

Análise da Decisão “BG Group plc vs. República Argentina” Proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos: Todos os Caminhos Levam a Roma?

Analysis of the Decision rendered by the Supreme Court of the United States of America in re BG Group plc v. Republic of Argentina: Do All Roads Lead to Rome?

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

Professor Adjunto de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT, Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa, Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista – UNESP (campus de Franca), Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD), Advogado, Consultor Jurídico.

DIEGO LUIS ALONSO MASSA

Advogado formado pela Universidade de Buenos Aires (Argentina), Mestre em Relações Internacionais (com especialização em Direito Internacional) pelo Instituto de Altos Estudos Internacionais da Universidade de Genebra (Suíça), Assessor Jurídico em questões jurídicas relativas à arbitragem internacional e propriedade intelectual, Ex-Funcionário Internacional da Organização Internacional do Trabalho (Genebra, Suíça), da Uncitral – Nações Unidas (Viena, Áustria) e da Organização Mundial do Comércio (Genebra, Suíça), Especialista em Direito da Propriedade Intelectual e em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidade de Buenos Aires (Argentina).

RESUMO: O presente ensaio tem por finalidade analisar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos relativa à causa “BG Group plc vs. República Argentina”, de 5 de março de 2014, na qual se decidiu que a Argentina deveria pagar à empresa britânica *BG Group* o valor de US\$ 185,3 milhões como compensação pela decisão argentina de congelar os preços do gás em 2002. Analisar-se-á o mérito da decisão da Suprema Corte americana, com especial enfoque para o fato de este Alto Tribunal ter se omitido na análise de normas básicas de direito internacional geral e, mais concretamente, das normas relativas ao direito dos tratados, ao proferir uma decisão referente a uma cláusula arbitral inserida em um tratado bilateral de investimentos. Por outro lado, como se depreende da referida decisão, foram equiparados dois institutos diametralmente opostos, como são os contratos internacionais (no presente caso, um convênio de arbitragem internacional), os tratados internacionais, ao se afirmar que a diferença que pode existir entre ambos não tem maiores implicações jurídicas relativamente à fundamentação sobre a qual se baseou a decisão do Tribunal, ainda que, na realidade, se trate de institutos completamente distintos.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem comercial internacional; arbitragem de investimentos; tratado internacional; direito internacional; direito transnacional.

ABSTRACT: The present essay aims to analyze the decision rendered by Supreme Court of the United States of America, on 5 March 2014, in the *BG Group plc v. Republic of Argentina* case, whereby Argentina was ordered to pay the British company *BG Group* the amount of US\$ 185,3 million in damages as a result of Argentina's decision to impose a freeze on gas price in 2002. This essay discusses the merits of such a decision focusing, in particular, on the fact that basic norms concerning general international law and, more specifically, the law of treaties, have not been taken into account in reaching a decision on a matter involving an investment arbitration provided for in a bilateral investment treaty. Furthermore, it seems that extremely different legal institutions, such as international contracts (in the case at hand, an international arbitration agreement) and international treaties have been merged into one thing by asserting that they stand on an equal footing, while in fact they are diametrically opposed.

KEYWORDS: International commercial arbitration; investment arbitration; international treaty; international law; transnational law.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 1.1 A controvérsia; 1.2 Objeto do estudo; 2 Análise dos fundamentos do voto da maioria; 2.1 Objeto da decisão judicial: acordo de arbitragem internacional ou tratado internacional?; 2.2 Aplicação de presunções judiciais de direito interno em relação a um tratado internacional?; 2.3 Considerações sobre as implicações do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*; 2.4 A condição relativa ao consentimento: desinteresse manifesto pela aplicação das normas de interpretação dos tratados da Convenção de Viena de 1969; 3 Análise do voto dissidente; 3.1 Crítica fundamentada do voto da maioria; 3.2 Crítica ao excesso de formalismo terminológico do voto da maioria; 3.3 Decisão pelo meio do caminho?; 4 Fundamentos dissociados das regras internacionais e transnacionais: uma *contraditio in terminis* autorizada?; 4.1 Complementaridade do direito internacional público e do direito transnacional da arbitragem; 4.2 Expectativas das partes: que função exercem em um tratado internacional de investimentos?; Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 5 de março de 2014, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por 7 votos contra 2, decidiu que a Argentina deveria pagar à empresa britânica de exploração e distribuição de gás natural *BG Group* o valor de US\$ 185,3 milhões como compensação pela decisão argentina de congelar os preços do gás em 2002, não tendo tal decisão passado inadvertida tanto no plano do direito internacional público quanto no referente ao direito transnacional da arbitragem.

Tal controvérsia deve ser bem analisada – especialmente os fundamentos jurídicos sobre os quais se baseou a Suprema Corte americana – para que se possa avançar na discussão sobre quais direitos e quais deveres têm os Estados e os particulares quando em jogo uma norma convencional de investimentos entre dois Estados, sendo esse o objeto principal deste artigo.

1.1 A CONTROVÉRSIA

No ano de 2003, a empresa *BG Group* considerou-se prejudicada pela República Argentina em razão da promulgação de leis e regulamentos internos que estariam a violar as disposições de um tratado entre o Reino Unido (sede da empresa *BG Group*) e a Argentina, de 11 de dezembro de 1990, relativo à promoção e proteção de investimentos¹. Em especial, alegou-se que as novas leis argentinas estariam a violar as disposições do tratado que proíbem a “expropriação” dos investimentos e estabelece que cada Estado outorgará um “tratamento justo e equitativo” aos investidores da outra parte².

Naquele mesmo ano, a *BG Group* recorreu à arbitragem internacional com o fim de recompor os prejuízos que entendia terem sido causados pelas leis argentinas de congelamento dos preços do gás. As partes, então, nomearam os árbitros e escolheram a cidade de Washington, D.C., para ser a sede da arbitragem.

Não obstante a Argentina ter argumentado que a *BG Group* iniciou o processo arbitral sem observar a regra que impõe recorrer, antes de tudo, ao Tribunal competente do Estado-parte em que o investimento se realizou, ou seja, perante um Tribunal argentino, o certo é que a própria Argentina, em 2003, quando a *BG Group* pretendeu deflagrar a arbitragem com fundamento no art. 8º do tratado, aceitou nomear os árbitros e acordou em relação à sede da arbitragem (realizada em Washington, D.C.).

