

**ANUÁRIO DO**  
**LABORATÓRIO**  
**DE RESOLUÇÃO**  
**ALTERNATIVA**  
**DE LITÍGIOS**

*YEARBOOK OF THE ADR LAB*

**ANO 1 - 2018**

**COORDENAÇÃO:**

Mariana França Gouveia  
António Pedro Pinto Monteiro  
Artur Flamínio da Silva  
Daniela Mirante  
Joana Campos Carvalho  
João Pedro Pinto-Ferreira

**EDIÇÃO:**

Francisco Arga e Lima

**ANUÁRIO DO LABORATÓRIO DE RESOLUÇÃO  
ALTERNATIVA DE LITÍGIOS  
*YEARBOOK OF THE ADR LAB***

**Ano 1 – 2018**

**COORDENAÇÃO**

Mariana França Gouveia  
António Pedro Pinto Monteiro  
Artur Flamínio da Silva  
Daniela Mirante  
Joana Campos Carvalho  
João Pedro Pinto-Ferreira

**REVISÃO DO TEXTO**

Francisco Arga e Lima

**EDIÇÃO**

Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Direito.  
CEDIS, Centro de I & D sobre Direito e Sociedade  
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

**SUPORTE: ELETRÓNICO**

Outubro, 2019

ISSN 2184-6200

---

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da  
FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do  
projeto UID/DIR/00714/2013.

## Nota de abertura

É um enorme gosto e um grande orgulho dar à estampa (ou melhor, à rede) o primeiro número do Anuário do Laboratório RAL.

O Laboratório de Resolução Alternativa de Litígios/ADR Lab<sup>1</sup>, atualmente integrado no *NOVA Dispute Resolution Forum*, foi criado em 2007 com a missão de desenvolver atividades relacionadas com os meios alternativos de resolução de litígios, designadamente a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Caracteriza-se por uma forte abertura à comunidade extra-académica e tem como objetivo investir na formação, na investigação, na reflexão e na divulgação de informação sobre os meios alternativos de resolução de litígios.

Tem diversas iniciativas realizadas, devendo destacar-se o Curso de Extensão Universitária em Arbitragem (7 edições), o Curso de Formação de Mediadores (4 edições) e o Curso de Introdução aos Meios de Resolução Alternativa de Litígios. Há ainda a destacar a oferta de um Mestrado Forense e Arbitragem na NOVA Direito, que inclui duas disciplinas de Mediação e quatro de Arbitragem. Este Mestrado tem dado origem a dezenas de dissertações em Resolução Alternativa de Litígios, assim como *papers* no âmbito das referidas disciplinas.

A quantidade e a qualidade da investigação produzida levaram-nos a concluir da necessidade de um local onde se pudesse melhor divulgar os seus resultados. Daí surgiu este Anuário, que publicará textos sobre Resolução Alternativa de Litígios, em especial teses de mestrado e trabalhos realizados no âmbito do Mestrado Forense e Arbitragem.

---

<sup>1</sup> <http://laboratorioral.fd.unl.pt/>

Neste primeiro número, o conjunto de textos é de grande interesse, atualidade e qualidade académica. Publicamos a tese de Mestrado da Alexandra Mendes Gonçalves, dedicada ao tema do *Third Party Funding*; três textos sobre Arbitragem, dois deles produzidos para o Curso de Extensão Universitária em Arbitragem; dois textos sobre Mediação, realizados no âmbito da disciplina do Mestrado; finalmente, três anotações a Acórdãos, sobre Arbitragem e sobre Mediação.

A terminar, uma palavra muito especial para agradecer aos coordenadores António Pedro Pinto Monteiro, Artur Flamínio da Silva, Daniela Mirante, Joana Campos Carvalho e João Pedro Pinto-Ferreira e ao editor Francisco Arga e Lima, pela sua dedicação e entusiasmo desde a primeira hora. Assim tudo é possível!

A todos os leitores, espero que gostem tanto como nós!

MARIANA FRANÇA GOUVEIA

Professora Catedrática e Diretora

Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa

# Índice

## I – ARTIGOS A) ARBITRAGEM

A ARBITRAGEM LABORAL DESPORTIVA EM PORTUGAL: UM JOGO DE ESPELHOS? <i>Daniela Mirante</i>	11
ENTRE A PROTECÇÃO MATERIAL E JURISDICIONAL: EXTENSÃO DOS EFEITOS DAS CLÁUSULAS MFN NO CONTEXTO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS <i>Carolina Botelho Sampaio</i>	39
SECURITY FOR COSTS – ADMISSIBILIDADE E PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO <i>Catarina Pericão</i>	71
O CONFLITO ENTRE A PUBLICIDADE E A CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM: UM REFLEXO DO “DUE PROCESS PARANOIA”? <i>Margarida Arêlo Manso</i>	107

## B) MEDIAÇÃO

CAUCUS NA MEDIAÇÃO – ADMISSIBILIDADE, RELEVÂNCIA E TÉCNICAS: UMA ABORDAGEM TEÓRICA <i>Catarina Nicolau Campos</i>	147
---	-----

MEDIAÇÃO TRANSFORMADORA: A APRENDIZAGEM  
DA ESCUTA

*Maria Miguel Oliveira da Silva*

163

II – DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

THIRD PARTY FUNDING NA ARBITRAGEM COMERCIAL  
– A APLICABILIDADE DO FINANCIAMENTO DE LITÍGIOS  
POR TERCEIROS E A POSSIBILIDADE DA SUA REGULAÇÃO

*Alexandra Mendes Gonçalves*

177

III – ANOTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

ADVERSE INFERENCES – TO DRAW OR NOT TO DRAW;  
COUR D’APPEL DE PARIS, 28.02.2017

*Mariana França Gouveia*

279

ARBITRAGEM (DE INVESTIMENTOS) E A NOÇÃO DE ÓRGÃO  
JURISDICIONAL NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA,  
PARA EFEITOS DO ARTIGO 267.º DO TFUE. ANOTAÇÃO  
AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA  
(GRANDE SECÇÃO) DE 6 DE MARÇO DE 2018, “SLOWAKISCHE  
REPUBLIK CONTRA ACHMEA BV”, C-284/16

*Artur Flamínio da Silva*

295

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TJUE, DE 14.06.2017,  
PROCESSO C-75/16, LIVIO MENINI E MARIA ANTONIA  
RAMPANELLI / BANCO POPOLARE SOCIETÀ COOPERATIVA

*Maria Berta Jerónimo*

315

# Entre a Protecção Material e Processual: Extensão dos Efeitos das Cláusulas MFN no Contexto da Arbitragem de Investimentos Internacional

CAROLINA BOTELHO SAMPAIO\*

*“I have not had the intelligence or the ability to convince my colleagues in this Tribunal, but [...] I express the hope to contribute in a modest but constructive manner to the ongoing debate on the way MFN clauses should be applied in the investment arbitration”<sup>1</sup>*

BRIGITTE STERN

**Resumo:** Até à última década, a cláusula MFN nos Acordos de Protecção e Promoção Recíproca de Investimentos (“BITs”) parecia ser um parâmetro inofensivo, que não havia sido objecto de discussão séria. Contudo, recentemente começaram a surgir várias decisões arbitrais que suscitaram certas questões sobre a correcta aplicação destas cláusulas. Apesar de algumas incluírem ou excluírem expressamente a resolução de litígios do seu âmbito de aplicação, a maioria é omissa quanto à questão de saber se abarcam apenas regras substantivas para a protecção de investimentos ou se o respectivo tratamento se estende, outrossim, a protecções processuais e, em particular, às cláusulas de resolução de litígios. Com o presente artigo pretendemos responder à questão de saber se no caso em que as cláusulas MFN sejam omissas quanto ao seu objecto, a referência ao tratamento mais favorável é exclusiva à protecção substantiva concedida pelo BIT principal ou se, de outra banda, deve estender os seus efeitos à protecção processual.

**Palavras-Chave:** *Arbitragem de Investimentos; Cláusulas MFN; Acordo de Protecção e Promoção Recíproca de Investimento; Efeitos Processuais; Interpretação.*

---

\* Por opção da autora, o presente artigo não segue o novo acordo ortográfico.

<sup>1</sup> Voto de vencido de BRIGITTE STERN na Decisão do ICSID, de 21.06.2011, proc. n.º ARB/07/17 (*Impreglio SpAv. Argentine Republic*), §3, disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

**Abstract:** Until the last decade, the MFN clauses in the BITs seemed to be a harmless standard that had not been the subject of serious discussion. However, a number of arbitration decisions have recently begun to raise questions about the correct application of these clauses. Although some expressly include or exclude dispute resolution clauses from its scope, most clauses are silent on their question of whether they cover only substantive protection of investments or whether the treatment also extends to procedural protections, and in particular to dispute settlement clauses. Thus, with this article, we purport to answer the question of whether in the cases where MFN clauses are silent in respect of their subject-matter, the reference to the most favorable treatment is exclusive to the substantive protection granted by the main BIT or, on the other hand, the same should extend its effects to jurisdictional protection.

**Key words:** *Investment Arbitration; MFN Clauses; Bilateral Investment Treaties; Procedural Extension; Interpretation.*

## I. Introdução

A arbitragem de investimentos é uma arbitragem internacional que, em termos genéricos, tem como propósito fundamental a protecção de investimentos feitos por investidores nacionais de um determinado Estado que vão investir num outro Estado (também denominado *host State* ou Estado de acolhimento). Este tipo de arbitragem surgiu num contexto de particular desconfiança dos chamados Estados desenvolvidos quando consideravam investir nos Estados emergentes<sup>2-3</sup>.

A globalização da economia que, em boa verdade, caracterizou este período implicou, além do mais, um aumento muito significativo de operações de investimento estrangeiro. Esse investimento, para as economias em desenvolvimento, afigurava-se como um instrumento essencial de viabilização de recursos e construção das infra-estruturas de que estes Estados careciam. De outro passo, para os Estados ditos

---

<sup>2</sup> JULIAN LEW; LOUKAS MISTELIS; STEFAN KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 761-804.

<sup>3</sup> SÉRVULO CORREIA, “A Resolução dos Litígios sobre Investimento Estrangeiro em Direito Arbitral Comparado”, in *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 821-841.

desenvolvidos, surgiam como uma forma, não menos relevante, de suprir necessidades económico-financeiras do próprio Estado e das empresas aí sediadas<sup>4</sup>.

