
SERVULO CORREIA

A RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS
SOBRE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO
EM DIREITO ARBITRAL COMPARADO

SEPARATA

DE

ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
MARTIM DE ALBUQUERQUE

EDICÃO
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA

2010

Coimbra Editora

A RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS SOBRE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO EM DIREITO ARBITRAL COMPARADO (*)

SÉRVULO CORREIA

§ 1. INTERESSE NACIONAL E ESTABILIDADE DA SITUAÇÃO CONTRATUAL DO INVESTIDOR ESTRANGEIRO

1. Perante a efectivação e a execução dos investimentos estrangeiros, cabe às administrações públicas orientar-se pela directriz finalística que o n.º 1 do artigo 266.º da nossa Constituição globalmente aponta à actividade administrativa: visar a prossecução do interesse público no respeito pelos direitos de quem se sujeita à respectiva jurisdição. Nas relações jurídicas decorrentes do investimento estrangeiro, aquela dialéctica entre as exigências do bem comum e o esguardo das esferas jurídicas individuais assume, porém, colorações próprias. Se bem que, em princípio, não seja lícito discriminar uma entidade estrangeira a esse título — designadamente, num quadro comunitário, ou num quadro convencional como o da Organização Mundial do Comércio, ou ainda num quadro constitucional em que figurem preceitos do género do do artigo 15.º, n.º 1, da nossa Constituição — não podem, em contrapartida, ser-lhe exigidos sacrifícios vedados pelo Direito Internacional. Significa isto que, perante o investidor estrangeiro, o interesse público se transforma restritivamente em interesse nacional. Perante este, prevalecerá (embora não necessariamente em termos absolutos) a pretensão do investidor estrangeiro à estabilidade contratual, tutelada pelos *standards* mínimos do Direito Internacional do investimento (1).

2. Deve notar-se que as pretensões justiciáveis do investidor estrangeiro perante o Estado não dependem necessariamente da participação deste último num

(*) Texto redigido a partir de notas para uma comunicação oral no I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, em Junho de 2007.

(1) Cfr. ASANTE, in: *Achievements and Prospects*, p. 669 s.

contrato de investimento. O Estado pode ficar sujeito ao dever de indemnizar o investidor tão só em consequência do exercício (ou não exercício) dos seus poderes legislativo, administrativo ou jurisdicional. Em tais casos, a sujeição da sua actuação *iure imperii* ao controlo de uma jurisdição arbitral internacional ou de outra nacionalidade depende de consentimento. A *Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (Convenção de Washington)* ⁽²⁾ não restringe, no seu artigo 25.º, a arbitralidade dos diferendos àquelas circunstâncias em que o Estado seja ele próprio parte no contrato que tenha o investimento por objecto ⁽³⁾. Na realidade, mesmo quando as situações de investimento estrangeiro são relacionais, nem sempre o parceiro local tem de ser público. Mas há também os investimento estrangeiros meramente unilaterais (*wholly owned businesses*) ⁽⁴⁾. Se, através de uma convenção internacional multilateral (como a de Washington), ou de um tratado bilateral de investimento (em inglês, BIT), o Estado aceitou submeter-se à resolução arbitral de diferendos sobre investimentos estrangeiros, ele poderá ser accionado por essa via em relação a situações não cobertas por um contrato de que seja parte, bastando que a causa de pedir consista num exercício de poderes públicos lesivo para o investidor estrangeiro.

No entanto, o exame da jurisprudência arbitral sobre investimento estrangeiro mostra que os litígios assim dirimidos emergem quase sempre de contratos de que o Estado é parte. Um primeiro tipo de situações é aquele em que o Estado em sentido amplo (Administração directa, ou indirecta, ou autónoma) é sujeito directo da relação económica conformada pelo contrato. É o caso, nomeadamente, de contratos de concessão, de exploração conjunta de recursos naturais e de outras formas de parcerias públicos-privadas. Mas o Estado pode também vincular-se contratualmente ao apoio a «grandes investimentos» através de incentivos financeiros, benefícios fiscais, co-financiamentos ou contrapartidas específicas ⁽⁵⁾. Os litígios emergentes destes contratos serão também «diferendos

⁽²⁾ Assinada em 18.03.1965 e ratificada por Portugal em 02.07.1984.

⁽³⁾ Como adiante se observará, a *Convenção de Washington* não define ela própria o que se deve entender por *investimento*. Mas o debate doutrinário e as flutuações na jurisprudência arbitral têm andado em torno dos tipos de interesse patrimonial abrangidos pela arbitrabilidade dos diferendos resultantes de intervenções estaduais lesivas, não se tendo, tanto quanto sabemos, levantado a questão de esses bens deverem ser objecto da *state contracts*. Veja-se, por exemplo, RUBINS/KINSELLA, *Dispute Resolution*, p. 294 s.

⁽⁴⁾ Cfr. BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, *Foreign Investment Disputes*, p. 223.

⁽⁵⁾ Este segundo tipo de actuação contratual do Estado é regulado entre nós pelo *Decreto-Lei n.º 203/2003, de 10 de Setembro*. Para adequar o quadro normativo português às mais recentes orientações da União Europeia e da OCDE, que apontam no sentido da não-discriminação do investimento em razão da nacionalidade, este diploma instituiu um regime contratual único, pondo termo ao tratamento diferenciado do investimento estrangeiro em face do investimento nacional.

directamente decorrentes de um investimento» na medida em que a operação incentivada mereça ela própria a qualificação como investimento.

3. O recurso à arbitragem para solucionar os diferendos entre o Estado e o investidor estrangeiro tem vantagens para ambas as partes, de maior alcance no que toca ao investidor.

Para qualquer das partes, a mais valia da solução arbitral passa sobretudo pela possibilidade de escolha de julgadores especificamente preparados e pela celeridade. A este propósito, surge por vezes também mencionada a confidencialidade. Mas, ainda que a parte pública nesta possa estar interessada num caso concreto, o certo é que, visto à luz do peso actual do princípio da transparência da administração, será quase sempre duvidoso o benefício do sigilo para o interesse público, sobretudo no que toca ao conhecimento das decisões arbitrais ⁽⁶⁾.

Para o investidor estrangeiro, a susceptibilidade do recurso à arbitragem internacional significa uma mais eficiente contenção dos riscos políticos, incluindo as expropriações confiscatórias, a actividade regulatória de efeitos quase expropriatórios, a desvalorização da moeda ou as restrições cambiais. Supondo que o sistema de jurisdição nacional não proporcione todas as garantias de imparcialidade, o investidor externo encontra assim um instrumento de equalização das posições das partes, sobretudo nos litígios de elevada repercussão financeira. E as decisões proferidas em arbitragem internacional podem frequentemente ser executadas com mais facilidade num terceiro país, tanto em países desenvolvidos como em via de desenvolvimento, graças ao amplo espectro das potências que ratificaram a *Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, celebrada em Nova Iorque, em 1958 (ratificada por Portugal em 1994) ⁽⁷⁾.

Para os Estados enquanto tais, a principal vantagem da aceitação da arbitralidade internacional dos litígios sobre investimentos estrangeiros reside na instrumentalidade desta posição de abertura à obtenção dos investimentos. Mas os Estados — sobretudo os que dispõem de menor força de pressão na cena internacional — vêem-se a esse propósito apertados numa tenaz pouco favorá-

⁽⁶⁾ Como justificadamente observa VAN HARTEN, se as cláusulas de confidencialidade incluídas em vários regimes de arbitragem internacional (inclusive nas regras do CIRDI/ICSID) são aceitáveis no campo de arbitragem comercial, ou seja, na dirimção de causas que apenas respeitam a interesses de litigantes privados, o seu enxerto na arbitragem dos contratos públicos de investimento permite uma aplicação secreta do Direito Público, isto é, que se subtraia à opinião pública o modo como se regula o interesse público para o efeito de proteger os direitos dos investidores estrangeiros. Cfr. *Investment Treaty Arbitration*, p. 160.