Em 2007, o tribunal arbitral proferiu o laudo definitivo, pelo qual reconheceu que a conduta da Argentina (de aceitar a nomeação dos árbitros, etc.) representava a sua renúncia à regra do tratado que impõe recorrer ao Tribunal competente do Estado-parte em que o investimento tenha sido realizado, para somente assim (e, ainda, decorridos dezoito meses do início da ação judicial respectiva) ser possível deflagrar a arbitragem internacional. Isso porque o art. 8º, § 2º, *b*, do tratado bilateral de investimentos coloca uma exceção à necessidade de se ter que deflagrar uma ação judicial no tribunal da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou: quando a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante decidirem (expressa ou tacitamente) recorrer à arbitragem, que foi justamente o que ocorreu no presente caso. Entendeu o tribunal arbitral que exigir de uma parte privada, em tais circunstâncias, que inicie um processo judicial no Estado-parte em que ocorreu o investimento,

1 Para o texto do tratado, v. *United Nations – Treaty Series* (1994), p. 42-49.

2 V. art. 2º, § 2º: “Os investimentos e investidores de cada Parte Contratante receberão, em quaisquer casos, um tratamento justo e equitativo e gozarão de proteção e segurança constante no território da outra Parte Contratante. Nenhuma Parte Contratante prejudicará, por qualquer meio, com medidas injustificadas ou discriminatórias, a gestão, manutenção, uso, gozo ou liquidação, em seu território, dos investimentos e investidores da outra Parte Contratante. Cada Parte Contratante observará todo compromisso que tenha sido contraído com relação aos investimentos de investidores da outra Parte Contratante”.

para que, somente assim (e após dezoito meses de findo tal processo), seja possível iniciar o processo arbitral, seria “absurdo” e “desarrazado”³.

No mérito, ao final, o tribunal arbitral condenou a Argentina a pagar para a empresa *BG Group*, em razão dos prejuízos e danos a ela causados, o montante de US\$ 185,3 milhões.

Em março de 2008, ambas as partes (*BG Group* e Argentina) recorreram ao Tribunal do Distrito de Columbia: *BG Group* para *confirmar* o laudo arbitral, com fundamento na Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, e na Lei Federal de Arbitragem; e a Argentina para *anular* o referido laudo, alegando carecerem os árbitros de competência para a resolução da controvérsia.

O Tribunal do Distrito de Columbia julgou *procedente* a demanda para a *BG Group* e *improcedente* para a República Argentina, tendo, assim, confirmado a *validade* do laudo arbitral. Houve recurso da Argentina para o Tribunal de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia, que, por sua vez, revogou a decisão do Tribunal de primeira instância, anulando, portanto, o laudo arbitral. Entendeu o Tribunal de Apelações que o argumento argentino, de que deveria a *BG Group* ter ingressado na Justiça argentina (e aguardado dezoito meses após referida ação judicial), para, somente assim, iniciar a arbitragem internacional, era válido, razão pela qual o laudo arbitral não carecia de eficácia.

A *BG Group*, inconformada com a decisão do Tribunal de Apelações, interpôs, então, recurso à Suprema Corte dos Estados Unidos, que conheceu da demanda dada “a importância que reveste a questão para a arbitragem comercial internacional”⁴. A questão colocada perante a Suprema Corte, *tout court*, consistia em saber a que órgão “compete – em primeiro lugar – (ao tribunal ou ao árbitro) a responsabilidade de interpretar e aplicar a regra estabelecida no art. 8º, que impõe recorrer ao tribunal competente”⁵. Não obstante, essa visão um tanto limitada da controvérsia ficou posta, em certa medida, pelo voto dissidente do Juiz Roberts, ao pretender direcionar a análise da questão controversa indagando se se tratava de uma oferta unilateral e permanente de arbitragem

3 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, Laudo definitivo (24.12.2007), p. 50, § 147: “Não obstante, no que toca à interpretação do tratado, o art. 8º, § 2º, a, i, não pode ser interpretado como um obstáculo absoluto e intransponível que impeça recorrer à via arbitral. Se o país receptor obstrui ou obstaculiza a possibilidade de recorrer aos seus tribunais competentes, qualquer interpretação que se fizesse dessa situação conduziria a um resultado absurdo e desarrazado, tal como previsto no art. 32 da Convenção de Viena [sobre o Direito dos Tratados, de 1969], ao permitir ao Estado receptor subtrair-se, de maneira unilateral, ao processo arbitral, que foi o mecanismo que impulsionou a transição de um sistema de proteção diplomática baseado em critérios políticos a um mecanismo de solução de controvérsias entre Estados e particulares”.

4 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, nº 12-138, 572 U.S. (5 de março de 2014), p. 5.

5 Idem, p. 6.

prevista no âmbito de um tratado bilateral de investimentos ou de simples questão de *arbitrabilidade* (no sentido estadunidense do termo)⁶.

1.2 OBJETO DO ESTUDO

Tal como se assinala na maioria dos comentários a decisões objeto de análise, a Suprema Corte dos Estados Unidos pareceu adotar uma posição favorável à arbitragem internacional, ao rechaçar a tese defendida pela Argentina no sentido de que os árbitros teriam ultrapassado os limites de sua competência ao se declararem aptos para o processo arbitral que a empresa *BG Group* iniciou, mesmo sem ter previamente cumprido com a disposição do tratado que exigia judicializar a demanda no país receptor (ou seja, na Argentina).