Como facilmente se compreende, a arbitragem de investimentos surge como uma tentativa de atenuar a desconfiança que os investidores – predominantemente oriundos dos países desenvolvidos – tinham quando pretendiam investir em mercados potenciais mercados onde o Estado de Direito ainda poderia não ser ainda uma realidade. Este receio consubstanciava-se em dois tipos de riscos: (i) risco legislativo e (ii) risco judicial. A consequência imediata da desconfiança existente era, naturalmente, a inibição do desenvolvimento de negócios internacionais, designadamente, em domínios de contratos de longa duração onde o retorno do investimento não é imediato mas, ao invés, prolongado e faseado e com um risco potencial associado muito elevado. Nas palavras de TIAGO DUARTE “[h]avia assim, uma certa dificuldade em se fazer o casamento perfeito, que passava por ligar os investidores aos mercados potenciais”<sup>5</sup>. Todavia, com vista a superar este obstáculo, foi-se inculcando a ideia de que, de forma a atrair potenciais investidores estrangeiros os Estados teriam, por um lado, de consagrar em tratados internacionais os direitos garantidos aos potenciais investidores. Isto para afastar o risco legislativo e para evitar que os direitos existentes na legislação nacional de cada Estado não alterassem consoante a conveniência. E, por outro lado – com o intuito de afastar o risco político – teriam de prestar, nesses mesmos tratados internacionais, consentimento prévio para que qualquer tipo de litígio que viesse a surgir entre esse Estado e os futuros investidores pudesse ser dirimido com recurso à arbitragem internacional. Deste modo, a protecção anteriormente concebida em sede de direito nacional e, por isso mesmo, susceptível de mudanças por utilidade, estava acautelada na esfera do direito internacional.

Com efeito, a partir dos anos 80, e com especial relevo nos anos 90 do século passado, os Estados começaram a celebrar inúmeros Acordos de Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos comumente

---

<sup>4</sup> RUDOLF DOLZER; CHRISTOPH SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2012, pp. 1-19.

<sup>5</sup> TIAGO DUARTE, “Arbitragem Internacional de Investimentos: A Tradição já não é o que era”, in *Intervenções XI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2018, p. 126.

designados como Tratados Bilaterais de Investimentos<sup>6</sup>. Nas palavras de CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, os BITs são “[a]cordos internacionais celebrados entre dois Estados, ou blocos de Estados, que visam potenciar o investimento de capital privado estrangeiro no território dos Signatários, estabelecendo-se para o efeito, em regime de reciprocidade, um conjunto de medidas destinadas a assegurar garantias mínimas de protecção e a criar condições mais favoráveis para a realização desses investimentos”<sup>7</sup>. Habitualmente encontram-se consagradas nestes Acordos disposições que visam a protecção substantiva dos investidores, como seja a eliminação de obstáculos comerciais e, em particular, condições fiscais e aduaneiras mais favoráveis, *standards* de protecção mais favoráveis face àqueles que se encontram estatuídos pela lei geral local, i.e., cláusulas de tratamento da nação mais favorecida (*most-favoured-nation clause*), garantias de uma justa indemnização em caso de expropriação directa ou indirecta do Estado, cláusulas de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*) e, ainda, disposições que regulam a circulação, geral e tendencialmente, irrestrita de capitais, pagamentos e rendimentos.

De acordo com os números da Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento (“UNCTAD”)<sup>8</sup> existem, actualmente, cerca de 2.946 BITs e 379 tratados de outra natureza com cláusulas sobre investimento estrangeiros. Estima-se que cerca de 90% destes acordos contêm cláusulas de resolução de litígios com recurso a arbitragem, permitindo que os investidores nacionais dos Estados contratantes possam submeter os diferendos que venham a ocorrer quanto ao investimento realizado no território do outro Estado à arbitragem de investimentos<sup>9</sup>. É, precisamente, tendo em conta este contexto que, nos últimos anos,

---

<sup>6</sup> Para efeitos do presente trabalho, a designação dada aos Acordos de Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos será a expressão inglesa “*Bilateral Investment Treaties*” ou “BITs”.

<sup>7</sup> CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, “Os BITs e a União Europeia”, in *Intervenções XI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2018, pp. 83-123.

<sup>8</sup> Disponível em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

<sup>9</sup> Na sua maioria, os BITs que contêm cláusulas arbitrais remetem para o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos, na sigla inglesa ICSID – *Internacional Centre for Settlement of Investment Disputes* –, sob a égide do Banco Mundial.

a arbitragem tem ganho relevância como meio de resolução de litígios relacionados com investimentos estrangeiros. E isto é assim porque, do ponto de vista do investidor estrangeiro, a arbitragem constitui uma garantia de que – em caso de litígio com o Estado de acolhimento –, o mesmo será decidido por um órgão imparcial.

Se é verdade que os BITs modernos dispõem de cláusulas de resolução de litígios que, na sua maioria, remetem os litígios para arbitragem, muitas vezes esse recurso não é realizado de forma directa. Por outras palavras, é frequente encontrarem-se cláusulas que limitam severamente a disponibilidade das partes para recorrerem directamente à arbitragem. A título exemplificativo, encontramos as cláusulas que remetem as partes para outros mecanismos de resolução de litígios, como a mediação ou a negociação, enquanto passo prévio ao recurso à arbitragem (*multi-tier clauses*), as cláusulas que estabelecem um hiato temporal, geralmente de 18 meses, para que as partes tentem alcançar um acordo através da negociação antes de iniciarem o processo arbitral, as cláusulas que exigem o esgotamento dos mecanismos internos de cada Estado, as cláusulas que limitam o âmbito da definição de investimento e, por último, as cláusulas de bifurcação (ou *fork-in-the road clauses*), que determinam que a escolha de submeter os litígios a uma das alternativas previstas no Tratado será feita a final.

Dada a abrangência e diversidade das cláusulas contidas nestes Acordos, bem como a crescente procura pelas melhores condições por parte dos investidores, as cláusulas da Nação Mais Favorecida (*most-favoured-nation clause*)<sup>10</sup> começaram por assumir um papel determinante na esfera do direito internacional. Com efeito, as cláusulas MFN tornaram-se um instrumento significativo de liberalização económica porquanto, por via da sua aposição nos BITs, os investidores de qualquer Estado têm a garantia que serão tratados em igualdade com os investidores dos países mais influentes nas suas negociações com o país onde o investimento ocorreu.

Pelo exposto, a pergunta que se impõe é a de saber se, no caso em que as cláusulas MFN sejam omissas quanto ao seu objecto, a referência ao tratamento mais favorável é exclusiva à protecção substantiva concedida

---

<sup>10</sup> Para efeitos do presente trabalho estas cláusulas serão, de ora em diante, designadas por “cláusulas MFN”.

pelo BIT principal (*basic Treaty*) ou, por outro lado, se deve estender os seus efeitos à protecção processual?

## II. A génese das cláusulas MFN e a sua amplitude

O tratamento mais favorável é um dos *standards* mais antigos nas relações económicas internacionais<sup>11</sup>. Tradicionalmente, os Estados utilizavam as cláusulas MFN no comércio dos tratados para garantir que obtinham vantagens, privilégios e concessões que o Estado concedente tinha acordado ou acordaria no futuro com Estados terceiros<sup>12</sup>. Como salienta GEORG SCHWARZENBERGER, o efeito geral do regime das cláusulas MFN inseridas nos acordos de investimento é o de que “[a] vantagem de uma pessoa aumenta o lucro de todos”<sup>13</sup>.

Como bem se sabe, as cláusulas MFN interligam os diversos acordos de investimento, assegurando que as partes de um tratado providenciam um tratamento não menos favorável que o tratamento facultado no âmbito de outros acordos nas áreas cobertas pela cláusula. Na sequência do relatório da Organização para o Crescimento e Desenvolvimento Económico (“OCDE”)<sup>14</sup>, as cláusulas MFN passaram a ser definidas como normas que devem ser interpretadas como capazes de atrair tratamento mais favorável que se encontra disponível noutros acordos, apenas no que diz respeito ao “*same subject-matter, the same category of the matter or the same class*”

---

<sup>11</sup> Surgiu, desde logo, como uma das principais obrigações de política comercial prevista na Carta de Havana de 1948. A Carta de Havana foi o acordo celebrado entre os diversos Estados Partes para a constituição do que seria a Organização Internacional do Comércio. Embora a Carta nunca tenha entrado em vigor, as negociações encetadas originaram o Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT.

<sup>12</sup> ANDREW NEWCOMBE; LLUÍS PARADELL, “Chapter 5 – Most-Favoured-Nation Treatment”, in *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer International Law, 2009, pp. 193-232.

<sup>13</sup> GEORG SCHWARZENBERGER, “The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice”, in *British Yearbook of International Law*, Vol. 22, 1945, pp. 96-121.

<sup>14</sup> OCDE, “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, in *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/02, 2004, disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>.

*of matter*”<sup>15</sup>. Concretizando: um investidor de um dos Estados signatários do acordo ou o seu investimento será tratado pela outra parte, de forma não menos favorável em relação a um determinado objecto do que um investidor ou o seu investimento de um qualquer país terceiro.

Em 1964, a Comissão de Direito Internacional (*International Law Commission* – “ILC”) iniciou um projecto com vista à preparação de um esboço de artigos sobre as cláusulas MFN<sup>16</sup>. Embora adoptado em 1978, nunca se transformou em tratado. No entanto, a ILC definiu as cláusulas MFN como “[u]ma cláusula de um tratado pela qual um Estado se obriga perante outro Estado a conceder o tratamento da nação mais favorável numa esfera de relações acordada”<sup>17</sup>. Esta cláusula contida no Acordo principal consiste no compromisso que o Estado concedente (*granting State*) confere ao Estado beneficiário (*beneficiary State*) – ou a pessoas ou coisas numa determinada relação – um tratamento não menos favorável do que o facultado a terceiros<sup>18</sup>. Com efeito, a obrigação de tratamento mais favorável somente existe quando é aposta uma cláusula no acordo de investimento. Sem esta obrigação comercial, cada país mantém a opção de discriminar economicamente investidores estrangeiros.

