

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDA GIORGIO BEIRÃO

AS *UMBRELLA CLAUSES* NOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO

CURITIBA

2014

FERNANDA GIORGIO BEIRÃO

AS UMBRELLA CLAUSES NOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de graduação de Direito, setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Júnior
Co-Orientador: Prof. João Bosco Lee

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

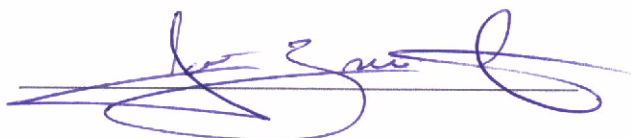
FERNANDA GIORGIO BEIRAO

As umbrella clauses nos tratados bilaterais de investimento

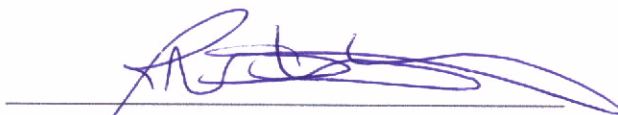
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Orientador



Coorientador



RODRIGO XAVIER LEONARDO
Primeiro Membro



SABRINA FADEL BECUE
Segundo Membro

Ao Zico e à Lúcia, por dedicarem todos os seus dias a diminuir para mim os dois limites que separam a realidade de sonho: os recursos materiais e o tempo.

Ao Professor João Bosco Lee, pela direção e apoio incondicional para um deles: o sonho da arbitragem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente e principalmente à Elis Wendpap, minha maior incentivadora ao estudo do direito internacional de investimentos e *conditio sine qua non* para a concretização deste trabalho, por sempre ser meu “google” e meu norte, e pela preocupação de irmã;

Aos meus pais Zico e Lúcia pela formação e infância maravilhosa que deram à mim e à Vi;

À minha irmã, Maria Vitória, por fazer minha maquiagem quando eu choro e por ser a coisa mais preciosa em minha vida;

Aos meus avós, Zélia e Wilson, verdadeiros segundos pais, por todo o amor;

À Luci e Maria Leoni, verdadeiras segundas avós, pelas mulheres incríveis que são;

Aos meus amigos do grupo de arbitragem, pelos anos que mais marcaram minha trajetória jurídica; e a todos os amigos, antigos e novos, que estão perto e que estão longe;

Às grandes amigas Ana Dall’Agnol, Carolina Busato, Flavia Pacheco, Larissa Souza e Mariana Gauer, por sua companhia sempre aprazível, e com quem divido sincronicidades e discussões profundas sempre acompanhadas de boas viagens e bons vinhos;

Aos amigos da UFPR, em especial ao Giovani Nascimento, por ser admirável e sempre por os interesses de terceiros antes dos dele, à querida Nadine Narloch que me cativou tanto em tão pouco tempo, e à Gabriela Lucena com quem sempre pude contar;

À Brune Ribeiro, uma grande amiga e companheira destes cinco anos, e inspiração de força e garra quando se luta por sonhos;

Ao LTG *Team*, pelos dias alegres e por quase três anos de trabalho que tanta felicidade me trouxeram; às queridas Laura Reichen, Emily Westphalen, Thais Rocco e Iria Guedes, por terem alegrado tantos e tantos dias; e ao Felipe Jensen, por sempre me salvar quando se trata de formatação e tecnologia, mas principalmente por fazer isso com tanto carinho e amizade;

À Fernanda Hapner, por todo o incentivo nos dias em que levantar da cama parecia impossível e por me ajudar com a monografia nos domingos frios;

Ao Luis Guilherme Miola, por manter minha saúde física e mental e por me mostrar que sempre é possível cumprir mais um obstáculo;

À Bianca Soprana, pelo conhecimento – e auto-conhecimento – transmitido, intrínsecos para a construção de um propósito de vida;

Ao Maurício Gomm, por todo o apoio acadêmico e profissional e pelo incentivo a começar a escrever;

Ao Professor Eroulths Cortiano Jr., por aceitar me orientar neste trabalho, por ter sido o Professor mais especial de todos os anos da UFPR, e por seu caráter e trabalho admiráveis. Certamente foi uma benção estar por quatro anos em suas aulas, e sou muito grata por poder contar com sua paciência e preocupação durante a orientação;

Finalmente, agradeço ao Professor João Bosco Lee, que através de expectativas sempre altas, me mostrou que a excelência é resultado de rigor e trabalho duro e que virtudes são reconhecidas quando merecidas. Obrigada por me aceitar em seu grupo de estudos, por me abrir tantas portas, e pela oportunidade de trabalhar com – se não o mais brilhante, certamente o mais dedicado – árbitro no Brasil.

RESUMO

O presente trabalho apresenta as principais preocupações por trás da discussão recente na jurisprudência do direito de investimento internacional em relação às *umbrella clauses*, dispositivos encontrados principalmente nos tratados bilaterais de investimento, e também em alguns dos multilaterais, que classificam-se entre os demais *standards* de proteção ao investidor conferidos nos tratados. Estas previsões obrigam o Estado a cumprir com obrigações assinadas com investidores estrangeiros em relação a investimentos, e apesar de possuírem redação muitas vezes similar, tiveram seus efeitos interpretados de maneiras algumas vezes díspares pelos tribunais que lidaram com a questão de sua aplicação. Introduzindo o sistema da proteção de investimento estrangeiro, o trabalho aborda a origem das *umbrella clauses*, sua função e importância nos tratados de investimento, e o direito de ação conferido à demandas originadas de violações contratuais como seu principal efeito. O resultado de que a não observância de compromissos pelo Estado em relação aos contratos de investimento, devido à *umbrella clause*, configuraria também uma violação do tratado de investimentos é o principal fator atualmente em discussão perante os tribunais arbitrais de investimentos que deparam-se com a tarefa de interpretação da cláusula, e o presente trabalho traz as diferentes interpretações concedidas às *umbrella clauses*.

Palavras-chave: *umbrella clauses*; cláusulas de cumprimento de obrigações, cláusulas de observância de compromissos; arbitragem internacional de investimentos; tratados bilaterais de investimento; direito de investimento estrangeiro direto; *contract claims*; *treaty claims*; direito de ação.

ABSTRACT

The present work presents the main concerns behind the recent discussion in international investment law case law in relation to umbrella clauses, provisions found especially in bilateral investment treaties, but also in some of the multilateral treaties, that are classified among the other standards of protection conferred to the investor by treaties. These provisions obligate the State to comply with signed obligations with foreign investors in what concerns their investments, and in spite of being many times drafted in a similar way, they had their effects interpreted in ways sometimes divergent by tribunals that dealt with the matter of their application. Introducing the system of protection to foreign investment, the work assesses the origin of the umbrella clause, their function and crucial aspects in investment treaties, and the right of claim conferred to the claims originated out of contractual violations as its main effect. The result that the non-observance by compromises signed by the State in relation to investment contracts, because of the umbrella clause, would also amount to a violation of the investment treaty, is the main factor in the present discussions before international investment tribunals that come across the task of interpreting the clause, and the present paper brings the different interpretations given to umbrella clauses.

Keywords: umbrella clauses; observation of obligations clauses; observance of commitment clauses; international investment arbitration; bilateral investment treaties; foreign direct investment law; contract claims; treaty claims; right of claim.

TABELA DE ABREVIações

ARB – Arbitragem/Procedimento arbitral

Art. – Artigo

BIT – *Bilateral Investment Treaty*

UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*

ed. – Edição

et seq. – Seguinte/ o que segue

EUA – Estados Unidos da América

Ibid./ Ibidem – Na mesma obra

ICSID – *International Centre for Settlement of Investment Disputes/* Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento

Id./Idem – Mesmo autor

Inc. - *Incorporated*

Ltd. – Limitada

Minuta Abs – *Abs Draft International Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries*

nº – Número

NAFTA – *North American Free-Trade Agreement/* Tratado Norte-Americano de Livre Comércio

OCED – Organização para a Cooperação Econômica e de Desenvolvimento

ONU – Organização das Nações Unidas

Op. Cit. – Obra citada

org. – organizador

p. – página

pp. – páginas

ss. – Seguintes

TBI – Tratado Bilateral de Investimento

UNCTAD – *United Nations Conference on Trade and Development/* Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

v. – *versus*

VCLT – *Vienna Convention on the Law of Treaties/* Convenção de Viena do Direito dos Tratados

vol. – volume

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	INVESTIDORES NO DIREITO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS	14
2.1	ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO BASEADA EM TRATADOS DE INVESTIMENTO	15
2.2	O CONSENTIMENTO GERAL E O CONSENTIMENTO ESPECÍFICO NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS	18
3	AS UMBRELLA CLAUSES NOS TRATADOS DE INVESTIMENTO	24
3.1	A FUNÇÃO DAS UMBRELLA CLAUSES	25
3.2	A ORIGEM DA CLÁUSULA E OS DIFERENTES TIPOS DE REDAÇÃO EXISTENTES NOS TRATADOS.....	27
4	OS EFEITOS GERADOS PELAS UMBRELLA CLAUSES	33
4.1	O VÍNCULO ENTRE UM DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E UMA VIOLAÇÃO DE TRATADO	33
4.2	A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE DEMANDAS DE ORIGEM CONTRATUAL E O DIREITO DE AÇÃO CONFERIDO PELA APLICAÇÃO DA UMBRELLA CLAUSE.....	37
5	A INTERPRETAÇÃO DAS UMBRELLA CLAUSES	44
5.1	A INTERPRETAÇÃO RESTRITA DOS EFEITOS DA CLÁUSULA	44
5.2	A INTERPRETAÇÃO AMPLA DOS EFEITOS DA CLÁUSULA	48
5.3	A INTERPRETAÇÃO DA LINGUAGEM DA REDAÇÃO DAS CLÁUSULAS	53
6	CONCLUSÃO	56
	REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

Os tratados bilaterais de investimento¹ são reconhecidos como fontes de direito mais confiáveis que a aplicação direta do direito costumeiro internacional, e o sistema da arbitragem de investimentos atual é resultado do crescimento dos referentes tratados². Alguns tratados de investimento cobrem disputas entre investidor e Estado quando decorrentes de “obrigações dentro deste acordo”, enquanto outros incluem toda e “qualquer disputa relacionada a investimentos”. Alguns criam uma obrigação de direito internacional que o Estado deverá “observar qualquer compromisso a que tenha se obrigado” em matéria de investimentos. Estas provisões, as *umbrella clauses*³, são cláusulas presentes nos tratados bilaterais de investimento que confirmam obrigações do Estado em relação a compromissos concluídos com investidores estrangeiros⁴.

As raízes das regras de tratado em investimento estrangeiro podem ser traçadas desde 1778 quando os Estados Unidos e França concluíram seu primeiro tratado comercial, seguido no século dezenove por tratados de comércio que também previam compensação em caso de expropriação entre os EUA e seus países europeus aliados e os Estados Latino-Americanos⁵. A era moderna dos tratados bilaterais de investimento começou a partir da assinatura de um TBI entre a Alemanha e o Paquistão em 1959⁶.

A Alemanha tinha interesse na assinatura de tratados de investimento estrangeiro após 1949 para reparar em parte os danos causados aos seus antigos investimentos estrangeiros pela Segunda Guerra Mundial⁷. Um grande negociante

¹ Doravante denominados também “TBIs”.

² MANN, FA *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*. 1981 52 BYIL 241, 250. *apud* McLACHLAN, C.; SHORE, L.; WEINIGER, M. **International Investment Arbitration: Substantive Principles**. Oxford University Press: New York, 2007. p. 7.

³ O termo “umbrella clause” será doravante utilizado sem marcações em itálico ao longo deste trabalho, pois ainda que configure estrangeirismo na língua portuguesa, no âmbito da arbitragem internacional de investimentos não há termo equivalente em outros idiomas que traduzam o significado e a nomenclatura exata do tipo de cláusula. O termo pode ser traduzido como cláusula de observância de compromissos, do cumprimento de obrigações, e também cláusula *pacta sunt servanda*, e será também referido como tais no presente trabalho.

⁴ YANNACA-SMALL, K. What About This “Umbrella Clause”? In: _____. **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. P. 479.

⁵ DOLZER, R.; SCHREUER, C. **Principles of International Investment Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 17.

⁶ DOLZER e SCHREUER, *Op. Cit.*, p. 18.

⁷ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 18.

alemão, o banqueiro Hermann Josef Abs, dedicou inúmeros esforços em iniciativas de proteção ao investimento estrangeiro, criando em 1957 uma “Magna Carta para a Proteção da Propriedade Privada” em forma de tratado global, que estabeleceria não somente os padrões específicos de proteção mas também um tribunal arbitral permanente encarregado da aplicação do tratado e com o poder de prever sanções econômicas contra Estados que violassem tais proteções⁸. Unindo esforços com Sir Hartley Shawcross, surgiu a 1956-59 *Abs Draft International Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries* (a “Minuta Abs”), que juntamente com outras contribuições como a minuta Suíça, em 1962 levou aos primeiros esforços à elaboração de tratado multilateral pela Organização para a Cooperação Econômica e de Desenvolvimento, o fórum de países exportadores de capitais⁹. A OCED eventualmente passou a recomendar a minuta como modelo para a assinatura de TBIs pelos seus Estados membros¹⁰.

O propósito de tratados de investimento é tratar dos riscos típicos de um projeto de investimento a longo prazo, e então prever estabilidade e previsibilidade no sentido de um clima pró-investimento¹¹. A natureza da lei dos estrangeiros como origem do direito de investimento estrangeiro indica que a razão de ser de tal campo do direito não reflete uma relação direta entre os temas tradicionais de reciprocidade e mutabilidade, mas determina padrões aceitos para a conduta unilateral do Estado receptor¹². As noções de mutabilidade e reciprocidade existem no tratado de investimento, mas não são operadas do mesmo modo que no contratos, mas focados no benefício mútuo do Estado receptor e investidor e na complementariedade de interesse advindo do compromisso de longo prazo de recursos pelo investidor estrangeiro sob os auspícios soberanos do Estado receptor¹³.

O investimento estrangeiro geralmente se dá a partir de um contrato entre o investidor estrangeiro e uma identidade ou instrumentalidade do Estado receptor. Não é raro que uma demanda surja a partir dos contratos de investimentos. Foi só recentemente que se passou a discutir como tribunais baseados em tratados deveriam lidar com demandas advindas a partir de contratos, após as decisões

⁸ *Id.*

⁹ **Recht der Internationalen Wirtschaft** 1959 *apud* DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁰ *Id.*

¹¹ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 22.

¹² *Id.*

¹³ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 22-23.

polêmicas nos casos SGS v. Paquistão e SGS v. Filipinas, que serão tratados no presente trabalho como as primeiras interpretações dadas às umbrella clauses¹⁴.

O escopo da arbitragem de tratados de investimentos se refere à proteção de investidores através da determinação de limites à soberania estatal¹⁵. Um tratado de investimento aplica *standards* de revisão designados com o intuito de proteger investidores de regulamentações ou interferências pelo Estado, e o tribunal faz referência a tais *standards* para decidir as disputas trazidas contra os Estados¹⁶. Tais *standards* refletiriam o impacto específico do tratado, e a interpretação dele pelo tribunal arbitral delimita os poderes soberanos, decidindo se e como a autoridade pública poderá ser utilizada para restringir a transferência de capital, impostos sobre negócios, estabelecimento de padrões, o controle do uso do território, a entrega de serviços, e a regulação da tecnologia¹⁷.

Os *standards* elencados na doutrina atualmente são a expropriação, cuja ocorrência leva ao dever de compensação inteira pelo Estado; tratamento justo e equitativo, que teria se desenvolvido muito nos últimos anos; ampla proteção e segurança; tratamento nacional; tratamento da nação mais favorecida; proteção contra medidas arbitrárias, discricionárias e não razoáveis; e restrições na transferência de capitais¹⁸. O Professor Christoph Schreuer, ao inter-relacionar os diferentes *standards*, asseverou que na prática, muitos se tornaram autônomos e ganharam mais importância, enquanto outros aparecem muitas vezes apenas junto com outros, e que essa evolução se deu com a prática do final da década de 90, se estendendo por 10 anos com o crescimento depressa da arbitragem de investimentos nesses anos¹⁹.

O direito à propriedade e o respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* são pilares das relações entre Estados e investidores estrangeiros²⁰. Tais princípios base deram origem aos princípios basilares do investimento estrangeiro, como a compensação devida em caso de expropriação pelo estado, e o tratamento justo e

¹⁴ ALEXANDROV, S. Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is It Still Unknown Territory? In: YANNACA-SMALL, K. **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 324.

¹⁵ VAN HARTEN, G. **Investment Treaty Arbitration and Public Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007. p. 81.

¹⁶ *Ibid.*, p. 81.

¹⁷ *Ibid.*, p. 81.

¹⁸ SCHREUER, C., Introduction: Interrelationship of Standards. IN: REINISCH, A. **Standards of Investment Protection**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. pp. 1-7.

¹⁹ *Ibid.*, p. 1.