Assim, segundo a opinião majoritária dos comentaristas, essa decisão da Suprema Corte americana representaria um marco importante em favor da arbitragem, incluindo, naturalmente, a arbitragem em matéria de investimentos internacionais, assim como contribuiria para o esclarecimento de determinadas questões sobre *arbitrabilidade*⁷ e a reafirmação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* no direito estadunidense, à medida que pretendeu incorporar o Regulamento de Arbitragem da *United Nations Commission on International Trade Law* – Uncitral ao art. 8º, § 2º, *b*, e ao art. 8º, § 3º, *a* e *b*, do tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina⁸. Não obstante, como se analisará no decorrer do presente texto, a incorporação do Regulamento da Uncitral citado corresponde a outro suposto que nada tem que ver com o analisado na controvérsia examinada pela Suprema Corte americana, eis que dito

6 É sabido que a noção de *arbitrabilidade* no direito estadunidense apresenta características próprias que a diferencia do sentido que no direito continental europeu (bem assim na grande maioria dos sistemas jurídicos) se outorga a tal termo. Assim, apesar de a doutrina majoritária concordar que a *arbitrabilidade* é principalmente uma condição da validade da convenção de arbitragem, no direito estadunidense o termo *arbitrability* tem um âmbito de aplicação muito mais amplo. De fato, no conceito de *arbitrabilidade* presente no contexto estadunidense se examina, além do consentimento que as partes devem prestar para recorrer à arbitragem, o âmbito de aplicação pessoal da convenção de arbitragem (é dizer, quais pessoas se encontram sujeitas a um acordo de arbitragem), tudo isso também denominado *substantive arbitrability*, além da observância de determinadas prescrições antes de se facultar o recurso ao processo arbitral, o que se denomina *procedural arbitrability*. Por último, mencione-se que o conceito de *arbitrability* também compreende o âmbito de aplicação material (vale dizer, quais matérias podem ser submetidas à arbitragem), em que, por fim, tal conceito encontra um denominador comum com a noção de *arbitrabilidade* presente na grande maioria dos ordenamentos jurídicos.

7 Na realidade, a Suprema Corte utilizou da oportunidade oferecida pelo presente caso para reafirmar que os árbitros têm competência para dirimir as questões relativas ao *procedural arbitrability*, sem que a sua decisão possa ser examinada, no mérito, pelos juízes, e que as questões de *substantive arbitrability* devem ser decididas pelos juízes a fim de evitar que as partes possam ver-se forçadas a recorrer à arbitragem, mesmo quando para tanto houvessem acordado.

8 V. “*BG Group plc vs. República Argentina*”, cit., p. 14 (voto da maioria): “Assim, pois, no mesmo tratado se autoriza recorrer a instituições administradoras de arbitragens internacionais, em cujos regulamentos se dispõe que os árbitros serão competentes para interpretar esse tipo de disposição. Art. 8(3) (em que se estabelece que as partes podem acordar em submeter uma controvérsia ao Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos ou a árbitros designados de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Uncitral; no mesmo sentido, Regulamento da Uncitral, art. 23(1) (ed. rev. 2010) (‘Art. 23, 1: O tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre a sua própria competência’).”

Regulamento aplica-se somente ao caso de o Estado receptor e o investidor do outro Estado-parte acordarem em recorrer à via arbitral, que não é precisamente o que ocorreu no caso que agora se analisa. Por último, não se pode deixar de assinalar que toda a interpretação realizada pela Suprema Corte estadunidense baseou-se, principalmente, em precedentes arbitrais *internos*, sem sequer analisar os precedentes em matéria de arbitragem *internacional* e, mais concretamente, em matéria de *investimentos* internacionais, máxime quando o principal argumento utilizado pela Corte para aceitar a demanda consistiu na “importância que reveste a questão para a arbitragem comercial internacional”⁹.

Ainda que toda decisão judicial em que se adote uma posição clara em favor da arbitragem deva ser celebrada, talvez por uma aplicação tácita do princípio de direito transnacional¹⁰ arbitral relativo ao *favor arbitrandum*¹¹ caberia assinalar que tal não deve ser realizado a qualquer custo, especialmente em desrespeito às regras claras e precisas do direito internacional público em geral, e do direito dos tratados em especial. Com efeito, na análise realizada pela Suprema Corte americana prescindiu-se da aplicação de normas relativas à interpretação dos tratados previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969¹². Dessa forma, poderia se considerar que tal desinteresse pela aplicação das normas do direito internacional público em um terreno como o da arbitragem de investimentos, que constitui o âmbito comum, por excelência, em que as ordens jurídicas internacional e transnacional atuam, não contribui para fortalecer a articulação que deve existir entre essas ordens¹³, sequer para harmonizar o direito transnacional da arbitragem, incluindo, naturalmente, a arbitragem de

9 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 5.

10 No presente ensaio, parte-se da premissa de que se aceita a existência de uma ordem jurídica transnacional, distinta das ordens jurídicas nacional e internacional, posto que toda digressão, por mais delimitada que seja, sobre tal problemática, excederia os limites do presente ensaio.

11 Assim, o princípio reitor mais importante da arbitragem internacional que se desenvolveu nas últimas décadas é o princípio do *favor arbitrandum*, que não é mais que a extrapolação, em nível transnacional, de uma forte tendência doutrinária, jurisprudencial e normativa em favor da ampliação dos limites a que se confronta a arbitragem como método de resolução de conflitos *par excellence*. Nesse sentido, v. HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité et la *favour arbitrandum*: un réexamen. *Journal de Droit International*, n. 4, p. 899, oct./dez. 1994: “Par l'effet d'une politique générale de faveur envers l'arbitrage, l'ordre public recule et la compétence de l'arbitre s'affirme. Toute l'évolution du droit de l'arbitrage international moderne tend en effet à reconnaître la compétence de l'arbitre dans les domaines touchant à l'ordre public. Le principe devient la validité de la convention d'arbitrage et l'exception la nullité pour contrariété à l'ordre public”.

12 Sobre a interpretação dos tratados na Convenção de Viena de 1969, v. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 263-281.

13 Nesse sentido, v. GAILLARD, Emmanuel. L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité (Conférence commémorative John E. C. Brierley), *McGill Law Journal*, v. 55, p. 906-907, 2010: “[...] le droit international et le droit de l'arbitrage ont aujourd'hui un territoire commun, celui de la protection d'investissements internationaux, qu'elle soit ou non fondée sur un traité. [...] Les relations privées relevant des transactions internationales (y compris celles qui impliquent l'État agissant en tant que commerçant ou en tant que contrepartie d'un investisseur opérant sur son territoire) ont le même besoin que les relations entre États d'être appréhendées par une vision dépassant la perspective de chaque droit interne ou se contentant de constater la dispersion des solutions des ordres juridiques nationaux. Plutôt que dans une logique de concurrence, l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique international devraient pouvoir s'articuler dans une logique de complémentarité”.

investimentos, em detrimento dos esforços que a tais efeitos vêm empreendendo os juízes de diferentes Estados, os árbitros provenientes dos mais diversos sistemas jurídicos, bem assim numerosas organizações internacionais, cujo mandato consiste na harmonização e/ou uniformização do direito do comércio internacional, incluídas as normas relativas ao direito dos investimentos¹⁴.