Destarte, o objectivo das cláusulas MFN comporta a necessidade de estabelecer e manter, em todos os momentos, igualdade sem discriminação entre todos os países envolvidos<sup>19</sup>. Para tanto, acaba por impulsionar a perturbação do equilíbrio do acordo por conceder ao Estado beneficiário novos direitos não incluídos no Acordo principal, mas neste prometido. Este objectivo pode ser alcançado desde que se preencham determinadas condições, como seja a similitude de circunstâncias<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> INCI ATAMAN FIGANMESE, “The Impact of the *Maffezini* Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties”, in *Ankara Law Review*, Vol. 8, n.º 2, 2011, pp. 224-225.

<sup>16</sup> International Law Commission, “Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses”, in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Parte II, 1978.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Conforme expresso na Decisão do ICJ, de 22.07.1952, proc. n.º 16, (*Anglo-Iranian Oil Co. United Kingdom v. Iran*), §109. Disponível em <https://www.icj-cij.org>.

<sup>19</sup> Decisão do ICJ, *Rights of nationals of the United States of America in Morocco, France v. United States of America*, 1952, §191. Disponível em <https://www.icj-cij.org>

<sup>20</sup> De acordo com o artigo 9 dos *Draft Articles on MFN clauses*, a propósito do princípio *ejusdem generis* apenas estes direitos similares cabem no âmbito material de aplicação das cláusulas MFN e podem, por conseguinte, ser reclamados.

e a existência de um tratamento mais favorável a um terceiro. Neste sentido, importa salientar que, na arbitragem de investimentos, as cláusulas MFN podem assumir diversas funções. Assim, podem, por exemplo, ser utilizadas como causa de pedir autónoma numa determinada acção, com o intuito de responsabilizar internacionalmente o Estado de acolhimento por práticas discriminatórias<sup>21</sup> ou para alargar o âmbito dos direitos dos investidores.

Ora, as cláusulas MFN são tipicamente gerais no seu texto e deixam uma margem considerável para interpretações opostas. Algumas incluem ou excluem expressamente a resolução de litígios do seu âmbito de aplicação. Contudo, a maioria dos BITs é omissa sobre se o tratamento das MFN inclui apenas regras substantivas para a protecção de investimentos ou se esse tratamento se estende, outrossim, a protecções processuais, e, com especial enfoque, às cláusulas de resolução de litígios. Neste último caso, as cláusulas MFN destinam-se a alargar o perímetro da protecção do investimento proporcionado pelo Estado de acolhimento, atraindo as condições mais favoráveis que o Estado oferece aos nacionais de países terceiros. Estas condições mais favoráveis podem ser encontradas quer num instrumento normativo nacional, quer num acordo celebrado com um Estado terceiro. Para este fim, SCHILL<sup>22</sup> entende que este tipo de cláusulas “multilateraliza” a protecção dada ao investimento, aumentando o alcance do Acordo principal, com a inclusão de condições mais favoráveis de outros BITs. A única limitação na utilização das cláusulas MFN para estender os efeitos jurisdicionais ínsitos num BIT celebrado com um Estado terceiro prende-se com considerações de ordem pública subjacentes ao BIT principal aplicável entre as partes e as condições para a sua aceitação<sup>23,24,25</sup>.

---

<sup>21</sup> Decisão do ICSID, de 11.09.2007, proc. n.º ARB/05/8, (*Parkerings-Compagniet A.S. v. Republic of Lithuania*), §366-371. Disponível em <https://www.italaw.com>.

<sup>22</sup> STEPHAN W. SCHILL, “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favoured-Nation Clauses”, in *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 27, 2009.

<sup>23</sup> R. DOLZER; C. SCHREUER, “Settling Investment Disputes”, in *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, p. 205.

<sup>24</sup> C. SCHREUER, “Consent to Arbitration”, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 79.

<sup>25</sup> TONY COLE, “The Boundaries of Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law”, in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 33, Issue 3, 2012, pp. 537-586.

### III. A interpretação das cláusulas MFN e o seu âmbito de aplicação

A questão do âmbito de aplicação das cláusulas MFN, nas palavras de BRIGITTE STERN, “[é] uma questão complexa, especialmente quando relacionada com as cláusulas de mecanismos de resolução de litígios”<sup>26</sup>. Como a própria autora evidencia num estudo realizado pela UNCTAD, “[h]á fortes argumentos a favor e contra a aplicação da cláusula MFN a matérias jurisdicionais. No final, esta questão precisa de mais esclarecimentos da jurisprudência internacional de investimentos”<sup>27</sup>. Pese embora o referido estudo remonte a 2007, em boa verdade, volvida mais de uma década sobre o mesmo, e apesar dos numerosos casos que convocam a análise de cláusulas MFN, a questão não está, de todo em todo, resolvida. A maioria das cláusulas MFN são, ainda, incondicionais, recíprocas e indeterminadas.

Importa, antes de mais, deixar uma nota prévia: naturalmente, a interpretação da cláusula MFN só é necessária quando a intenção das partes quanto à sua aplicabilidade ou inaplicabilidade aos mecanismos de resolução de litígios não é expressamente declarada ou claramente verificada. É evidente que, se existe uma cláusula MFN que inclui expressamente do seu âmbito de aplicação os procedimentos de resolução de litígios, ou que expressamente os exclui, não há necessidade de interpretação. Existem casos em que as partes expressamente declaram a sua vontade de abranger as cláusulas jurisdicionais<sup>28</sup>.

A situação oposta também ocorre, isto é, a situação em que as partes expressamente excluem do âmbito de aplicação das cláusulas MFN a protecção processual, as denominadas cláusulas *anti-Maffezini*. Um bom exemplo deste último caso pode encontrar-se no *Free Trade of the Americas draft Agreement* (“FTAA”) cuja nota de rodapé n.º 13 refere o seguinte: “[a]s Partes notam a recente decisão do tribunal arbitral no *Maffezini (Arg.) v. Reino de Espanha*, que concluiu que a cláusula MFN, invulgarmente ampla, contida no acordo entre a Argentina e Espanha abrangia os procedimentos de resolução de litígios internacionais. (...) Em contrapartida, a

---

<sup>26</sup> Voto de vencido BRIGITTE STERN, na Decisão do ICSID, de 21.06.2011, proc. n.º ARB/07/17, (*Impreglio SpA v. Argentine Republic*), disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> A título de exemplo veja-se o artigo 3.º, n.º 3 do BIT Modelo do Reino Unido.

cláusula MFN deste Tratado limita expressamente o seu escopo material, a questões relacionadas com o estabelecimento, aquisição, expansão, gestão, condução, operação e venda ou outra disposição de investimentos. As Partes compartilham o entendimento e a intenção de que esta cláusula não abranja os mecanismos de resolução de litígios internacionais”<sup>29</sup>.

Objectivo semelhante foi realizado através de declarações interpretativas, como é o caso da Argentina e do Panamá que, após a decisão sobre a jurisdição no caso *Siemens*, decidiram conjuntamente numa interpretação autêntica da cláusula MFN ínsita no acordo celebrado entre ambos, referindo que não alarga o âmbito de aplicação da mesma a cláusulas de resolução de litígios<sup>30</sup>.

Concomitantemente, é hoje pacífico na doutrina e jurisprudência que o alcance de uma cláusula MFN é indiscutível para a protecção substantiva do investimento dada pelos BITs. Veja-se, a título de exemplo, a seguinte passagem: “É universalmente aceite que a própria essência de uma cláusula MFN num BIT é a de facultar aos investidores toda a protecção material fornecida por Acordos subsequentes”<sup>31</sup>.

O problema da extensão dos efeitos das cláusulas MFN às disposições que regulam a resolução de litígios está, comumente, associado à divisão jurisprudencial criada por duas decisões ICSID: *Agustín Maffezini v. Reino de Espanha* e *Plama Consortium Limited v. República da Bulgária*. Este tema deu origem a inúmeros comentários académicos no seio do direito internacional de investimentos, tendo inclusive sido considerado como dos debates doutrinários mais desafiantes e estimulantes na arbitragem dos tratados de investimentos<sup>32</sup>.

Segundo cremos, as razões pelas quais o tópico suscitou tanto fascínio são as seguintes: em primeiro lugar, a possibilidade de contornar cláusulas sobre resolução de litígios menos favoráveis no Acordo principal

---

<sup>29</sup> Disponível em [www.ftaa-alca.org](http://www.ftaa-alca.org).

<sup>30</sup> Decisão da UNCITRAL, de 20.06.2006, proc. *ad hoc* n.º 178, (*National Grid plc v. Argentina*), §85.

<sup>31</sup> Decisão do SCC, de 21.04.2006, proc. n.º 080/2004, (*Vladimir Berchander and Moise Berchander v. Russia*), §179.

<sup>32</sup> STEPHAN W. SCHILL, “Chapter 18 – *Maffezini v. Plama*: Reflections on the Jurisprudential Schisms in the Application of Most-Favoured-Nation Clauses to Matters of Dispute Settlement”, in *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015, pp. 251-266.

responde ao interesse dos investidores estrangeiros de facilitar, agilizar ou ampliar o âmbito de acesso à arbitragem internacional de investimentos à luz de opções menos onerosas, mais rápidas ou mais amplas de resolução de litígios oferecidos aos investidores abrangidos por outros acordos celebrados entre terceiros e o Estado de acolhimento. Exemplos com relevância prática dizem respeito a diferenças nas causas de pedir, que podem ser submetidas a diferentes BITs celebrados pelo Estado de acolhimento, bem como a diferenças quanto aos requisitos processuais pré-arbitragem, como a duração dos períodos de espera (*cooling-off periods*) ou a necessidade de recorrer e esgotar previamente os mecanismos jurisdicionais internos de cada Estado. Por seu turno, para os Estados demandados, negar a operação de uma cláusula MFN e, por essa razão, limitar a competência de um tribunal pode resultar na diferença entre ser sancionado por uma infração ao BIT em análise, e a redução considerável do risco de ser considerado responsável. Estas consequências práticas diametralmente opostas explicam o fervor com que a batalha do precedente é travada na prática arbitral de investimentos entre *Maffezini* e *Plama*. Em segundo lugar, o âmbito de aplicação das cláusulas MFN está intimamente relacionado com questões mais amplas respeitantes à organização de paradigmas subjacentes ao direito internacional de investimentos em geral. Partindo do pressuposto que as cláusulas MFN operam, não apenas quanto aos *standards* substantivos de tratamento, mas também quanto às questões processuais, tal significa, em termos conceptuais, que mais do que ampliar o seu âmbito de aplicação, levar a uma harmonização mais ampla da lei de investimentos internacional. Por outro lado, esta possibilidade cria um problema acessório que se prende com a escolha dos árbitros, e que será abordado especificamente *infra*.

