

ESPECIFICIDADES DO PROCESSO ARBITRAL ICSID

Seminário sobre Arbitragem de Investimento

Associação Comercial de Lisboa – Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa

14 de Abril de 2011

- 1. As especificidades no mundo dos processos resultam da força da realidade muito mais do que da complexidade das teorias.**

- 2. As arbitragens ICSID são:**
 - a) Uma modalidade operativa das arbitragens internacionais;
 - b) Uma evolução no processo genético da resolução de litígios entre Estados;
 - c) Um instrumento de uma política mundial de desenvolvimento económico-social;
 - d) Uma arma do arsenal de instrumentos do Banco Mundial, ele próprio peça chave da Ordem Política e Jurídica Internacional.

- 3. As especificidades resultam desta interacção de factores.**

- 4. As Arbitragens ICSID são uma modalidade operativa das arbitragens internacionais.** Por isso aplicam-se-lhe:
 - a) as normas comumente aceites que regem as arbitragens internacionais e que estão plasmadas no universo normativo UNCITRAL e das principais instituições que administram arbitragens, como as normas sobre os poderes dos árbitros, a produção de prova, a disciplina das audiências;
 - b) As regras sobre a independência, imparcialidade e neutralidade dos árbitros;
 - c) Os princípios estruturantes da ordem pública internacional (igualdade de armas, princípio do contraditório).

- 5. As Arbitragens ICSID são uma evolução no processo genético da resolução de litígios entre Estados.** Por isso:
 - a) Os desequilíbrios de poderes não são totalmente anulados, pois o Direito tem de viver num Mundo em que existem realidades meta-jurídicas;
 - b) Um sector considera aliás que os tribunais arbitrais são injustos e não ponderam os interesses e necessidade das populações (por ex. o manifesto de 31 de Agosto de 2010, de 37 professores universitários).

6. **As Arbitragens ICSID são um instrumento de uma política mundial de desenvolvimento económico-social.** Por isso:

- a) São sensíveis à flutuação entre épocas mais favoráveis aos investidores e outras mais favoráveis aos Estados, muitas vezes devido à evolução da conjuntura económica mundial;
- b) Tendem a corrigir os movimentos pendulares automatizados, umas vezes sendo mais conservadoras e outras mais inovadoras na interpretação dos tratados.

7. **Uma arma do arsenal de instrumentos do Banco Mundial, ele próprio uma peça chave da Ordem Política e Jurídica Internacional.** Por isso:

- a) São obrigadas a analisar os tratados em função da evolução dos processos económicos e financeiros mundiais (veja-se por exemplo a questão da definição de “investimento”).
- b) A flutuação da opinião pública mundial – por muitos considerada uma fonte de direito – interage com o sistema ICSID e acentua riscos de inconsistência e de jurisprudência errática.

8. **Sendo assim, valerá a pena realçar a questão das especificidades:**

- a) A necessidade e a forma do **consentimento** entre as partes, sendo a regra que o Estado apresente uma “oferta unilateral de arbitragem” num BIT que depois seja aproveitada por um investidor, dando-se o “matching” dos consentimentos no momento em que este inicia o processo arbitral;
- b) A limitação pelo objecto (só se existir um “**investimento**”) e a complexidade dos debates doutrinários nem jurisprudenciais sobre a amplitude do conceito de investimento (Salini test, mas atenção ao recente Alpha vs Ucrania).
- c) A “**challenge**” dos **árbitros** e a sua componente política. A sensibilidade especial às posições doutrinárias e às decisões anteriores que tenham tomado;
- d) O indeferimento liminar (*summary dismissal*). Dois casos muito recentes: Global Trading and Globex vs Ucrânia (23/11/10) e RSM and others vs Grenada (10/12/10).
- e) **Providências cautelares** (*interim relief*) são mais exigentes: prova do *irreparable harm* como sinal de *arbitral restraint* dos tribunais ICSID (Cemex vs Venezuela).
- f) A existência de **recurso de anulação** (embora com limitações – neither narrowly nor extensively) para um comité *ad hoc* e os poderes acrescidos do Secretariado;

- g) A tendência para o **aumento do poder jurisdicional dos comités ad hoc** pelo alargamento jurisprudencial do âmbito de análise;
- h) O **sistema de exequatur** que dispensa o regime da Convenção de Nova Iorque;
- i) Efeitos em processos de **insolvência** de arbitragens ICSID (o caso *Puentes del Litoral* na Argentina e os direitos de accionistas em conflito com arbitragem ICSID);
- j) As dificuldades de execução perante a eventual **recusa do País condenado** (está afastada a imunidade de jurisdição mas não a imunidade de execução. O caso do fórum shopping);
- k) Os instrumentos da comunidade internacional e do poder estatal ao serviço do respeito das sentenças ICSID, ou uma **nova forma da política de canhoneiras**.

9. Conclusão

- a) **O Sistema ICSID está construído numa zona sísmica onde chocam movimentos tectónicos da comunidade internacional.** Como todos os outros sistemas de resolução jurídica de litígios que envolvam Estados, a sua necessidade está relacionada com a sua dificuldade.
- b) **Por isso exprime com rigor a realidade dos territórios de fronteira,** onde a Rule of Law vai tentando vencer e tornar desnecessária a irracionalidade da acção directa e os códigos extra e anti-jurídico de comportamento.
- c) **"Entre o forte e o fraco, a liberdade escraviza e a lei liberta"**, escreveu Lacordaire. Portugal é, na comunidade interancional, uma potência fraca.
- d) **Daí a importância de instrumentos como a Convenção de Washington para os cidadãos e as empresas portuguesas.**

Lisboa, Abril 2011
José Miguel Júdice
(josemiguel.judice@plmj.pt)