Desta sorte, no presente ensaio pretendemos demonstrar que uma postura que fortaleça a arbitragem a qualquer preço, em detrimento das normas do direito internacional em geral, pode ter repercussões negativas no plano internacional e/ou transnacional, em cujo marco interagem tanto Estados soberanos como pessoas jurídicas (físicas ou morais). Por conseguinte, dentro dos limites do presente artigo, propõe-se analisar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sob uma ótica mais ampla, capaz de contemplar tanto o direito internacional público como o direito transnacional da arbitragem, ponderando, assim, os benefícios e as desvantagens em fixar a atenção em um só aspecto da grande variedade de normas jurídicas dos sistemas nacional, internacional e transnacional em jogo nesses tipos de processo.

Com efeito, procurar-se-á demonstrar que a questão que deveria concentrar a maior atenção da Suprema Corte americana não gira em torno da *arbitrabilidade* da controvérsia, sequer da aplicação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, mas em determinar *qual é* a natureza jurídica, sob a ótica do direito internacional geral, de uma disposição relativa à arbitragem prevista em um tratado bilateral de investimentos. Nesse sentido, aderimos, em grande medida, às reflexões do voto dissidente do Juiz Roberts (v. *infra*), ao tempo que aprofundaremos tal linha de raciocínio mediante a formulação de diversas hipóteses, tudo com o fim de elucidar se tais disposições relativas à arbitragem, quando se encontram sujeitas a condições, como no caso em exame, constituem ou não um *acordo de arbitragem*.

Em última análise, a questão que se pretende responder consiste em saber se posições contrapostas, como as expressas nos votos majoritário e dissidente, podem ser conciliadas a fim de privilegiar ainda mais a instituição da arbitragem nos níveis internacional e/ou transnacional, ou se tais fundamentos seguem caminhos paralelos que nunca se cruzarão para chegar a um denominador comum.

2 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO VOTO DA MAIORIA

Antes de se analisar os fundamentos do voto da maioria, há que se verificar o que dispõe o art. 8º, §§ 1º e 2º, do tratado internacional de 11 de de-

14 V., por exemplo, as normas sobre transparência entre investidores e Estados recentemente aprovadas pela Uncitral. Cf. Regulamento da Uncitral sobre a Transparência nas Arbitragens entre Investidores e Estados no Âmbito de um Tratado (data de entrada em vigor: 1º de abril de 2014).

zembro de 1990 entre o governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e o governo da República Argentina para a promoção e proteção de investimentos¹⁵, que é o dispositivo em torno do qual girou toda a controvérsia entre a *BG Group* e a Argentina. Eis a sua redação:

Art. 8º

Solução de controvérsias entre um investidor e o Estado receptor

(1) As controvérsias relativas a um investimento que surjam, dentro dos limites deste Convênio, entre um investidor de uma Parte Contratante e a outra Parte Contratante, que não sejam dirimidas amistosamente, serão submetidas, por solicitação de quaisquer das partes na controvérsia, à decisão do tribunal competente da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou.

(2) As controvérsias acima mencionadas serão submetidas à arbitragem internacional nos seguintes casos:

(a) por solicitação de uma das partes, em quaisquer das circunstâncias seguintes:

(i) quando, desde a expiração de um prazo de dezoito meses contados a partir do momento em que a controvérsia foi submetida ao tribunal competente da Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento, dito tribunal não tenha emitido uma decisão definitiva;

(ii) quando a decisão definitiva do tribunal mencionado tenha sido emitida, mas as partes continuem em disputa;

(b) quando a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante assim tenham acordado.

[...].

Frise-se, mais uma vez, que a disposição supratranscrita integra um *tratado internacional* entre duas potências estrangeiras (o Reino Unido e a Argentina); não se trata de um documento internacional *entre particulares*, mas, sim, entre pessoas jurídicas de direito público externo. Ademais, tudo o que diga respeito à interpretação dessa cláusula convencional deve basear-se nas regras sobre interpretação de tratados previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (arts. 31 a 33), que valem para os Estados que não a ratificaram, como é o caso dos Estados Unidos, como costume internacional cristalizado em norma convencional¹⁶.

Como se nota da leitura do texto, as controvérsias relativas a um investimento surgidas entre um investidor de uma Parte Contratante (no caso, a *BG Group*, empresa do Reino Unido) e a outra Parte Contratante (no caso, a República Argentina) *somente* poderão ser submetidas à arbitragem internacional,

15 Cf. *United Nations – Treaty Series* (1994), p. 46.

16 A propósito, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 41.

por solicitação de uma das partes, quando (i) expirado o prazo de dezoito meses a partir do momento em que a controvérsia tenha sido submetida ao tribunal competente da Parte Contratante em cujo território o investimento foi realizado, não tendo havido decisão definitiva desse tribunal, ou (ii) quando a decisão definitiva do tribunal referido tenha sido emitida, mas as partes continuam em disputa (art. 8º, § 2º, *a, i e ii*). O art. 8º, § 2º, *b*, do tratado, contudo, coloca uma exceção à necessidade de se ter que deflagrar uma ação judicial no tribunal da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou: quando a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante assim decidirem, ou seja, quando pretenderem, de comum acordo, recorrer à arbitragem, caso em que ficaria excepcionada a condição de admissibilidade para a arbitragem prevista no art. 8º, § 2º, *a, i*.

Essas são, portanto, as premissas jurídicas, livremente estabelecidas pelo Reino Unido e pela Argentina no tratado concluído em 11 de dezembro de 1990, sobre as quais a Suprema Corte dos Estados Unidos se baseou para emitir a decisão de 5 de março de 2014, relativa à causa “BG Group plc vs. República Argentina”.