Dito isto, é consabido que a decisão *Maffezini* abriu as comportas desta controvérsia ao tomar uma decisão sem precedentes<sup>33</sup>. Como observou ZACHARY DOUGLAS: “[a] decisão *Maffezini* foi a primeira vez que uma parte foi autorizada a invocar uma cláusula MFN para modificar o mandato jurisdicional de um tribunal internacional. Ao

---

<sup>33</sup> Com a excepção de um *obiter dictum* do Tribunal de Justiça Internacional (ICJ) no *Case Concerning the Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France v. USA), in *ICJ Reports* 1952, p. 190.

longo das centenas de anos de actividade dos tribunais nacionais e arbitrais internacionais que antecederam o caso *Maffezini*, houve apenas decisões judiciais contra tal dispositivo, incluindo a Decisão do Tribunal de Justiça Internacional no Caso *Anglo-Iranian Oil Company* e a Decisão em *Aroa Mines, British-Venezuelan Mixed Claims Commission's*<sup>34</sup>. Depois do caso *Maffezini* inúmeros tribunais ICSID seguiram este caminho interpretativo. Contudo, outros tribunais arbitrais reagiram em sentido contrário a esta inovação, logo, retomando a interpretação clássica das cláusulas MFN. Os dois primeiros casos a decidir nesta linha, depois do *Maffezini* foram *Salini Costruttori v. Jordânia* e *Plama v. Bulgária* (também, estes decididos por tribunais ICSID). Estas decisões contraditórias deram início ao denominado *abismo – schism*<sup>35</sup> – jurisprudencial a propósito do tema. De facto, a primeira linha de decisões baseia-se na presunção de que as disposições processuais sobre resolução de litígios caem invariavelmente no âmbito de uma cláusula MFN num BIT a menos que o contrário seja claramente demonstrado. A segunda linha de decisões baseia-se na presunção inversa, segundo a qual as disposições referentes à resolução de litígios por regra não se inserem no âmbito de aplicação de uma cláusula MFN ínsita num BIT, salvo indicação em contrário.

#### **i. Caso Maffezini: presunção do efeito processual**

A decisão no caso *Maffezini* diz respeito a um caso submetido a um tribunal arbitral ICSID onde o investidor era nacional da Argentina e o Estado receptor do investimento era o Reino de Espanha. No referido caso, o litígio estava relacionado com o investimento de 70% das acções do Sr. Maffezini numa sociedade espanhola chamada “*Maffezini S.A.*”, que tinha como objectivo produzir e distribuir produtos químicos em Espanha. Os restantes 30% da participação accionista da sociedade eram detidos por uma sociedade designada “*Sociedad para el Desarrollo Industrial*

---

<sup>34</sup> ZACHARY DOUGLAS, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, Issue 1, 2011, pp. 97-113.

<sup>35</sup> STEPHAN W. SCHILL, “Chapter 18 – *Maffezini v. Plama*”, 2015, pp. 251-266.

d *Galícia S.A*”, constituída para promover o desenvolvimento industrial da província espanhola da Galícia. A construção de instalações industriais exigiu a realização de uma avaliação ambiental. Após a referida avaliação, a sociedade do Sr. Maffezini enfrentou sérias dificuldades económico-financeiras e, em 1992, o Sr. Maffezini viu-se forçado a interromper a construção da fábrica de produtos químicos. Em 1994, as partes iniciaram um processo de negociação com o objectivo de resolver o litígio.

O BIT celebrado entre a Argentina e o Reino de Espanha previa que, em caso de um litígio entre o investidor e o Estado de acolhimento, deveria existir um período de 18 meses, ao qual o investidor não poderia remeter o litígio para arbitragem antes do término do mesmo. A fim de superar este obstáculo, o investidor invocou a cláusula MFN prevista no BIT (Argentina e Espanha), ao mesmo tempo que argumentava que recebia um tratamento menos favorável do que os investidores de países terceiros. Por seu turno, o Reino de Espanha argumentou que o investidor não esgotou todos os recursos internos, conforme exigido pelo artigo X do BIT. No entanto, o investidor afirmou o seu pedido no artigo IV do mesmo BIT que prevê que “[e]m todas as matérias regidas pelo presente Acordo, este tratamento não será menos favorável que o outorgado por cada parte aos investimentos realizados no seu território por investidores de um país terceiro”. Em acréscimo, o investidor destacou que o BIT celebrado entre Espanha e o Chile não previa o referido período de carência de 18 meses, mas sim uma cláusula *fork-in-the-road* com um período de carência de apenas 6 meses. Por essa razão, o investidor pretendia aplicar a cláusula de arbitragem mais favorável do tratado de investimento entre a Espanha e o Chile, a fim de evitar a cláusula que previa um período de 18 meses como condição prévia ao recurso à arbitragem internacional.

O tribunal arbitral considerou que as disposições concernentes à resolução de litígios contidas num BIT celebrado entre o Estado de acolhimento e um Estado terceiro era, efectivamente, objecto da cláusula MFN. Sustentou a sua decisão referindo, em primeiro lugar, que mesmo que o BIT não manifestasse, expressamente, a intenção das partes de incluir a cláusula de resolução de litígios no âmbito de aplicação da cláusula MFN, essa intenção poderia ser deduzida a partir da redacção em moldes bastantes amplos da cláusula MFN, que se referia a “todas

as matérias abrangidas pelo presente Acordo”<sup>36</sup>. Entendeu o tribunal arbitral que não existiam motivos para considerar que o termo “todas as matérias” incluísse, apenas, a protecção material prevista no acordo de protecção e promoção de investimentos<sup>37</sup>. Em segundo lugar, o tribunal realizou um exercício de comparação, concluindo que a redacção ampla da cláusula era peculiar daquele BIT e, bem assim, incomum na prática dos BITs celebrados por Espanha<sup>38</sup>. Finalmente, considerou ainda o tribunal arbitral que o recurso à arbitragem era uma parte fundamental do tratamento do investidor estrangeiro, baseando-se, para o efeito, num argumento histórico: “[h]á boas razões para concluir que hoje, os acordos de resolução de litígios estão inextricavelmente relacionados com a protecção dos investidores estrangeiros, pois estão, também, relacionados com a protecção dos direitos dos comerciantes ao abrigo dos tratados de comércio”<sup>39</sup>. Todavia, e para evitar dúvidas, esclareceu, ainda, o tribunal arbitral, que o impacto jurisdicional das cláusulas MFN tem como limite as considerações de ordem pública<sup>40</sup>. Essas considerações incluíam, no entendimento do colectivo, entre outros, o esgotamento dos recursos internos (reflectindo, desde modo, e de acordo com os árbitros, uma regra fundamental de direito internacional público), as cláusulas *fork-in-the-road* ou pactos atributivos de jurisdição.

A abordagem adoptada na decisão do caso *Maffezini* foi seguida pela jurisprudência arbitral, que passou a colocar as cláusulas de resolução de litígios no cerne do tratamento concedido ao investidor estrangeiro. Uma primeira fase jurisprudencial que adoptou a mesma orientação da decisão *Maffezini* diz respeito a litígios, maioritariamente argentinos, i.e., ligados a BITs celebrados pela Argentina (e, em particular, relacionados com o BIT celebrado entre a Argentina e o Reino de Espanha). A título de exemplo: *Siemens AG v. República da Argentina*<sup>41</sup>, *Gas Natural SDG, S.A.*

---

<sup>36</sup> Decisão do ICSID, de 25.01.2000, proc. n.º ARB/97/7, (*Emilio Agustín Maffezini v. Reino de Espanha*), §52-53. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>37</sup> *Idem*, §41.

<sup>38</sup> *Idem*, §60.

<sup>39</sup> *Idem*, §54-55.

<sup>40</sup> *Idem*, §62.

<sup>41</sup> Decisão do ICSID, de 03.08.2004, proc. n.º ARB/97/7, (*ARB/02/8, Siemens A.G. v República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

v. *República da Argentina*<sup>42</sup>, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. República da Argentina*<sup>43</sup> ou *Hochtief AG v. República da Argentina*<sup>44</sup>. Num momento posterior, surgiu uma nova fase jurisprudencial relacionada com acordos de investimentos da antiga União Soviética, cujas cláusulas de resolução de litígios eram estritamente limitadas ao cálculo dos danos por expropriação. Nestes casos, e em particular no *RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation*<sup>45</sup>, o tribunal arbitral deu um passo em frente no sentido de admitir que através de uma cláusula MFN, para além de ser possível eliminar ou tornar alguns obstáculos processuais à arbitragem internacional, é igualmente possível substituir uma cláusula de resolução de litígios muito restritiva por uma mais ampla.

## ii. *Caso Plama: negação dos efeitos jurisdicionais*

No caso *Plama*, os árbitros manifestaram expressamente a sua divergência em relação à decisão no caso *Maffezini*. Com efeito, na sequência dessa posição de princípio, o tribunal arbitral entendeu que o problema teria que ser resolvido de maneira oposta: “[u]ma cláusula MFN num Acordo principal não incorpora por referência disposições relativas à resolução de litígios, no todo ou em parte, estabelecidas noutro Tratado, a menos que a cláusula MFN no Tratado não deixe dúvidas de que as Partes Contratantes pretendiam incorporá-las”<sup>46</sup>.

Facilmente se alcança o resultado desta decisão, o tribunal arbitral no caso *Plama* rejeitou os argumentos do investidor sobre o alcance

---

<sup>42</sup> Decisão do ICSID, de 17.06.2005, proc. n.º ARB/03/10, (*Gas Natural SDG, SA v. República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>43</sup> Decisão do ICSID, de 16.05.2006, proc. n.º ARB/03/17, (*Suez, Sociedade General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>44</sup> Decisão do ICSID, de 24.10.2011, proc. n.º ARB/07/31, (*Hochtief AG v. The República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>45</sup> Decisão do SCC, de 01.10.2007, proc. n.º V079/2005, (*RosInvestCo UK Limited v. Russian Federation*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>46</sup> Decisão do ICSID, de 08.03.2005, proc. n.º ARB/03/24, (*Plama Consortium Limited v. Bulgária*), §223. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

jurisdicional da cláusula MFN referindo que esta só se aplicava a questões substantivas, como uma análise textual e literal o demonstrava. Ao contrário de outros BITs, a cláusula *in casu* não declarava expressamente o seu âmbito processual. Ao invés, as partes optaram por uma redacção restritiva. Em segundo lugar, o tribunal arbitral recordou o princípio geral, tanto de direito nacional quanto de direito internacional, segundo o qual o consentimento para o recurso à arbitragem tem de ser claro e inequívoco. Deste modo, “dúvidas quanto à intenção ‘clara e inequívoca’ das partes podem surgir se a convenção de arbitragem for alcançada por via de incorporação por referência”<sup>47</sup>. Por último, resulta da decisão o entendimento de que as cláusulas de resolução de litígios são peculiares, pois “[é] completamente diferente substituir um procedimento especificamente negociado entre as partes por outro mecanismo completamente distinto”<sup>48</sup>.

