tanto, conferem-se aos investidores estrangeiros certas garantias fundamentais, entre as quais avultam tipicamente: (a) O tratamento nacional e da nação mais favorecida; (b) A proibição de expropriações e nacionalizações com caráter discriminatório e sem indemnização; (c) A livre transferência do capital e dos rendimentos do investimento; e (d) A resolução dos diferendos entre as partes por negociações e, caso estas não bastem, por arbitragem.

Muitos tratados preveem para este efeito a possibilidade de submissão dos diferendos relativos a investimentos estrangeiros ao ICSID, mesmo que um dos Estados contratantes não seja parte da Convenção de Washington. Assim sucede, por exemplo, com os tratados bilaterais de investimento celebrados entre Portugal, Angola e o Brasil, que desta forma poderão ficar vinculados a decisões emanadas do ICSID apesar de não serem membros dele⁽¹²⁾.

Originariamente concebidos para tutelar os investimentos oriundos de países ocidentais, estes tratados transcendem hoje largamente esse âmbito, estimando-se em cerca de 2.500 os que

⁽¹¹⁾ Ver FAUSTO DE QUADROS, *A protecção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998, pp. 48 ss.

⁽¹²⁾ Contudo, estes dois acordos ainda não entraram em vigor, o que reflete a política externa destes países, tradicionalmente pouco receptiva a tais tratados.

foram já celebrados. Portugal é parte de 50 tratados bilaterais de investimento, dos quais 39 se encontram em vigor.

Estes tratados têm hoje relevância não apenas para os países desenvolvidos, mas também para os que possuem economias emergentes e que se tornaram entretanto exportadores de capitais. É justamente esse o caso de Angola e do Brasil.

Na ausência de uma convenção multilateral sobre proteção dos investimentos, os tratados bilaterais de investimento são hoje a principal fonte do regime aplicável na matéria.

b) A articulação dos tratados bilaterais de investimento com o ICSID

Mas como se estabelece a conexão entre os tratados bilaterais de investimento e o ICSID?

No caso *Lanco*⁽¹³⁾, decidido em 1998, a cláusula de arbitragem constante do tratado celebrado em 1991 entre a Argentina e os Estados Unidos foi interpretada por um tribunal arbitral constituído sob a égide do ICSID como uma *oferta pública* por parte de cada um dos Estados contratantes, dirigida aos investidores nacionais do outro Estado contratante, de sujeição a arbitragem dos litígios resultantes de investimentos estrangeiros⁽¹⁴⁾. Essa oferta seria suscetível de ser aceite pelos investidores estrangeiros mediante a instauração do processo arbitral⁽¹⁵⁾. Esta interpretação foi posteriormente confirmada no caso *LG&E*, decidido em 2004⁽¹⁶⁾.

(13) Cfr. *Lanco International, Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/6), reproduzido em *International Legal Materials*, 2001, pp. 457 ss., e disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

(14) Neste sentido, cfr. BERNARDO CREMADES, «Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties», in *Law in International Business and Dispute Settlement in the 21.st Century. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Colônia, etc., 2001, pp. 149 ss. (p. 158); e JULIAN LEW/LOUKAS MISTELLIS/STEFAN KRÖLL, ob. cit., 2003, p. 768.

(15) JULIAN LEW/LOUKAS MISTELLIS/STEFAN KRÖLL, ob. cit., p. 765.

(16) Cfr. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc., v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1), disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

Sempre que seja invocada numa arbitragem ICSID a violação de um tratado bilateral de investimento, a cláusula de arbitragem constante deste pode, de acordo com esta jurisprudência, constituir a manifestação do consentimento do Estado, que o art. 25.º, n.º 1, da Convenção de Washington exige a fim de que o Centro possa exercer a sua competência.

Esta última compreende, segundo o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência arbitral do ICSID desde o caso *Vivendi*, julgado em 2002, não apenas as pretensões fundadas na violação pelos Estados das garantias atrás referidas, enunciadas nos tratados bilaterais de investimento (*treaty claims*), mas também as que resultam do incumprimento de contratos concluídos pelos Estados ou outros entes públicos com investidores estrangeiros ao abrigo desses tratados (*contract claims*)⁽¹⁷⁾. Já as pretensões puramente contratuais, dissociadas de qualquer violação de um tratado bilateral de investimento, encontram-se subtraídas à jurisdição dos tribunais arbitrais previstos nesse tipo de tratados⁽¹⁸⁾. Apenas se exceptuam do que acabamos de dizer, segundo certa doutrina, as hipóteses em que os tratados em questão contêm uma cláusula (por vezes dita «cláusula guarda-chuva» ou *umbrella clause*) segundo a qual cada Estado contratante cumprirá as obrigações assumidas (*maxime* por efeito de um contrato) perante um investidor nacional do outro Estado contratante⁽¹⁹⁾.