Compreendidas essas preliminares, pode-se, então, analisar a decisão da Suprema Corte americana, os seus acertos e desacertos, especialmente em consideração à importância da arbitragem internacional como modo de solução contemporânea de controvérsias.

2.1 OBJETO DA DECISÃO JUDICIAL: ACORDO DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL OU TRATADO INTERNACIONAL?

Destaque-se, inicialmente, que o voto seguido pela maioria na sentença da Corte foi proferido pelo Juiz Breyer, sendo os seus argumentos os que analisaremos nas linhas que seguem. Esse magistrado colocou a questão a ser resolvida nos seguintes termos:

A fim de responder à questão colocada, este tribunal, em princípio, tratará o documento que tem diante de si como se fosse um contrato entre particulares. Assim sendo, então, chegamos à conclusão de que a questão deve ser dirimida pelos árbitros. Ato contínuo, a se considerar o fato de que o documento em questão seja um tratado, há de supor-se uma mudança fundamental na presente análise. Sem embargo, a conclusão a que chegamos é que tal não exige qualquer alteração.

De antemão, cabe referir que não se compreende como o magistrado é capaz de raciocinar um *tratado* internacional como sendo um *contrato* entre particulares. Ora, é evidente que se se parte de uma premissa tão equivocada como essa, o resultado será também – e esse detalhe não escapou à observação

do voto dissidente do Juiz Roberts, ao qual aderiu o Juiz Kennedy¹⁷ – totalmente equivocados, para não dizer injurídico. Assim, se *fosse* um contrato entre privados, estariam os árbitros habilitados a decidir a questão, tal como se fez no caso concreto, rechaçando a necessidade de se recorrer primeiramente a um tribunal interno argentino para poder, depois, deflagrar o processo arbitral, motivo pelo qual não poderia o Tribunal de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia ter revogado a decisão do Tribunal de primeira instância que havia *confirmado* o laudo arbitral que condenou a Argentina ao pagamento de US\$ 185,3 milhões à *BG Group*¹⁸. Porém, como *não se trata* de um contrato, mas sim de verdadeiro e válido *tratado* internacional entre duas potências soberanas, a conclusão deveria ser oposta: a decisão do Tribunal de Apelações, revogando o *decisum* do Tribunal de primeira instância, que confirmou o laudo, é *válida*; como o laudo não confirmado judicialmente, com fundamento na Convenção de Nova York de 1958 e na Lei Federal de Arbitragem, a Argentina estaria desonerada do pagamento do valor arbitrado, a menos que a *BG Group* inicie um processo judicial em um tribunal argentino e, após dezoito meses da apresentação da reclamação perante um tribunal argentino, deflagre novamente a arbitragem internacional.

Destaque-se, mais uma vez, que a empresa *BG Group* só conseguiu deflagrar uma arbitragem internacional para se recompor dos prejuízos sofridos, porque dois Estados estrangeiros, o Reino Unido e a Argentina, a ela conferiram esse benefício pelo fato de ser investidora de uma das Partes Contratantes (o Reino Unido). *A priori*, não haveria essa possibilidade, de recurso à arbitragem, se não houvesse um *tratado* internacional entre duas potências estrangeiras.

Não era absolutamente necessário, para a resolução da questão, ter a Suprema Corte raciocinado como se “fosse” um contrato entre as parte o documento posto sob o exame do tribunal. Bastaria verificar o art. 8º, § 2º, *b*, do tratado, que autoriza uma Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante a decidirem (expressa ou tacitamente) recorrer à arbitragem, que foi exatamente o que ocorreu no caso em apreço, eis que a *BG Group* requereu a arbitragem em 2003 e a Argentina, ao menos tacitamente, a aceitou, tanto que participou da escolha dos árbitros e concordou em ser a cidade de Washington, D.C., o local da sede do tribunal arbitral. Assim o fazendo, a Argentina, ao que nos parece, “abriu mão” da cláusula segundo a qual as

controvérsias acima mencionadas serão submetidas à arbitragem internacional [...] (a) por solicitação de uma das partes [...] (i) quando, desde a expiração de

17 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit.; voto dissidente do Juiz Roberts, p. 1-2.

18 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 14 (voto da maioria): “Assim, a interpretação e aplicação da regra que impõe recorrer ao tribunal competente relativa ao início de um processo judicial perante os tribunais de um Estado Contratante corresponde, em primeiro lugar, aos árbitros. O tribunal de apelação não poderá revisar a decisão dos árbitros mediante um novo juízo. Pelo contrário, a revisão judicial deverá levar em conta o que foi decidido por eles”.

um prazo de dezoito meses contados a partir do momento em que a controvérsia foi submetida ao tribunal competente da Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento, dito tribunal não tenha emitido uma decisão definitiva. (art. 8º, § 2º, a, i)

Também não era necessário ter utilizado de alguns argumentos doutrinários – falhos para o caso em tela, em que está em jogo um *tratado* entre potências estrangeiras, e não um *contrato* entre particulares – de que a observância dos mecanismos de índole processual que figuram em um acordo de arbitragem (ou de um tratado bilateral de investimentos) habitualmente não constitui um requisito prévio de caráter processual, bem assim de que as cláusulas desse tipo impõem uma pesada carga para a parte que procura iniciar um procedimento arbitral, contando com baixas probabilidades de chegar a um acordo a respeito da controvérsia. Ora, as disposições de um tratado hão de ser *cumpridas* pelas partes, não havendo que se falar não constituírem um “requisito prévio de caráter processual” ou que elas impõem “uma pesada carga para a parte”, etc. Novamente: o acordo entre o Reino Unido e a República Argentina não é um acordo de arbitragem, senão um *tratado internacional* entre dois Estados soberanos, cujas regras são obrigatórias, entre outros, em razão do art. 27, primeira parte, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969¹⁹.