⁽⁷⁾ Cfr. BOUCHEZ, in *Prospects*, p. 111 e 112; BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, *Foreign Investment Disputes*, p. 128, 129 e 245; RUBINS/KINSELLA, *Dispute Resolution*, p. 5 a 12 e 20.

vel à sua autonomia de decisão: a não-sujeição aos mecanismos da arbitragem provocará o retraimento dos investidores; mas também parece dificilmente contestável que, nos meios da arbitragem internacional, e em particular entre muitos dos figurantes nos painéis institucionais de árbitros recomendados ou designáveis, se terá desenvolvido um estado de espírito pouco sensível ao carácter público das relações jurídicas entre o Estado e o investidor co-contratante. Desse modo, ou o Estado se vê reduzido ao estatuto de uma parte particular, ou (mais raramente) o investidor é elevado a um estatuto de quase soberania mas sem as responsabilidades regulatórias ⁽⁸⁾.

4. Seja como for, a arbitragem internacional dos litígios emergentes dos contratos de investimento estrangeiro é hoje um fenómeno generalizado. E, como em muitos outros aspectos da globalização do Direito, nota-se quanto a ela, a tendência para uma aproximação dos princípios e regras processuais (*harmonized approach*), ora vazados em convenções multilaterais ou em tratados bilaterais de investimento (BIT), ora nos múltiplos estatutos da arbitragem institucionalizada, como ainda nos modelos oferecidos para a tramitação da arbitragem *ad hoc* e nas próprias decisões arbitrais proferidas em casos paradigmáticos. É no seu conhecimento e na sua utilização mais prevenida e sagaz que reside a resposta realista aos problemas colocados pela necessidade de enfrentar este tipo de litigância.

§ 2. A ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS SOBRE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: A) ÂMBITO OBJECTIVO

5. Muitos litígios emergentes de investimento estrangeiro são dirimidos através de soluções de arbitragem comercial internacional de âmbito indiferenciado. Existem, porém, âmbitos diferenciados. O mais importante é constituído pelo *Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos* (CIRDI/ICSID). O CIRDI detém e exerce competências no quadro da *Convenção de Washington*, de 1965, atrás referida, que Portugal ratificou em 1984. Outros âmbitos diferenciados são proporcionados pelas cláusulas sobre arbitragem de uma infinidade de tratados bilaterais de investimento, muitas das quais remetem, aliás, para a arbitragem nos termos da *Convenção de Washington* enquanto as partes do acordo bilateral sejam também partes naquela Convenção e a menos que acordem em solução diferente ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Cfr. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration*, p. 130 e 131.

⁽⁹⁾ Um exemplo — entre muitos outros possíveis — é-nos proporcionado pelo n.º 3 do artigo 15.º do *Acordo sobre Promoção e Protecção de Investimentos entre a República Portuguesa*

6
dois p
do CI
rendo
precis
Estad
organ
outro
P

requis

7

v. Ege
tado,
algo q
Washi
trato
mento
retorn
comer
E

Conve
a tare
timen
arbitra
dro de
espírit
çável
caráct

e a Rep
ceito q
lar Difi
de Mar
a proce
dem m
sumáric

(1

venção

(1

Decisio

(1

6. O n.º 1 do artigo 25.º da *Convenção de Washington* faz assentar sobre dois pólos o âmbito objectivo da arbitrabilidade de litígios no quadro institucional do CIRDI/ICSID. Em primeiro lugar, é necessário que se trate de um *diferendo directamente decorrente de um investimento*. E, em segundo lugar, é preciso que o investimento que dá lugar à controvérsia coloque em relação *um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou um organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante* ⁽¹⁰⁾.

Passaremos em rápida revista alguns aspectos do preenchimento destes requisitos.

7. Como foi reafirmado na conhecida decisão arbitral no caso *Joy Mining v. Egypt* ⁽¹¹⁾, as partes num litígio não podem, através de contrato ou de tratado, definir como *investimento*, para o efeito da jurisdição do CIRDI/ICSID, algo que não satisfaça os requisitos objectivos do artigo 25.º da *Convenção de Washington*. Neste caso, o tribunal arbitral considerou que inexistiam no contrato *Joy Mining* vários elementos exigíveis para a qualificação como *investimento*. O prazo de execução das prestações era curto; não se previa qualquer retorno continuado; o risco envolvido na transacção era de natureza meramente comercial ⁽¹²⁾.

Em face da ausência de uma definição do termo *investimento* na letra da *Convenção de Washington*, tem cabido aos árbitros, respaldados pela doutrina, a tarefa de o densificar. Pode ser diferente e mais amplo o conceito de *investimento* subjacente ao emprego da figura em outros tratados, convenções de arbitragem ou legislações nacionais. Mas, para o efeito da arbitrabilidade no quadro do CIRDI/ICSID, há que definir um limite objectivo correspondente ao espírito finalístico da *Convenção de Washington*. Essa fronteira conceptual é traçável com recurso a um certo número de factores, o primeiro dos quais é o carácter duradouro da execução do contrato. Assim, por exemplo, no caso

e a *República de Cabo Verde*, aprovado pelo Decreto n.º 32/91, de 26 de Abril. Dispõe esse preceito que «No caso de ambas as Partes Contratantes virem a ser membros da Convenção para Regular Diferendos entre Estados e Nacionais de outros Estados Relativas a Investimentos, de 18 de Março de 1965, os litígios entre as partes a que se refere o presente artigo serão submetidos a processo arbitral nos termos da referida Convenção, a não ser que as Partes Contratantes acordem mutuamente em solução diferente». No n.º 2 do mesmo artigo, delineia-se um esquema sumário de arbitragem *ad hoc*.

⁽¹⁰⁾ Para este efeito, *Estado Contratante* significa, como é óbvio, um Estado parte na *Convenção de Washington*.

⁽¹¹⁾ *Joy Mining Machinery Ltd. V. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction of August 6, 2004.

⁽¹²⁾ Cfr. RUBINS/KINSELLA, *Dispute Resolution*, p. 301.

Salini v. Jordan ⁽¹³⁾, os árbitros citaram doutrina exigindo uma duração mínima, que ia de dois a cinco anos. Embora com divergências, um segundo factor invocado é o de uma substancial afectação de recursos. Não se tentou até hoje a quantificação de um limiar mínimo, mas, jogando com um velho aforismo, poderá dizer-se que tem adeptos a tese de que «*de minibus non curat ICSID*». Um terceiro factor, considerado estruturante de um verdadeiro investimento, reside na expectativa da regularidade de um rendimento ou retorno. Uma quarta ideia fulcral é a da assunção de um risco, ao menos pelo investidor e frequentemente também pelo Estado. Mas, naqueles contratos por força dos quais o risco incide primária ou inteiramente sobre o Estado (em particular a aquisição de bens com pré-pagamento) estar-se-á, em princípio, fora do âmbito das situações arbitráveis no quadro do CIRDI/ICSID. Um quinto elemento frequentemente aludido é o da contribuição expectável para o desenvolvimento do país receptor. Assim, no caso *Gruslin v. Malaysia* ⁽¹⁴⁾, foi decidido não integrar na categoria de *investimento*, para o efeito da arbitrabilidade em causa, a inversão de dinheiros na bolsa e na constituição de carteiras de títulos (*portfolio and stock market investment*). Procura-se assim afastar do conceito de investimento arbitrável as operações cujo móbil é a pura especulação financeira ⁽¹⁵⁾.