²⁰ ALEXANDROV, *Op. cit.*, pp. 324-325.

equitativo conferido a investidores estrangeiros²¹. São estes os princípios definidos e defendidos pelos tratados bilaterais de investimento atuais, que explicitamente e extensivamente incluem direitos contratuais²². Os direitos contratuais são cobertos pela definição de investimento, e além do tratamento justo e equitativo, caem no âmbito de outras proteções substantivas conferidas pelo tratado²³.

A existência da umbrella clause no tratado significa um *standard* do tratado independente, através do qual o investidor pode requerer que o Estado honre sua promessa original independentemente de mudanças subsequentes em sua lei²⁴. Essa construção confere à cláusula uma esfera de operação independente e adicional no plano do direito internacional²⁵.

Para McLachlan, Shore e Weiniger, a umbrella clause é um *standard* independente do tratado, e seria também uma fonte de proteção substantiva independente dos tratados de investimento²⁶. Susan Franck aponta que a implementação de direitos e obrigações em tratados ofereceu novo e acordado conjunto de direitos substantivos a investidores estrangeiros, como os direitos à compensação por expropriação, tratamento nacional e tratamento justo e equitativo²⁷.

O presente trabalho fará menção a diversas decisões proferidas por tribunais internacionais em arbitragens de investimento, considerando a autoridade expressiva atribuída a elas no direito internacional de investimentos²⁸. O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, considerado rol das fontes das normas do direito internacional, determina as fontes aplicáveis ao mesmo, sendo elas Convenções Internacionais, o direito costumeiro internacional, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas²⁹. Decisões judiciais, ainda que não

²¹ *Ibid.*, pp. 324-325.

²² *Ibid.*, pp. 324-325.

²³ *Ibid.*, 324-325.

²⁴ McLACHLAN, SHORE e WEINIGER, *Op. cit.*, para. 4.114.

²⁵ *Ibid.*, para. 4.114.

²⁶ *Ibid.*, paras. 4.113-114.

²⁷ FRANCK, S. Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements. In: SAUVANT, K. **Appeals Mechanism in International Investment Disputes**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 149.

²⁸ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, pp. 35-36; ICSID. AES Corp. v. Argentina. Decisão de Jurisdição. ARB/02/17. 26.04.2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0011.pdf>> paras. 17-33; ICSID. Saipem SpA. v. Bangladesh. Decisão de Jurisdição. ARB 05/07. 21 março 2007. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0733.pdf>> para. 67.

²⁹ **Corte Internacional de Justiça**, art. 38: "A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais,

vinculantes, são reconhecidas pelo artigo como meios subsidiários para a determinação de regras de direito.

Após a introdução que tratou principalmente da proteção ao investimento estrangeiro, em suas origens históricas e panorama atual, passo a introduzir a divisão metodológica do presente trabalho. O capítulo segundo apresenta um panorama geral do direito internacional de investimento, tratando da arbitragem investidor-Estado baseada em tratados de investimento (2.1), e do consentimento na arbitragem internacional de investimentos (2.2). O terceiro capítulo aborda as *umbrella clauses* nos tratados bilaterais de investimento, apresentando sua função (3.1) e origens da cláusula e suas diferentes redações (3.2). Considerando a proposta do presente trabalho é que se considera, no capítulo terceiro, principalmente os tratados bilaterais de investimento, já que são o principal veículo das *umbrella clauses*. Entretanto, faz-se referência também a alguns tratados multilaterais de investimento, para fins demonstrativos e comparativos.

Ainda, no capítulo quatro, o tema é desenvolvido com a apresentação dos efeitos gerados pelas *umbrella clauses*, e é feita a distinção entre uma violação contratual e uma violação de tratado (4.1) e abordados os casos em que o tribunal arbitral tem jurisdição sobre demandas de origem contratual o direito de ação que resulta dos efeitos das *umbrella clauses* (4.2).

Finalmente, o quinto capítulo apresenta as diferentes interpretações concedidas pelos tribunais arbitrais à *umbrella clause*, principalmente a partir dos primeiros tribunais a se depararem com a tarefa de interpretar tal previsão, em *SGS v. Paquistão* e *SGS v. Filipinas*. A conclusão versa sobre a questão de se há ou não consistência na interpretação da cláusula de cumprimento de obrigações pelos tribunais, da importância de tal consistência, e de qual viés interpretativo dos efeitos da cláusula seria o mais adotado.

quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”.

2 INVESTIDORES NO DIREITO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS

Em 1796 foi assinado o primeiro Tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre os Estados Unidos e a França, que destacava a proteção da propriedade de estrangeiros pelas regras do direito internacional³⁰. Entretanto, no século dezenove, a prática de tratados internacionais não conferia proteção à propriedade de estrangeiros com base em padrões autônomos do próprio direito internacional, mas sim ao fazer referência aos sistemas jurídicos estatais³¹. Nos séculos dezenove e vinte, regras de direito internacional independentes dos ordenamentos estatais passaram a ser aceitas para reger a proteção do estrangeiro à medidas inaceitáveis pelo Estado Receptor, considerando a revolução Russa, a doutrina Calvo³² e a posição Mexicana à carta do Secretário de Estado Cordell Hull³³. Tais regras de direito internacional resultaram no padrão internacional mínimo de tratamento a estrangeiros³⁴. O padrão mínimo tratava do status do estrangeiro em geral, aplicação de direitos processuais no direito penal, direito civil e direitos em relação às respectivas propriedades privadas³⁵.

Entre 1945 e 1990, havia muitos confrontos entre os países que tinham acabado de conquistar a independência e Estados exportadores de capitais. Em 1962, a Resolução 1803 da Assembleia Geral da ONU pactuou o compromisso de que compensação apropriada seria devida em caso de expropriação, traçando um meio termo entre os confrontos de noções rígidas de soberania e do desenvolvimento de investimentos, e passou a existir um consenso de que acordos de investimento estrangeiro concluídos por um país deveriam ser observados em boa fé³⁶.

³⁰ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 11.

³¹ *Ibid.*, p. 11-12.

³² *Ibid.*, p. 12. A doutrina Calvo é baseada no estudo do jurista argentino Carlos Calvo, de que estrangeiros devem buscar seus direitos perante cortes domésticas e não teriam o direito de proteção diplomática pelo seu Estado tampouco acesso a tribunais internacionais.

³³ *Ibid.*, p. 13. Após a nacionalização de interesses dos EUA em negócios agrários e de petróleo do México, o Secretário de Estado Americano Cordell Hull enviou carta ao Estado requerendo compensação pela expropriação, e a posição do México foi de que a doutrina Calvo se aplicaria.

³⁴ *Ibid.*, p. 13.

³⁵ *Ibid.*, p. 14

³⁶ *Ibid.*, p. 14-15.

Em 1990, restou claro que a visão socialista da propriedade teria entrado em colapso, com a queda da União Soviética³⁷. A chamada para independência econômica da crise financeira na América Latina fez com que os países passassem a concluir tratados bilaterais de investimento com propósitos contrários à doutrina Calvo³⁸. As instituições financeiras internacionais revisavam suas posições acerca do papel do investimento privado, e o Consenso Washington daria ênfase no setor privado no processo de desenvolvimento, o que simbolizou a base da concepção dominante em desenvolvimento e sua visão positiva ao investimento estrangeiro³⁹. Em 1992, tal concepção foi confirmada no Preâmbulo das Diretrizes do Banco Mundial ao Tratamento de Investimento Estrangeiro Direto. Referido documento reconhece que:

“um maior fluxo de investimento estrangeiro direto traz benefícios substanciais a economia mundial e particularmente às econômicas de países em desenvolvimento, em termos de melhorar a eficiência a longo prazo do Estado receptor através de maior competição, transferência de capital, tecnologia e características gerenciais e ao destaque do acesso de mercado e seus termos da expansão do comércio internacional”⁴⁰.

Essa nova atmosfera nas relações internacionais econômicas alterou a visão de que as regras costumeiras de proteção ao investimento estrangeiro deveriam ser evitadas, e os Estados importadores de capitais não mais se opunham ao direito costumeiro clássico, mas sim garantiam mais proteção ao investimento estrangeiro do que a primeira concedia, baseando-se em tratados negociados com o propósito de atrair mais investimento estrangeiro⁴¹. A regra Hull⁴² passou a estar presente em centenas de novos tratados bilaterais de investimento e acordos multilaterais como o Tratado da Carta da Energia adotado em 1994 ou Tratado Norte-Americano de Livre

³⁷ *Ibid.*, p. 15.

³⁸ *Ibid.*, p. 15.

³⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁰ Grupo do Banco Mundial. **Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment** apud DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 16. Tradução livre de: “*that a greater flow of foreign direct investment brings substantial benefits to bear on the world economy and on the economies of developing countries in particular, in terms of improving the long term efficiency of the host country through greater competition, transfer of capital, technology and managerial skills and enhancement of market access and in terms of the expansion of international trade.*” Disponível em: <<http://italaw.com/documents/WorldBank.pdf>>.

⁴¹ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 16.

⁴² *Ibid.*, p. 13.

Comércio (NAFTA – *North-American Free-Trade Agreement*), no mesmo ano. O foco dos anos 90 passou a negociação de novos tratados em investimento estrangeiro⁴³.

Com tal liberalização mundial de políticas regulatórias do investimento estrangeiro direto, as oportunidades para que as empresas pudessem crescer fora de seus países aumentaram, e essa nova forma de mercado trouxe vantagens de competição e expansão a estas empresas, bem como beneficiou Estados pois proporciona significativo desenvolvimento econômico⁴⁴. Essa grande atração fez com que as disputas geradas a partir de investimentos estrangeiros diretos aumentassem⁴⁵. O ICSID – *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* ou Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos, criado em 1965, é instituição atualmente responsável por cerca de 62% de todas as disputas envolvendo investimento estrangeiro direto, e até então, 158 países ratificaram a Convenção de Washington de 1965, que implementou o Centro⁴⁶.

A criação do ICSID significou o passo mais inovador na história moderna da cooperação internacional referente ao papel e proteção do direito estrangeiro, tendo sido a criação de um centro de resolução de disputas de direito de investimento estrangeiro, feito nascer um tratado multilateral, e trazido segurança jurídica à resolução de disputas entre investidores e Estados, sendo as sentenças ICSID diretamente exequíveis dentro dos territórios de todos os Estados signatários⁴⁷. Entrando no tema da resolução de disputas do direito internacional de investimentos, passa-se a tratar da arbitragem investidor-Estado baseada em tratados de investimento (2.1) e do consentimento na arbitragem internacional de investimentos (2.2).

2.1 ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO BASEADA EM TRATADOS DE INVESTIMENTO

⁴³ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁴ SAUVANT, K. The Rise of International Investment, Investment Agreements and Investment Disputes. In: __. **Appeals Mechanism in International Investment Disputes**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. pp. 4-5.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 4-5.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 13. Desde 01.11.2013, informação disponível em:

⁴⁷ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 20.

Em 2013, existiam mais de 3,200 tratados no regime de investimento internacional, incluindo 2,860 tratados bilaterais de investimento e mais de 340 diversos acordos de investimento internacional, tais como acordos de livre comércio, acordos de parceria econômica, ou acordos de quadros normativos com dimensão de investimentos⁴⁸. Em 2014, a UNCTAD publicou seu relatório anual de casos de disputas entre investidores e Estados, e constatou que o número total de casos baseados em tratados de investimento atingiu 568⁴⁹.

O Estado atua com estrangeiros através de relações comerciais (*jure gestionis*) e relações de soberania (*jure imperii*). Os possíveis e disponíveis mecanismos ao investidor estrangeiro que procura a solução de litígios surgidos devido a problemas da atuação do Estado são as cortes estatais de seu Estado de origem, as cortes estatais do Estado receptor do investimento, e a resolução através de tribunais internacionais e arbitragem⁵⁰.

Van Harten diferencia o sistema da arbitragem de tratados de investimentos da arbitragem comercial por ser o sistema da primeira determinado por um ato soberano do estado, utilizado predominantemente para resolver disputas oriundas do exercício desta autoridade soberana⁵¹. A questão a ser discutida na arbitragem internacional de investimentos trata do relacionamento entre o Estado e indivíduos sujeitos ao exercício da autoridade pública deste Estado, diferente da arbitragem consensual oriunda de disputas internacionais convencionais em que ambas as Partes são Estados, ou as de natureza comercial, em que ambas as Partes são entes privados. O direito de investimento internacional inclui a regulamentação entre Estado e indivíduo, ao contrário de relacionamento recíproco entre partes jurídicas iguais, e é diferente de qualquer forma de arbitragem internacional⁵².

Para determinar o escopo da imunidade estatal, deve-se distinguir os atos soberanos (*jure imperii*) dos atos comerciais (*jure gestionis*) e uma maneira é

⁴⁸ UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **International investment policymaking is in transition**. Junho de 2013. Acesso em 14.10.2014. Disponível em: <[http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=548&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment%20and%20Enterprise;#607;#International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\);#20;#UNCTAD%20Home](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=548&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment%20and%20Enterprise;#607;#International%20Investment%20Agreements%20(IIA);#20;#UNCTAD%20Home)>.

⁴⁹ UNCTAD – Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento. **Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)**. Abril de 2014. Acesso em 26.10.2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>

⁵⁰ VAN HARTEN, *Op. cit.*, p. 47. Assim seria, para Van Harten, o efeito que os tratados de investimento trouxeram aos Estados, entregando aos árbitros uma jurisdição compreensiva para resolver disputas entre investidor e Estado na esfera regulamentar.

⁵¹ *Ibid.*, p. 45

⁵² *Id.*

analisar o princípio da imunidade de jurisdição que tem que a autoridade de um Estado não é sujeita à resolução de disputas nos tribunais do outro⁵³. Ainda, é possível analisar o caráter dos atos relevantes do Estado e se tais atos são atos tidos pelo Estado por si só, como um soberano jurídico, ou se como um particular, bem como a natureza da transação ou relacionamentos jurídicos do Estado, para determinar se o Estado agiu em exercício de sua autoridade soberana ou como particular.⁵⁴ Na arbitragem de investimentos, um meio termo entre o *jure imperii* e *jure gestionis* é aceito, e Van Harten aponta que existem “áreas cinzas” significativas notadamente no tocante às cláusulas de estabilização dos contratos de investimento e umbrella clauses nos tratados de investimentos⁵⁵. Seria, para ele, uma expressão única do soberano como entidade jurídica no plano internacional⁵⁶.

Paulsson tem que a possibilidade de ação direta conferida pelos tratados de investimento não teria o objetivo de favorecer o estrangeiro, mas apenas favorecer a neutralidade, quanto ao foro⁵⁷. Os estrangeiros devem acreditar na promessa dos Estados, e os tratados de investimento oferecem suporte para atingir esse objetivo, e não o objetivo de tirar algo dos Estados⁵⁸.

A Convenção do ICSID simbolizou o princípio da arbitragem de investimentos contemporânea pois abriu espaço para tratados que estabelecessem o consentimento geral dos Estados à arbitragem obrigatória para dirimir conflitos, e ainda para a utilização da arbitragem internacional para regulamentar os Estados em suas capacidades soberanas⁵⁹.

2.2 O CONSENTIMENTO GERAL E O CONSENTIMENTO ESPECÍFICO NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS

⁵³ *Ibid.*, p. 46. O STF já reconheceu que, em determinadas e específicas controvérsias, como as de direito privado, não deve prevalecer o princípio da imunidade jurisdicional absoluta, circunstância que legitimaria “a plena submissão de qualquer Estado estrangeiro à jurisdição doméstica do Poder Judiciário nacional”. Supremo Tribunal Federal (RTJ 133/159 - RTJ 161/643-644) quanto a do Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 8/39 - RSTJ 9/53 - RSTJ 13/45) citadas no RE nº 222.368-PE, Rel. Min. Celso de Mello. 28.02.2002. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

⁵⁴ VAN HARTEN, *Op. cit.*, p. 47.

⁵⁵ *Id.* e ICSID. BP American Production Co. v República da Argentina. Decisão de Jurisdição. ARB 04/8. 27.07.2006. Disponível em: <<http://italaw.com/documents/PanAmericanBPJurisdiction-eng.pdf>>.

⁵⁶ VAN HARTEN, *Op. cit.*, p. 47.

⁵⁷ PAULSSON, J. **Arbitration Without Privity**. 10 ICSID Rev., 1995. p. 256.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 256.

⁵⁹ VAN HARTEN, *Op. cit.*, pp. 35-36

Considerando o escopo do tema, para discutir a questão do direito de ação gerado pelos efeitos da *umbrella clause*, é necessário também traçar alguns pontos acerca do consentimento na arbitragem internacional de investimentos.

Paulsson afirma que, no “novo mundo da arbitragem”, o requerente não precisa ter uma relação contratual com o requerido, e o requerido não poderia ter dado início à arbitragem, e nem é certo que pode trazer reconvenção ou pedido contraposto⁶⁰. Refere-se o autor aos tratados de investimento, que permitem que demandantes privados tenham recursos diretos em relação a diversas questões, e estenderiam dramaticamente a jurisdição arbitral no plano internacional, conferindo direitos legis em casos individuais onde a parte lesionada pode propor a ação diretamente, permitindo que inúmeros investidores no futuro e no presente tenham o direito de discutir através de arbitragem inúmeras questões que surjam de ações de uma grande possibilidade de autoridades públicas, independente da existência de acordo específico concluído com os referidos demandantes⁶¹.