(17) Cfr. a decisão de anulação proferida em 3 de julho de 2002 no caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

(18) Cfr., neste sentido, a decisão proferida no caso *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, cit. *supra* (nota 7).

(19) Ver SOPHIE LEMAIRE, «*Treaty claims et contract claims* : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'État», *Revue de l'arbitrage*, 2006, pp. 353 ss.; *idem*, «La mystérieuse *umbrella clause* (interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements)», *Revue de l'arbitrage*, 2009, pp. 478 ss.; MICHAEL NOLAN/EDWARD BALDWIN, «The Treatment of Contract-Related Claims in Treaty-Based Arbitration», *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 21, n.º 6, junho de 2006, pp. 1 ss. Sobre a denominada *internacionalização* dos contratos de investimento, que se encontra associada a estas cláusulas, vide na literatura nacional: ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, pp. 176 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento comum*

Importa contudo notar que certos tratados bilaterais de investimento só abrangem determinado tipo de investimentos estrangeiros. Outros, apenas compreendem nas respetivas cláusulas de arbitragem certas categorias de litígios (por exemplo, os relativos a expropriações). Outros ainda exigem o prévio esgotamento dos meios jurisdicionais internos no Estado recetor do investimento. Nem todas as cláusulas de arbitragem contidas nos tratados bilaterais de investimento podem, por isso, ser qualificadas como ofertas públicas de sujeição de um litígio à decisão de árbitros.

Supomos, em todo o caso, que preenchem esse desiderato os tratados bilaterais de investimento portugueses. O texto-padrão destes é, com efeito, no que diz respeito à resolução de litígios entre um Estado parte e um investidor de outro Estado parte, o seguinte:

«Artigo 14.º

Resolução de diferendos entre uma Parte e um investidor de outra Parte

1. Os diferendos que surjam entre um investidor de uma das Partes e a outra Parte, relacionados com um investimento do primeiro no território da segunda, serão, na medida do possível, resolvidos de forma amigável.

2. Se, decorridos seis meses após o início das consultas, não for possível resolver o diferendo de acordo com o previsto no número 1 do presente Artigo, o investidor poderá submetê-lo:

- a) Aos tribunais competentes da Parte no território da qual se situa o investimento; ou
- b) Ao Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (CIRDI), para conciliação ou arbitragem, nos termos da Convenção para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, adotada em Washington D.C., a 18 de março de 1965; ou

(joint venture) em *Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1998, pp. 507 ss.; e JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Cascais, 2009, pp. 60 s.

- c) A um tribunal arbitral *ad hoc*, estabelecido por acordo especial entre as Partes ou de acordo com as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI); ou
 - d) A qualquer outra instituição de arbitragem ou em conformidade com quaisquer outras regras de arbitragem, desde que a tal não se oponha o Estado parte no diferendo.
- [...].»

O tratado-padrão português confere, por conseguinte, ao investidor estrangeiro a faculdade de optar entre diferentes meios de resolução de litígios, nos quais se compreende a arbitragem ICSID. Os Estados partes dão assim antecipadamente, através do tratado, o seu consentimento ao meio que vier a ser escolhido pelo investidor. Feita por este a opção pela arbitragem ICSID, será ela o meio exclusivo de resolução do litígio. Os Estados partes não podem, designadamente, invocar contra ela a competência dos seus próprios tribunais.

O direito potestativo que assiste ao investidor estrangeiro de desencadear a arbitragem contra o Estado recetor do investimento, mesmo que não se encontre numa relação contratual direta com ele — no que já se tem visto uma brecha fundamental no princípio da relatividade dos contratos (*«privity of contracts»*)(²⁰) — constitui, como é bom de ver, um reforço muito significativo das garantias do investidor estrangeiro e é outra característica da arbitragem de investimentos, que a distingue da arbitragem comercial internacional.