Áreas problemáticas, relativamente às quais não há ainda posições suficientemente consolidadas, são, por exemplo, as da propriedade intelectual, dívida pública, investimentos indirectos, despesas de pré-investimento e contratos de garantia para responsabilidade eventual. Em casos duvidosos, a estratégia preferível parece ser a de deixar de lado o CIRDI/ICSID e optar por vias alternativas como, por exemplo, a arbitragem *ad hoc* segundo as regras da UNCITRAL ⁽¹⁶⁾.

8. Para que o litígio caia no âmbito da arbitrabilidade no quadro do CIRDI/ICSID, tem de verificar-se ainda um segundo requisito: nos termos do artigo 25.º, n.º 1, da *Convenção de Washington*, o diferendo deverá travar-se entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou orga-

⁽¹³⁾ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. the Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction of Nov. 29, 2004.

⁽¹⁴⁾ *Gruslin v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/94/1, Award of Nov. 27, 2000.

⁽¹⁵⁾ Cf. RUBINS/KINSELLA, *Dispute Resolution*, p. 301 e 307.

⁽¹⁶⁾ Cumpre notar que, com frequência, tratados bilaterais de investimento incluem em elencos exemplificativos figuras que provavelmente não caberiam no conceito de investimento para efeito da arbitragem CIRDI/ICSID. Assim, por exemplo, o *Acordo para a Promoção e a Protecção Recíproca de Investimentos entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República Federativa do Brasil*, aprovado para ratificação pelo Decreto n.º 24/94, de 10 de Agosto, inclui no termo *investimentos* os «Direitos no âmbito da propriedade intelectual, incluindo a propriedade industrial e os direitos de autor» (artigo I, n.º 1, III, alínea e)).

nismo dele dependente indicado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante.

Cria-se assim um problema naqueles casos — frequentes — em que, embora o capital investido tenha origem externa, os investidores o parqueiam em sociedades constituídas no quadro da Ordem Jurídica do Estado recipiente. Na segunda parte da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 25.º em causa, atalha-se a dificuldade estendendo o âmbito de arbitrabilidade às hipóteses em que, não obstante a pessoa colectiva envolvida ter a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo, as partes hajam concordado em tratá-la como nacional de outro Estado Contratante para os efeitos da Convenção em virtude do controlo sobre ela exercido por interesses estrangeiros. Esta é uma estipulação cuja conveniência não deverá ser esquecida na altura da elaboração dos contratos pelo investidor estrangeiro que, por este ou aquele motivo, precisar de transferir o capital do investimento para sociedades da nacionalidade do local do investimento.

Em algumas arbitragens CIRDI/ICSID, tem-se decidido no sentido de que basta para o efeito que, no contrato entre a sociedade veículo da nacionalidade do Estado recipiente e este Estado, se contenha uma cláusula de arbitragem ICSID ⁽¹⁷⁾.

§ 3. A ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS SOBRE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: B) JURISDIÇÃO

9. Para que um litígio sobre investimento estrangeiro possa ser dirimido por arbitragem institucionalizada, torna-se também necessário que caiba no âmbito de incidência da jurisdição. Ora, dado o carácter voluntário da arbitragem, um tal cabimento pressupõe o *consentimento*. Daí, a importância da existência e do teor de uma cláusula compromissória no contrato de investimento. Voltando à arbitragem CIRDI/ICSID, dada a sua representatividade, cumpre recordar que não basta, para que esta possa ter lugar, a ratificação da *Convenção de Washington* pelo Estado recipiente e pelo Estado da nacionalidade do investidor. É necessário o consentimento de ambas as partes no diferendo.

O consentimento de um Estado recipiente pode ser formulado em abstracto. Como se referiu, não basta para o efeito a simples ratificação da *Convenção de Washington*. Um Estado pode — isso sim — notificar o Centro, designadamente no momento da ratificação, de que exclui desde logo certas categorias

⁽¹⁷⁾ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Government of the Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award of March 31, 1986. Cfr. RUBINS/KINSELLA, *Dispute Resolution*, p. 270 e 271.

de diferendos do âmbito da jurisdição. Em contrapartida, o consentimento poderá ser expresso em abstracto mediante a inclusão de uma cláusula CIRDI/ICSID em outros tratados de protecção ao investimento ou, até, em legislação nacional. Em tais casos, ao investidor bastará, como modo de formulação do seu consentimento, a apresentação do requerimento de arbitragem (*Request for Arbitration*). Mas o consentimento poderá ser também dado bilateralmente através da inclusão de uma cláusula compromissória no contrato de investimento ⁽¹⁸⁾.

Nos termos do artigo 25.º, n.º 1, da Convenção de Washington, depois de ambas as partes terem dado o seu consentimento por escrito à jurisdição do CIRDI/ICSID, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente.

§ 4. QUADROS INSTITUCIONAIS DE ARBITRAGEM E REGIMES PROCESSUAIS

i) Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (CIRDI / ICSID)

10. A instituição especificamente focada na organização e enquadramento da arbitragem de diferendos emergentes de investimento estrangeiro é o *Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (CIRDI)*, em inglês *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*.

As vantagens do recurso ao CIRDI decorrem não apenas da sua especialização, mas do facto de se tratar de um departamento do Banco Mundial. Esta implantação orgânica diminui por motivos óbvios o risco de incumprimento das decisões. E, na medida da sua instituição por uma convenção multilateral, a violação das suas regras e das suas decisões constitui violação do Direito Internacional ⁽¹⁹⁾.

No CIRDI, o foro é exclusivo: a anulação de uma decisão arbitral só pode ser proferida por uma segunda instância denominada «*ad hoc committee*». Pela aceitação da jurisdição CIRDI/ICSID, as partes renunciam, pois, a qualquer pos-

⁽¹⁸⁾ Serve de exemplo de inclusão de uma cláusula ICSID num BIT o artigo 9.º, n.º 2, do *Acordo entre a República Portuguesa e a República de Moçambique para a Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos*, aprovado pelo Decreto n.º 13/96, de 28 de Maio, em cujos termos «Se os diferendos não puderem ser resolvidos ... no prazo de seis meses contados da data em que uma das partes litigantes o tiver suscitado, qualquer das partes poderá submeter o diferendo ao Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos para a conciliação ou arbitragem nos termos da Convenção para a Resolução de Diferendos entre Estados e Nacionais de outros Estados, celebrada em Washington, D.C., em 18 de Março de 1965».

⁽¹⁹⁾ Cfr. BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, *Foreign Investment Disputes*, p. 11.

sibilidade de recurso ou de pedido de anulação perante outra instância nacional ou internacional.

Os três membros do *Comité ad hoc* são nomeados para cada caso pelo Presidente do CIRDI (que é, por inerência, o Presidente do Banco Mundial) de entre o painel de árbitros do Centro. Nenhum deles poderá ser da nacionalidade do Estado recipiente ou do Estado de origem do investidor.

As causas de anulação de um veredicto arbitral vêm elencadas taxativamente no n.º 1 do artigo 52.º da *Convenção de Washington*:

- a) irregularidade na constituição do tribunal;
- b) excesso de poder manifesto;
- c) corrupção de um membro do tribunal;
- d) inobservância grave de uma regra fundamental de processo;
- e) ausência ou insuficiência de fundamentação.

Na sua parte final, o n.º 3 deste artigo 52.º declara que o Comité «terá poderes para anular a decisão arbitral ou uma parte da mesma com qualquer dos fundamentos enunciados no n.º 1». Em algumas decisões de Comités, a passagem «*shall have the authority to annul*» foi interpretada no sentido de concessão de uma margem de discricionariedade na avaliação, à luz do caso concreto, do peso determinante das causas de anulação listadas no n.º 1 do artigo 52.º (20).