A doutrina questiona se o tribunal tem ou não jurisdição sobre as demandas originadas no contrato, já que um dos fundamentos da arbitragem internacional é de que a jurisdição decorre da expressa vontade das partes em submeter litígio à arbitragem⁶². Isto é, se o contrato não contém cláusula de arbitragem tal como aquela prevista no TBI, teoricamente somente as divergências sobre o TBI poderiam ser decididas pela via arbitral.

Porém, como explanado por Reinisch, a violação contratual coexiste com a de tratado, daí a invocação da jurisdição do tribunal⁶³. Contudo, permanece a questão de que ainda seria necessária a análise dos termos do contrato para verificar a violação que passou a ser também abarcada pelo tratado. Notadamente, ao trazer uma violação contratual à cúpula protetiva do tratado bilateral de investimentos, à primeira vista a *umbrella clause* pode trazer à jurisdição do tribunal internacional questões que *a priori* não tivessem passado pelo processo de consentimento da arbitragem.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 232

⁶¹ *Ibid.*, p. 233.

⁶² FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999. paras. 11 e 46.

⁶³ REINISCH, A. **Umbrella clauses. Seminar on International Investment Protection**. 2006-2007. Disponível em: <https://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf>.

A limitação da escolha democrática dos Estados em nível doméstico imposta pelas obrigações nos tratados bilaterais de investimento é notável⁶⁴. Parte-se da premissa de que a proteção que o investidor estrangeiro tem direito sob o direito internacional no território do Estado receptor nasce nos direitos do Estado da nacionalidade do investidor. Os tratados de investimento autorizam os investidores a propor ações e buscar indenização por suposta violação do direito internacional, e principalmente autorizam quando e como iniciar tais medidas⁶⁵. O consentimento orientado pelo futuro faz com que a arbitragem de investimentos seja um desenvolvimento significativo no direito internacional e inovação na resolução internacional de disputas⁶⁶.

A arbitragem de investimentos, como toda forma de arbitragem, é baseada em um acordo, e o consentimento à arbitragem pelo Estado receptor e pelo investidor é requerimento indispensável para a jurisdição de um tribunal arbitral⁶⁷. Pode ser configurado em três maneiras diferentes: através de um acordo direto entre as Partes, através de provisão na legislação nacional do Estado receptor, ou então através de um tratado entre o Estado receptor e o Estado nacional do investidor⁶⁸.

No primeiro caso, o consentimento pode ser expressado em cláusula de acordo entre as Partes em relação a futuros litígios, ou pode ser acordado através de compromisso arbitral uma vez que os litígios tenham se iniciado⁶⁹.

Quando o consentimento é configurado pela existência de provisões no ordenamento jurídico do Estado receptor, o investidor deve aceitar tal oferta para consentir com a arbitragem⁷⁰. Para isso, a mera instituição de demanda é considerada como um aceite por parte do investidor⁷¹. Schreuer tem que a melhor opção para o investidor seria aceitar tal oferta em quadro anterior ao surgimento do litígio, pois o Estado poderia remover a oferta unilateralmente a qualquer tempo caso não fosse aceita pelo investidor ou não surgissem litígios, em tal forma particular de

⁶⁴ VAN HARTEN, *Op. cit.*, p. 97.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ VAN HARTEN, *Op. cit.*, p. 101.

⁶⁷ SCHREUER, C. Consent to Arbitration. In: MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F.; SCHREUER, C. (ed.) **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 831

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Ibid.*, p. 832.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 833.

⁷¹ *Ibid.*, p. 834.

consentimento⁷². Tal forma também pode apresentar condições, prazos ou formalidades⁷³.

A terceira forma em que o consentimento pode aparecer é através de tratado investidor-Estado, ou os TBIs⁷⁴. Em sua maioria, os tratados bilaterais contém cláusulas prevendo arbitragem aos nacionais de uma parte de um Estado que entrem com demandas contra partes nacionais do outro Estado⁷⁵. Os tratados multilaterais também possuem o mesmo método de consentimento⁷⁶. As ofertas de investimento presentes nos tratados devem ser também aceitas pelo investidor⁷⁷.

Existem cláusulas que exprimem provisões expressas de consentimento, declarando que cada parte contratante “consente” à arbitragem, ou que a disputa “deverá ser direcionada à arbitragem”⁷⁸. No entanto, nem todas são vinculantes, pois algumas dependem de consentimento futuro do Estado, e configuram promessas de consentimento⁷⁹. Ainda é possível que o TBI preveja uma consideração que simpatize com um requerimento de resolução de disputas por arbitragem por parte do investidor, ou então um acordo futuro entre o Estado receptor e o investimento que contenha consentimento à arbitragem⁸⁰. Para Schreuer, estas cláusulas são fracas e não vinculam o Estado à consentir com a arbitragem⁸¹.

O consentimento é um fator crucial na arbitragem comercial, limitado a uma disputa ou relacionamento particular a duas ou mais partes privadas⁸². O Estado, quando age em sua capacidade privada, pode consentir à arbitragem privada, e quando esse consentimento é feito através de um contrato é uma forma de arbitragem comercial⁸³. Esse é o caso de contratos efetuados entre particulares e a administração pública, por exemplo. No Brasil, os contratos de concessão de prestação de serviços públicos e as parcerias público-privadas⁸⁴ não raramente

⁷² *Ibid.*, pp. 834-835.

⁷³ *Id.*; VAN HARTEN, *Op. cit.*, p. 62. Van Harten observa que a arbitragem de investimentos derivada de um contrato seria muito mais previsível e fácil de lidar do que as derivadas de tratados e legislações, pois a questão em disputa seria delimitada e especificada, sendo os investidores partes contratantes e projetos os mesmos.

⁷⁴ SCHREUER, *Op. cit.*, p. 831.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Ibid.*, p. 836.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.*

⁸² VAN HARTEN, *Op. cit.*, p. 62.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ Regulados, respectivamente, pelas Leis nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004.

preveem arbitragem como resolução de disputas e o STJ já reconheceu que não há impedimento na utilização da arbitragem em contratos administrativos⁸⁵.

A relação entre investidores estrangeiros e Estados geralmente se dá através de contratos, e muitos deles contém cláusulas arbitrais e a maioria deles envolvem a atuação do Estado em sua capacidade privada⁸⁶.

O consentimento geral dos Estados à arbitragem para solucionar disputas sob tratados de investimento envolve o consentimento à arbitragem obrigatória em disputas de investidores como um grupo⁸⁷. O potencial de Requerentes é muito maior nesse caso, já que qualquer pessoa natural ou jurídica que satisfaça as condições de postulação pode ser configurado como requerente, cujas identidades são desconhecidas pelo Estado no momento do consentimento⁸⁸. Ainda, há grande potencial de disputas que podem surgir a partir de qualquer exercício soberano que afete os bens do investidor estrangeiro. O Estado não age em sua capacidade privada em tal forma legal de consentimento, mas exercita autoridade que possui ele próprio como entidade representativa na esfera internacional⁸⁹.

A questão da arbitragem sem ou com privatização é abordada por Jan Paulsson ao tratar da arbitragem de tratados de investimentos. quando ele assevera que o consentimento geral transforma a arbitragem internacional de sua forma de consentimento recíproco à resolução de disputas em forma de acordo regulatório⁹⁰. Van Harten discorda dessa posição pois ela equipara o consentimento geral do Estado ao consentimento específico de um ente privado numa arbitragem comercial⁹¹. O padrão de análise deve ser o do direito privado, e mesmo a arbitragem sem ser privada é entendida nos termos de um compromisso arbitral. O consentimento geral também pode ser visto como uma oferta “de pé”, ativa do Estado para arbitrar com investidores estrangeiros⁹².

⁸⁵ Superior Tribunal de Justiça. REsp 904.813-PR. Companhia Paranaense de Gás Natural – COMPAGAS v. Consórcio Carioca Passarelli. 28 fevereiro 2012; Ver também: Superior Tribunal de Justiça. União v. TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SpE S.A. MS 11.308-DF. 19 maio 2008 e Superior Tribunal de Justiça. REsp 612.439-RS. AES Uruguiana Empreendimentos Ltda. v. Companhia Estadual de Energia do Rio Grande do Sul. 14 setembro 2006.

⁸⁶ VAN HARTEN, *Op. cit.*, p. 63.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Ibid.*, p. 64.

⁹⁰ PAULSSON, *Op. cit.*, pp. 232 e 256.

⁹¹ VAN HARTEN, *Op. cit.*, p. 64.

⁹² *Ibid.*, pp. 64 e 125.

Para Van Harten, o consentimento geral é unicamente um ato soberano. Através do consentimento específico, para se comprometer ao nível de proteção ao investidor e responsabilidade do Estado, um Estado teria de concluir um acordo separado com cada um dos investidores estrangeiros em seu território, e isso seria absurdo e nada prático⁹³.

Já o consentimento do investidor nunca pode ser geral. Seu consentimento se torna possível por um *bargain* entre estados, e não por um acordo privado, e é sempre específico – para que um investidor seja sancionado à arbitragem internacional compulsória, faz-se necessário o consentimento de seu país de nacionalidade⁹⁴.

⁹³ *Ibid.*, p. 65.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 68-69.

3 AS UMBRELLA CLAUSES NOS TRATADOS DE INVESTIMENTO

Considerando o que foi tratado no segundo capítulo, os Estados têm obrigações de proteção aos investidores, que são encontradas nos tratados de investimento em forma de padrões subjetivos de proteção. Ainda, os Estados têm obrigações contratuais que não necessariamente reproduzem obrigações dos tratados.

Umbrella clauses são “disposições que buscam garantir que cada Parte respeitará obrigações específicas em relação aos indivíduos ou empresas da outra Parte”⁹⁵. A provisão tem importância particular pois protege os direitos contratuais do investidor contra qualquer interferência que possa ser causada por simples quebra do contrato ou por atos legislativos ou administrativos⁹⁶. Ainda, podem ser infringidos os direitos contratuais por não restar claro no direito internacional se tais medidas constituem quebras de obrigações internacionais⁹⁷.

Para Schreuer, as umbrella clauses teriam sido adicionadas aos TBIs para trazer proteções adicionais aos investidores, além dos padrões internacionais tradicionais⁹⁸. O termo umbrella clause é utilizado, de acordo com o autor, pois as cláusulas deslocam obrigações referentes ao contrato sob o guarda-chuva da proteção oferecido através dos padrões substantivos do TBI, de modo que uma violação ao contrato signifique uma violação ao tratado⁹⁹.

As umbrella clauses conferem direito de proteção e direito de ação. Se uma violação de TBI pode ser resolvida por arbitragem, também cabe a resolução à violação de contrato que acarretar em violação de tratado. Uma provisão num TBI que ofereça consentimento à arbitragem para solucionar violações do TBI é estendida à violações do contrato acobertado pela umbrella clause.

Outras nomenclaturas incluem “*mirror effect*”, “*elevator*”, “*parallel effect*”, “*sanctity of contract*”, “*respect clause*”, traduzidas, respectivamente, em “efeito espelho”, “elevador”, “efeito paralelo”, “santidade do contrato”, e “cláusula de

⁹⁵ DOLZER, C.; STEVENS, M. **Bilateral Investment Treaties**. Kluwer Law, 1995. pp. 81-82.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ SCHREUER, C. **Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road**. IN: Journal of World Investment, 2004. pp. 231-256.

⁹⁹ *Id.*; SCHREUER, *Op. cit.*, p. 839.

respeito”¹⁰⁰. A doutrina faz referência também a cláusulas de observância de compromissos, do cumprimento de obrigações, e também a cláusulas *pacta sunt servanda*.

A previsão exposta tem uma esfera de operação independente no plano do direito internacional, e une a operação da cláusula com o requerimento geral que emerge na jurisprudência na divisão de demandas contratuais e de tratado¹⁰¹. Para Sornarajah, a redação é caracterizada como “*catch-all statement*”, ou um enunciado amplo e geral, considerando que incumbe compromissos gerais e tende a ter uma descrição ampla das obrigações a que o Estado tenha concordado que seriam condicionadas à proteção pelo tratado¹⁰².

Sua existência pode ser traçada desde a década de 50, na “Minuta Abs e no primeiro TBI, assinado entre a Alemanha e o Paquistão em 1959¹⁰³. Porém, seus efeitos passaram a ser discutidos na doutrina e jurisprudência a partir das disputas de *SGS Société Générale de Surveillance SA* contra o Paquistão e as Filipinas, duas interpretações diferentes que deram origem às demais, e que serão tratadas no capítulo quatro do presente trabalho. A origem da cláusula e os seus diferentes tipos de redação (3.1) e o papel das umbrella clauses (3.2) serão tratados a seguir.

3.1 A FUNÇÃO DAS UMBRELLA CLAUSES

As umbrella clauses seriam, no direito internacional de investimento, uma maneira de efetivar a aplicação dos princípios do direito internacional de proteção à propriedade e investimento estrangeiro, e de utilizar os tratados bilaterais de investimento para isso¹⁰⁴. Esse fenômeno seria observado desde as negociações nas disputas de nacionalização de petróleo iraniano até a minuta Abs-Shawcross de 1959, cujo Artigo II foi a umbrella clause pioneira no direito de investimento estrangeiro¹⁰⁵.

¹⁰⁰ YANNACA-SMALL, K. **Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements**. OECD Working Papers on International Investment. 2006/03. OECD Publishing, 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>>. p. 3

¹⁰¹ McLACHLAN, SHORE e WEINIGER, *Op. cit.*, para. 4.114.

¹⁰² SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 3a ed., Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010. p. 304.

¹⁰³ **Tratado Bilateral de Investimento entre Alemanha e Paquistão**. 1959. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/160/treaty/1732>>.

¹⁰⁴ McLACHLAN, SHORE e WEINIGER, *Op. cit.*, para. 4.43.

¹⁰⁵ *Id.*

Teriam um efeito de elevação de obrigações contratuais entre o investidor e o estado, ao nível do tratado assinado entre tal estado receptor e o estado ao qual o investidor pertence, justificando assim o uso de tais expressões pela doutrina estrangeira. Seria uma proteção adicional destinada aos investidores¹⁰⁶.

Além de proteção internacional, a umbrella clause tem a função de conferir causa de pedir à uma violação ao contrato de investimento estrangeiro, caso configure-se o entendimento de que a violação contratual deu causa a violação do tratado bilateral de investimento. A causa de pedir é, de acordo com a teoria geral do processo, um dos elementos que configuram as condições da ação, para Liebman e os sucessivos processualistas do sistema do *civil law* que adotaram sua teoria¹⁰⁷. Destarte, em caso de disputa entre investidor estrangeiro de um dos Estados signatários e o outro Estado signatário, a causa de pedir poderá ter origem no contrato de investimento entre o investidor e o Estado, ou no tratado bilateral de investimento assinado entre os dois Estados.

A umbrella clause foi desenvolvida com o objetivo principal de tornar a proteção diplomática disponível não apenas para quebras evidentes do direito internacional mas também para simples violações contratuais por Estados¹⁰⁸. A obstinação dos Estados em exercer seus direitos de proteção diplomática limitava a relevância prática da cláusula¹⁰⁹. Para Reinisch, com a ascensão da arbitragem entre investidores e Estados, a situação poderia ter mudado, mas não foi até 2003 que o primeiro Tribunal ICSID teve de decidir tal questão e analisar a provisão da umbrella clause¹¹⁰.

As umbrella clauses levantam uma questão substancial, diferente de questões de admissibilidade ou jurisdição. A questão levantada é se a inclusão de tal cláusula no tratado transforma a natureza da obrigação em execução, de maneira que o tribunal se encontre diante de violação ao tratado e não mera violação contratual¹¹¹. Destarte, a existência de umbrella clause apresenta um padrão independente de tratado através do qual o investidor poderá garantir que o Estado

¹⁰⁶ YANNACA-SMALL, *Op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁷ Enrico Tulio Liebman *apud* MARINONI, L.G. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. pp. 172-173.

¹⁰⁸ REINISCH, *Op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ McLACHLAN, SHORE e WEINIGER, *Op. cit.*, para. 4.97.

honre com sua barganha original, independentemente de mudanças subsequentes na lei aplicável¹¹².

A discussão atual encontra-se voltada ao escopo de aplicação dos efeitos da cláusula, às condições de aplicação particularmente quanto à natureza das obrigações por ela governadas e aos indivíduos vinculados às obrigações que envolvem a cláusula¹¹³. Nesse sentido, a natureza *ratione materiae* e *ratione personae* encontram-se em maior evidência, diferente do início do debate, quando o que era discutido era a elevação das obrigações inerentes à cláusula¹¹⁴.

3.2 A ORIGEM DA CLÁUSULA E OS DIFERENTES TIPOS DE REDAÇÃO EXISTENTES NOS TRATADOS

O escopo do consentimento à arbitragem internacional nos TBIs pode variar de acordo com as diferentes possíveis redações de cada um. Muitas das cláusulas neles inseridas contém frases como “todas as disputas envolvendo investimentos” ou “qualquer disputa jurídica envolvendo um investimento”¹¹⁵. Para Schreuer, tais provisões não restringem a jurisdição de um tribunal a demandas oriundas dos conceitos substantivos do TBI, e os termos dessas cláusulas de consentimento incluiriam disputas que iriam além da interpretação e aplicação do próprio TBI e incluiriam disputas derivadas de um contrato relacionado ao investimento¹¹⁶.