Esta argumentação não é totalmente inovadora, porquanto outros tribunais haviam já ensaiado e defendido algumas destas posições. Em particular, o argumento da peculiaridade das cláusulas MFN, enquanto “*specifically negotiated procedures*” já havia sido versado na decisão *Tecmed*<sup>49</sup>. O argumento relativo à necessidade de uma intenção clara e inequívoca das partes foi apresentado no processo *Salini v. Jordan*. Ademais, também, IAN BROWNLIE defendera a ideia, num parecer autónomo, no caso *CME v. República Checa* que o conceito de tratamento não incluía questões processuais/jurisdicionais, mas tão-somente protecções substantivas. Apesar do que se deixou exposto, o caso *Plama* continua a ser considerado como a decisão de referência contra a extensão dos efeitos de uma cláusula MFN a efeitos jurisdicionais.

#### IV. O *standard* de “tratamento” ínsito nos BITs

Os BITs variam na forma como descrevem o padrão aplicável do tratamento MFN. Alguns pedem o “mesmo” tratamento ou, pelo menos,

---

<sup>47</sup> *Idem*, §198-199.

<sup>48</sup> *Idem*, §209.

<sup>49</sup> Decisão do ICSID, de 29.05.2003, proc. n.º ARB(AF)/00/2, (*Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*), §198-199. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

um tratamento “tão favorável quanto” outros BITs, outros promovem o tratamento “que for mais favorável” ou, mais comumente, a exigência expressa nas cláusulas MFN reporta-se a “tratamento não menos favorável”. Existem, outrossim, casos em que os BITs contêm uma proibição de um “tratamento menos favorável”. Em todas as formulações, a protecção oferecida pela cláusula MFN envolve a comparação entre o tratamento concedido ao investidor estrangeiro ou os investimentos de um Estado e o investidor ou investimento de Estados terceiros<sup>50</sup>.

Os investidores estrangeiros têm-se alicerçado nas cláusulas MFN para obter protecções substantivas e processuais mais favoráveis nos BITs do Estado de acolhimento com Estados terceiros. Nos casos em que as cláusulas MFN são aplicadas aos mecanismos de resolução de litígios surgem algumas questões em relação ao que constitui um tratamento menos favorável. Como nota o tribunal no caso *Plama*, pode ser uma tarefa difícil para um tribunal aplicar a cláusula MFN com vista a determinar que a arbitragem sob as regras de arbitragem da ICSID é mais ou menos favorável do que uma arbitragem sob as regras da UNCITRAL.

Neste contexto, uma outra questão que surge prende-se, particularmente, com as balizas objectivas da definição de tratamento mais ou menos favorável. A este propósito importa salientar que, a nosso ver, existe uma certa falta de análise sobre essas mesmas balizas. Assim, por exemplo, saber se a submissão aos tribunais nacionais é, de facto, um tratamento menos favorável do que o recurso directo à arbitragem entre investidores e o Estado pode tornar-se uma faca de dois gumes. De um passo, a abordagem *Maffezini* é a de simplesmente assumir que o acesso aos tribunais nacionais (*in casu*, espanhóis) no período de dezoito meses é menos favorável do que o recurso directo à arbitragem. Essa visão em si parece quase reflectir uma crença epistemológica na superioridade da arbitragem de investimentos. A falta de uma comparação rigorosa entre as duas formas de resolução de litígios é uma falha séria no raciocínio do tribunal e uma que deve (mas provavelmente não irá) enfraquecer a sua influência entre os tribunais arbitrais posteriores. Embora a linha de casos que se seguiram ao *Maffezini* não forneça uma análise rigorosa de

---

<sup>50</sup> AUGUST REINISCH, “How Narrow are Narrow Dispute Settlement Clauses in Investment Treaties?”, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 25, Issue 1, 2011, pp. 115-174.

tratamento menos favorável, esta questão trata da capacidade de escolher entre tribunais judiciais ou arbitragem. Em todo o caso, de outro passo, sempre seremos forçados a concluir que a capacidade de um investidor poder escolher entre recorrer aos tribunais judiciais ou recorrer directamente à arbitragem internacional é mais favorável do que não ter essa escolha, i.e., ser obrigado a submeter o litígio aos tribunais nacionais durante um determinado lapso temporal.

## V. Finalidades subjacentes à invocação da cláusula MFN para justificar a extensão dos efeitos processuais dos BITs

Os investidores estrangeiros quando alegam a aplicação de uma cláusula de resolução de litígios prevista num BIT celebrado entre o Estado de acolhimento e um Estado terceiro podem ter vários objectivos, entre os quais: (i) contornar requisitos-prévios à submissão do litígio à arbitragem internacional de investimentos; (ii) atribuir competência *ratione materiae* ao tribunal arbitral; e (iii) alargar o âmbito de aplicação do BIT<sup>51-52-53</sup>.

A maior parte dos investidores, quando confrontados com uma cláusula de resolução de litígios que contém condições prévias ao recurso à arbitragem tentam – e frequentemente sucedem –, torner as referidas condições através da invocação de uma cláusula mais favorável num qualquer outro acordo de investimento celebrado entre o *host State* e um Estado terceiro. Como anteriormente mencionado, o primeiro caso em que um tribunal arbitral decidiu favoravelmente à pretensão do investidor foi o *Maffezini*.

---

<sup>51</sup> PAVEL STURMA, “Goodbye, Maffezini? On the Recent Developments of Most-Favoured-Nation Clause Interpretation in International Investment Law”, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 15, Issue 1, 2016, pp. 81-101.

<sup>52</sup> RUTH TEITELBAUM, “Who’s Afraid of Maffezini – Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses”, in *Journal of International Arbitration*, 22(3), 2005, pp. 225-238.

<sup>53</sup> STEPHANIE L. PARKER, “A BIT at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties”, in *The Arbitration Brief*, Vol. 2, Issue 1, 2012, pp. 30-63.

Contudo, a questão permanece sem estar resolvida e mesmo em casos onde se analisa o mesmo BIT, as soluções são distintas<sup>54</sup>. Nestes casos, os investidores tentaram alegar a amplitude dos efeitos da cláusula MFN contida neste BIT (celebrado entre a Argentina e a Alemanha) para contornar a exigência jurisdicional de se dirigirem, durante 18 meses, aos tribunais nacionais. No caso *Siemens*, o tribunal entendeu que a cláusula MFN era suficientemente ampla para abranger cláusulas de resolução de litígios, concluindo que o investidor tinha o direito de invocar a cláusula de resolução de litígios mais favorável presente no BIT celebrado entre a Argentina e o Chile. No caso *Hochtief* a maioria dos árbitros que compunham o tribunal adoptou uma abordagem semelhante, sustentando que a cláusula MFN existente no BIT entre a Argentina e a Alemanha permitia que o investidor beneficiasse da cláusula de resolução de litígios do BIT celebrado entre a Argentina e o Chile. No entanto, CHRISTOPHER THOMAS QC votou vencido, referindo, designadamente que: “[o] facto de o artigo 3.º ser omissivo quanto ao facto de se aplicar à resolução de litígios, mas os n.ºs 3 e 4 conterem elementos (benefícios resultantes de acordos comerciais preferenciais e de tratados de dupla tributação), que são expressamente excluídos da definição de “tratamento”, não sustenta inexoravelmente o argumento de que a resolução de litígios deva, portanto, estar contida nos seus termos, porque as Partes sabiam como excluir tais matérias do âmbito de aplicação do artigo 3.º. Conforme referido, se considerarmos que a visão ortodoxa anterior à decisão *Maffezini* era a de que a cláusula MFN não se sobrepunha às condições de consentimento do Estado, parece difícil conceber que autonomizar o artigo 10(3)(a) fosse uma consequência do artigo 3.º, porquanto se possa considerar que as Partes Contratantes, razoável e legitimamente, o previram”<sup>55</sup>. Pelo contrário, no caso *Wintershall Aktiengesellschaft*<sup>42</sup>, o tribunal

---

<sup>54</sup> Por exemplo, nos seguintes casos *Siemens v. Argentine Republic*, *Wintershall v. República da Argentina*, *Hochtief AG v. República da Argentina*, *Daimler Financial Services AG v. República da Argentina* onde estava em causa o âmbito de aplicação da cláusula MFN contida no BIT celebrado entre a Argentina e a Alemanha.

<sup>55</sup> Voto de vencido de CHRISTOPHER THOMAS QC, na Decisão do ICSID, de 24.10.2011, proc. n.º ARB/07/31, (*Hochtief AG v. República da Argentina*), §74. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

considerou que a cláusula MFN não se estendia às disposições de resolução de litígios<sup>56</sup>.

Num outro caso, *Gas Natural v. República da Argentina*<sup>57</sup>, um investidor espanhol através da cláusula MFN contida no BIT celebrado entre a Argentina e o Reino de Espanha, pretendia fazer uso da cláusula de resolução de litígios mais favorável presente no BIT celebrado entre a Argentina e os Estados Unidos da América. O tribunal arbitral, de forma semelhante à decisão no caso *Maffezini* estendeu os efeitos da cláusula MFN, considerando que o acesso à arbitragem internacional é “um elemento importante – talvez o mais importante – na protecção do investidor. A não ser que resulte claramente que os Estados partes num BIT ou as Partes de um determinado acordo de investimento acordaram num método de resolução de litígios diferente para os litígios que viessem a surgir, as cláusulas MFN devem ser entendidas como aplicáveis à resolução de litígios”<sup>58</sup>.

Sucedem, porém, que em certos casos os tribunais arbitrais consideraram o argumento da extensão dos efeitos das cláusulas MFN discutível, uma vez que os investidores, nesses casos em particular, tinham satisfeito as exigências prévias<sup>59</sup>.