Outro ponto de conexão entre a arbitragem ICSID e os tratados bilaterais de investimento consiste na definição de investimento relevante para os efeitos do disposto no art. 25.º da Convenção de Washington. Na ausência de uma definição desse conceito na própria Convenção, tem-se admitido que a qualificação de uma

(²⁰) Ver JAN PAULSSON, «Arbitration Without Privity», *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1995, pp. 232 ss.; MICHAEL D. NOLAN/FRÉDÉRIC G. SOURGENS, «Limits Of Consent — Arbitration Without Privity And Beyond», in MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/DAVID ARIAS (orgs.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, 2010, pp. 873 ss.

situação concreta como investimento, determinante da competência do ICSID, pode também ser retirada de um tratado bilateral de investimento, independentemente do preenchimento dos requisitos do referido *Salini Test*; tal, aliás, a solução que seria mais condizente com a circunstância de a competência do centro de arbitragem criado por aquela Convenção se basear necessariamente no consentimento das partes⁽²¹⁾.

Refira-se por último que a cláusula da nação mais favorecida, inserida na generalidade dos tratados bilaterais de investimento, tem sido interpretada por certos tribunais arbitrais no sentido de que abrange os próprios mecanismos de resolução de litígios, possibilitando-se assim ao demandante a invocação das cláusulas de resolução de litígios mais favoráveis contidas noutros tratados bilaterais celebrados pelo Estado demandado⁽²²⁾.

c) Problemas que suscita a arbitragem prevista nos tratados bilaterais de investimento

Pese embora a sua inequívoca relevância como fatores de dinamização da arbitragem de investimento, os tratados bilaterais de investimento não têm ficado imunes à crítica. Entre outros aspetos, têm-lhes sido apontadas as restrições que as cláusulas de arbitragem neles contidas importam ao exercício pelos Estados recetores de investimentos da sua competência legislativa e reguladora em matérias como a proteção do ambiente, da saúde pública e dos direitos fundamentais, dado que os atos normativos adotados a este

(21) Cfr. a decisão de anulação proferida em 16 de abril de 2009 por um comité *ad hoc*, nos termos do art. 52.º da Convenção, no caso *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. Government of Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

(22) Veja-se por exemplo a decisão proferida em 21 de junho de 2011 no caso *Impregilo v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/07/17), disponível em <http://icsid.worldbank.org>, em que o tribunal arbitral (com um voto de vencido) sancionou a invocação por um investidor italiano da cláusula da nação mais favorecida contida no tratado bilateral de investimento entre a Argentina e a Itália, em ordem a beneficiar do tratado entre a Argentina e os Estados Unidos da América, que prevê um prazo obrigatório de seis meses para consultas entre as partes, mas que, ao contrário daquele primeiro tratado, não impõe o recurso aos tribunais do Estado parte no litígio previamente à instauração de um processo arbitral.

respeito são por vezes caracterizados como nacionalizações ou expropriações indiretas.

Estas críticas ganham particular relevo num período, como o presente, de crise económica mundial, em que despontam tendências protecionistas e em que a intervenção dos Estados na economia tende a acentuar-se. Não é, por isso, impossível que o fenómeno dos tratados bilaterais de investimento venha a conhecer no futuro próximo alguma retração ou que, pelo menos, as cláusulas de arbitragem deles constantes sejam revistas em ordem a acautelar aquelas preocupações.

A esta luz se devem entender as denúncias da Convenção de Washington pela Bolívia e pelo Equador, ocorridas respetivamente em 2007 e 2009.

A verdade, porém, é que, sempre que as negociações e a conciliação se mostrem improficuas a fim de resolver os litígios emergentes de investimentos estrangeiros, a arbitragem continua a ser, dada a *neutralidade* do órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se sobre eles, o mecanismo preferível para o efeito.

4. A nova competência da União Europeia para celebrar tratados bilaterais de investimento e as questões que coloca no tocante à resolução extrajudicial de litígios

a) O Tratado de Lisboa e a competência da União para celebrar tratados bilaterais de investimento

Até recentemente, a competência para celebrar tratados bilaterais de investimento era exclusivamente dos Estados. O art. 207.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia veio, no entanto, atribuir à União a competência para celebrar acordos bilaterais relativos ao investimento estrangeiro com terceiros Estados⁽²³⁾.