Em 2013, os dados estatísticos da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento reportaram a existência de 2,860 tratados bilaterais de investimentos concluídos¹¹⁷. Dos aproximados 2700 tratados existentes em 2009, 40% deles já continham uma cláusula de observância de compromissos¹¹⁸. Alguns

¹¹² *Ibid.*, para. 4.114.

¹¹³ YANNACA-SMALL, K. What About This “Umbrella Clause”? In: _____. **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 486.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ SCHREUER, *Op. cit.*, pp. 837-838.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 838.

¹¹⁷ United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento **International investment policymaking is in transition**. 20.06.2013. Acesso em 14 Outubro 2014. Disponível em: <[http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=548&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment%20and%20Enterprise;#607;#International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\);#20;#UNCTAD%20Home](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=548&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment%20and%20Enterprise;#607;#International%20Investment%20Agreements%20(IIA);#20;#UNCTAD%20Home)>.

¹¹⁸ YANNACA-SMALL 2, *Op. cit.*, p. 5.

países incluem as referidas cláusulas em menos TBIs, o que é o caso da França, Austrália, Japão e Canadá¹¹⁹.

O contexto histórico-jurídico da origem da cláusula pode ser traçado a partir do final da Segunda Guerra Mundial, em controvérsias quanto ao status de acordos de investimentos como contratos sujeitos às leis domésticas do Estado receptor, ou, alternativamente, como obrigações em nível de direito internacional.¹²⁰ Antes de 1939, a Corte Permanente de Justiça Internacional teria proferido decisão no caso *Serbian Loans*, de que a regra estabelecida pelo direito internacional seria que em circunstâncias comuns uma violação contratual pelo Estado não acarretaria na responsabilidade internacional direta daquele Estado, e que um contrato assinado por um Estado não na sua capacidade de sujeito de direito internacional seria baseado na lei municipal¹²¹.

A primeira utilização desse tipo de cláusula como cláusula de proteção ocorreu na “Minuta Abs” em seu artigo 4, e então reformulado no artigo II da minuta da mesma convenção de 1959:

“Na medida que exista tratamento melhor prometido a não nacionais do que sob acordos intergovernamentais ou outros tipos de acordos, ou ainda decretos administrativos de uma das Partes Contratantes, incluindo cláusulas de nação mais favorável, tais promessas deverão prevalecer”¹²².

O primeiro tratado bilateral moderno de investimentos, entre a Alemanha e o Paquistão de 1959, já continha uma cláusula do mesmo tipo daquele no atual Modelo de Tratado Alemão, em seu artigo 7:

“Cada Parte deverá observar qualquer outra obrigação que tenha acordado em relação a investimentos por indivíduos cidadãos ou empresas da outra parte”¹²³.

¹¹⁹ *Ibid.*; p. 6

¹²⁰ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 154.

¹²¹ Corte Permanente de Justiça Internacional. Decisão N. 14, Série A, Nº 20. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AA_20/62_Emprunts_Serbes_Arret.pdf>;

¹²² Tradução livre de: *“In so far as better treatment is promised to non-nationals than to nationals either under intergovernmental or other agreements or by administrative decrees of one of the High Contracting Parties, including most-favoured nation clauses, such promises shall prevail”.*

¹²³ Tradução livre de: *“Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other party”* apud YANNACA-SMALL 2, *Op. cit.*, p. 1.

De acordo com Dolzer e Schreuer, o governo alemão teria informado o Parlamento sobre o efeito gerado por uma umbrella clause, explicando que a violação de obrigação contida num acordo de investimento também acarretaria em violação de obrigação jurídica internacional contida no Tratado¹²⁴.

A provisão de observância de compromissos encontra-se presente também no núcleo substantivo da minuta de 1967 da Convenção sobre a Proteção de Propriedade Estrangeira da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE):

“Cada Parte deverá em todos os momentos garantir a observância de obrigações assumidas por ela em relação à propriedade de indivíduos cidadãos ou empresas nacionais de qualquer outra Parte”¹²⁵.

Os comentários à minuta da OCDE tratam da umbrella clause como protetora de obrigações aceitas pelo Estado receptor em relação a propriedade estrangeira¹²⁶. O entendimento dos comentaristas da minuta da Convenção da OCDE é de que naquela época, ainda que a cláusula fosse direcionada a obrigações internacionais, seu foco seria em obrigações contratuais aceitas pelo Estado receptor em relação à propriedade estrangeira. Brower teria levantado a possibilidade de que o escopo *ratione materiae* da provisão supracitada seria limitado para que se aplicasse especificamente a investimentos de larga escala e contratos de concessão, pois ao ingressar em tais acordos o Estado estaria deliberadamente exercendo sua soberania¹²⁷. Prosper Weil e F. Mann falam sobre a transformação de obrigação contratual entre investidor e Estado em obrigação de direito internacional pela umbrella clause, ainda notadamente quando o tratado inclui cláusula que obrigue o Estado a respeitar referido contrato¹²⁸. Para Yannica-Small, de acordo com essa posição, poderia ser argumentado que os contratos comerciais comuns seriam uma exceção implícita à regra geral presente no artigo da Convenção¹²⁹.

¹²⁴ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 154.

¹²⁵ Tradução livre de: “Article 2. Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other Party”.

¹²⁶ YANNACA-SMALL 2, *Op. cit.*, p. 5.

¹²⁷ BROWER *apud* YANNACA-SMALL 2, *Op. cit.*, p. 7.

¹²⁸ PROSPER-WEIL e MANN *apud* YANNACA-SMALL 2, *Op. cit.*, p. 7.

¹²⁹ YANNACA-SMALL, *Op. cit.*, p. 482.

O Artigo 10(1) do Tratado da Carta da Energia, em sua última frase, prevê que:

*“Cada parte Contratante deve cumprir quaisquer obrigações contraídas em relação a um investidor ou a um investimento de um investidor de outra Parte Contratante”*¹³⁰.

Ainda que, em se tratando do Tratado da Carta da Energia, seja possível a derrogação de tal previsão, através dos artigos 26(3)(c) e 27(2), que foi escolhida pelas Partes Austrália, Canadá, Hungria e Noruega, as umbrella clauses são reconhecidas pelos principais Tratados Unilaterais de Investimento como importantes para a proteção de investimentos¹³¹.

O Modelo de Tratado inglês tem como umbrella clause:

“Cada Parte Contratante deverá observar qualquer obrigação que tenha se obrigado em relação a investimentos de nacionais ou empresas da outra Parte Contratante”,

sendo o modelo alemão idêntico, pois trata-se do texto do Tratado da Carta de Energia, em seu art. 10(1). Dolzer e Schreuer estimaram em 2008 que mil tratados em vigor naquele ano conteriam esse tipo de cláusula¹³². O Modelo de Tratado dos Estados Unidos de 2004 e o Modelo Francês não contém tais cláusulas, tampouco o tratado multilateral NAFTA¹³³.

Alguns tratados contém em suas umbrella clauses redação mais detalhada, como é o caso do tratado entre a França e Hong Kong de 1995¹³⁴, que prevê que:

¹³⁰ **Tratado da Carta de Energia:** “Artigo 10. Promoção, Protecção e tratamento de investimentos. 1 – Em conformidade com as disposições do presente Tratado, cada Parte Contratante incentivará e criará condições estáveis, equitativas, favoráveis e transparentes para que investidores de outras Partes Contratantes realizem investimentos no seu território. Essas condições incluirão o compromisso de concessão de um tratamento justo e equitativo, em todos os momentos, a investimentos de investidores de outras Partes Contratantes. Esses investimentos devem também gozar da mais constante protecção e segurança e nenhuma Parte Contratante deve, de forma alguma, prejudicar, através de medidas desproporcionadas ou discriminatórias, a sua gestão, manutenção, uso, fruição ou alienação. Esses investimentos não devem, em caso algum, ser tratados de forma menos favorável que o exigido pelo direito internacional, incluindo obrigações decorrentes de tratados. Cada parte Contratante deve cumprir quaisquer obrigações contraídas em relação a um investidor ou a um investimento de um investidor de outra Parte Contratante. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar36-1996.pdf>>.

¹³¹ YANNACA-SMALL, *Op. cit.*, pp. 482-483.

¹³² DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 153.

¹³³ YANNACA-SMALL 2, *Op. cit.*, p. 14.

¹³⁴ **Accord entre le Gouvernement de la Republique Française et le Gouvernement de Hong Kong sur l’encouragement et la protection reciproques des investissements.** 1995. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1229>>.

“Sem prejuízo às provisões deste Acordo, cada Parte Contratante deverá observar qualquer obrigação particular que tenha se obrigado em relação a investimentos de investidores da outra Parte Contratante, incluindo provisões mais favoráveis daquelas neste Acordo”¹³⁵.

A cláusula do TBI entre Egito e Reino Unido¹³⁶ previa que:

“Cada Parte Contratante deverá observar qualquer obrigação a que tenha se obrigado relacionada a investimentos de nacionais ou empresas da outra Parte Contratante”.

Em contraste, o TBI entre a Argentina e os Estados Unidos¹³⁷ contém a seguinte umbrella clause:

“Cada Parte deverá observar qualquer obrigação a que tenha se vinculado relacionada a investimentos”.

A redação parece muito similar, porém os resultados nos casos CMS Gas Transmission Company e Pan American Energy LLC e BP Argentine Exploration Company – o segundo tratado no último capítulo – contra a Argentina foram opostos. No primeiro, o tribunal concluiu que a obrigação da umbrella clause não teria sido observada pela Requerida, o que resultou na violação das obrigações de proteção previstas no tratado¹³⁸.

Os tribunais atingiram razões razoavelmente próximas no tocante à interpretação das diversas terminologias atribuídas à umbrella clause. Contudo, o Professor August Reinisch declarou que diferentes interpretações ainda poderão ser desenvolvidas e que é possível a futura determinação de diferentes categorias de jurisprudência para cada um dos tipos da umbrella clause. A interpretação dos diferentes tipos de redação das umbrella clauses serão analisados no último capítulo deste trabalho.

¹³⁵ Tradução livre de: *“Without prejudice to the provisions of this Agreement, each Contracting Party shall observe any particular obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party, including provisions more favourable than those of this Agreement.”*

¹³⁶ **Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Arab Republic of Egypt for the Promotion and Protection of Investments.** 11 junho 1975. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1122>>.

¹³⁷ **The Treaty between the United States of America and The Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment.** 14 novembro 1991. Disponível em: <<http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>>.

¹³⁸ ICID. CMS Gas Transmission Company v Argentina. ARB 01/8. Sentença, 12.05.2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>>.

4 OS EFEITOS GERADOS PELAS UMBRELLA CLAUSES

O Professor August Reinisch, em seminário apresentado em 2007 sobre a proteção do investimento internacional, declarou que objetivos legais determinados trouxeram a aplicação da umbrella clause, em contraposição à ideia de que a provisão poderia ser absorvida como supérflua tendo em vista que o princípio de direito da observância de compromissos assumidos por uma parte – *pacta sunt servanda* – já existiria¹³⁹.

Dolzer e Schreuer apontam a delimitação da distinção entre arbitragem de investimentos e arbitragem comercial como um dos efeitos desses tipos de cláusula, notando que sem elas, questões contratuais seriam normalmente resolvidas de acordo com a regulamentação da arbitragem comercial¹⁴⁰.

Mann fala da proteção garantida ao investidor contra qualquer interferência a seus direitos pelo contrato, resultado de mero descumprimento contratual ou ato legislativo ou administrativo, independentemente de se a interferência resulte em expropriação¹⁴¹. Para ele, variações nos termos de um contrato ou licença cometidas por medidas legislativas, término do contrato ou o descumprimento de seus termos pelo não pagamento, dissolução da companhia local com quem o investidor acordou o contrato e a transferência dos bens, com ou sem responsabilidade, cairiam sobre o rol de descumprimentos contratuais que poderiam ser elevados a uma quebra do tratado pelo mecanismo de proteção das umbrella clauses¹⁴².

Gaillard tem que o efeito de espelho de tais cláusulas demonstra de maneira clara a intenção dos Estados, no momento de negociação e redação das cláusulas, de permitir que uma quebra de contrato seja efetivamente caracterizada como quebra da obrigação do tratado internacional do Estado receptor¹⁴³. O efeito da cláusula, para Gaillard, seria refletir ao nível de direito internacional o que é analisado em nível de direito privado aplicável como mera violação contratual¹⁴⁴.

¹³⁹ REINISCH, *Op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁰ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 155.

¹⁴¹ YANNACA-SMALL 2, *Op. cit.*, p. 7.

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ YANNACA-SMALL, *Op. cit.*, p. 488.

¹⁴⁴ *Id.*

Seus principais efeitos seriam a influência nas obrigações substantivas das partes a um contrato de investimento e nas cláusulas de eleição de foro contidas em tal contrato¹⁴⁵. Elihu Lauterpacht teria mencionado pela primeira vez a possibilidade da elevação de uma demanda contratual entre investidor e Estado receptor ao nível de obrigações entre Estados, e teria atribuído à *umbrella clause* o propósito de garantir que a resolução do litígio seria retirada do domínio do sistema jurídico do país para que não fosse governada exclusivamente por ele e suscetível a variações unilaterais¹⁴⁶.

Na análise destes efeitos, é necessário diferenciar descumprimento de obrigação originada no contrato e obrigação do tratado bilateral de investimentos, para então apresentar a relação entre estes descumprimentos, que tem origens distintas mas que podem se encontrar devido às consequências trazidas pela cláusula *pacta sunt servanda* (4.1). Em seguida, é apresentada análise de quando haveria jurisdição do tribunal arbitral constituído através do TBI sobre as demandas de origem contratual e o direito de ação conferido através da aplicação da *umbrella clause* (4.2).

4.1O VÍNCULO ENTRE UM DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E UMA VIOLAÇÃO DE TRATADO

Um princípio básico do direito internacional é a vedação de justificar a quebra de uma obrigação internacional de um Estado a partir de seu regulamento jurídico¹⁴⁷. Esse princípio da supremacia legislativa e o sistema da unidade do Estado, aplicado como um sistema de relações jurídicas entre Estados, torna possível que os Estados façam acordos entre si como unidades distintas na esfera internacional¹⁴⁸.

Esses princípios são aplicados, na arbitragem dos tratados de investimento, no contexto das disputas regulamentares entre estados e investidores. Van Harten tem que isso simboliza uma alteração no princípio da supremacia legislativa advinda da soberania dos Estados¹⁴⁹. É justamente pela existência das obrigações do

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 486.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, art. 27. CMS v. Argentina, *Op. cit.*

¹⁴⁸ VAN HARTEN, *Op. cit.*, pp. 66-67

¹⁴⁹ VAN HARTEN, *Op. cit.*, p. 67.

Estado perante investidores presentes no tratado, que existe tal responsabilidade estatal capaz de derrubar a supremacia da legislação do Estado receptor e da soberania estatal¹⁵⁰.

Dolzer e Schreuer asseveram que a distinção entre a origem da demanda não tornaria simples o entendimento do escopo das *umbrella clauses*, e o que deveria ser levado em consideração para analisar as referidas cláusulas seria o reconhecimento de que, com a presença delas, certos ou todos os tipos de violação de contratos entre o Estado e investidor resultariam em violação do tratado de investimentos¹⁵¹.

A distinção entre *treaty claims* e *contract claims*, ou demandas cuja causa de agir encontra-se no tratado e no contrato, respectivamente, foi introduzida pelo comitê de anulação do caso *Vivendi v. Argentina*, e subsequentemente citada por outros tribunais¹⁵². Em *Vivendi I*, o comitê de anulação proferiu a decisão de que:

*“A questão de se houve quebra do TBI e de se houve quebra de contrato são duas questões diferentes. Cada uma destas demandas será determinada em relação ao seu próprio direito ou lei aplicável – no caso do Tratado, pelo direito internacional; no caso do Contrato de Concessão, pela lei própria ao contrato”*¹⁵³.

Em *Vivendi I*, o Tribunal determinou que o fato de que certos atos ou omissões tenham originado inadimplementos contratuais não significa que os mesmos atos ou omissões possam gerar demandas a partir do tratado¹⁵⁴. Foi dessa premissa que partiu o tribunal em *SGS v. Paquistão* para determinar que o mesmo conjunto de fatos pode gerar demandas diferentes baseadas em ordenamentos

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 160.

¹⁵² ICSID. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. v. República da Argentina*. Decisão de Anulação. ARB 97/3. 03 julho 2002. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0210.pdf>>, paras 99-101. Tradução livre de: “*In a case where the essential basis of a claim brought before an international tribunal is a breach of contract, the tribunal will give effect any valid choice of forum clause in the contract. [...] On the other hand, where the fundamental basis of the claim is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state cannot operate as a bar to the application of the treaty standard*”.

¹⁵³ *Ibid.*, para. 96.

¹⁵⁴ *Id.*

jurídicos distintos, como o municipal e o internacional. Tais interpretações serão discutidas mais detalhadamente no próximo capítulo¹⁵⁵.