Importa, outrossim, referir dois casos em que os tribunais arbitrais não permitiram que os investidores contornassem os requisitos prévios à arbitragem com base numa cláusula MFN. No caso *ICS Inspection and Control Services v. República da Argentina*<sup>60</sup> o tribunal considerou que a cláusula MFN contida no BIT celebrado com o Reino Unido não se aplicava a disposições de resolução de litígios e, portanto, não permitiu que os

---

<sup>56</sup> Decisão do ICSID, de 08.12.2008, proc. n.º ARB/04/14, (*Wintershall Aktiengesellschaft v. República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>57</sup> Decisão do ICSID, de 17.06.2005, proc. n.º ARB/03/10, (*Gas Natural SDG, SA v. República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>58</sup> *Idem*, §49.

<sup>59</sup> Decisão do ICSID, de 19.12.2008, proc. n.º ARB/05/5, (*TSA Spectrum de Argentina SA v República da Argentina*), Decisão do ICSID, de 19.12.2012, proc. n.º ARB/07/26 (*Urbaser SA v República da Argentina*) e Decisão do ICSID, de 08.02.2013, proc. n.º ARB/08/9 (*Ambiente Ufficio SPA v República da Argentina*, anteriormente conhecido como Caso *Giordano Alpi v República da Argentina*). Disponíveis em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>60</sup> Decisão do PCA, de 10.02.2012, proc. n.º 2010-9 (*ICS Inspection and Control Services Limited v. República da Argentina*). Disponível em <https://www.italaw.com>.

investidores fizessem uso de cláusulas mais favoráveis. O entendimento do tribunal arbitral foi no mesmo sentido dos votos de vencido das decisões *Impreglio SpA v. República da Argentina* e *Hochtief AG v. República da Argentina*. De igual modo, o tribunal arbitral no caso *Kiliç Insaat Ithalat Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Turquemenistão*<sup>61</sup> chegou a uma conclusão semelhante no âmbito do BIT celebrado entre o Turquemenistão e a Turquia que exigia que os investidores submetessem os litígios aos tribunais locais em primeiro lugar, e só depois recorressem à arbitragem internacional, caso não tivesse sido alcançado acordo ou solução no prazo ali estipulado (1 ano).

Em inúmeros casos, os investidores pretendem utilizar as cláusulas MFN para ampliar a competência dos tribunais arbitrais por forma a abranger certos tipos de litígios que o BIT aplicável não sujeitou à arbitragem internacional<sup>62</sup>.

Num cômputo geral, os tribunais arbitrais decidiram não assumir competência *ratione materiae* em função da aplicação de uma cláusula MFN<sup>63</sup>. No entanto, no caso *RosInvestCo Uk Ltd v. Rússia*, o Tribunal da Câmara de Comércio de Estocolmo (*Stockholm Chamber of Commerce*) considerou que a cláusula MFN inserida no BIT celebrado entre o Reino Unido e a Rússia continha efeitos processuais. O tribunal considerou que, embora, o BIT em análise apenas atribuísse competência ao tribunal arbitral para questões relacionadas com o montante da compensação devida por expropriação, e não a violações previstas nas cláusulas de expropriações presentes no BIT, uma vez que o BIT celebrado entre a Dinamarca e a

---

<sup>61</sup> Decisão do ICSID, de 02.07.2013, proc. n.º ARB/10/1 (*Kiliç Insaat Ithalat Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Turquemenistão*). Disponível em <https://www.italaw.com>.

<sup>62</sup> STEPHAN W. SCHILL, “Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction – A reply to Zachary Douglas”, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, Issue 2, 2011, pp. 353-371.

<sup>63</sup> Veja-se, a título de exemplo as seguintes decisões: Decisão do ICSID, de 08.03.2005, proc. n.º ARB/03/24, (*Plama Consortium Limited v. Bulgária*), Decisão do ICSID, de 31.01.2006, proc. n.º ARB/02/13 (*Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Reino Hachemita da Jordânia*), Decisão do SCC, de 21.04.2006, proc. n.º 080/2004, (*Vladimir Berchander and Moise Berchander v. Rússia*), Decisão do ICSID, de 13.09.2006, proc. n.º ARB/04/15 (*Telenor Mobile Communications AS v. Hungria*), Decisão do SCC, de 20.03.2009, proc. n.º 024/2007 (*Renta 4 SVSA et al v. Rússia*) ou Decisão do ICSID, de 19.06.2009, proc. n.º ARB/07/6 (*Tza Yap Schum v. Perú*). Disponíveis em <https://www.italaw.com>.

Rússia continha uma cláusula suficientemente ampla para abranger estes pedidos, esta deveria aplicar-se por via da cláusula MFN.

Não obstante, noutros casos, os investidores não obtiveram sucesso nas suas tentativas de utilizar cláusulas MFN para alargar o âmbito de aplicação dos BITs. No caso *Tecmed*, o investidor tentou fazer uso de uma cláusula MFN contida no BIT celebrado entre o Reino de Espanha e os Estados Unidos Mexicanos para aplicar retroactivamente as protecções do BIT a um investimento anterior ao próprio BIT. O tribunal arbitral rejeitou este argumento salientando que: “[a]s questões relativas à aplicação no tempo do Acordo, que envolvem mais a dimensão temporal de aplicação das suas disposições substantivas, ao invés de questões processuais ou jurisdicionais, devido à sua importância incluem-se no cerne dos assuntos que devem ser considerados como especificamente negociados pelas Partes Contratantes. Estes são factores determinantes para a aceitação do Acordo, pois estão directamente relacionados com a identificação do regime substantivo da protecção aplicável ao investidor estrangeiro e, particularmente, ao contexto jurídico geral (nacional ou internacional) dentro do qual tal regime opera, e bem assim, como ao acesso do investidor estrangeiro às disposições substantivas de tal regime. A sua aplicação não pode, portanto, ser prejudicada pelo princípio contido da cláusula MFN”<sup>64</sup>.

## **VI. Principais argumentos avançados a propósito do âmbito processual das cláusulas MFN**

### **i. Cláusulas “taylor-made”**

Conforme anteriormente mencionado, dos principais argumentos avançados no caso *Plama* para excluir a aplicação de uma cláusula de resolução de litígios por via de uma cláusula MFN era a particularidade de as cláusulas jurisdicionais implicarem um “*procedure specifically negotiated*”. Esta ideia remonta, ainda, à posição assumida pelo tribunal *Tecmed* ou *Tza Yap Shum*.

---

<sup>64</sup> Decisão do ICSID, de 29.05.2003, proc. n.º ARB(AF)/00/2 (*Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*), §69. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

Se por um lado é verdade que, por remeterem, normalmente, para a arbitragem internacional – e, por isso, para a resolução dos litígios fora da jurisdição nacional de cada Estado –, estes têm um maior cuidado ao elaborar este tipo de cláusulas. Não é menos verdade que, no que diz respeito às protecções substantivas, os Estados também são particularmente minuciosos na sua inserção nos BITs. Assim, sufragando a mesma opinião de vários autores e, em particular, de BRIGITTE STERN<sup>65</sup>, consideramos que pese embora não se deva duvidar que os Estados sejam muito cuidadosos ao aceitar que os litígios que venham a surgir seja submetidos à arbitragem internacional, temos algumas dificuldades em aceitar, por si só, que as cláusulas sejam excluídas do âmbito de aplicação das MFN apenas porque são especificamente negociadas. Conforme bem salientou YAS BANIFATEMI: “[e]stas declarações, de uma maneira um pouco absurda, implicam que as cláusulas de resolução de litígios sejam negociadas mais especificamente do que das demais disposições do Acordo. É, no entanto, presumido que, ao celebrarem o Acordo, os Estados Contratantes pretenderam escrever o que escreveram. Não há diferença na natureza, em termos de redacção, entre a cláusula que prevê um tratamento justo e equitativo, a proibição de expropriação sem compensação, a proibição de conduta discriminatória ou arbitrária, das cláusulas de resolução de litígios. Também não se pode fazer uma distinção artificial entre todas estas cláusulas no que se refere à sua natureza «substantiva» ou «processual», em particular, na falta de jurisprudência uniforme sobre o que constitui um regime «processual» no âmbito de uma cláusula de resolução de litígios”<sup>66, 67</sup>.

---

<sup>65</sup> Voto de vencido de BRIGITTE STERN na Decisão do ICSID, de 21.06.2011, proc. n.º ARB/07/17 (*Impreglio SpA v. Argentine Republic*), §23, disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>66</sup> YAS BANIFATEMI, “The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration”, in *Investment Treaty Law: Current Issues III*, British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 269.

<sup>67</sup> Não obstante, no caso *Telenor* o tribunal arbitral utilizou o argumento das cláusulas *speciallly negotiated* para realçar a necessidade de dar especial atenção à sua interpretação por forma a: “não desviar, com alusão a considerações de política geral relativas à protecção do investidor, o mecanismo de resolução de litígios especificamente negociado pelas Partes” – Decisão de 13.09.2006, no Caso ICSID n.º ARB/04/15, *Telenor Mobile Communications AS v. Hungria*, §95. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

**ii. Distinção entre o regime substantivo e matérias processuais**

Num vasto número de decisões, os árbitros, para recusar a extensão dos efeitos das cláusulas MFN a cláusulas de resolução de litígios, procedem à distinção entre direitos processuais e direitos materiais/substantivos. Esta argumentação tem na sua origem a ideia de que as cláusulas substantivas e as cláusulas processuais são duas categorias jurídicas distintas. Por conseguinte, uma cláusula MFN que se refira, em termos genéricos, a “tratamento”, não deve ser aplicada a uma categoria de disposições totalmente distinta, em virtude do princípio *ejudem generis ac qualitatatis*<sup>68</sup>. Recentemente, no caso *Kiliç*, o tribunal arbitral destacou que a estrutura do BIT distinguia expressamente entre direitos substantivos e direitos processuais, o que significa que, ao analisar o significado de “tratamento” na cláusula MFN, esta distinção teria de ser tomada em consideração. De acordo com ZACHARY DOUGLAS, a doutrina da separabilidade pode ser vista como argumento a favor desta teoria<sup>69</sup>. Também, no caso *Plama*, o principal motivo alegado pelo tribunal arbitral a respeito da razão pela qual se pode presumir que as partes de um BIT excluíram o mecanismo de resolução de litígios do escopo da cláusula MFN baseou-se na distinção entre as disposições substantivas e processuais e, em particular, no princípio da separabilidade. Assim, nas palavras deste tribunal “esta questão também pode ser vista como parte do princípio, hoje geralmente aceite, da separabilidade (autonomia) da cláusula compromissória. As disposições de resolução de litígios constituem um acordo por conta própria, geralmente com disposições inter-relacionadas”<sup>70</sup>. Também SCHWEBEL, perfilha esta opinião, referindo, entre o mais que “as partes num contrato que contenha uma cláusula compromissória celebraram não um, mas dois acordos: primeiro, o acordo substantivo ou principal que regula um certo curso de acção; segundo, um acordo adicional, autónomo, que prevê a como meio de resolução de litígios decorrentes do acordo principal, a arbitragem”<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> *Idem*, §92.