Apesar de se ter fixado a jurisprudência segundo a qual, perante a ocorrência formal de uma das causas de anulação, o Comité *ad hoc* pondera, à luz das circunstâncias do caso e das consequências do erro processual para os direitos das partes, se a anulação é uma medida apropriada (21), a verdade é que foi (proporcionalmente) elevado o número de anulações nos primeiros anos do funcionamento do sistema. Isso ter-se-á ficado a dever à ausência de um acervo jurisprudencial sobre os preceitos da *Convenção de Washington* e a inexperiência na aplicação das «*ICSID rules*» (22). O grau elevado do risco de anulação das decisões arbitrais não correspondia aos propósitos assumidos durante os trabalhos preparatórios da *Convenção de Washington*, que eram os de fazer da anu-

(20) «*An ad hoc Committee retains a measure of discretion in ruling an application for annulment ... It may ... refuse to exercise its authority to annul an award where annulment is clearly not required to remedy procedural injustice and annulment would unjustifiably erode the binding force and finality of ICSID awards*». *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Committee Decision of Dec. 22, 1989. Citação recolhida em RUBINS / KINSELLA, *Dispute Resolution*, p. 362.

(21) Cfr. BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, *Foreign Investment Disputes*, p. 1552.

(22) *ICSID Rules of Procedure for Arbitration* (1985), complementadas pelas *ICSID Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings* (2003).

lação «*an unusual remedy for unusual situations*»⁽²³⁾. Nos anos mais recentes, os Comitês *ad hoc* têm assumido uma posição mais exigente quanto à verificação dos pressupostos de anulação. Para que a ofensa de uma regra fundamental do processo seja grave (*serious*), é necessário que ela possa ter conduzido o tribunal a um resultado substancialmente distinto daquele a que se teria chegado em caso de observância. Quanto à fundamentação, basta que ela permita às partes compreender o raciocínio do tribunal, sem necessidade de explicação autônoma de cada uma das razões. E o remédio para a ausência ou insuficiência de fundamentação não tem de passar pela anulação, visto que, se o Comitê *ad hoc* concorda com a solução à luz dos dados do processo, pode ele próprio fundamentá-la *a posteriori*.

Em suma, o processo arbitral CIRDI/ICSID é um processo inteiramente autônomo. As regras processuais são as da instituição, aplicadas à luz da jurisprudência formada no seu seio. A jurisdição é definitiva e só no respectivo âmbito pode ser ainda contestada a validade da decisão e apenas por razões de *due process*. Não existe qualquer possibilidade de intervenção das instâncias nacionais, nem de aplicação da respectiva lei processual a não ser para efeito de execução das decisões arbitrais. Com efeito, nos termos do artigo 54.º da *Convenção de Washington*, cada Estado que nela seja parte obriga-se a reconhecer a obrigatoriedade de uma decisão proferida no respectivo quadro e a dar-lhe execução no seu território como se se tratasse de uma decisão final de um dos seus tribunais.

ii) Outras Arbitragens Institucionalizadas Não Apenas Focadas Sobre Diferendos Quanto a Investimentos Estrangeiros

11. Quando se não submetem à jurisdição arbitral no quadro do CIRDI/ICSID, os Estados parecem preferir a arbitragem *ad hoc* (sobretudo de acordo com as regras da UNCITRAL) como modo de dirimir os diferendos sobre investimento estrangeiro, portanto sem utilizar os centros de arbitragem privados. O mesmo se não diga, porém, das empresas públicas, que são frequentemente partes em arbitragens desenvolvidas em instituições de arbitragem internacionais ou nacionais. Entre as primeiras, avultam a *Câmara de Comércio Internacional (International Chamber of Commerce — ICC)* e o *London Court of International Arbitration*. Entre as segundas, são particularmente referenciados os centros de arbitragem de Câmaras de Comércio como as de Estocolmo e Zurique⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Cfr. RUBINS/KINSELLA, *Dispute Resolution*, p. 364.

⁽²⁴⁾ Cfr. BOUCHEZ, in: *Prospects*, p. 124 a 126.

12. Interessa, porém, fazer ainda uma referência a outra instituição baseada em convenções internacionais que também proporciona a realização de arbitragem sobre diferendos resultantes de investimentos internacionais: o *Tribunal Permanente de Arbitragem*, com sede na Haia (TPA). Este Tribunal foi instituído pela Convenção da Haia de 1899 sobre a Resolução Pacífica de Conflitos Internacionais e as suas competências decorrem desta e de uma outra, com o mesmo título, de 1907. O Tribunal dispõe de regras processuais muito semelhantes às da UNCITRAL e dá enquadramento institucional não apenas a arbitragens, como também a procedimentos de conciliação e de inquérito (*fact finding*). A jurisdição do Tribunal pode abranger não apenas conflitos inter-estaduais, mas também diferendos entre Estados e organizações internacionais e entre Estados e entidades privadas. Também, aliás, pode a arbitragem comercial internacional ser conduzida sob os seus auspícios.

O *Tribunal Permanente de Arbitragem* dispõe de um painel de árbitros formado por indicação dos Estados partes nas Convenções da Haia. Cada Estado pode nomear até quatro «juristas distintos» para o efeito. As partes numa arbitragem conduzida pelo TPA podem também escolher árbitros que não figurem no painel. O número de processos tramitados no quadro do TPA tem vindo a aumentar nos últimos anos, provavelmente porque o seu secretariado, encabeçado por um Secretário-Geral, é formado por uma equipa jurídica e administrativa experiente, apta para prestar serviços de elevado nível de enquadramento e apoio logístico à tramitação das arbitragens ⁽²⁵⁾.

13. O mais conhecido de todos os centros privados de arbitragem comercial internacional é o *Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional (ICC International Court of Arbitration / Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI)*. Cada litígio é dirimido por árbitros designados para o efeito no quadro do Regulamento de Arbitragem da CCI de 1998. O Tribunal da CCI exerce um papel de supervisão, que compreende: a) a confirmação dos árbitros nomeados pelas partes; b) a decisão das impugnações da nomeação de árbitros sob alegação de conflito de interesses; c) a designação de árbitros em substituição das partes que a ela indevidamente não procedam; d) a aprovação dos *termos de referência*, sobre o objecto do litígio, os particularismos processuais, o direito substantivo aplicável e a língua da arbitragem; e) o exame prévio dos projectos de decisões arbitrais para efeito do controlo da observância das regras proces-

⁽²⁵⁾ O autor do presente estudo tem a honra de integrar o painel de árbitros do TPA. Os Estados-Membros do TPA são, na actualidade, em número de 106. O Tribunal emite um boletim de informação electrónico no sítio Internet/Website: www.pca-cpa.org/http://www.pca-cpa.org e edita um relatório anual.

suais — incluindo a das regras processuais injuntivas da ordem jurídica nacional do lugar da arbitragem — e de chamamento de atenção dos árbitros para deficiências na fundamentação ou ainda para a tomada de decisões fora do âmbito de poder de cognição; f) fixação dos honorários dos árbitros ⁽²⁶⁾.

Os membros do Tribunal Internacional de Arbitragem da CCI — um Presidente, vice-presidente e outros vogais — são nomeados para um mandato de três anos pelo Conselho da CCI ⁽²⁷⁾. A intervenção correctiva do Tribunal no processo de nomeação dos árbitros, a monitorização da tramitação do processo e o exame prévio dos projectos de decisão (em termos mais preventivos do cometimento de nulidades do que realmente substitutivos) representa uma mais valia assinalável no que toca à eficácia e a à qualidade da jurisdição arbitral.