Pode o tribunal interpretar o contrato, se necessário para determinar se a conduta estatal inadimpliu o tratado¹⁵⁶. A decisão em *Vivendi I* foi mais além, determinando que o tribunal não só pode como deve fazê-lo¹⁵⁷. Para Alexandrov, o investidor pode trazer demandas sob a alegação de que configuraria violação de tratado. Para que seja analisada pelo Tribunal, tal demanda deve passar apenas por um teste *prima facie*, de se seria capaz de intervir nas proteções substantivas do tratado¹⁵⁸. Em outras palavras, o tribunal pode, de certa maneira, analisar o potencial de uma demanda sob a égide do tratado surgir. Não seria possível que o investidor disfarçasse demandas contratuais como demandas sob a jurisdição do tratado¹⁵⁹. Apesar de o comitê de anulação em *Vivendi I* ter considerado um dever do tribunal analisar as demandas contratuais para determinar violações sobre o TBI, estas devem ser limitadas na fase de jurisdição¹⁶⁰. Por isso, a análise *prima facie* é aceitável, mas algo além dela já seria considerado escrutínio do mérito da demanda¹⁶¹.

Os efeitos das cláusulas dependem também do modo como são redigidas. No entanto, a jurisprudência que trata sobre quais obrigações seriam de fato cobertas pelas *umbrella clauses* foram desenvolvidas ao longo da última década. Muitos tribunais determinaram que as obrigações governadas pela cláusula seriam compromissos específicos e não gerais, e atingiram conclusões diferentes em relação a quais escopos de obrigações seriam específicos.

SGS v. Filipinas considerou “garantias colaterais, *warranties* ou *letters of comfort*”¹⁶² como específicas, e *LG&E v. Argentina* considerou que a cláusula

¹⁵⁵ ICSID. ARB 01/13. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República Islâmica do Paquistão*. Decisão às objeções de jurisdição. 06 agosto 2003. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>>.

¹⁵⁶ ALEXANDROV, *Op. cit.*, p. 338.

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ ALEXANDROV, *Op. cit.*, p. 342.

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² ICSID. ARB 02/6. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República das Filipinas*. Decisão às objeções à jurisdição. 29 janeiro 2004. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>>. para. 117.

aplicava-se à provisões da Lei de Gás do Estado receptor¹⁶³. Até o momento, não há decisões de que obrigações regidas pelo direito municipal são estendíveis ao âmbito de proteção da *umbrella clause*¹⁶⁴. Ainda que o escopo mais amplo possível fosse determinado para a *umbrella clause* e incluísse obrigações regidas pela lei doméstica, para Reinisch, o restante das proteções do tratado não seriam desnecessários¹⁶⁵.

Notadamente, os atos e omissões do Estado que configurem uma violação de um direito de proteção conferido pelo TBI poderão em muitos casos constituir também uma violação da cláusula *pacta sunt servanda*, ou *umbrella clause*¹⁶⁶. Entretanto, Reinisch frisa que as leis e contratos municipais não tornam impossíveis todos esses atos que constituem violações substantivas do tratado que não a *umbrella clause*, e assim nem sempre todo conjunto de fatos que enseja numa ação baseada nos direitos de proteção do TBI constitui ao mesmo tempo violação da *umbrella clause*¹⁶⁷.

Se uma obrigação não se encontrar dentro do escopo da cláusula de observância dos compromissos, não importa o quão grave seja a sua violação, ela não violará o dever de responsabilidade internacional do Estado governado pela cláusula¹⁶⁸. Mesmo assim, a redação nos termos “deverá observar” não dá espaço a interpretações diferentes de que o fato de um compromisso ser governado pelos termos da cláusula quer dizer necessariamente que qualquer violação das obrigações que caem em seu escopo acarretariam em violação da *umbrella clause*¹⁶⁹.

Mann considera qualquer interferência com os direitos contratuais do investidor, aqueles resultantes de mera violação contratual ou atos legislativos ou administrativos, ou ainda o efeito da variação dos termos de um contrato ou licença, o término de um contrato ou o não cumprimento de seus termos – como o não

¹⁶³ ICSID. ARB 02/1. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. República da Argentina. Decisão às objeções à jurisdição 30 abril 2004. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0458.pdf>>. para. 174.

¹⁶⁴ SGS v. Filipinas, *Op. cit.*, para. 117 e LG&E v. Argentina, *Op. cit.*, para. 174.

¹⁶⁵ REINISCH, *Op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁶ REINISCH, *Op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁷ REINISCH, *Op. cit.*, 27.

¹⁶⁸ REINISCH, *Op. cit.*, p. 37.

¹⁶⁹ REINISCH, *Op. cit.*, p. 37.

pagamento, a dissolução da companhia local que o investidor tenha contratado, ou a transferência de seus bens¹⁷⁰.

O tribunal em *Eureko v. Polônia* considerou que a *umbrella clause* protegeria os direitos contratuais do investidor contra quaisquer interferências causadas pela simples violação contratual ou por atos administrativos ou legislativos¹⁷¹.

4.2 A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE DEMANDAS DE ORIGEM CONTRATUAL E O DIREITO DE AÇÃO CONFERIDO PELA APLICAÇÃO DA UMBRELLA CLAUSE

Além das *umbrella clauses*, que, de acordo com algumas posições, elevariam as causas de pedir dos contratos à causas de pedir dos tratados, o direito costumeiro internacional e o princípio de proteção aos investimentos por si só já conferem cuidado maior a certos casos em que as causas de pedir referentes aos contratos configurem a quebra do direito internacional¹⁷².

A grande questão em debate é se demandas contratuais poderiam ser configuradas como causas de pedir inerentes aos tratados. Ainda, em caso positivo, quando isso aconteceria e de que maneira. Para Brownlie, todo inadimplemento contratual por um Estado invoca a sua responsabilidade internacional¹⁷³. Alexandrov tem que, se tal inadimplemento cai dentro da jurisdição conferida a um tribunal por um tratado deve ser resolvido através da interpretação deste tratado¹⁷⁴.

A discussão de que a *umbrella clause* confere um efeito de elevação da violação de obrigações contratuais à violação do tratado é comum na doutrina. Todavia, Reinisch discorda que a *umbrella clause* poderia ter tais efeitos. Não seria necessário, de acordo com a posição do autor, interpreta-la como cláusula elevadora para lhe atribuir seu efeito inteiro¹⁷⁵.

Assumindo determinadas definições para os termos de referida *umbrella clause*, o autor determina que o termo “deverá” tem natureza imperativa, e “observar

¹⁷⁰ MANN. *British Investment Treaties*, p. 246 *apud* REINISCH, *Op. cit.*, p. 37.

¹⁷¹ Procedimento *ad hoc*. *Eureko B.V. v. Polônia*. Sentença Parcial. 19 agosto 2005. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf>, para. 251.

¹⁷² ALEXANDROV, *Op. cit.*, pp. 324-325.

¹⁷³ BROWNLIE *apud* ALEXANDROV, *Op. cit.*, pp. 324-325.

¹⁷⁴ ALEXANDROV, *Op. cit.*, pp. 324-325.

¹⁷⁵ REINISCH, *Op. cit.*, p. 13.

uma obrigação” significa não inadimpli-la¹⁷⁶. A interpretação de que a cláusula eleva a demanda contratual ao nível do tratado levaria à aparência errônea de que a demanda contratual e a demanda do tratado se tornam uma só demanda e que a demanda contratual original desapareceria¹⁷⁷. Essa posição propõe que não há *link* criado pela *umbrella clause* entre as duas violações, mas que existe sim uma relação próxima entre as violações pela razão de que qualquer violação contratual seria, em virtude da cláusula, também uma violação do tratado¹⁷⁸. Entretanto, a demanda contratual continua existindo, e a *umbrella clause* constitui ao investidor uma segunda provisão legal, do TBI, para que ele possa sustentar uma segunda demanda, derivada do tratado, ou uma demanda de “*umbrella clause*”¹⁷⁹.

A diferença pontual estaria na argumentação das partes. Se o investidor alega que a *umbrella clause* transforma demanda contratual em demanda de tratado, o tribunal deverá indeferir tal posição e decidir que a *umbrella clause* não eleva nem transforma a causa de pedir de tais demandas¹⁸⁰. Deve ser vista como uma ferramenta protetiva separada, em que as mesmas regras aplicáveis aos demais fatores de proteção se aplicam¹⁸¹.

Em suma, a jurisdição do tribunal arbitral, em não havendo cláusula de arbitragem no contrato, é reservada a violações de tratado. Entretanto, o efeito da provisão de observância de compromissos é trazer para a cúpula protetiva do tratado, violações de natureza contratual, que, justamente pelo efeito da provisão, constituam também violações ao tratado. As *umbrella clauses* seriam uma maneira para que um tribunal, tendo sua jurisdição conferida por um tratado, também decida demandas originadas de contratos.

Os tratados bilaterais de investimento não são uniformes quanto à extensão da jurisdição *rationae materiae*, em relação a quais pedidos seriam arbitráveis pelo tratado¹⁸². Alguns englobam disputas relacionadas a “obrigações dentro deste acordo”, o que seriam as violações do próprio TBI, e outros ainda incluem “quaisquer disputas relacionadas a investimentos”¹⁸³. Alguns destes tratados criam, de acordo

¹⁷⁶ REINISCH, *Op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² YANNACA-SMALL 2, *Op. cit.*, p. 3.

¹⁸³ *Id.*

com Yannaca-Small, uma obrigação de direito internacional de que o estado receptor do investimento deverá “observar qualquer obrigação a que tenha acordado (com o investidor)”, ou ainda “constantemente garantir o cumprimento das obrigações a que tenha acordado”, “cumprir qualquer obrigação que tenha assumido”¹⁸⁴. São as cláusulas de cumprimento de obrigações.

Ao propor a discussão quanto à correta aplicação da cláusula, Reinisch prescreve a separação da questão da interpretação da cláusula e a análise da possibilidade do tribunal exercer jurisdição sobre demandas contratuais¹⁸⁵. Reinisch analisa as situações propostas por Schreuer em que um tribunal é competente para analisar demandas contratuais¹⁸⁶. Primeiramente, quando a quebra do contrato resulta em quebra do direito internacional (1); quando um tribunal internacional é competente para analisar demandas contratuais (2); e quando um tribunal internacional é competente para analisar demandas contratuais se o TBI aplicável contém uma *umbrella clause* (3). Para a última, as violações contratuais se tornam violações de tratados, e muitos acadêmicos concordam com esta posição¹⁸⁷.

Primeiramente, o tribunal teria jurisdição sobre demandas contratuais quando uma quebra contratual que viole os *standards* protetivos garantidos pelo tratado aplicável configura também quebra do direito internacional¹⁸⁸. Em segundo lugar, de acordo com Schreuer, existe jurisdição quando a competência do tribunal é estendida a todas as disputas de investimentos¹⁸⁹. Isso acontece quando o TBI aplicável contém cláusulas de resolução de disputa amplas, que façam referência à arbitragem para todas as disputas relacionadas a investimentos¹⁹⁰.

Em relação à primeira situação, Reinisch tem que, em verdade, ao tribunal não é conferido jurisdição sobre as demandas contratuais, mas analisa se os supostos atos e omissões do Estado constituem quebra de provisões do tratado ao mesmo tempo¹⁹¹. A questão de se o tribunal é competente para analisar demandas contratuais é diferente da situação em que dada violação estatal de determinado

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ REINISCH, *Op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁶ SCHREUER *apud* REINISCH, *Op. cit.*, p. 10. *Vivendi I*, *Op. cit.*

¹⁸⁷ MANN. **British Investment Treaties**, p. 245; SORNARAJAH, M. *Foreign Investment Law*, p. 248; VANDENVELDE, **U.S. Investment Treaties**, p. 78 *apud* REINISCH, *Op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁸ REINISCH, *Op. cit.*, p. 10.

¹⁸⁹ REINISCH, *Op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ *Id.*

contrato de investimentos atinge também os compromissos do TBI, configurando assim quebra contratual e do tratado ao mesmo tempo¹⁹².

Foi o caso em *TECMED v. Mexico*, quando o Mexico deixou de renovar as licenças necessárias para a operação das atividades pelo investidor, o que teria configurado, para Reinisch, demandas distintas – tanto contratuais quanto em relação ao tratado¹⁹³. Em *Noble Ventures v. Romênia*, o Tribunal reconheceu a responsabilidade internacional e a responsabilidade criada na lei estatal, coexistindo e válidas independentemente da outra, o que refletiria a autonomia de ambos sistemas jurídicos municipal e internacional¹⁹⁴.

Ainda que a diferença entre a jurisdição sobre demandas de tratado e de contrato pareça formalística, *a priori*, seria definidora para uma análise da *umbrella clause*¹⁹⁵.

Em *SGS v. Paquistão*, a cláusula de resolução de disputas tratava de disputas em respeito a investimentos, e o Tribunal reconheceu que tal frase seria descritiva da natureza factual da disputa, mas não relacionada à base legal das disputas, ou a causa de agir das demandas, e que a descrição por si só não levaria demandas contratuais à arbitragem ICSID¹⁹⁶. Gaillard tem que seria fora do comum interpretar a criação de base jurisdicional por um tratado para o tribunal em casos onde a demanda não inclui violações do referido tratado¹⁹⁷. O cerne da questão para Reinisch seria que, se a *umbrella clause* não torna um tribunal competente para analisar demandas contratuais, mas constitui uma proteção regular do TBI, seria irrelevante responder se um tribunal deve ter jurisdição sobre demandas contratuais ou não, devido ao fato de que qualquer demanda baseada na *umbrella clause* seria

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ ICSID. ARB AF/00/2. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos do México. Sentença. 29 março 2003. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>>. Neste caso, o tribunal não teve de determinar a jurisdição sobre demandas contratuais pois *TECMED* não levantou tais demandas. Ver REINISCH, *Op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁹⁴ ICSID. ARB 01/11. Noble Ventures v. Romênia. Sentença. 12 outubro 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>>. para. 53.

¹⁹⁵ REINISCH, *Op. cit.*, pp. 8-9.

¹⁹⁶ *SGS v. Paquistão*, *Op. cit.*

¹⁹⁷ GAILLARD, E. Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – The *SGS* Cases Considered. IN: WEILER, T (ed). **International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Investment Treaties and Customary International Law**. London: Cameron May, 2005. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12178511789070/investment_treaty_arbitration_eg.pdf>. p. 336.

então uma demanda de tratado, que normalmente cairia dentro da jurisdição de um tribunal arbitral internacional¹⁹⁸.

Um argumento para a atribuição restrita aos efeitos da umbrella clause é a existência de cláusulas de resolução de disputas presentes no contrato estatal¹⁹⁹. A interpretação restrita atribuída à umbrella clause pelo tribunal em SGS v. Paquistão - especificada no próximo capítulo, mas que é introduzida neste momento para fins de apresentar a discussão sobre se tribunal arbitral constituído a partir do tratado tem jurisdição sobre as demandas contratuais - foi justamente a de que as cláusulas de resolução de disputas contratuais poderiam ser substituídas pelo procedimento previsto no tratado²⁰⁰. Em Eureka v. Polônia, um dos árbitros apresentou opinião divergente no mesmo sentido²⁰¹.

Para Reinisch, essa visão seria contrária aos efeitos da umbrella clause, no sentido de que a última não transforma demandas contratuais em demandas de tratado, e que, portanto, não anula a primeira²⁰². Dessa forma, o árbitro do ICSID, por exemplo, teria jurisdição sobre a demanda baseada no tratado, e o tribunal arbitral constituído através da cláusula de disputas prevista no contrato não seria desprovido de sua jurisdição sobre a demanda contratual, ao menos não como resultado da interpretação da umbrella clause²⁰³. A questão sobre a jurisdição do tribunal constituído para dirimir as disputas surgidas pelas violações do tratado sobre as violações contratuais seria uma questão não relacionada à umbrella clause²⁰⁴.

Notadamente, trata-se de situação particular a de que os tribunais internacionais de investimento tenham jurisdição sobre demandas baseadas nas cláusulas de observância de compromissos, e que para determinar se houve de fato quebra de tal cláusula, o tribunal necessariamente deve decidir se houve violação do contrato, já que somente a violação do contrato enseja a violação da umbrella

¹⁹⁸ REINISCH, *Op. cit.*, p. 16.

¹⁹⁹ O contrato estatal entre SGS e Paquistão continha cláusula que previa resolução de eventuais disputas sob a Lei de Arbitragem do Paquistão. Os Requerentes alegaram que o procedimento previsto no contrato deveria ser substituído pelo procedimento ICSID previsto pelo tratado, dada a suposta transformação das demandas contratuais em demandas governadas pelo tratado, como efeito da umbrella clause.

²⁰⁰ SGS v. Paquistão, *Op. cit.*, para. 160.

²⁰¹ Eureka v. Polônia, *Op. cit.*, Opinião Divergente do Professor Jerzy Rajski, para. 11.

²⁰² REINISCH, *Op. cit.*, p. 29.