⁽²³⁾ Ver, sobre o tema, NIKOS LAVRANOS, *Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU Law*, disponível em <http://ssrn.com>; MARC BUNGENBERG/JÖRN GRIEBEL/STEFFEN HIN-

Esta competência suscitou um certo número de novos problemas relacionados com o regime da resolução por arbitragem, no âmbito do ICSID, dos litígios emergentes dos investimentos abrangidos por esses tratados. São esses problemas que vamos analisar em seguida.

b) A aplicabilidade da arbitragem ICSID aos tratados europeus de investimento

Entre os referidos problemas sobressai o que se prende com a própria possibilidade do recurso à arbitragem ICSID a fim de resolver esses litígios.

O problema deriva de a União Europeia não ser parte da Convenção de Washington, que, como vimos, apenas atribui competência ao ICSID para a resolução de litígios entre os respetivos Estados partes e nacionais de outros Estados partes.

O recurso ao ICSID encontra-se contemplado, como se viu acima, nos tratados bilaterais de investimento celebrados pelo Estado português e oferece, tanto para o Estado como para os investidores portugueses, importantes garantias, sendo por isso desejável acautelá-lo nos futuros tratados europeus de investimento.

Naturalmente que uma hipótese de solução desse problema consistiria na adesão da União Europeia à Convenção de Washington⁽²⁴⁾.

Mas é duvidosa a exequibilidade a curto prazo de semelhante adesão, a qual parece prejudicada pelo facto de ser necessária para o efeito a revisão do art. 67.º da Convenção (que a declara aberta para assinatura dos Estados membros do Banco Mundial) mediante um acordo internacional a ratificar por todos os seus atuais Estados membros.

DENLANG (orgs.), *International Investment Law and EU Law*, número especial do *European Yearbook of International Economic Law*, Berlim/Heidelberg, 2011; e MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A actuação externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011, pp. 453 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. Comissão Europeia, *European Investment Agreements: Dispute Settlement and International Responsibility*, Bruxelas, 2011.

Menos complexa, sob este ponto de vista, seria a adesão da União Europeia às regras do ICSID sobre facilidades adicionais, cuja revisão para aquele efeito apenas exigiria a intervenção do Conselho Administrativo desta entidade.

De todo o modo, os tratados europeus de investimento podem estipular desde já, e independentemente da adesão da União Europeia à Convenção de Washington, a possibilidade de os investidores nacionais de Estados membros desta instaurarem a arbitragem nela prevista sempre que o Estado estrangeiro recipiente do investimento seja também parte da Convenção, hipótese que cabe no art. 25.º desta.

Outra hipótese de solução para o dito problema consiste em os tratados europeus de investimento remeterem para as regras de arbitragem da UNCITRAL, estabelecendo-se como órgão de administração do processo arbitral o Secretariado do ICSID. O recurso à arbitragem segundo aquelas regras também já se encontra previsto, como verificámos atrás, nos tratados bilaterais de investimento celebrados pelo Estado português.

c) A articulação com outros mecanismos de resolução de litígios

Dentre estes mecanismos, o preferível é, do ponto de vista do investidor, a arbitragem ICSID, e não a da UNCITRAL, em virtude do sistema de reconhecimento automático de decisões arbitrais consignado no art. 54.º da Convenção de Washington.

Com efeito, qualquer outro mecanismo de resolução de litígios coloca o investidor numa posição mais frágil, pela necessidade de obter a prévia revisão e confirmação da decisão arbitral antes de esta poder ser executada no Estado recetor do investimento.

O problema acabado de enunciar poderia, no entanto, ser minorado, ou mesmo completamente superado, incluindo nos tratados europeus de investimento uma cláusula de *reconhecimento automático* da decisão arbitral análoga à que consta do art. 54.º da Convenção de Washington.

Semelhante solução asseguraria que os investidores europeus beneficiassem, mesmo fora do quadro da Convenção, de garantias idênticas às que os tratados bilaterais de investimento nacionais lhes conferem.

d) A apensação de processos arbitrais

Dada a maior abrangência dos tratados bilaterais de investimento europeus, é de supor que aumente a frequência das situações em que são deduzidas por diferentes investidores *múltiplas pretensões* resultantes dos mesmos factos (como aconteceu há alguns anos com a Argentina).