Este perfil tão peculiar explica o sucesso da instituição, bem demonstrado pela circunstância de ela agrupar hoje em dia cerca de 80 comités nacionais localizados em todos os continentes ⁽²⁸⁾.

Neste, como noutros centros institucionalizados de arbitragem de natureza privada, o regime processual de cada arbitragem resulta de uma combinação assaz fluante de normas injuntivas do direito processual arbitral do local da arbitragem (*arbitral situs*), das regras processuais da instituição (que poderão, ou não, ser afastadas e substituídas por acordo das partes) e das decisões proferidas sobre os termos do processo pelos próprios árbitros na medida em que para tanto lhes assista competência (*arbitrators procedural orders*).

iii) Arbitragens não institucionalizadas e regras da UNCITRAL

14. É frequente que os diferendos decorrentes de contratos de investimento sejam arbitrados fora de qualquer contexto institucionalizado ⁽²⁹⁾. Mas a constituição puramente *ad hoc* de um tribunal arbitral não significa necessariamente a improvisação — por acordo das partes ou decisão dos árbitros — das regras

⁽²⁶⁾ Cfr. BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, *Foreign Investment Disputes*, p. 428 e 429; SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, *Chambre de Commerce Internationale*, p. 68, 157 a 160, 191 e 192.

⁽²⁷⁾ A Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris foi criada em 1919, por industriais e comerciantes, com a natureza de associação privada de direito francês. Hoje em dia, é constituída por comités nacionais e exclusivamente gerida por entidades privadas. O Tribunal Internacional de Arbitragem é um órgão independente da CCI, instituído em 1923. Cada comité nacional propõe um membro para o tribunal, em geral juristas com currículo na arbitragem comercial internacional. Os membros são independentes em face dos comités nacionais que os propõem. Cfr. SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, *Chambre de Commerce Internationale*, p. 17 e 18.

⁽²⁸⁾ Cfr. BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, *Foreign Investment Disputes*, p. 428 e 429. Comentam estes Autores que, «*this unique quality control mechanism makes ICC arbitration the world's most reliable arbitration system*». Idem, p. 429.

⁽²⁹⁾ Vejam-se os sumários de várias decisões conhecidas proferidas nestes termos em BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, *Foreign Investment Disputes*, p. 435 s.

da arbi
prepara
para es
Estados
Po
tados) e
porcion
sas de
matéria
tragem
das par
process
a exhibi

15.
pela Co
(United
os Estac
United
UNCIT
prudênc
ampla u
a certez
As
emerger

§ 5. ES

16.
ângulos
investim

⁽³⁰⁾

tes, a um c
mente logi
Arbitragen
Foreign In

⁽³¹⁾

⁽³²⁾

⁽³³⁾

⁽³⁴⁾

da arbitragem. É, com efeito, frequente a escolha de entre um dos modelos preparados pelas mais diversas instituições⁽³⁰⁾. As mais frequentemente usadas para este efeito são as regras da UNCITRAL, designadamente nos litígios entre Estados e empresas⁽³¹⁾.

Por permitir a escolha pelas partes (ou pelos árbitros para o efeito mandados) de regras mais adequadas à natureza do litígio, a arbitragem *ad hoc* proporciona maior flexibilidade, revelando-se particularmente indicada perante causas de acentuada complexidade (designadamente no que toca à extensão da matéria de facto) ou de perfil invulgar. Em contrapartida, a colocação da arbitragem fora dos auspícios de um centro institucionalizado poderá forçar alguma das partes a ter de recorrer aos tribunais domésticos para lograr o arranque do processo arbitral, a constituição do tribunal arbitral, o pagamento de preparos ou a exibição de meios de prova detidos pela outra parte (*discovery*)⁽³²⁾.

15. As *Regras de Arbitragem da UNCITRAL* foram aprovadas em 1976 pela *Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (United Nations Commission on International Trade Law)*. A circunstância de os Estados Unidos e o Irão terem acordado, em 1981, que o então instituído *Iran-United States Claims Tribunal* se regeria em larga medida pela Regras da UNCITRAL faz com que disponhamos hoje de uma extensa e consistente jurisprudência sobre a aplicabilidade e a interpretação das regras, sujeitas a uma ampla utilização em situações muito adversativas. E, ao mesmo tempo, ganhou-se a certeza da respectiva adequação à arbitragem comercial internacional⁽³³⁾.

As Regras da UNCITRAL são apenas aplicáveis à arbitragem sobre litígios emergentes de relações contratuais⁽³⁴⁾.

§ 5. ESTRATÉGIA PROCESSUAL

16. Numa curta exposição, não poderíamos pretender abarcar os múltiplos ângulos da estratégia das partes nas arbitragens sobre litígios emergentes de investimento estrangeiro. Trata-se, pois, de uma escolha de alguns tópicos inte-

(30) O carácter *ad hoc* da arbitragem também não é incompatível com o pedido, pelas partes, a um centro institucionalizado, de exercício de algumas das funções de supervisão (ou até meramente logísticas) do género das proporcionadas pelo Tribunal da CCI. O Tribunal Permanente de Arbitragem, na Haia, recebe por vezes solicitações desse género. Cfr. BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, *Foreign Investment Disputes*, p. 442.

(31) Cfr. RUBINS/KINSELLA, *Dispute Resolution*, p. 311.

(32) Cfr. RUBINS/KINSELLA, *Dispute Resolution*, p. 312.

(33) Cfr. BAKER/DAVIS, *UNCITRAL Arbitration Rules*, p. 1 a 3.

(34) Cfr. DORE, *The UNCITRAL Framework*, p. 3.

ressantes de entre outros possíveis. E, não perdendo de vista os litígios sobre investimento estrangeiro, nem por isso deixámos de recorrer a fontes respeitantes à arbitragem comercial internacional em geral quando aquilo que ali se considera é absolutamente aplicável. Note-se, aliás, que muito de quanto se segue não perde interesse em face das arbitragens de mero direito interno.

17. i) *Escolha dos árbitros*

Na escolha dos árbitros, as partes têm de combinar o cuidado na observância das regras processuais eventualmente aplicáveis com outro tipo de considerações que, como observam RUBINS/KINSELLA, transformam o processo de escolha «mais numa arte do que numa ciência»⁽³⁵⁾.

No plano estritamente jurídico, haverá que tomar em conta os possíveis requisitos de qualificação para o desempenho do cargo e que confirmar a ausência de factores de impedimento ou suspeição.

Nas arbitragens da CCI, os árbitros nomeados pelas partes têm de ser confirmados pelo Tribunal, que vela, designadamente, pela observância do artigo 9.º, n.º 1, do *Regulamento*, que requer disponibilidade e aptidão profissional para conduzir a arbitragem. Para o efeito, o Secretariado solicita à pessoa designada o preenchimento de um *curriculum vitae* padronizado, que deve conter informação sobre as habilitações académicas, a actividade actual e a experiência profissional e os conhecimentos linguísticos para o efeito de conduzir a instrução e de redigir uma sentença sem necessidade de auxílio de um intérprete ou tradutor. O Tribunal poderá, assim, não confirmar (ou, consoante os casos, não proceder à nomeação de) um árbitro que manifestamente não disponha de tempo, de conhecimentos linguísticos ou outros conhecimentos particularmente relevantes, ou cujo estado de saúde se revele particularmente precário⁽³⁶⁾.