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ REINISCH, *Op. cit.*, p. 30.

clause²⁰⁵. Para fazê-lo, aplicará a lei do Estado receptor, quando o requerente pode simultaneamente iniciar uma ação perante o foro previsto no contrato e levantar uma demanda contratual²⁰⁶. Caso a referida jurisdição decida que não houve violação contratual, duas decisões divergentes sobre a mesma questão poderão existir²⁰⁷. Todavia, seria inaceitável e sem razão interpretar cláusula de um tratado de maneira inconsistente com sua redação com o intuito de prevenir decisões divergentes. Reinisch propõem a aplicação ampla e multilateral da referida cláusula como solução para estes possíveis problemas²⁰⁸.

Violações contratuais não se tornam violações de tratado, sendo o acontecimento não transformador e sim consequencial. Dessa forma, violações contratuais dão causa à violações do TBI²⁰⁹. É a partir dessa premissa que surge o direito de ação, consequência da umbrella clause. A provisão cria ao investidor uma base legal adicional para uma demanda: a demanda da umbrella clause. Esta demanda coexiste e não se confunde com a demanda contratual²¹⁰.

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ *Id.*

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 17.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 38.

5 A INTERPRETAÇÃO DAS UMBRELLA CLAUSES

De acordo com Dolzer e Schreuer, apesar de ter tido sua primeira aparição em 1959, essa cláusula não teria sido objeto de inúmeras discussões acadêmicas até 2003, mesmo que se encontrasse presente em inúmeros tratados bilaterais desde então²¹¹. O elemento de mudança foram as decisões pioneiras na matéria, nos casos em que figurou como investidor e Requerente a Société Générale de Surveillance S.A., sociedade com domicílio na Su a, dois casos com decisões diferentes baseadas nos TBIs assinados pela Su a com o Paquistão e Filipinas²¹². Essas decisões marcariam o início do debate sobre este tema, e seriam as decisões mais importantes em matéria de umbrella clauses desde então, citadas até o presente momento por inúmeros tribunais.

A primeira delas, SGS v. Paquistão, divergiu fundamentalmente do entendimento convencional atribuído pelos autores da época   cláusula, de que ela elevaria viola es de contratos de investimentos ao nível de direito internacional, e quebrou assim a unanimidade de opiniões existentes quanto ao propósito, significado e escopo da cl usula²¹³. O presente capítulo irá abordar a interpreta o restrita dos efeitos da cláusula (5.1), a interpreta o ampla (5.2) e a interpreta o da linguagem de sua reda o (5.3).

5.1 A INTERPRETA O RESTRITA DOS EFEITOS DA CLÁUSULA

Em *Generation Ukraine, Inc. v. Ucrânia*, o Tribunal fez a distin o de que se as demandas são contratuais, então a rela o contratual deve existir entre o investidor e o próprio Estado²¹⁴. Se as demandas são viola es do tratado através de a es de subdivisões políticas e autoridades locais, órgãos, entidades da administra o pública, são responsabilidade do Estado para propósitos do tratado²¹⁵. O TBI modelo de 2004 dos Estados Unidos, e TBIs sucessivos do país e capítulos sobre investimentos em acordos livres de investimento assinados por ele incluem defini o do termo “acordo de investimento”. Ele   definido como acordo por

²¹¹ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, pp. 154-155.

²¹² SGS v. Paquistão e SGS v. Filipinas, *Op. cit.*

²¹³ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 155.

²¹⁴ ICSID. ARB 00/9. *Generation Ukraine, Inc. v. Ucrânia*. Sentença. 16 setembro 2003. Disponível em: < <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>>.

²¹⁵ *Id.*

escrito com uma “autoridade nacional”, que, para os Estados Unidos, inclui “autoridade no nível central do governo”, o que incluiria agências e entidades federais²¹⁶.

Em *SGS v. Paquistão*, um contrato entre SGS e o Paquistão foi concluído para a inspeção de serviços anteriores ao envio das mercadorias, e neste contrato haveria cláusula de eleição de foro determinando como competentes os tribunais no Paquistão. O Estado teria posto fim ao contrato, e então SGS teria ingressado em ação perante o ICSID, baseando-se no TBI assinado entre a Suíça e o Paquistão. O Artigo 11 lia que:

“Cada Parte Contratante deverá constantemente garantir a observância de compromissos que tenha assumido em relação a investimentos da outra Parte Contratante”²¹⁷.

O Tribunal de *SGS v. Paquistão* decidiu que o lugar onde a cláusula foi inserida, no final do TBI entre Suíça e Paquistão, da mesma maneira que o modelo suíço de TBI, indicaria a intenção das Partes de não prever uma obrigação substantiva²¹⁸. O Tribunal apresentou o entendimento de que se as Partes tivessem intencionado criar uma obrigação substantiva através da umbrella clause, então naturalmente a teriam incluído juntamente com as obrigações de primeira ordem²¹⁹. O Tribunal em *SGS v. Filipinas* decidiu diferente, e determinou que deve ser atribuído algum peso à alocação da cláusula, mas que esse fator não seria decisivo para determinar a não operabilidade legal da cláusula no TBI²²⁰.

Em *SGS v. Paquistão*, a decisão negou a extensão das quebras ao contrato à proteção do tratado, de modo que a redação do Artigo 9 seria meramente descritiva da matéria factual em discussão nas disputas e não seria relacionada à base legal das demandas ou causas de pedir arguidas²²¹. Ademais, ao tratar do Artigo 11, não reconheceu que as violações de contrato trazidas pelo investidor seriam automaticamente elevadas ao nível de violações do direito de tratados internacionais, considerando também que as violações de contrato seriam

²¹⁶ Modelo de Tratado Bilateral de Investimento dos EUA: **US Model BIT 2004**. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>>.

²¹⁷ Tradução livre de “*Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the other Contracting Party*”.

²¹⁸ *SGS v. Paquistão*, *Op. cit.*, para. 169.

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *YANNACA-SMALL 2*, *Op. cit.*, p. 10.

²²¹ *SGS v. Paquistão*, *Op. cit.*

consideradas pela maioria dos doutrinadores como questões do direito administrativo estatal e não de direito internacional²²².

O tribunal teria aplicado o *in dubio mitius*²²³, que atribui a interpretação restritiva ao TBI em caso de dúvida, e não teria, de acordo com Dolzer e Schreuer, feito referência ao artigo 31 da VCLT, sobre a interpretação de tratados internacionais²²⁴. Para o tribunal, o entendimento convencional teria impactos extensos que invadiriam a soberania do Estado receptor, e não poderia ser presumido na ausência de expressão clara de consentimento correspondente das Partes em atribuir tal efeito abrangente às *umbrella clauses*²²⁵.

Referida decisão determinou que a relevância da *umbrella clause* se daria no contexto da implementação do tratado de investimento na ordem jurídica doméstica ou caso o Estado receptor deixasse de participar em procedimentos internacionais a que tivesse concordado²²⁶.

A falta da aplicação da Convenção de Viena ao método de interpretação do TBI teria sido a parte mais criticada da decisão, inclusive criticada pelo tribunal em *SGS v. Filipinas*²²⁷. Em 2006, os tribunais em *El Paso v. Argentina* e *Pan American v. Argentina* apoiaram os argumentos dessa decisão, tais como a grande quantidade de demandas que seriam geradas, um alcance que atravessasse os limites do escopo de outras garantias do tratado²²⁸.

No primeiro, o tribunal declarou necessária interpretação que equilibrasse a soberania do Estado e a responsabilidade do mesmo em criar um sistema adaptado e evoluído para o desenvolvimento de atividades econômicas, e a necessidade de proteger o investimento estrangeiro²²⁹. A interpretação expansiva da cláusula teria consequências expansivas também, que destruiriam a distinção entre o sistema jurídico nacional e o sistema jurídico internacional²³⁰. O tribunal ainda baseou sua

²²² *Id.*

²²³ *Ibid.*, para. 171.

²²⁴ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 157.

²²⁵ *SGS v. Paquistão*, *Op. cit.*, para. 167.

²²⁶ *Ibid.*, para. 172.

²²⁷ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 158.

²²⁸ ICSID. ARB 03/15. *El Paso Energy International Company v. República da Argentina*. Decisão de Jurisdição. 27 abril 2006. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0268_0.pdf>, paras. 72-74 e ICSID. ARB 03/13. *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. República da Argentina*. Decisão de Objeções Preliminares. 27 julho 2006. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0616.pdf>>. paras. 101-103

²²⁹ *El Paso v. Argentina*, *Op. cit.*, para. 82.

²³⁰ *Id.*

decisão na responsabilidade de restrição dos tribunais à remédios inesperados, para que os investidores não utilizem tais remédios inapropriadamente²³¹. O segundo dos casos, Pan American Energy LLC e BP Argentina Exporation Company v. República da Argentina, cujo tribunal incluía dois dos árbitros em El Paso, seguiu a interpretação daquele tribunal²³².

Sornarajah concorda com a posição do tribunal em SGS v. Paquistão na medida em que se significado extensivo fosse atribuído à cláusula, as provisões cuidadosamente negociadas do tratado perderiam a significância e propósito²³³. Ele critica a ideia de que uma empresa a ser identificada, que não tenha personalidade internacional, possa criar obrigações internacionais frescas em um Estado através de um contrato, o que não teria embasamento teórico de acordo com a forma como o direito internacional regula a criação de direitos voltados a terceiros aos tratados²³⁴.

SGS v. Paquistão não teria feito a distinção entre atos comerciais e atos soberanos, diferente das decisões que o seguiram²³⁵. Ambas teriam atribuído efeito mais abrangente ao escopo das cláusulas, aceitando que as obrigações em contratos de investimentos seriam governadas pela cláusula quando vinculam o Estado em sua capacidade soberana, o que refletiria o conceito francês de contrato administrativo²³⁶. Siemens v. Argentina também reconheceu a natureza administrativa dos contratos de investimento, mas diferente das supracitadas decisões, esta reconheceu o vínculo dos contratos de investimentos qualificados como tal pelo tratado às obrigações protegidas pela umbrella clause²³⁷.

Destarte, em Joy Mining v. Egito, o tribunal aplicou a umbrella clause inserida no TBI entre o Egito e Reino Unido e negou o efeito dessa cláusula, afirmando que encobriria violações de contrato que resultassem ao mesmo tempo em violações do tratado²³⁸. De acordo com o Tribunal, apenas haveria jurisdição sobre demandas relacionadas ao contrato se a violação das obrigações daquele

²³¹ El Paso v. Argentina, *Op. cit.*, para. 82.

²³² Pan American/BP v. Argentina, *Op. cit.*, para. 110.

²³³ SORNARAJAH, *Op. cit.*, p. 304.

²³⁴ *Id.*

²³⁵ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 159.

²³⁶ *Id.*

²³⁷ ICSID. ARB 02/8. Siemens A.G. v. República da Argentina, Sentença, 06 fevereiro 2007. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>>. para. 206.

²³⁸ ICSID. ARB 03/11. Joy Mining Machinery Ltd v. República Árabe do Egito. Sentença. 06 agosto 2004. Disponível em: <http://italaw.com/documents/JoyMining_Egypt.pdf>.

fossem de tal magnitude para afetar direitos protegidos pelo tratados, o que não seria o caso²³⁹.

5.2 A INTERPRETAÇÃO AMPLA DOS EFEITOS DA CLÁUSULA

No caso SGS v. Filipinas, ao interpretar a umbrella clause no TBI entre as Filipinas e a Suíça, o Tribunal Arbitral chegou a conclusão oposta à decisão do SGS v. Paquistão. A cláusula no TBI tinha a seguinte redação:

“Cada Parte Contratante deverá observar qualquer obrigação que tenha assumido em relação a investimentos específicos em seu território de investidores da outra Parte Contratante”²⁴⁰.

O Tribunal decidiu que o Artigo X(2) faria com que a falta da observância pelo Estado de seus compromissos vinculantes fosse uma violação do TBI, incluindo-se nos compromissos os contratuais, que o Estado teria assumido em relação a investimentos específicos²⁴¹. O Tribunal teria constatado que tal artigo, a umbrella clause, significaria o que nele estava escrito²⁴². Apesar de ter atribuído natureza abrangente à umbrella clause, o Tribunal ainda decidiu que apesar de uma violação contratual poder levar a uma violação de tratado, uma questão de extensão ou conteúdo de obrigações contratuais não é convertida numa questão de direito internacional através da umbrella clause²⁴³. Dessa forma, a questão sobre o quantum devido por serviços providenciados através do contrato entre SGS e Filipinas ainda seria governada pelo contrato²⁴⁴.

A determinação de que, devido à existência de cláusula de foro elegendo os tribunais do Estado receptor, e que então os tribunais filipinos deveriam decidir a questão do contrato em disputa, não teria levado ao entendimento da decisão à sua conclusão lógica pelo tribunal, de acordo com Dolzer e Schreuer²⁴⁵. Para

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ SGS v. Filipinas, *Op. cit.* Tradução livre de “*Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party*”.

²⁴¹ SGS v. Filipinas, *Op. cit.*

²⁴² DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 156.

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ *Id.*

Alexandrov, a decisão teria sido convincente²⁴⁶. Não haveria motivo para declinar jurisdição alegando que conferi-la significaria interpretação extensiva e aberta do tratado²⁴⁷. Uma interpretação extensiva e aberta não seria desconhecida, e o consentimento para resolver através de arbitragem disputas contra investidores estrangeiros muitas vezes é encontrado na legislação doméstica de um Estado²⁴⁸.

Em *Eureko v. Polônia*, a maioria do tribunal considerou o significado ordinário no contexto da cláusula, e seu “efeito útil”, concluindo que toda obrigação contratual seria protegida pela *umbrella clause*²⁴⁹. O significado ordinário de uma provisão no tratado entre os Estados Unidos e a Polônia, não seria para o tribunal obscuro²⁵⁰. O tribunal considerou o trecho “deverá observar” da cláusula seria imperativo e categórico, e o termo “qualquer” em referência às obrigações teria oferecido vasta capacidade, significando que não se tratava de apenas obrigações de certo tipo, mas de quaisquer obrigações²⁵¹. O tribunal considerou que contexto daquele tratado – e de vasta parte dos demais tratados bilaterais de investimento no mundo, a propósito – seria o estímulo e recíproca proteção do investimento, e que seria uma regra primária da interpretação de tratados o fato de que cada cláusula deve ser interpretada como repleta de significado e não desprovida daquele²⁵². A jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional e da Corte Internacional de Justiça já teria determinado, de acordo com o tribunal, que as cláusulas dos tratados devem ser interpretadas de maneira a lhe serem atribuída efetividade, e não o contrário²⁵³. Nesse caso sim foi decidido que houve violação de obrigação pelo Estado, através de privatização efetuada pela Polônia que teria afetado a parte investidora²⁵⁴.

Em *Noble Ventures v. Romênia*, o tribunal interpretou a *umbrella clause* sob as alegações de *Noble Ventures*, parte estadunidense, de que a Romênia teria violado a *umbrella clause* a deixar de observar sua obrigação de renegociação de dívidas de uma antiga empresa de posse do Estado adquirida pelo investidor, e a obrigação seria derivada de um acordo de vendas assinado entre o investidor e uma

²⁴⁶ ALEXANDROV, *Op. cit.*, p. 331.

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ *Eureko v. Polônia*, *Op. cit.*, paras 246 e 248.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ *Id.*

²⁵² *Id.*

²⁵³ *Id.*

²⁵⁴ *Id.*

agência estatal romena²⁵⁵. A decisão de 2005 determinou que a redação da cláusula no tratado se referia a contratos de investimentos, e o tribunal fez referência à regra do objeto e propósito do artigo 31 da Convenção de Viena do Direito dos Tratados, ao tratar de uma interpretação favorável ao investidor devido à aplicação prática de proteção através do princípio da eficiência que a cláusula traz consigo, ainda que não seja seu propósito *per se*²⁵⁶. Para o tribunal, para cumprir com o interesse de atingir os objetivos e propósitos do tratado, a *umbrella clause* introduziria exceção ao atribuir responsabilidade internacional pela quebra de obrigações contratuais pelo Estado, “sendo a quebra de contrato ‘internacionalizada’, equiparando-se a um descumprimento do tratado”²⁵⁷.

O reconhecimento de elevação de obrigações contratuais às proteções do tratado devido à presença da *umbrella clause* foi também o raciocínio do tribunal em *Sempra Energy International v. Argentina*, que reconheceu que a presença da cláusula seria garantia específica, que envolveria a obrigação do cumprimento de compromissos contratuais relacionados ao investimento²⁵⁸. A *umbrella clause* criaria um laço mais próximo entre o contrato, o contexto do investimento, e o tratado²⁵⁹.

Em *El Paso v. Egito*, o tribunal determinou que a *umbrella clause* não estenderia a proteção do tratado à violações de contrato comercial ordinário assinado pelo Estado ou pela entidade administrativa, mas cobriria proteções adicionais de investimento contratualmente acordadas pelo Estado como soberano, tais como cláusulas de estabilização inseridas num contrato de investimento²⁶⁰. A transformação de um *contract claim* a *treaty claim*, para o tribunal, desconstruiria a distinção entre ordenamentos jurídicos nacionais e a ordem jurídica internacional²⁶¹.