2.2 APLICAÇÃO DE PRESUNÇÕES JUDICIAIS DE DIREITO INTERNO EM RELAÇÃO A UM TRATADO INTERNACIONAL?

Outra crítica que se pode fazer à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos liga-se ao fato de o tribunal ter aplicado presunções judiciais de direito *interno* para decidir questão envolvendo um tratado *internacional*. Trata-se de vício que ocorre em vários países do mundo, mas não pode ser uma constante em uma Suprema Corte. Matéria de direito dos tratados há de ser decidida à luz das regras do direito internacional público, especialmente da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a qual, não obstante não valer nos Estados Unidos como *tratado mesmo*, eis que ainda não ratificada por esse país, vale como *costume* internacional em matéria de tratados, como reconhece o próprio Departamento de Estado Americano²⁰.

O Juiz Breyer, contudo, não entendeu dessa maneira e pretendeu aplicar as presunções estabelecidas na legislação interna dos Estados Unidos, mesmo estando em pauta um tratado internacional, dizendo:

19 *Verbis*: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

20 Nesse sentido, ver a informação constante em: *U.S. Department of State, Diplomacy in Action*. Disponível em: <<http://www.state.gov/s/l/treaty/faqs/70139.htm>>. Acesso em: 11 set. 2014.

Quando se solicita a um tribunal federal, como sucede no presente caso, que interprete essa intenção no âmbito de um processo em que uma parte pretende anular e a outra confirmar um laudo proferido em virtude da Lei Federal de Arbitragem, dito tribunal deverá aplicar, normalmente, *as presunções estabelecidas na legislação estadunidense*. [grifo nosso]

Recorde-se, apenas, que a pretendida confirmação/anulação do laudo arbitral foi requerida também com base na Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, a qual passou, ao que parece, a ter *menos valor* que a lei federal americana sobre arbitragem, não obstante ser essa convenção internacional que autoriza a aplicação da legislação nacional sobre o tema (cf. art. 3º).

Nada de errado haveria em utilizar as presunções estabelecidas na legislação doméstica estadunidense se se tratasse de aplicar um contrato entre particulares, mesmo porque, à luz do citado art. 3º da Convenção de Nova York de 1958, “cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará *em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada*, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem”. É evidente que, tendo a Suprema Corte partido da falsa premissa de se tratar de um *contrato* entre particulares, a conclusão também não poderia ser correta. Daí não fazer qualquer sentido a afirmação do voto da maioria, baseada no caso *Sullivan vs. Kidd*, 254 U.S. 433 (1921), de que os “tratados devem ser interpretados de conformidade com os princípios que regem a interpretação dos contratos”; fosse assim não haveria toda uma Seção – a Seção 3 da Parte III – na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados intitulada “*Interpretação dos Tratados*” (arts. 31 a 33).

Nessa ordem de ideias, cabe assinalar que a Suprema Corte americana decidiu rechaçar o argumento da Argentina de que os árbitros excederam as suas atribuições ao resolver que o decreto do Poder Executivo, por meio do qual se estabelecia uma suspensão dos processos judiciais por um prazo de 180 dias, conduzia necessariamente a um resultado “absurdo e desarrazoado”, e, portanto, dispensavam à *BG Group* o cumprimento da regra relativa à sustação da reclamação em sede judicial do Estado receptor. Com efeito, a Corte sustentou que:

Ainda que este Tribunal não tivesse necessariamente que interpretar que essas medidas tornam o requisito do esgotamento dos recursos internos “absurdos e desarrazoados”, ao mesmo tempo não podemos afirmar que as resoluções dos árbitros estão proibidas pelo Tratado. Assim, os árbitros não “se apartaram da interpretação e aplicação do acordo” nem de qualquer outra maneira impuseram efetivamente a “sua própria justiça”. *V. Stolt-Nielsen S. A. vs. Animal Feeds Int’l Corp.*, 559 U. S. 662, 671 (2010) (em que se revolveu que apenas quando um árbitro realiza um ato semelhante “o laudo proferido poderá ter força executória”

(com citação da decisão *Major League Baseball Players Assn. vs. Garvey*, 532 U. S. 504, 509 (2001) (decisão unânime)).

Deve-se, contudo, assinalar a contradição apresentada no fundamento da Corte, ao confirmar a decisão dos árbitros baseada no art. 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados à base de casos jurisprudenciais em que não está em jogo a interpretação de um tratado nem de normas de aplicação imediata (*lois de police*) de um Estado soberano. Por outro lado, também cabe destacar que nem os árbitros nem a Corte citam corretamente o art. 32, *b*, da Convenção de Viena de 1969, muito provavelmente por inadvertência, ou talvez porque a sua citação correta poderia enfraquecer a solidez de seus argumentos. Com efeito, os árbitros fazem referência ao art. 32, *b*, da Convenção de Viena, omitindo na citação dessa disposição o termo (advérbio) “manifestamente”, que qualifica os adjetivos “absurdo” e “desarrazoado”²¹. Caberia indagar, então, se dita omissão não pressupõe desvirtuação do espírito da referida disposição. A introdução do termo “manifestamente” pressupõe que o juiz ou árbitro encarregado de analisar a disposição de que se trate deve tão somente realizar um exame breve, supérfluo, da questão, para chegar à conclusão de que uma determinada interpretação de uma disposição de um tratado conduzirá a um resultado “absurdo ou desarrazoado”. Pelo contrário, a eliminação do termo “manifestamente” implica uma análise mais profunda da questão de que se trata, que é o que sucedeu relativamente ao laudo em causa. Assim, os árbitros, para poder chegar à conclusão de que a aplicação do Decreto do Poder Executivo nº 214/2002 – que tinha como finalidade limitar o acesso à via judicial por um prazo de 180 dias – conduziria a um resultado absurdo e desarrazoado, tiveram que realizar um exame pormenorizado das implicações do mesmo. Não obstante, poderia arguir-se que a suspensão dos processos judiciais por um prazo de 180 dias, no contexto de um prazo muito maior, como é o previsto no art. 8º, § 2º, *a*, *i*, do tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina, que se estende por 18 meses, não conduz a um resultado “manifestamente” absurdo ou desarrazoado, máxime tratando-se da interpretação de normas de exceção do Estado receptor. Em qualquer caso, parece-nos sensato perceber as implicações decorrentes da omissão do advérbio “manifestamente” na interpretação dessa questão jurídica, pois tal constitui o elemento central para desvendar a verdadeira natureza jurídica da regra relativa à necessidade de se ajuizar ação no Estado receptor, para somente depois se poder recorrer à arbitragem. Não obstante, a Suprema Corte americana não apenas passou ao largo dessa omissão, senão também a convalidou, menosprezando, assim, a importância de realizar uma correta interpretação das normas da Convenção de

21 Para detalhes da interpretação do art. 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 269-272.

Viena sobre o Direito dos Tratados relativas à interpretação dos tratados, o que poderia ser qualificado, pelo menos, como um paradoxo.