De um modo geral, os diversos sistemas normativos exigem também a independência dos árbitros, incluindo a daqueles que sejam nomeados pelas partes. Assim, o artigo 39.º da *Convenção de Washington* exige que a maioria dos árbitros não tenha nem a nacionalidade do Estado parte no litígio nem a do Estado da nacionalidade do outro litigante. E, nos termos conjugados dos artigos 40.º, n.º 2, e 14.º, n.º 1, também os árbitros que não incorporem o painel do CIRDI/ICSID deverão ser pessoas de elevado carácter e em relação às quais se possa confiar quanto ao exercício de um juízo independente. Os artigos 57.º e 58.º estabelecem os termos do incidente de desqualificação de um árbitro com fundamento em factos que indiquem a manifesta ausência daqueles requisitos.

⁽³⁵⁾ Cfr. *Dispute Resolution*, p. 340 e 341.

⁽³⁶⁾ Cfr. SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, *Chambre de Commerce Internationale*, p. 66 a 68.

T
UNCI
circur
dênci
só po
nome:
F
trager
prínci
les qu
lidade
ser e j
ção, c
cimer
pudes
exige

(
A
caso d
CIRDI
of App
Cable
proferi
tribuna
relativ
sas cor
cano di
-prome
De aco
da aqu
curso n
para ot
agreem
nistrado
tarde, f
que, en
concur
rentem
revoga
A
priado
likelih
fiança c
picion»

Também nos termos do artigo 10.º, n.º 1, das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, qualquer árbitro pode ser impugnado (*challenged*) se ocorrerem circunstâncias que justifiquem dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência. Mas, nos termos do n.º 2 desse artigo, a parte que nomeou um árbitro só poderá impugná-lo por motivos de que só haja tomado conhecimento após a nomeação.

Por seu turno, de acordo com o artigo 9.º, n.º 5, do Regulamento de Arbitragem da CCI, o árbitro único ou o presidente do tribunal arbitral deverá ter em princípio nacionalidade diferente da das partes. Dos árbitros — mesmo daqueles que hajam sido designados pelas partes — exige-se independência e neutralidade totais. Nos termos do artigo 7.º do Regulamento, todos os árbitros devem ser e permanecer independentes das partes. Antes da sua confirmação ou nomeação, cada árbitro deve entregar uma «declaração de independência» e dar conhecimento por escrito ao Secretariado dos factos e circunstâncias cuja natureza pudesse pôr em causa a sua independência no espírito das partes. O mesmo se exige, ao longo do processo arbitral, relativamente a factos supervenientes ⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Cfr. SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, *Chambre de Commerce Internationale*, p. 57.

A qualificação de factos enquanto possível causa de perda de independência pode, no caso das arbitragens levadas a cabo fora de um contexto puramente internacional como o do CIRDI/ICSID, dar lugar ao exercício de jurisdição pelos tribunais nacionais. Na decisão do *Court of Appeal (Civil Division)* sobre o caso *AT&T Corporation, 2, Lucent Technologies Inc. V. Saudi Cable Company* [2000], o tribunal britânico apreciou um pedido de anulação de decisões arbitrais proferidas no quadro da CCI e o reconhecimento do impedimento (*removal*) do presidente do tribunal arbitral. O Ministério saudita das telecomunicações organizara um procedimento concursal relativo a um projecto de expansão das telecomunicações (TEP 6). Duas de entre as sete empresas convidadas eram a *AT&T* e a *Nortel*, ambas grandes competidoras no mercado norte-americano das telecomunicações. No decurso do procedimento, as sete concorrentes assinaram contratos-promessa de negociação com a *Saudi Cable Company (SCC)*, nos termos do programa do concurso. De acordo com estes, quem beneficiasse da adjudicação deveria adquirir cabos à *SCC*. Os termos da aquisição deveriam ser negociados de boa-fé após a adjudicação. A *AT&T* venceu o concurso mas não veio a chegar a acordo com a *SCC*. Requereu por isso uma arbitragem perante a CCI para obter uma decisão declaratória de que havia cumprido a obrigação assumida pelo «*pre-bid agreement*» (*PBA*). O jurista designado árbitro-presidente não declarou a sua qualidade de administrador não-executivo da *Nortel* e foi proferida decisão arbitral favorável à *SCC*. Quando, mais tarde, foi confrontado com o facto — desconhecido pela *AT&T* à data da arbitragem — declarou que, enquanto administrador não-executivo, não tivera conhecimento da participação da *Nortel* no concurso e ofereceu-se para renunciar ao cargo naquela companhia. A *AT&T* argumentava (aparentemente com alguma razão ...) que a *Nortel*, enquanto concorrente preterida, teria interesse na revogação da adjudicação que lhe abriria as portas para participar em novo concurso.

A *Court of Appeal* (Lord Woolf M.R.) interrogou-se sobre a questão do «*test*» mais apropriado para decidir sobre se haveria motivo de impedimento (*disqualification*): o «*test*» da «*real likelihood*», que se satisfaz com a capacidade objectiva das circunstâncias para afectar a confiança da opinião pública na imparcialidade do julgador, ou o «*test*» subjectivo da «*reasonable suspicion*» — preferido na Escócia, Austrália e África do Sul e aparentemente mais em consonân-

18. Naquilo que se pode considerar a «arte» de escolha de um bom árbitro, muitos são os tópicos dignos de atenção.

Naturalmente que interessará, em primeiro lugar, alguém que não deixe dúvidas quanto à sua integridade, inteligência e boa preparação profissional quanto ao objecto do litígio. Uma particular predisposição para conjugar a capacidade de atenção aos pormenores com a capacidade de síntese constituirá um atributo importante. No tocante ao perfil psicológico, interessará alguém com uma personalidade articulada e aberta, capaz de desenvolver um bom relacionamento pessoal com os restantes árbitros e, em particular, com o árbitro presidente.

Na arbitragem de litígios envolvendo um Estado, a parte contrária tenderá a escolher um árbitro e pretender um árbitro-presidente de grande renome e experiência, por se pressumir que pessoas deste tipo terão mais facilmente a resolução necessária para proferir condenações que possam ter amplas consequências económicas e políticas. Em contrapartida, o Estado deverá procurar (sobretudo se tiver de escolher um árbitro estrangeiro) alguém que conheça razoavelmente as condições prevalentes no país, incluindo as razões de interesse público que terão ditado a conduta controvertida.

A escolha de um árbitro com «inclinação» para adoptar a posição sustentada na lide pela parte reveste-se de particular delicadeza. Na arbitragem internacional, exige-se de todos os árbitros uma capacidade de exercer um juízo independente na decisão do caso. Como escrevem BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, não parece objectável que se escolha um árbitro da mesma nacionalidade (quando isso seja possível), do mesmo tipo de sistema jurídico, com a mesma cultura, provindo da mesma área de actividade, que tenha escrito ou ensinado sobre os institutos jurídicos relevantes ou, até, sobre o tipo de diferendos em que se enquadra o litígio em causa. Isso, desde que as posições assumidas hajam sido genéricas e não relativas ao próprio caso. Mas haverá um problema latente

cia com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem — mais direccionado para a probabilidade de conduta parcial. A *Court of Appeal* inclinou-se para o primeiro, que considerou igualmente aplicável a juízes, jurados e árbitros. Mas considerou que, à luz das circunstâncias do caso, não existia, em termos objectivos, «*real danger*» de predisposição contrária à *AT&T*. Não por se considerar relevante o facto — dado como provado — de o árbitro sempre ter estado no convencimento de que agia de forma correcta, mas porque o seu comportamento não fora de molde a justificar a tese de que o interesse indirecto e reduzido do árbitro na *Nortel* pudesse afectar o seu comportamento como julgador. Cfr. JARVIN/MAGNUSSON, *International Arbitration Court Decisions*, p. 121 a 197.