Em *Siemens v. Argentina*, o Tribunal não concordou com o argumento da Argentina de que os contratos de investimento devem ser distinguidos de contratos de concessão de natureza administrativa, pois tal distinção não encontraria respaldo nas provisões de obrigações do tratado ou na definição de investimento contida no

²⁵⁵ *Noble Ventures v. Romênia*, *Op. cit.*

²⁵⁶ *DOLZER e SCHREUER*, *Op. cit.*, p. 156; *Noble Ventures v. Romênia*, *Op. cit.*, para 52.

²⁵⁷ *Noble Ventures v. Romênia*, *Op. cit.*, para 52.

²⁵⁸ ICSID. ARB/02/16. *Sempra Energy International v. República da Argentina*. Decisão às Objeções de Jurisdição. 11.05.2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0768.pdf>>. para. 101.

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ *El Paso v. Argentina*, *Op. cit.*

²⁶¹ *El Paso v. Argentina*, *Op. cit.*; *SCHREUER*, *Op. cit.*, p. 842.

mesmo²⁶². Em visão completamente diferente ao tribunal em El Paso, o tribunal decidiu que qualquer acordo relacionado a investimento que se qualificasse como tal de acordo com o tratado formaria parte das obrigações vinculadas à *umbrella clause*²⁶³.

LG&E v. Argentina teve decisão que estendeu a proteção da *umbrella clause* à determinações tomadas através de legislação²⁶⁴. No caso, a abolição das garantias previstas no regulamento estatutário da Argentina, de acordo com o tribunal, teria violado as obrigações do país em relação aos investimentos da Requerente²⁶⁵. A Argentina teria se obrigado à tais garantias ao promulgar a Lei de Gás e outras regulamentações, e depois feito propaganda de tais garantias nos Memoriais de Oferta, para induzir a entrada de capital estrangeiro para bancar o programa de privatização de seu setor de serviços públicos²⁶⁶. Estas obrigações legislativas teriam constituído obrigações de acordo com o Artigo II (2)(c) do tratado, pois tinham como alvo investidores estrangeiros e aplicavam-se especificamente aos seus investimentos, o que para o tribunal resultou em responsabilidade da Argentina derivada da *umbrella clause*²⁶⁷.

Ao reconhecer o alcance de demandas referentes aos contratos de investimento pela *umbrella clause*, e dessa forma a elevação destas demandas à proteção do tratado internacional, alguns tribunais reconheceram que as demandas contratuais seriam demandas reguladas pelo tratado quando as violações contratuais acarretassem em violações de obrigações já protegidas pelo tratado²⁶⁸.

O Professor Stanimir Alexandrov considera, por exemplo, as proteções conferidas pelo direito costumeiro internacional e *jus cogens*, como obrigações automaticamente acobertadas pelos tratados internacionais. Ainda, os parâmetros de proteção conferido aos investidores pelo direito internacional de investimentos tais como tratamento justo e equitativo, *pacta sunt servanda* e direitos automáticos atribuídos em ocorrência de expropriação²⁶⁹.

²⁶² Siemens v. Argentina, *Op. cit.*

²⁶³ *Ibid.*, para. 206.

²⁶⁴ LG&E v. Argentina, *Op. cit.*

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ LG&E v. Argentina, *Op. cit.* V. ICSID. ARB/03/9. Continental Casualty v. República da Argentina Sentença. 05 setembro 2008. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>>. para. 299.

²⁶⁸ YANNACA-SMALL, *Op. cit.*, p. 496.

²⁶⁹ ALEXANDROV, *Op. cit.*, p. 324.

CMS v. Argentina teria feito a diferenciação entre ações comerciais e governamentais, reconhecendo que nem todas as violações contratuais resultariam em quebras do tratado, e que o padrão protecional do tratado seria afetado somente por violação específica dos direitos e obrigações do tratado ou uma violação de direitos contratuais protegidos pelo tratado²⁷⁰. Aspectos puramente comerciais não seriam protegidos pelo tratado em algumas situações, mas seria provável que tal proteção estivesse disponível quando houvesse interferência significativa de governos ou agências públicas aos direitos do investidor²⁷¹.

No caso Salini v. Marrocos, o artigo 8 do TBI tratou da jurisdição do ICSID para tratar de todas as disputas ou divergências relacionadas a um investimento, e o Tribunal Arbitral reconheceu a cláusula como tendo interpretação muito pouco restrita e incluiu não só a demanda baseada na violação do tratado mas também baseada no contrato²⁷². “Qualquer disputa referente a investimentos” foi outra cláusula de interpretação vasta no TBI entre França e Argentina, e um comitê *ad-hoc*, ao julgar o pedido de anulação da sentença proferida no caso Companhia de Aguas del Aconquija, SA & Vivendi Universal contra a Argentina reconheceu como suficiente que a disputa versasse sobre matéria relacionada ao investimento governado pelo tratado, ao tratar da cláusula “*fork-in-the-road*” do TBI²⁷³.

Em dois casos cujos respectivos tratados em questão não continham *umbrella clauses*, os tribunais apresentaram seus pontos de vista quanto ao significado delas no direito internacional de investimentos²⁷⁴. Foram eles Waste management v. Estados Unidos do México, uma arbitragem regulada pela Convenção NAFTA, que não contém *umbrella clause*, e Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA v. República da Argélia²⁷⁵. O primeiro determinou que uma *umbrella clause* compromete o Estado receptor a cumprir com seus compromissos contratuais, e o segundo que o efeito delas seria transformar as violações dos

²⁷⁰ CMS v. Argentina, *Op. cit.*, para. 299.

²⁷¹ *Id.*

²⁷² ICSID. ARB 00/4. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Royaume du Maroc, Decisão de Jurisdição, 31 julho 2001. Disponível em: < <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>>. para. 61.

²⁷³ Vivendi I, *Op. cit.*, para. 340.

²⁷⁴ YANNACA-SMALL, *Op. cit.*, p. 493

²⁷⁵ ICSID. ARB (AF)/0/3. Waste management Inc. v. Estados Unidos do México. Sentença, 30 abril 2004. Disponível em: < <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>> e ICSID. ARB 03/08. Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire. Sentença. 10 janeiro 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf>>.

compromissos contratuais dos Estados em violações da própria cláusula do tratado, e então conceder jurisdição da questão ao tribunal²⁷⁶.

5.3 A INTERPRETAÇÃO DA LINGUAGEM DA REDAÇÃO DAS CLÁUSULAS

A diferença na linguagem utilizada para umbrella clauses nos diferentes tratados é abordada por Yannica-Small em relação à questão do escopo e efeito de cada uma em particular. O que ocorre na doutrina e jurisprudência é a interpretação de cada cláusula em particular, por isso a importância do vocabulário específico de cada cláusula. Para a autora, as questões tratadas seriam se de fato a inclusão desse tipo de cláusula teria efeito em sua interpretação, quais obrigações ou compromissos estão protegidos pela cláusula e ainda, quais investidores ou investimentos podem beneficiar-se da proteção da umbrella clause²⁷⁷.

As citadas cláusulas *pacta sunt servanda* tem em comum o uso de linguagem obrigatória em sua redação. Como lê o Artigo 8(2) do TBI Modelo da Alemanha de 1991:

*“Cada Parte Contratante deverá observar qualquer obrigação que tenha assumido em relação a investimentos em seu território por indivíduos ou empresas nacionais da outra Parte Contratante”*²⁷⁸.

Umbrella clauses tem como característica a relação a obrigações assumidas pelo Estado e não tratam de relações entre indivíduos privados²⁷⁹. O TBI da República Tcheca e Singapura de 1995, excepcionalmente prevê que o Estado não deverá interferir em contratos relacionados a investimentos assinados por partes privadas²⁸⁰.

A umbrella clause pode aparecer em lugares diferentes do tratado bilateral de investimento, que pode variar na prática²⁸¹. O modelo de TBI da Holanda, por

²⁷⁶ YANNACA-SMALL, *Op. cit.*, p. 493. Waste management México, *Op. cit.*; Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA v. Algeria, *Op. cit.*

²⁷⁷ YANNACA-SMALL 2, *Op. cit.*, pp. 9-10.

²⁷⁸ Tradução livre de: “Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to investments in its territory by nationals or companies of the other Contracting Party”.

²⁷⁹ YANNACA-SMALL 2, *Op. cit.*, p. 9.

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ *Id.*

exemplo, aloca a umbrella clause em artigo que trata das proteções substantivas do tratado²⁸².

Já o modelo de TBI da Suíça inclui a cláusula nas provisões intituladas “outras obrigações” e a separa das provisões materiais por cláusulas de resolução de disputa e cláusula de sub-rogação²⁸³.

Em *SGS v. Paquistão*, a alocação da cláusula no fim do TBI foi interpretada pelo Tribunal como indicativa de intenção das Partes em não prever obrigação substantiva²⁸⁴. Caso contrário, teriam as partes incluído a cláusula ao lado das obrigações de “primeira ordem”²⁸⁵. *Joy Mining v. Egito* também compartilhou desta interpretação²⁸⁶. Por outro lado, o tribunal em *SGS v. Filipinas* não atribuiu peso decisivo ao lugar onde a cláusula se encontra, já que seria difícil a linguagem não ser operativa legalmente no TBI entre a Suíça e Filipinas, quando outros TBIs assinados pela última seriam vigentes²⁸⁷.

Ainda, a provisão pode ser alocada em seção separada dos artigos de proteções substantivas e posta anterior às cláusulas de resolução de disputa, estrutura adotada pelo modelo alemão de TBI²⁸⁸.

Em *Eureko v. Polônia*, o tribunal arbitral mencionou a localização da cláusula no tratado como tendo pouca significância, mas mesmo assim reconheceu que estaria entre as obrigações substantivas das Partes²⁸⁹. Reinisch tem que a localização da cláusula no tratado pode ser utilizada como argumento legítimo, no entanto não lhe deve ser atribuído peso significativo e decisivo da interpretação²⁹⁰.

Alguns tipos de cláusula de observância de compromissos tratam de “quaisquer obrigações” ou “compromissos específicos”, ou ainda “investimentos em específico”. F. A. Mann, ao comentar cláusula que previa a observância de obrigações surgidas de “compromissos específicos” em relação a “investimento específico”, interpretou-a como conferindo proteção à interferências dos direitos

²⁸² *Ibid.*, pp. 9-10.

²⁸³ *Ibid.*, p. 12.

²⁸⁴ *SGS v. Paquistão*, *Op. cit.*, para. 169.

²⁸⁵ *Id.*

²⁸⁶ *Joy Mining v. Egito*, *Op. cit.*

²⁸⁷ *SGS v. Filipinas*, *Op. cit.*, para. 124.

²⁸⁸ *YANNACA-SMALL 2*, *Op. cit.*, p. 13.

²⁸⁹ *Eureko v. Polônia*, *Op. cit.*, para. 259.

²⁹⁰ *REINISCH*, *Op. cit.*, p. 32.

contratuais do investidor, em relação a um acordo específico que imponha obrigações ao Estado²⁹¹.

Mann teria distinguido “compromissos gerais” de “compromissos particulares”, que aplicar-se-iam ao investimento específico somente, como obrigações provenientes de contratos ou licenças²⁹².

Em *SGS v. Filipinas* o Tribunal determinou que:

“É comum que o Estado receptor assuma obrigações em relação a investimentos específicos no momento de entrada, incluindo investimentos implementados com base em contratos com entidades separadas. Sendo garantias colaterais, warranties, ou letters of comfort concedidas pelo Estado receptor para induzir a entrada de investimento estrangeiro vinculantes ou não, constituindo ou não obrigações legítimas ou meros atrativos, a questão deverá ser determinada de acordo com a lei aplicável, normalmente a lei do estado receptor. Mas se compromissos feitos pelo Estado em relação a investimentos específicos envolvam de fato obrigações vinculantes ou compromissos sob o direito aplicável, seria inteiramente consistente com o objeto e propósito do TBI que seja determinada sua incorporação às proteções do TBI, de acordo com o Artigo X(2)”²⁹³.

O Tribunal determinou que a cláusula se aplicaria a obrigações em relação a investimentos específicos, e não à obrigações de natureza geral, ainda que não se aplicasse apenas a obrigações contratuais²⁹⁴. Esse ponto de vista não consideraria em nível de direito internacional todas as medidas legislativas da administração e da lei municipal de uma Parte Contratante²⁹⁵. A cláusula no tratado assinado entre a Suíça e as Filipinas não fazia referência à “obrigações particulares” ou “específicas”, mas foi o Tribunal que interpretou os termos “em relação a investimento específico” que a intenção não era que “obrigações gerais” fossem governadas pela cláusula²⁹⁶.

Em *Noble Ventures v. Romênia*, o Tribunal interpretou os termos “quaisquer obrigações [que uma parte] tenha assinado em relação a investimentos” como

²⁹¹ MANN *apud* REINISCH, *Op. cit.*, p. 32.

²⁹² MANN *apud* REINISCH, *Op. cit.*, p. 33.

²⁹³ *SGS v. Filipinas*, *Op. cit.*, para. 117. Tradução livre de: “[I]t will often be the case that a host State assumes obligations with regard to specific investments at the time of entry, including investments entered into on the basis of contracts with separate entities. Whether collateral guarantees, warranties or letters of comfort given by a host State to induce the entry of foreign investments are binding or not, i.e. whether they constitute genuine obligations or mere advertisements, will be a matter for determination under the applicable law, normally the law of the host State. But if commitments made by the State towards specific investments do involve binding obligations or commitments under the applicable law, it seems entirely consistent with the object and purpose of the BIT to hold that they are incorporated and brought within the framework of the Bit by Article X(2).”

²⁹⁴ *Ibid.*, para. 117.

²⁹⁵ *Id.*

²⁹⁶ *Ibid.*, para. 128.

referência clara a contratos de investimentos²⁹⁷. O termo “*entered into*” indica referência feita a compromissos específicos e não gerais, através de atos legislativos, por exemplo²⁹⁸. O referido termo da cláusula não limita, de acordo com Reinisch, explicitamente seu escopo de aplicação a “compromissos específicos”, mas o Tribunal concluiu a partir deste termo, que a cláusula faria referência somente a “compromissos específicos”²⁹⁹.

Em *LG&E v. Argentina*, o tribunal entendeu que as obrigações diretamente vinculadas à lei municipal do Estado receptor estariam dentro do escopo de proteção da *umbrella clause*³⁰⁰. Na Lei de Gás, a Argentina teria fixado as tarifas em relação ao valor do investimento de LG&E, e garantido o cálculo das tarifas em dólares antes da conversão para pesos, um ajuste semianual das tarifas pelo index do produtor de preços e determinado que não haveria controle de preços sem indenização³⁰¹. Durante a crise econômica, a lei foi emendada e LG&E não mais poderia se beneficiar de tais garantias³⁰². A cláusula de observação de compromissos do tratado bilateral assinado entre os Estados Unidos e a Argentina foi aplicada, por tratar da observância de obrigações em relação a investimentos³⁰³. O Tribunal determinou que as provisões da Lei de Gás não seriam gerais e sim de natureza específica em relação ao investimento do requerente na Argentina, e decidiu que a violação da cláusula teria de fato ocorrido³⁰⁴.

Cláusulas de estabilização são provisões contidas em contratos de investimentos assinados com Estados que estipulam que uma mudança drástica na legislação estatal não se aplicará ao investimento, e funcionam como uma proteção adicional ao investidor³⁰⁵. A soberania estatal não é limitada, mas é considerada a violação apenas se tais mudanças efetivamente apliquem-se ao investimento. Reinisch tem que a função da *umbrella clause* no caso *LG&E* foi bastante similar à função das cláusulas de estabilização³⁰⁶, apesar das últimas terem natureza, propósitos e efeitos diferentes da primeira.

²⁹⁷ REINISCH, *Op. cit.*, p. 34.

²⁹⁸ *Id.*

²⁹⁹ *Id.*

³⁰⁰ *LG&E v. Argentina*, *Op. cit.*, para. 169.

³⁰¹ *Id.*

³⁰² *Id.*

³⁰³ *Id.*

³⁰⁴ *Id.*

³⁰⁵ REINISCH, *Op. cit.*, p. 35.

³⁰⁶ *Id.*

Ao analisar os casos supracitados, Reinisch conclui que independentemente de seus termos amplos e gerais, a umbrella clause só é violada se as obrigações violadas forem obrigações específicas e se forem inerentes particularmente ao investimento em questão³⁰⁷.

O tribunal *Eureko v. Polônia* teria analisado que o sentido ordinário de provisão que determine que o Estado deverá observar quaisquer obrigações que tenha assinado em relação a investimentos não seria obscuro³⁰⁸. Analisou a frase “deverá observar” como imperativa e categórica; a expressão “quaisquer” antes de obrigações como significativa de não só obrigações de um certo tipo, mas sim todas as assinadas em relação a investimentos de investidores da outra Parte Contratante do Tratado³⁰⁹.

Yannaca-Small tem que alguns TBIs contém linguagem mais ambígua que deixa espaço a interpretações, como o TBI entre a Suíça e o Paquistão, entre a Itália e a Jordânia³¹⁰. Alguns TBIs preveem maior especificidade ao escopo de aplicação, ao prever os tipos de obrigações governadas pela cláusula, referindo-se por exemplo, a obrigações escritas, obrigações contratuais, ou ainda são bem específicos e mencionam os termos do contrato referentes à obrigação do tratado³¹¹.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 36.