<sup>69</sup> ZACHARY DOUGLAS, “The MFN Clause in Investment Arbitration”, 2011, pp. 97-113.

<sup>70</sup> Decisão do ICSID, de 08.03.2005, proc. n.º ARB/03/24 (*Plama Consortium Limited v. Bulgária*), §212. Disponível em <https://www.italaw.com>.

<sup>71</sup> STEPHEN M. SCHWEBEL, “The Severability of the Arbitration Agreement”, in *International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius Publications, 1987, p. 5.

Sucedo que, alguns autores, pelo contrário, defendem que uma cláusula de resolução de litígios não pode ser considerada como um acordo individualmente considerado e, bem assim, que o princípio da separabilidade não pode ser usado no caso de aplicação de uma cláusula MFN para este propósito<sup>72</sup>.

Por outro lado, também num elevado número de decisões, a solução adoptada pelos árbitros foi diametralmente oposta. Nestas decisões, como é exemplo paradigmático o caso *Maffezini*, os árbitros argumentam que não existe razão para se depender de uma dicotomia tão rígida, na medida em que o acesso à arbitragem constitui uma das componentes mais importantes do tratamento substantivo do investidor. Deste ponto de vista, negar o efeito processual das cláusulas MFN implicaria esvaziar a cláusula do seu efeito útil<sup>73</sup>. Para além do exposto, conforme defende SCHILL, as cláusulas MFN há muito que foram consideradas como “instrumento para atribuir autoridade adjudicatória entre diferentes órgãos de resolução de litígios”<sup>74</sup>, razão pela qual, o seu impacto processual/jurisdicional seria uma característica intrínseca do seu regime.

Por fim, esta temática da argumentação da divisão entre matéria substantiva e processual deu azo a considerações em votos de vencido, por exemplo BRIGITTE STERN, considerou que esta divisão não é *per se* conclusiva, isto porque, “direitos e meios de proteger direitos são dois animais legais distintos”<sup>75</sup>.

### **iii. Interpretação textual BIT por BIT**

As cláusulas MFN não devem ser redireccionadas para conferir competência aos tribunais arbitrais onde, de outra forma, não existiria.

---

<sup>72</sup> YANNICK RADI, “The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse””, in *The European Journal of International Law*, Vol. 18, Issue 4, 2007, p. 762.

<sup>73</sup> *Idem*.

<sup>74</sup> STEPHAN W. SCHILL, “Multilateralizing Investment Treaties”, 2009, p. 362.

<sup>75</sup> Voto de vencido de BRIGITTE STERN na Decisão do ICSID, de 21.06.2011, proc. n.º ARB/07/17 (*Impreglio SpA v. República da Argentina*), §23, disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

Como tal, e nas palavras de JOHAN BILLIET, “a operacionalidade das cláusulas MFN depende da sua formulação e da intenção das partes no momento da elaboração do Acordo. Em particular, a redacção e a intenção das partes de incorporar disposições de resolução de litígios – no todo ou em parte – estabelecidas num outro Acordo, devem ser claras e inequívocas”<sup>76</sup>.

A jurisprudência tem vindo a utilizar técnicas de hermenêutica, baseando-se na interpretação das palavras expressas nas cláusulas MFN para resolver o enigma da possível extensão destas às matérias processuais. O objectivo será apurar se as diferentes componentes e expressões textuais permitiam um âmbito de aplicação mais restrito ou mais amplo. Todavia, importa, desde já, salientar que todas as soluções encontradas são insatisfatórias. Aliás, estamos em crer que não deixa de ser paradoxal que se procure e confie no texto de uma cláusula ambígua para resolver a querela que não foi previamente decidida na sua formulação.

Relativamente ao termo “tratamento”, os tribunais arbitrais basearam-se na interpretação literal de uma formulação genérica da cláusula para concluir no sentido de que os Estados Contratantes não pretendiam introduzir qualquer distinção entre matérias processuais e matérias substantivas<sup>77</sup>. No entanto, não perfilhamos desta opinião, porquanto procede a uma dedução demasiado simplista.

Por seu turno, no que concerne ao termo “todas as questões” foi já enfatizado na decisão *Maffezini* que a cláusula MFN ínsita no BIT celebrado entre a República da Argentina e o Reino de Espanha era peculiar, na medida em que se estendia a todas as matérias sujeitas ao referido BIT. Na decisão *Teinver* o tribunal considerou que, apesar de o termo “todas as questões” ser inequivocamente inclusivo, este elemento *per se* não podia ser um elemento decisivo. A referência a “todas as matérias” torna-se crucial se, num exercício de comparação de todos os acordos

---

<sup>76</sup> JOHAN BILLIET, *International Investment Arbitration: A Practical Handbook*, Maklu-Publishers, 2016, p. 203.

<sup>77</sup> Entre outros, decisão sobre jurisdição de 03.08.2004, no Caso ICSID n.º ARB/02/8, *Siemens A.G. v. República da Argentina*, §85; e Decisão sobre jurisdição de 16.05.2006, no Caso ICSID n.º ARB/03/17, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. República da Argentina*, §55. Disponíveis em <http://icsid.worldbank.org>.

de investimentos celebrados pelo Estado de acolhimento, se concluir que o Acordo principal é extraordinariamente extensivo<sup>78</sup>. Outros tribunais arbitrais consideraram que uma cláusula MFN que refere “todas as matérias” abrange, necessariamente, cláusulas de resolução de litígios<sup>79</sup>.

A título exemplificativo, o tribunal arbitral no caso *Sanum Investments Ltd v. República Democrática Popular do Laos*, acabou por rejeitar o acesso das partes à arbitragem por entender que: “ler na cláusula MFN, uma cláusula de resolução de litígios para abarcar todas as protecções previstas no Acordo, quando o próprio Acordo prevê um acesso muito limitado à arbitragem internacional, resultaria numa reformulação substancial do Acordo e numa extensão do consentimento dos Estados Partes para a arbitragem internacional para além do que se pode presumir ter sido a sua intenção dado o limitado alcance das cláusulas de protecção do Acordo e de resolução de litígios.”<sup>80</sup>.

#### ***iv. A natureza do consentimento dos Estados e o risco de “treaty-shopping”***

O argumento invocado na doutrina e jurisprudência que consideramos mais persuasivo para recusar a extensão dos efeitos processuais de uma cláusula MFN prende-se com a configuração que o direito internacional público atribui à estrutura consensual da arbitragem. Em rigor, os demais argumentos avançados para recusar os efeitos processuais parecem convergir para a questão fundamental da natureza do consentimento dos Estados quanto ao litígio internacional.

A ideia de que o consentimento do Estado deve ser interpretado de forma restritiva, não podendo, bem assim, ser presumida, e por isso, permitindo ao investidor escolher as condições processuais de uma

---

<sup>78</sup> Decisão do ICSID, de 21.12.2012, proc. n.º ARB/09/1 (*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. República da Argentina*), §§159-165. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>79</sup> Veja-se, a título de exemplo, Decisão do ICSID, de 17.06.2005, proc. n.º ARB/03/10 (*Gas Natural SDG, SA v. República da Argentina*). Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>80</sup> Decisão do PCA, de 13.12.2013, proc. n.º 2013-13 (*Sanum Investments Ltd v. República Democrática Popular do Laos*), §358. Disponível em <https://www.italaw.com>.

infinidade de outros acordos estava já presente na decisão *Plama*<sup>81</sup>. Este argumento é, aliás, a ideia central da posição defendida por BRIGITTE STERN no seu voto de vencido no caso *Impreglio*. De acordo com a mencionada autora, as jurisdições internacionais têm uma “*compétence d’attribution*” e, por conseguinte, o facto de um Estado consentir em conceder determinados direitos aos investidores de outro Estado não significa que tenha, igualmente, consentido em remeter para a arbitragem os litígios que venham a surgir. Em determinadas decisões, os tribunais arbitrais optaram por distinguir entre os casos em que a cláusula MFN apenas foi utilizada para alterar as condições do consentimento prestado pelo Estado de acolhimento, dos casos em que a cláusula MFN teria sido empregada para atribuir competência ao tribunal arbitral<sup>82</sup>.

Das opções acima mencionadas, resulta que o uso das cláusulas MFN para alterar as condições do consentimento prestado pelo Estado de acolhimento ou para alterar a competência *ratione materiae* de um tribunal arbitral internacional é altamente controverso. À luz das posições conflitantes, expressas na jurisprudência e nas reflexões doutrinárias, nenhuma solução geral para esta questão pode ser encontrada. No entanto, entendemos que deve ser seguido um raciocínio jurídico rigoroso quando se pretenda aplicar uma cláusula MFN, tendo particularmente em conta os princípios gerais de direito internacional. O ponto de partida deve ser, em todo o caso, a análise do texto da cláusula, uma vez que é o que resulta claramente das regras de interpretação de tratados, i.e., dos artigos 31.º e 32.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

No caso *Salini v. Reino Hachemita da Jordânia* os árbitros demonstraram-se preocupados com os riscos de *treaty shopping* que a extensão dos efeitos da cláusula MFN às cláusulas processuais provoca. Por outras palavras, o risco resultante do facto de os investidores desconsiderarem as cláusulas constantes no *basic Treaty* e procurarem uma cláusula mais favorável

---

<sup>81</sup> Decisão do ICSID, de 08.03.2005, proc. n.º ARB/03/24 (*Plama Consortium Limited v. Bulgária*), §198, a propósito do consentimento claro e inequívoco, conforme estabelecido por um princípio de direito nacional e internacional. Disponível em <https://www.italaw.com>.