Nos Estados Unidos, tem-se vindo a firmar na jurisprudência o *standard* da «*evident partiality*», segundo o qual «*a prospective arbitrator exhibits evident partiality if they do not disclose facts which might, to an objective observer, create a reasonable impression of the arbitrator's partiality*». Idem, p. 152.

com res-
tes árbitros
a votar nu-
dir que se
com a me-
rações. A
indigitaçã
rica ou de
tico árbitro
nomeadan
decisões (

O qu
deva cons-
posição d
tro-preside

19.

Quan
sobre invi-
credibilid-
ração pro-

Se o
rão a sua
facie. A
sos inform-
os factos
sentar um
com trans-
trar um p-
provável
munhas, c-
rem em it-
os de traz-
contrária,
confirmaç-
O advoga

(38) (

(39) (

com respeito a um árbitro que se mostre «demasiado inclinado». Se os restantes árbitros se convencerem de que um de entre eles vem para o caso já disposto a votar num certo sentido, em vez de de espírito aberto para as razões de decidir que serão expostas e debatidas ao longo do processo, não se apresentará com a mesma credibilidade e capacidade de persuasão no decurso das deliberações. Ainda que difícil, parece por isso preferível para a parte que nomeie a indigitação de alguém que alie a um espírito aberto uma inclinação apenas genérica ou de princípio. Esta «inclinação» será apurada verificando que o hipotético árbitro não perfilha uma predisposição favorável às teses da parte contrária, nomeadamente manifestada em anteriores escritos académicos ou em anteriores decisões ⁽³⁸⁾.

O que antecede não significa que o árbitro designado por uma parte se não deva considerar deontologicamente obrigado a conhecer aprofundadamente a posição da parte que o indicou e de a explicar sempre que necessário ao árbitro-presidente que é, em última análise, o autor material da decisão arbitral ⁽³⁹⁾.

19. ii) *Postura dos advogados*

Quanto aos advogados que comparecem perante árbitros nos diferendos sobre investimento estrangeiro, sublinham os autores que os fundamental é a credibilidade e que os grandes ingredientes desta são a honestidade e a preparação profissional.

Se o advogado tiver credibilidade perante o painel de árbitros, estes ouvirão a sua argumentação com abertura de espírito, em vez de cepticismo *prima facie*. A credibilidade do advogado sairá reforçada se cumprir os compromissos informais de ordem processual estabelecidos com os árbitros, se reconhecer os factos que lhe são desfavoráveis mas não mereçam grande dúvida, se não apresentar uma visão truncada *ad hoc* do enquadramento jurídico e se responder com transparência às questões postas pelos árbitros. E, se o advogado demonstrar um perfeito conhecimento dos factos e do direito aplicável, tornará mais provável a procedência das conclusões que sustenta. Nas instâncias às testemunhas, deverá manter a civilidade, só eventualmente atenuada quando insistirem em inverdades evidentes. Os seus objectivos nessa inquirição deverão ser os de trazer à superfície factos favoráveis ocultados ou negligenciados pela parte contrária, evidenciar as inconsistências no depoimento da testemunha e obter a confirmação de factos ou da autenticidade de documentos quando necessário. O advogado não deverá em geral depositar demasiadas expectativas na inquiri-

⁽³⁸⁾ Cfr. BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, *Foreign Investment Disputes*, p. 1394.

⁽³⁹⁾ Cfr. RUBINS/KINSELLA, *Disputes Resolution*, p. 340 a 343.

ção das testemunhas alheias e contar sobretudo com as suas e dispor tanto quanto possível de um plano de contingência e de uma estratégia de saída para momentos inesperadamente difíceis. Não deverá formular questões relativamente às quais não tenha qualquer expectativa fundada de uma resposta útil. As perguntas não devem ser vagas, mas dirigidas ao ponto relevante e não se deverá deixar as testemunhas dissertar sobre aspectos que não interessem à decisão. As perguntas devem versar sobre factos e não sobre juízos conclusivos. A testemunha deve ser ouvida com atenção a fim de que possam ser oportunamente dissecados os aspectos inesperados mas relevantes que aflorem no depoimento. Se possível, a inquirição deverá iniciar-se e findar sobre pontos relativamente aos quais haja fundadas expectativas de obter respostas confirmativas de pontos fortes na posição da parte patrocinada.

Em suma, a posição do advogado deverá distinguir-se pela organização, clareza e auto-contenção. Uma emotividade descontrolada desvalorizará a pertinência das suas proposições. Mas o lado humano dos árbitros não deverá ser negligenciado e, sem forçar a nota, o advogado tentará tão cedo quanto possível criar uma pré-compreensão sobre aquilo que há de justo (*wright*) na posição da sua parte e de injusto (*wrong*) nas pretensões da parte contrária⁽⁴⁰⁾.

20. iii) *Um plano estratégico*

Falam os Autores na conveniência em «*strategizing the Case*». Como, com incontestável autoridade, nomeadamente baseada na prática, opinam BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, o aspecto mais importante do papel do advogado consiste em desenvolver um plano estratégico sólido, orientado para a vitória no caso. Para além das decisões tácticas necessárias para responder aos estratagemas a que a parte adversa vá lançando mão ao longo do processo, «*an overarching blueprint that sketches a path to victory is critical*»⁽⁴¹⁾.

Por outras palavras, na mente dos advogados deverá estar presente uma cadeia de raciocínio jurídico susceptível de conduzir à decisão pretendida. No estabelecimento do plano estratégico, será de toda a conveniência antecipar os argumentos da parte contrária e preparar uma contra-argumentação e, a partir daí, uma forte concentração nos argumentos próprios⁽⁴²⁾. Por outras palavras, sem que se descure a defensiva, é na prioridade concedida à ofensiva que mais provavelmente se encontrará o caminho da vitória.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, *Foreign Investment Disputes*, p. 1497 a 1501.

⁽⁴¹⁾ *Foreign Investment Disputes*, p. 1393.

⁽⁴²⁾ *Idem, ibidem*.

21

Se
de arbi
Pa
cessuai
o impa
cessual
sua im
dade, e
relevo
dos tri
tempo
nal de
nado à
de No
Estran
bilidad
ciais, i

22

A
denom
modo
trata-s
tivo e
E
do fac
sentar
impre
dez de
qualq
E
redun

(
inquéri
sentim
comple
com ta

21. iv) Escolha do local de arbitragem

Se exceptuarmos o caso das arbitragens CIRDI/ICSID, a escolha do local de arbitragem (*arbitral situs*) é uma decisão de alto relevo estratégico.

Para o efeito, importa, em primeiro lugar, analisar as normas jurídicas processuais injuntivas de cada ordem jurídica nacional considerada e concluir sobre o impacte positivo ou negativo que poderiam exercer sobre o enquadramento processual desejável para a arbitragem concreta. Entre essas normas, avultam pela sua importância aquelas que possam delimitar o âmbito material da arbitrabilidade, em particular no tocante aos contratos públicos. Outro tópico de grande relevo é o da admissibilidade de providências cautelares que, obtidas através dos tribunais estaduais, possam neutralizar o *periculum in mora* subjacente ao tempo de decurso da arbitragem. Importa também considerar o regime nacional de execução das decisões arbitrais, embora a sua importância haja declinado à medida que alastrou o número de Estados que ratificaram a *Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução das Decisões Arbitrais Estrangeiras*, ratificada por Portugal em 1994. Por fim, interessa aquilatar a fiabilidade do sistema de recursos e pedidos de anulação perante os tribunais judiciais, incluindo a familiaridade destes com tais tipos de processos⁽⁴³⁾.