³⁰⁸ *Eureko v. Polônia*, *Op. cit.*, para. 246.

³⁰⁹ *Id.*

³¹⁰ YANNACA-SMALL, *Op. cit.*, pp. 484-485.

³¹¹ TBIs concluídos entre a Austrália, Chile, China, Papua New Guinea e Polônia; TBI entre Austrália e Chile de 1997; e TBI entre Austrália e México de 1998, respectivamente, *apud* YANNACA-SMALL, *Op. cit.*, pp. 484-485.

6 CONCLUSÃO

Embora as redações das cláusulas objeto de estudo deste trabalho sejam muitas vezes próximas de si, as conclusões dos tribunais foram significativamente divergentes. A interpretação de umbrella clauses é apenas um dos inúmeros exemplos de matérias em disputa onde houve inconsistência na jurisprudência em matéria da arbitragem internacional de investimentos. Isso se deve, de acordo com alguns autores, à diversidade de redação de cláusulas padrão nos TBIs, muitas vezes tendo definições amplas que podem levar à diferentes interpretações. Para Reinisch, as cláusulas seriam similares, e as decisões incompatíveis da provisão da cláusula por tribunais diferentes teria causado muito mais confusão do que esclarecimentos quanto à sua correta aplicação³¹².

Essa frustração quanto à inconsistência da jurisprudência é voltada principalmente ao mérito das decisões, onde já existe um padrão de fatores de proteção ao investimento estrangeiro estabelecido, e teoricamente, as interpretações não deveriam ser tão divergentes e sugestivas de serem resultado de tendências decisivas de árbitros e seus *backgrounds*, ou ainda de manobras advocatícias.

A consideração de decisões passadas é uma característica típica de qualquer processo ordenado de decisão, e simbolizaria importante papel na garantia da uniformidade e estabilidade necessária do direito, já que uma jurisprudência coerente fortaleceria a previsibilidade das decisões e suas autoridades³¹³. Na arbitragem de investimentos, cada tribunal é constituído *ad hoc* para o caso em particular, o que torna mais improvável o desenvolvimento de jurisprudência consistente como a da Corte Internacional de Justiça ou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mas ainda assim os tribunais dão peso considerável às decisões passadas³¹⁴, e elas são parte das fontes do direito internacional de investimentos³¹⁵.

Susan Franck apresenta sua opinião à possíveis propostas de mudança do sistema de resolução de disputas no direito estrangeiro, e assevera que deve haver reavaliação feita de maneira cooperativa e transparente, para que o processo de

³¹² REINISCH, *Op. cit.*, p. 7.

³¹³ DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, p. 35.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 36.

³¹⁵ v. n. 29.

avaliação possa potencialmente tornar mais forte a credibilidade e legitimidade institucional do processo de resolução de disputas de investimentos”³¹⁶.

Para Schreuer, a divergência nos significados de umbrella clauses nas decisões é notável pela maneira contraditória em que os tribunais tem respondido a essa questão³¹⁷. As decisões que buscaram reduzir ou anular os efeitos práticos da cláusula parecem menos convincentes ao autor, pois os Estados partes de um tratado não teriam razão para não terem a intenção de garantir proteção extra aos investidores estrangeiros ao prometer cumprir quaisquer obrigações, independentemente se contidas em contratos ou obrigações unilaterais³¹⁸.

Nesse sentido, James Crawford vê como preocupante o nível de divergência nas posições dos tribunais arbitrais nessa questão particular, e descreve o quadro com uma metáfora em que as interpretações simbolizem um tapete em que pessoas diferentes tenham costurado a partir de lugares diferentes e com fios diferentes, o que resultaria num tapete de chão completamente descombinado, e não num tapete persa³¹⁹.

Reinisch assevera que o significado ordinário a ser atribuído aos termos do tratado inequivocamente atribui à umbrella clause consequências extensivas³²⁰. Considerando que o propósito e objeto dos tratados bilaterais de investimento é o incentivo e a proteção ao investimento, tal interpretação literal da cláusula de

³¹⁶ FRANCK, *Op. cit.*, p. 148. Um exemplo de propostas de mudança existentes no plano do direito de investimento estrangeiro seria novo projeto de instituição no ICSID: um mecanismo de apelação como possível remédio após a prolação de decisões, sentenças parciais ou finais pelo tribunal arbitral. Seria uma forma de garantir coerência e consistência às decisões do Centro e em outras arbitragens entre investidores e Estados instaladas a partir de tratados de investimento. Um instrumento de apelação no procedimento ICSID submeteria as decisões dos tribunais arbitrais a um tribunal de apelação, o que introduziria um novo grau de jurisdição para os litígios em trâmite perante o Centro. O sistema de anulação de sentenças atual também gera grandes discussões acerca da falta de consistência jurisprudencial, e seria possível que um sistema de apelação tivesse efeito parecido. V. DOLZER e SCHREUER, *Op. cit.*, pp. 37-38: um efeito de harmonia seria alcançado através de propostas de mecanismos multilaterais de apelação, como os do Tratado de Livre Comércio entre os EUA, América Central e República Dominicana (CAFTA-DR) e entre os EUA e Singapura e Chile, e o do próprio ICSID, apenas se o mecanismo institucional se aplicasse a todos ou à maior parte dos tratados. Os autores propõe enfrentar o problema de maneira preventiva, pois seria economicamente e efetivamente positivo do que o reparo de defeitos em decisões numa segunda instância.

³¹⁷ SCHREUER, *Op. cit.*, p. 866.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 843.

³¹⁹ CRAWFORD, J. Treaty and Contract in Investment Arbitration. **Arbitration International, Kluwer Law Online**, vol. 24, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id=ARBI2008022&PHPSESSID=j9ophbgh3i0utv5b3uvb70b1p5>>. Acesso em: 28.10.2014. pp. 351-374.

³²⁰ REINISCH, *Op. cit.*, p. 38.

cumprimento de obrigações estaria correta³²¹. A necessidade de interpretar cada provisão de um tratado para lhe garantir seu efeito útil proibiria uma interpretação que considerasse a cláusula como frase vazia dentro do tratado³²². Assim, Reinisch declara que as interpretações devem aceitar a posição de que a umbrella clause significa o que nela está escrito³²³.

Controvérsias recorrentes na avaliação de fatos semelhantes em diferentes casos não significam que um mesmo resultado seria obrigatório, mas o tribunal posterior deverá expor em seu entendimento os aspectos distintivos da jurisprudência, e, por eles, sua não aplicação³²⁴. A inexistência de *stare decisis* no direito internacional não deve ser frisada, ainda que seja verdade, já que há grande apetite universal pela manutenção do que já foi decidido, o que não seria menos expressivo nem mesmo em países onde a lei de precedentes é menos utilizada que os códigos³²⁵. Para Jan Paulsson, precedentes não configurariam fonte do direito, mas um dever do devido processo legal de considerar autoridades invocadas pelas partes para suportar seus argumentos³²⁶.

A propósito, a interpretação do direito internacional dos tratados não é, de fato, reconhecida como tarefa fácil, e também no direito internacional de investimentos, assim como nas demais disciplinas, se busca certeza na construção do direito³²⁷. Um tribunal constatou, em relação à interpretação da previsão de um tratado, que:

“Não seria fácil definir a exata linha delimitadora, assim como não é fácil visualizar no crepúsculo a divisão entre noite e dia. Mesmo assim, enquanto que a linha exata pode continuar não traçada, deveria ainda ser possível determinar em qual lado da divisão uma demanda particular deve restar”³²⁸.

³²¹ *Id.*

³²² *Id.*

³²³ *Id.*

³²⁴ PAULSSON, J. The Role of Precedent in Investment Arbitration. In: (Ed.) YANNACA-SMALL, K. **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 700.

³²⁵ *Ibid.*, p. 701.

³²⁶ *Ibid.*, p. 700.

³²⁷ GRIERSON-WEILER, T. e LAIRD, I.A. Standards of Treatment. In: (Ed.) MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F; SCHREUER, C. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. p. 260.

³²⁸ UNCITRAL. Methanex v. EUA, Sentença Parcial, 07.08.2002. para. 139. Disponível em: <<http://nafta-claims.com/Disputes/USA/Methanex/MethanexPreliminaryAwardJurisdiction.pdf>>.

Tradução livre de: “[It is] not easy to define the exact dividing line, just as it is not easy in twilight to see the divide between night and day. Nonetheless, whilst the exact line may remain undrawn, it should still be possible to determine on which side of the divide a particular claim must lie.”

A importância da busca pela consistência é inegável para conferir justiça aos casos individuais³²⁹. Uma interpretação ampla dos efeitos da cláusula de cumprimento de obrigações realmente aparenta ser a posição da maior parte da doutrina e jurisprudência, ainda que os critérios da última tenham sido estabelecidos de maneira divergente de tribunal para tribunal.

A razão de ser dessa maioria está na essência da cláusula do cumprimento de obrigações. Um efeito das *umbrella clauses* na prática é a criação de mecanismo processual que confere direito de ação à violações do contrato de investimentos. No entanto, tratam-se as *umbrella clauses* de disposições de natureza substancial em primeiro lugar, pois imprimem no tratado bilateral de investimento um *standard* protetivo adicional aos investidores. A proteção ao investimento é a essência da cláusula que exige o cumprimento de obrigações assinadas pelo Estado, e a jurisprudência têm se mostrado a favor de legitimar essa essência através de uma interpretação ampla.

³²⁹ PAULSSON, *Op. cit.*, p. 700.

REFERENCIAS

Accord entre le Gouvernement de la Republique Française et le Gouvernement de Hong Kong sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements. 1995. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1229>>.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Arab Republic of Egypt for the Promotion and Protection of Investments. 11 junho 1975. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1122>>.

ALEXANDROV, S. Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is It Still Unknown Territory? In: YANNACA-SMALL, K. **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 27.

Corte Permanente de Justiça Internacional. Decisão Nº 14, Série A, Nº 20. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_20/62_Emprunts_Serbes_Arret.pdf>.

CRAWFORD, J. Treaty and Contract in Investment Arbitration. **Arbitration International, Kluwer Law Online**, vol. 24, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id=ARBI2008022&PHPSESSID=j9ophbgh3i0utv5b3uvb70b1p5>>. Acesso em: 28.10.2014. pp. 351-374.

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

DOLZER, C.; STEVENS, M. **Bilateral Investment Treaties.** Kluwer Law, 1995. pp. 81-82.

FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.** The Hague: Kluwer Law International, 1999. paras. 11 e 46.

FRANCK, S. Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements. In: SAUVANT, K. **Appeals**

Mechanism in International Investment Disputes. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

GAILLARD, E. Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – The SGS Cases Considered. IN: WEILER, T (ed). **International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Investment Treaties and Customary International Law.** London: Cameron May, 2005. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12178511789070/investment_treaty_arbitration_eg.pdf>. p. 336.

GRIERSON-WEILER, T. e LAIRD, I.A. Standards of Treatment. In: (Ed.) MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F; SCHREUER, C. **The Oxford Handbook of International Investment Law.** p. 260.

Grupo do Banco Mundial. **Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment.** Disponível em: <<http://italaw.com/documents/WorldBank.pdf>>.

ICSID. AES Corp. v. Argentina. Decisão de Jurisdição. ARB/02/17. 26 abril 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0011.pdf>> paras. 17-33;

ICSID. BP American Production Co. v República da Argentina. Decisão de Jurisdição. ARB 04/8. 27 julho 2006. Disponível em: <<http://italaw.com/documents/PanAmericanBPJurisdiction-eng.pdf>>.

ICSID. CMS Gas Transmission Company v Argentina. ARB 01/8. Sentença, 12 maio 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>>.

ICSID. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. v. República da Argentina. Decisão de Anulação. ARB 97/3. 03 julho 2002. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0210.pdf>>, paras 99-101.

ICSID. ARB/03/9. Continental Casualty v. República da Argentina Sentença. 05 setembro 2008. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>>.

ICSID. ARB 03/08. Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire. Sentença. 10 janeiro 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf>>.

ICSID. ARB 03/15. El Paso Energy International Company v. República da Argentina. Decisão de Jurisdição. 27 abril 2006. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0268_0.pdf>.

ICSID. ARB 03/11. Joy Mining Machinery Ltd v. República Árabe do Egito. Sentença. 06 agosto 2004. Disponível em: <http://italaw.com/documents/JoyMining_Egypt.pdf>.

ICSID. ARB 02/1. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. República da Argentina. Decisão às objeções à jurisdição 30 abril 2004. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0458.pdf>>.

ICSID. ARB 01/11. Noble Ventures v. Romênia. Sentença. 12 outubro 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>>.

ICSID. ARB 03/13. Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. República da Argentina. Decisão de Objeções Preliminares. 27 julho 2006. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0616.pdf>>.

ICSID. Saipem SpA. v. Bangladesh. Decisão de Jurisdição. ARB 05/07. 21 março 2007. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0733.pdf>>.

ICSID. ARB 00/4. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Royaume du Maroc, Decisão de Jurisdição, 31 julho 2001. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>>.

ICSID. ARB/02/16. Sempra Energy International v. República da Argentina. Decisão às Objeções de Jurisdição. 11.05.2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0768.pdf>>.

ICSID. ARB 02/6. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República das Filipinas. Decisão às objeções à jurisdição. 29 janeiro 2004. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>>.

ICSID. ARB 01/13. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República Islâmica do Paquistão. Decisão às objeções de jurisdição. 06 agosto 2003. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>>.

ICSID. ARB 02/8. Siemens A.G. v. República da Argentina, Sentença, 06 fevereiro 2007. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>>.

ICSID. ARB AF/00/2. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos do México. Sentença. 29 março 2003. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>>.

ICSID. ARB (AF)/0/3. Waste management Inc. v. Estados Unidos do México. Sentença, 30 abril 2004. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>>.

MARINONI, L.G. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. pp. 172-173.

McLACHLAN, C.; SHORE, L.; WEINIGER, M. **International Investment Arbitration: Substantive Principles**. Oxford University Press: New York, 2007.

Modelo de Tratado Bilateral de Investimento dos EUA: **US Model BIT 2004**. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>>.

PAULSSON, J. **Arbitration Without Privity**. 10 ICSID Rev., 1995.

PAULSSON, J. The Role of Precedent in Investment Arbitration. In: (Ed.) YANNACA-SMALL, K. **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 700.

Procedimento *ad hoc*. Eureko B.V. v. Polônia. Sentença Parcial. 19 agosto 2005. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf>.

REINISCH, A. **Umbrella clauses. Seminar on International Investment Protection**. 2006-2007. Disponível em: <https://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf>.

SAUVANT, K. The Rise of International Investment, Investment Agreements and Investment Disputes. In: __. **Appeals Mechanism in International Investment Disputes**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

SCHREUER, C. **Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road**. IN: Journal of World Investment, 2004. pp. 231-256.

SCHREUER, C., Introduction: Interrelationship of Standards IN: REINISCH, A. **Standards of Investment Protection**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

SCHREUER, C. Consent to Arbitration. In: MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F.; SCHREUER, C. (ed.) **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 3a ed., Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010. p. 304.

Superior Tribunal de Justiça. MS nº 11.308-DF. União v. TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SpE S.A. 19 maio 2008.

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 612.439-RS. AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. v. Companhia Estadual de Energia do Rio Grande do Sul. 14 setembro 2006.

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 904.813-PR. Companhia Paranaense de Gás Natural – COMPAGAS v. Consórcio Carioca Passarelli. 28 fevereiro 2012.

Supremo Tribunal Federal. RE nº 222.368-PE, Rel. Min. Celso de Mello.

The Treaty between the United States of America and The Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment. 14 novembro 1991. Disponível em: <<http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>>.

Tratado Bilateral de Investimento entre Alemanha e Paquistão. 1959. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/160/treaty/1732>>.

Tratado da Carta de Energia, art. 10.

UNCITRAL. Methanex v. EUA, Sentença Parcial, 07.08.2002. para. 139. Disponível em: <<http://nafta-claims.com/Disputes/USA/Methanex/MethanexPreliminaryAwardJurisdiction.pdf>>.

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **International investment policymaking is in transition**. Junho de 2013. Acesso em 14.10.2014. Disponível em: <[http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=548&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment%20and%20Enterprise;#607;#International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\);#20;#UNCTAD%20Home](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=548&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment%20and%20Enterprise;#607;#International%20Investment%20Agreements%20(IIA);#20;#UNCTAD%20Home)>.

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento **International investment policymaking is in transition**. 20.06.2013. Acesso em 14 Outubro 2014. Disponível em: <[http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=548&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment%20and%20Enterprise;#607;#International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\);#20;#UNCTAD%20Home](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=548&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment%20and%20Enterprise;#607;#International%20Investment%20Agreements%20(IIA);#20;#UNCTAD%20Home)>.

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento. **Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)**. Abril de 2014. Acesso em 26.10.2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>.

VAN HARTEN, G. **Investment Treaty Arbitration and Public Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

YANNACA-SMALL, K. What About This “Umbrella Clause”? In: _____. **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

YANNACA-SMALL, K. **Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements**. OECD Working Papers on International Investment. 2006/03. OECD Publishing, 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>>.