Tendo em vista o interesse na coerência das decisões proferidas sobre essas pretensões e na economia processual, parece justificar-se que, na ausência de disposições específicas da Convenção de Washington sobre a matéria, os tratados europeus de investimento admitam tanto a apensação de processos arbitrais (*«consolidation of claims»*) instaurados separadamente como a pluralidade de demandantes ou demandados, devendo regular-se também nesses tratados o modo de designação dos árbitros nesta eventualidade.

e) A intervenção dos Estados-Membros da União nos processos arbitrais de que esta seja parte

O exercício pela União Europeia da competência prevista no art. 207.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia implica que esta será *parte legítima*, como demandada, nos litígios que vierem a ser instaurados por investidores estrangeiros perante tribunais arbitrais ao abrigo dos tratados europeus de investimento (ainda que sejam os Estados-Membros da União os recetores dos investimentos em causa).

Caso seja condenada nos processos assim instaurados, a União poderá, no entanto, ter direito de regresso contra os Estados-Membros, na medida em que sejam imputáveis a estes os atos ou omissões que determinaram a condenação.

Resulta daqui a necessidade de contemplar nos futuros tratados europeus de investimento um mecanismo tendente a possibilitar a intervenção dos Estados-Membros nos processos arbitrais de que seja parte a União, o qual permita acautelar, por um lado, a correta defesa dos interesses desses Estados no processo arbitral e, por outro, que a decisão proferida neste constitua também caso julgado quanto a eles.

f) A subsistência dos tratados bilaterais de investimento nacionais

A celebração dos tratados europeus de investimento não implicará necessariamente a caducidade ou a revogação dos tratados existentes entre Estados-Membros e terceiros países, que se estimam em cerca de 1.200 (ou seja, quase metade dos tratados bilaterais de investimento em vigor em todo o mundo)⁽²⁵⁾. Estes tratados poderão, no futuro, subsistir a par dos primeiros, pelo menos enquanto a União Europeia não exercer a sua competência nesta matéria relativamente a todos os parceiros comerciais da União⁽²⁶⁾.

Esta circunstância levanta o problema de saber se e em que medida deverão os tratados nacionais ser ajustados aos novos tratados europeus.

Na medida em que destes resulte para os investidores nacionais um aumento de garantias, parece ser de preconizar esse ajustamento: dificilmente se entenderia, com efeito, que um acordo relativo a investimentos estrangeiros celebrado pela União Europeia protegesse mais fortemente um investidor nacional do que um acordo celebrado pelo Estado português.

⁽²⁵⁾ Cfr. a comunicação da Comissão Europeia intitulada *Rumo a uma política europeia global em matéria de investimento internacional*, documento COM (2010) 343 final, de 7 de julho de 2010.

⁽²⁶⁾ A matéria é objecto da *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento entre os Estados-Membros e os países terceiros*, documento COM (2010) 344 final, de 7 de julho de 2010, sobre a qual se pronunciou o Parlamento Europeu na Resolução Legislativa de 10 de maio de 2011, disponível em <http://www.europarl.europa.eu>.

Assim, por exemplo, as soluções adotadas nos tratados bilaterais de investimento nacionais deveriam ser alinhadas com o que vier a estabelecer-se nos tratados europeus quanto ao prazo mínimo de consultas antes da instauração do litígio, aos mecanismos disponíveis de resolução de litígios (que entre nós não incluem atualmente as facilidades adicionais do ICSID) e à reversibilidade da opção feita pelo investidor quanto ao mecanismo de resolução de litígios acionado no caso concreto.

5. Conclusões

A análise empreendida revela-nos a importância fundamental da arbitragem ICSID como mecanismo de resolução de litígios surgidos no quadro de investimentos abrangidos por tratados bilaterais.

As cláusulas de arbitragem contidas nestes últimos podem, segundo a orientação que tem prevalecido na jurisprudência arbitral, valer como manifestações do consentimento dos Estados que deles são partes relativamente à arbitragem ICSID.

Contudo, a arbitragem de investimento não tem ficado imune à crítica e mostra-se suscetível de vários aperfeiçoamentos, tendentes designadamente a torná-la mais segura do ponto de vista do exercício pelos Estados dos seus poderes de soberania.

A recente consagração no Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia da competência desta para celebrar tratados bilaterais de investimento trouxe consigo novos desafios à resolução extrajudicial de litígios emergentes de investimentos estrangeiros, que terão de ser objeto, a breve trecho, de atos normativos e acordos internacionais a celebrar pela União.

A arbitragem de investimento, durante muito tempo escassamente utilizada como meio de composição de litígios, revela-se assim uma realidade em franca expansão, ainda que carecida de certa renovação do seu regime.