22. v) Requerimento de arbitragem (*Request for Arbitration*)

A peça pela qual o autor desencadeia o processo arbitral tem diferentes denominações e regimes nos distintos sistemas, variando, designadamente, o modo como se articula com a constituição do tribunal arbitral. De um modo geral, trata-se, porém, de um momento capital para a delimitação do âmbito objectivo e subjectivo da arbitragem.

Em termos de estratégia processual, a importância deste documento decorre do facto de ser aquele que primeiramente vai ser lido pelos árbitros. Se apresentar a pretensão de uma forma persuasiva e clara, o autor pode estabelecer uma impressão favorável duradoura no espírito dos árbitros. Por outro lado, a solidez dos fundamentos de facto e de direito conferirá maior força negocial numa qualquer tentativa de transacção.

Em compensação, o pleno desvendar prematuro da argumentação do autor redundará em tempo adicional para preparação da defesa do réu e reforça o

(43) Cfr. RUBINS/KINSELLA, *Dispute Resolution*, p. 325 a 327. Segundo estes Autores, inquéritos levados a cabo pela CCI mostram que os países cujas ordens jurídicas suscitam um maior sentimento de conforto a potenciais litigantes são aqueles que dispõem de uma lei moderna e completa sobre arbitragem comercial internacional e de um sistema judicial habituado a lidar com tais casos.

risco de ter de mudar abertamente de posição mais tarde, se a resposta do réu ou a instrução do processo trouxerem factos novos que a isso obriguem. Parece, pois, avisado o conselho de que o requerimento de arbitragem contenha uma descrição sintética mas compreensível dos factos basilares e do quadro dos fundamentos de direito, mas que reserve a enunciação pormenorizada da argumentação jurídica para uma peça posterior que, normalmente, cabe apresentar já depois da constituição do tribunal ⁽⁴⁴⁾.

23. vi) *Posicionamento nas audiências preliminares*

Na arbitragem comercial internacional, é quase sempre requerida a realização de uma ou mais audiências preliminares em ordem a proceder ao enquadramento do processo ⁽⁴⁵⁾.

De entre os centros institucionalizados de arbitragem internacional, o Tribunal Permanente de Arbitragem terá sido provavelmente o primeiro a estabelecer uma lista de tópicos merecedores de consideração (*checklist*), destinada a guiar os trabalhos por modo a tentar evitar que fique esquecido algum ponto relevante para a programação do processo arbitral. Hoje, tanto o CIRDI/ICSID, como a UNCITRAL propõem uma «agenda modelo» ou «Notas sobre a organização do processo arbitral» ⁽⁴⁶⁾. O artigo 18.º do Regulamento de Arbitragem

⁽⁴⁴⁾ Cfr. RUBINS/KINSELLA, *Dispute Resolution*, p. 332 a 334.

Essa peça processual, que se não confunde com o requerimento de arbitragem (*request for arbitration*) e pela qual o autor enuncia o pedido e a causa de pedir, constituída por todos os fundamentos de facto e de direito que considera relevantes, é normalmente designada, na arbitragem internacional, «*written submissions*». É esse virtualmente o primeiro momento processual das arbitragens internacionais a partir do momento em que o tribunal se encontra constituído. Quando, porém, as partes não tenham ainda estabelecido uma convenção de arbitragem na qual se defina com clareza o objecto do litígio, será normalmente essa a função da primeira troca de peças pelas quais as partes enunciam as suas pretensões (*written submissions*). Tanto as «*submissions*» para o simples efeito da definição do objecto da arbitragem como aquelas em que se enunciam o pedido e as causas de pedir são fundamentais para o autor, que se arrisca a que o réu venha a exceptuar com a falta de jurisdição do tribunal quanto a determinado «*claim*» ou grupo de «*claims*» insuficientemente explicitados no momento processual oportuno. Para o réu, é importante que a convenção de arbitragem ou os termos de referência prevejam a possibilidade de dedução de pedidos reconventionais. Cfr. REDFERN / HUNTER, *International Commercial Arbitration*, p. 241 a 247.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. REDFERN/HUNTER, *International Commercial Arbitration*, p. 235. Observam estes Autores, que, embora os juristas ingleses refiram usualmente esta reunião com a expressão «*preliminary hearing*», os termos «*preliminary meeting*» são provavelmente mais adequados para sublinhar o informalismo e, sobretudo, a ausência de carácter adversativo. Isto a menos que o tribunal tenha de decidir desde logo sobre controvérsias, por exemplo, sobre a sua jurisdição ou a admissibilidade de certos meios de prova. *Idem*, p. 236.

⁽⁴⁶⁾ Vejam-se os respectivos textos em BISHOP/CRAWFORD/REISMAN, *Foreign Investment Disputes*, p. 1402 s.

da CCI
rência.
partes
Ac
pondera
de opin
mentaça
figuraç
dade p
pedido

BIBLI

ASANTE,
Ac
Pr
BAKER, S
Un
tra
BISHOP, I
M
BOUCHEZ
pr
19
DORE, IS
dr
JARVIN, S
Ne
REDFERN
M
RUBINS,
lu
SCHÄFER
pr
na
VAN HAF
(ci

da CCI não impõe a realização de uma reunião para ajuste dos termos de referência. Na prática, ela terá lugar quando não seja possível obter o consenso das partes sobre um projecto de termos de referência preparado pelos árbitros ⁽⁴⁷⁾.

Ao prepararem-se para uma audiência preliminar, os advogados deverão ponderar cuidadosamente a «*checklist*» ou guião equivalente por modo a disporem de opinião sobre as soluções processuais preferíveis e, se necessário, de argumentação para as defender. Se houver lugar à apreciação, neste momento, da configuração do objecto da arbitragem, poderá tratar-se de uma primeira oportunidade para procurar deixar claro na mente dos árbitros o essencial quanto ao pedido e à causa de pedir.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ASANTE, Samuel, *International Law and Investments*, in: BEDJAOUI (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Paris/Dordrecht, Nijhoff, 1991 (citado: in: *Achievements and Prospects*).
- BAKER, Stewart, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice — The Experience of the Iran — United States Claims Tribunal*, Denver/Boston, Kluwer, 1992 (citado: *UNCITRAL Arbitration Rules*).
- BISHOP, R. Doak / CRAWFORD, James / REISMAN, W. Michael, *Foreign Investment Disputes — Cases, Materials and Commentary*, Haia, Kluwer, 2005 (citado: *Foreign Investment Disputes*).
- BOUCHEZ, *The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises*, in: SOONS (ed.), *International Arbitration: Past and Prospects*, Dordrecht, Nijhoff, 1990 (citado: in: *Prospects*).
- DORE, Isaak, *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*, London/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Nijhoff, 1993 (citado: *The UNCITRAL Framework*).
- JARVIN, Sigvard / MAGNUSSON, Annette, *International Arbitration Court Decisions*, Huntington, JurisNet, 2006 (citado: *International Arbitration Court Decisions*).
- REDFERN, Alan / HUNTER, Martin, *International Commercial Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 1986 (citado: *International Commercial Arbitration*).
- RUBINS, Noah / KINSELLA, N. Stephan, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A Practitioner's Guide*, Oxford, University Press, 2005 (citado: *Dispute Resolution*).
- SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, *L'arbitrage de la Chambre de Commerce (Internationale (CCI) en pratique*, Berne/Bruxelles, Staempfli/Bruylant, 2002 (citado: *Chambre de Commerce Internationale*).
- VAN HARTEN, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, University Press, 2007 (citado: *Investment Treaty Arbitration*).

(47) Cfr. SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, *Chambre de Commerce Internationale*, p. 116.