2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

Tal como anteriormente referido, segundo a opinião de certa corrente doutrinária, a Suprema Corte americana, por meio da decisão objeto de análise, contribuiu para fortalecer, ainda que de forma indireta, o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* no direito estadunidense. Com efeito, o fortalecimento desse princípio adviria da consequência de que no voto da maioria se sustentou a incorporação do Regulamento de Arbitragem da Uncitral no tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina, pressupondo que os árbitros seriam competentes para decidir questões como a que se examina no presente caso, a saber, quais as consequências da inobservância da regra prevista no art. 8º, § 2º, *a, i*, do tratado bilateral em causa. A esse respeito, a Suprema Corte assim decidiu:

Assim, no mesmo tratado se autoriza recorrer a instituições administradoras de arbitragens internacionais, em cujos regulamentos se dispõe que os árbitros serão competentes para interpretar tais tipos de disposições. Art. 8(3) (no qual se estabelece que as partes podem consentir em submeter uma controvérsia ao Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos – CIADI ou a árbitros que serão designados de acordo com as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – Uncitral); no mesmo sentido, Regulamento da Uncitral, art. 23 1) (ed. rev. 2010) (“Art. 231): O tribunal arbitral está facultado a decidir sobre a sua própria competência”); Convênio CIADI, Regulamento e Regras, art. 41 1) (ed. 2006) (“O tribunal resolverá sua própria competência”). Cf. *Howsam*, supra, pág. 85 (no qual se leva devidamente em conta a incorporação pelas partes do Código de Arbitragem da Associação Nacional de Empresas de Corretagem em Valores Mobiliários (National Association of Securities Dealers (NASD) Code of Arbitration) ao contrato, em que se estipulava uma competência de similares características, como prova de que a intenção das partes era que os árbitros fossem competentes para “interpretar e aplicar as regras relativas aos prazos do NASD”).

Contudo, a referência feita pela Suprema Corte ao art. 8º, § 3º, do tratado bilateral de investimentos não contribui para a elucidação da questão controversa. Note-se que tal disposição se relaciona com o art. 8º, § 2º, *b*, do mesmo tratado, em que se prevê a via arbitral para o caso de as partes assim decidirem. No entanto, no caso em tela, as partes não celebraram nenhum acordo a esse respeito. Assim, tal cláusula restaria inaplicável, sendo certo que a sua análise nada levaria à resolução da verdadeira questão controvertida. Pelo contrário, a análise realizada pela Corte das consequências jurídicas advindas da incorporação do Regulamento de Arbitragem da Uncitral serve para reforçar a sua

decisão de não se apartar das presunções habituais em matéria de arbitragem (interna) estabelecidas em alguns precedentes, como o citado caso “Howsam”. Por conseguinte, disso se abstrai que a suposta reafirmação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* só alcançaria os casos de arbitragem interna, o que não é totalmente censurável, porém pouco parece ajudar na resolução de um caso de arbitragem de investimentos entre um Estado soberano e um particular de outro Estado. Talvez fosse mais conveniente reafirmar tal princípio no contexto de outra causa na qual não se dirimisse uma questão relativa a uma arbitragem de investimentos. Nesse sentido, destaque-se existir vários precedentes jurisprudenciais estadunidenses sobre a questão da incorporação de regulamentos de arbitragem e as suas consequências jurídicas, de modo que a Suprema Corte americana poderia ter passado por alto da análise dessa questão, que não resulta efetivamente pertinente ao caso ora analisado²².

2.4 A CONDIÇÃO RELATIVA AO CONSENTIMENTO: DESINTERESSE MANIFESTO PELA APLICAÇÃO DAS NORMAS DE INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DA CONVENÇÃO DE VIENA DE 1969

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é um dos raríssimos tratados no mundo que tem valor jurídico – senão como tratado, senão também como *costume* internacional cristalizado em norma convencional – mesmo para aqueles Estados que ainda não a ratificaram²³.

Os Estados Unidos assinaram a referida Convenção de Viena em 24 de abril de 1970, mas ainda não a ratificaram (setembro de 2014)²⁴. Ocorre que a Convenção prevê, no seu art. 18, a, que “um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando (a) *tiver assinado* ou trocado instrumentos constitutivos do tratado...”. Tal significa que da assinatura *já decorrem* obrigações aos Estados signatários no período entre a assinatura e a futura ratificação. Essa é uma obrigação que também os tribunais internos devem conhecer, e infelizmente não conhecem. Esse argu-

22 Vejam-se, nesse sentido, as seguintes decisões nas quais praticamente todos os Tribunais dos Circuitos que analisaram o tema entenderam que a incorporação das regras da *American Arbitration Association's* (AAA) constituem uma prova clara e inequívoca de que as partes concordaram em submeter a questão da arbitralidade [segundo a acepção americana do termo] à arbitragem. V., assim, *Petrofac, Inc. vs. DynMcDermott Petroleum Operations Co.*, 687 F.3d 671, 675 (5th Cir. 2012); *Fallo vs. High-Tech Inst.*, 559 F.3d 874, 878 (8th Cir. 2009); *Qualcomm Inc. vs. Nokia Corp.*, 466 F.3d 1366, 1373 (Fed. Cir. 2006); *Terminix Int'l Co. vs. Palmer Ranch LP*, 432 F.3d 1327, 1332 (11th Cir. 2005); *Contec Corp. vs. Remote Solution Co.*, 398 F.3d 205, 208 (2d Cir. 2005). Apenas um Tribunal de Circuito havia decidido a questão em sentido oposto: cf. *Riley Mfg. Co. vs. Anchor Glass Container Corp.*, 157 F.3d 775, 777 & n.1, 780 (10th Cir. 1998). As normas da *American Arbitration Association* contêm regras relativas à jurisdição similares às do art. 21 do Regulamento da Uncitral de 1976 e quase idênticas às do art. 23(1) do Regulamento da Uncitral de 2010. As conclusões a que chegaram os Tribunais do Segundo Circuito e do Circuito de Washington, D.C., relativas à incorporação do Regulamento da Uncitral, coadunam-se com as opiniões majoritárias relativas aos efeitos jurídicos da incorporação das normas da AAA em um acordo arbitral.