<sup>82</sup> Por exemplo, a Decisão do PCA, de 26.07.2016, proc. n.º 2013-34 (*Venezuela US, S.R.L. v. República Bolivariana da Venezuela*), trata, particularmente, desta questão. Disponível em <https://www.italaw.com>.

nos BITs celebrados entre o Estado de acolhimento e Estados terceiros. Conforme nota ALEJANDRO FAYA RODRIGUEZ, o tribunal arbitral no caso *Maffezini*, embora admitisse que as cláusulas MFN podem estender os efeitos processuais, por outro lado, reconheceu, igualmente, que “o *treaty shopping* não controlado pode ser uma má ideia”<sup>83</sup>. Isto porque, “outros elementos de ordem pública que limitam o funcionamento da cláusula [MFN] são, sem dúvida, identificados pelas Partes ou tribunais. Sendo claro, em qualquer caso, que deve ser feita uma distinção entre a extensão legítima dos direitos e benefícios por meio do accionamento da cláusula, por um lado, e o *treaty shopping* que atrapalharia os objectivos de ordem pública daquela cláusula específica do Acordo, por outro lado”<sup>84</sup>.

## VII. O papel fundamental do *background* dos árbitros

Em virtude do mediatismo do tema, muitas tentativas foram aplicadas para teorizar as razões da divisão *Maffezini/Plama*. Tomando em consideração a prática jurisprudencial, a partir de 2009, é notório que grande parte das decisões que abordam o tema da extensão dos efeitos das cláusulas MFN a matérias processuais contém votos de vencido que se opõem à referida extensão. Parece existir uma patente correlação entre a rejeição dos efeitos processuais das cláusulas MFN e a análise do direito internacional público e, em particular, o consentimento prestado pelos Estados. E isto porque, a maioria dos votos de vencido provém de professores de Direito Internacional Público (por exemplo, Brigitte Stern, Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo Kohen ou Santiago Torres Bernárdez). A influência intelectual da jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça quanto ao consentimento dos Estados molda, naturalmente, a argumentação dos casos e, especialmente, os votos de vencido, onde os casos do TIJ são amplamente citados.

---

<sup>83</sup> ALEJANDRO FAYA RODRIGUEZ, “The Most-Favoured-Nation in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 25, Issue 1, 2008, pp. 89-102.

<sup>84</sup> Decisão do ICSID, de 25.01.2000, proc. n.º ARB/97/7 (*Emilio Agustín Maffezini v. Reino de Espanha*), §63. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

## VIII. Conclusão

Aqui chegados, cumpre tomar posição na querela que nos ocupa. Efectivamente, conquanto entendamos que ambos possam coexistir, o caso *Plama* evidencia o efeito contraproducente da doutrina *Maffezini*, isto porque, o resultado da tentativa do tribunal em harmonizar os mecanismos de resolução de litígios por efeito da cláusula MFN, acabou por consubstanciar um paradoxo. O tribunal arbitral no caso *Plama* salientou que um adjudicador não pode inferir a intenção presumida dos Estados Contratantes de que os investidores devem ter a opção baseada numa cláusula MFN de escolher entre vários mecanismos de resolução de litígios dos diferentes tratados de investimento que celebraram. Em vez disso, essa conclusão deve basear-se em critérios objectivos e racionais, separados das particularidades do caso *Maffezini*.

Neste sentido, estamos inteiramente de acordo com a conclusão do tribunal arbitral no caso *Plama* quanto à natureza e alcance dos limites de ordem pública estabelecidos pelo caso *Maffezini*, onde se lê: “[o] princípio (...) deveria ser um princípio diferente com uma única excepção: uma cláusula MFN num Acordo principal não incorpora por referência disposições relativas à resolução de litígios, no todo ou em parte, estabelecidas noutro Tratado, a menos que a cláusula MFN no Tratado não deixe dúvidas de que as Partes Contratantes pretendiam incorporá-las”<sup>85</sup>.

Por esta razão de fundo, julgamos que qualquer intenção de incorporar disposições exógenas de resolução de litígios num tratado de investimento em virtude da aplicação de uma cláusula MFN deve ser “clara e inequivocamente” estabelecida no tratado de investimento. Esta intenção clara e inequívoca pode ser deduzida a partir dos trabalhos preparatórios do próprio tratado ou de outros elementos preliminares, como seja correspondência, rascunhos iniciais do texto ou cartas de intenções. Inexistindo esta declaração de consentimento – ou quaisquer outros elementos objectivos que a deduzam –, os mecanismos de resolução de litígios devem ser considerados como estando fora do âmbito de aplicação da cláusula MFN relevante.

---

<sup>85</sup> Decisão do ICSID, de 08.03.2005, proc. n.º ARB/03/24 (*Plama Consortium Limited v. Bulgária*), §223. Disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

Como vimos, a abordagem mais conservadora adoptada no caso *Plama* rejuvenesceu a discussão em torno da dicotomia entre a protecção substantiva e a protecção processual no quadro das cláusulas MFN. No que diz respeito à primeira, a sua incorporação em tratados de investimento é mais pacífica e mais susceptível de se subsumir – pelo menos indirectamente –, no texto das cláusulas MFN, enquanto a segunda só será incluída nas referidas disposições na medida em que for indubitavelmente pretendido pelos Estados Contratantes.

Em face do exposto, parece-nos que o tribunal arbitral ICSID reafirmou a importância primordial de determinar a vontade das partes, com um foco renovado no elemento textual da própria disposição. Assim, cumpre destacar o texto do n.º 3, do artigo 3 do BIT Modelo do Reino Unido, que prevê expressamente aquela inclusão, o que abre a possibilidade de incorporar salvaguardas processuais através de cláusulas MFN. A isto acresce que a vontade de incorporar as cláusulas de resolução de litígios através de cláusulas MFN pode – e deve –, também, ser determinada por referência aos elementos previstos nos artigos 31.º e 32.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Com efeito, podemos argumentar que este problema não é mais do que uma questão de interpretação, ou seja, de interpretação do próprio tratado, a qual deve, portanto, ser tratada pela Convenção de Viena.

Nas palavras de ZACHARY DOUGLAS: “MFN’ é um termo de arte no direito internacional e as obrigações do tratado que empregam este termo de arte têm um *pedigree* antigo”<sup>86</sup>. A questão que surge é a seguinte: a interpretação deve ser realizada individualmente em relação a cada BIT, ou com base numa perspectiva geral? Ora, a arbitragem de investimentos, como qualquer outro mecanismo judicial ou arbitral, visa previsibilidade e certeza daí que, seja preferível considerar que a Convenção de Viena provê princípios gerais de direito sobre o funcionamento e aplicação de cláusulas MFN. Aliás, por esta mesma razão, não devem as cláusulas MFN ser tão abrangentes por forma a permitir que os investidores procedam ao denominado *treaty shopping*, uma vez que tal facto cria imprevisibilidade e desmantela o regime laborioso criado por cada Estado aquando da negociação dos BITs.

---

<sup>86</sup> ZACHARY DOUGLAS, “The MFN Clause in Investment Arbitration”, 2011, pp. 97-113.

Será que isto significa que a inextricável relação estabelecida no caso *Maffezini* entre os mecanismos de resolução de litígios e a protecção de investidores estrangeiros fica privada do seu sentido como um critério substantivo para a incorporação de mecanismos externos de resolução de litígios em tratados de investimento através de cláusulas MFN? Não cremos, mas apenas e tão-somente enquanto essa relação for objectivamente justificada, quer seja através do reconhecimento das partes ou através de uma interpretação teleológica do tratado de investimento, particularmente no que diz respeito ao núcleo irreduzível de matérias especificamente visadas pelas partes durante a fase das negociações. Opinião contrária leva a um exagero de protecção dos investidores estrangeiros.

Em conclusão, embora seja configurado como um dos *standards* tradicionais de direito comercial internacional e de investimento, o tratamento MFN ainda constitui uma fonte de reinvenção e um vector bastante importante na interpretação dos tratados de investimento. No final de contas, a aplicabilidade de uma disposição desta natureza aos mecanismos de resolução de litígios deve estar sujeita a critérios objectivos, racionais e reconhecíveis, ancorados na linguagem da cláusula e em situações em que a intenção das Partes Contratantes possa ser razoavelmente interpretada como favorecendo a inclusão do catálogo de direitos concedidos aos investidores de um país terceiro, nomeadamente dos mecanismos de resolução de litígios mais favoráveis.

O Laboratório de Resolução Alternativa de Litígios/ADR Lab, atualmente integrado no NOVA Dispute Resolution Forum, foi criado em 2007 com a missão de desenvolver atividades relacionadas com os meios RAL. Caracteriza-se por uma forte abertura à comunidade extra-académica e tem como objetivo investir na formação, na investigação, na reflexão e na divulgação de informação nestas matérias. O presente Anuário representa mais um passo na prossecução destes objetivos.

MARIANA FRANÇA GOUVEIA

## **ARTIGOS**

### **ARBITRAGEM**

A arbitragem laboral desportiva em Portugal: um jogo de espelhos? - DANIELA MIRANTE

Entre a protecção material e jurisdicional: extensão dos efeitos das cláusulas MFN no contexto da arbitragem de investimentos - CAROLINA BOTELHO SAMPAIO

Security for Costs – Admissibilidade e Pressupostos de Aplicação - CATARINA PERICÃO

O conflito entre a publicidade e a confidencialidade na arbitragem: um reflexo do ‘due process paranoia’? - MARGARIDA ARÊLO MANSO

### **MEDIAÇÃO**

Caucus na mediação - admissibilidade, relevância e técnicas: uma abordagem teórica - CATARINA NICOLAU CAMPOS

Mediação transformadora: a aprendizagem da escuta - MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA

## **DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

Third Party Funding na Arbitragem Comercial - A aplicabilidade do financiamento de litígios por terceiros e a possibilidade da sua regulação - ALEXANDRA MENDES GONÇALVES

## **ANOTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS**

Adverse inferences – to draw or not to draw; Cour d’Appel de Paris, 28.02.2017 - MARIANA FRANÇA GOUVEIA

Arbitragem (de investimentos) e a noção de órgão jurisdicional no Direito da União Europeia, para efeitos do artigo 267.º do TFUE. Anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) de 6 de Março de 2018, ‘Slowakische Republik contra Achmea BV’, C-284/16 - ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA

Anotação ao Acórdão do TJUE de 14.06.2017, processo C-75/16, Livio Menini e Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa - MARIA BERTA JERÓNIMO