23 V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 41.

24 V. Vienna Convention on the Law of Treaties, Status as at: 11.09.2014. Disponível em: <<https://treaties.un.org>>.

mento, somado ao fato de a Convenção também valer nos Estados como *costume* cristalizado, leva a crer que, para resolver uma questão jurídica envolvendo um tratado internacional, não se pode sobrepor a legislação *interna* do Estado às regras sobre direito dos tratados reconhecidas pela sociedade internacional em seu conjunto, tais as normas positivadas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Esse desinteresse manifesto pela aplicação das normas sobre interpretação dos tratados previstas na Convenção de Viena de 1969 não é salutar a uma Suprema Corte quando decide uma questão envolvendo um tratado internacional. É evidente que a legislação doméstica não é apta a resolver sobre tratados, eis que as regras que a sociedade internacional faz em seu conjunto são muito mais democráticas e participativas, especialmente em se tratando da Convenção de Viena de 1969, que representa, em muitos aspectos, o costume internacional cristalizado relativo a tratados internacionais.

Foi equivocado, a nosso sentir, o argumento de que “a regra que impõe recorrer ao tribunal competente relativa à iniciação de um processo judicial perante os tribunais de um Estado Contratante constitui uma condição de natureza essencialmente procedimental – uma norma relativa à tramitação das reclamações que determina o momento oportuno em que pode ser iniciado um processo arbitral”²⁵, o que estaria a permitir aos árbitros (e não aos juízes) a sua interpretação.

A questão deveria ter sido resolvida não com a ilação de que se trata de uma condição “essencialmente procedimental”, eis que tais condições, quando previstas em *tratados*, são também essencialmente *obrigatórias* para os Estados-partes. A questão, aqui, é a seguinte: nos termos do art. 8º, § 2º, *b*, do tratado, havendo a intenção das partes de recorrer à arbitragem, fica excepcionada a obrigação prevista no art. 8º, § 1º, de primeiramente recorrer a um tribunal competente da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou. Poderia arguir-se ter sido isso o que ocorreu com a Argentina e a empresa *BG Group*: quando esta última deflagrou a arbitragem, no ano de 2003, a Argentina a teria aceitado, tanto que participou da nomeação dos árbitros e escolheu cidade de Washington, D.C., como sede na qual a arbitragem deveria ter lugar, abrindo mão, assim, da cláusula geral de admissibilidade do processo arbitral.

Não interessa à decisão, como se vê, se se trata de condição “essencialmente procedimental” ou não. O que muda ser uma condição “essencialmente procedimental”? Tais condições não seriam obrigatórias? É evidente que *quaisquer* disposições de um tratado entre as partes é *obrigatória*²⁶. O que a Suprema Corte dos Estados Unidos não percebeu é que o *próprio tratado* resolvia a

25 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 9.

26 V. art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

questão pela previsão expressa do art. 8º, § 2º, *b*. Bastava interpretar o tratado à luz do art. 31, § 1º, da Convenção de Viena de 1969, segundo o qual “um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Se o objetivo e a finalidade do tratado entre o Reino Unido e a Argentina era o de “criar condições favoráveis para um aumento dos investimentos por parte de investidores de um Estado no território do outro Estado”²⁷, parece evidente que pode o Estado-parte abrir mão da cláusula geral de admissibilidade prevista no art. 8º, § 1º, quando ele “e o investidor da outra Parte Contratante assim tenham acordado” (art. 8º, § 2º, *b*).

A questão, em suma, bem interpretado o tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina, haveria de ser resolvida da seguinte maneira: a cláusula do art. 8º, § 2º, *b*, permite que uma das partes e o investidor da outra parte acordem espontaneamente (expressa ou tacitamente) em estabelecer o caso à arbitragem, sem a necessidade de deflagrar, no juízo interno da parte em que o investimento se realizou, qualquer ação judicial como condição de procedibilidade da arbitragem, em homenagem ao princípio transnacional do *favor arbitrandum*. Assim o fazendo, a parte e o investidor da outra parte acordariam em conferir *aos árbitros* a competência para resolver a contenda entre eles.

Ainda que a Suprema Corte dos Estados Unidos tenha chegado, coincidentemente, a essa mesma conclusão, o caminho percorrido não foi juridicamente correto. Todos os caminhos levam à Roma? Sim, podem levar, mas uns são juridicamente escorregiosos, outros não. Ir à Roma pela via correta, é lícito; ir à Roma pela contramão, não é juridicamente adequado. Um tribunal deve preocupar-se em chegar à solução justa também pela via juridicamente própria. No caso que ora nos ocupa, bastava ter lido e interpretado corretamente o cristalino art. 8º, § 2º, *b*, do tratado entre o Reino Unido e a República Argentina para se chegar, segundo pensamos, a esse desiderato.

3 ANÁLISE DO VOTO DISSIDENTE

O Juiz Roberts, Presidente da Suprema Corte dos EUA, a cujo voto aderiu o Juiz Kennedy, votou em dissidência à maioria da Corte. Assim, merece esse seu voto dissidente ser analisado junto às críticas que realiza ao voto da maioria. Mesmo que tal voto tenha melhor fundamento que o voto da maioria, ainda assim pensamos que a opinião dissidente ficou “pelo meio do caminho”, como se verá adiante (v. item 3.3, *infra*).

27 Cf. *United Nations – Treaty Series* (1994), p. 42 (v. primeiro considerando do tratado).

3.1 CRÍTICA FUNDAMENTADA DO VOTO DA MAIORIA

A dissidência, repita-se, diverge com argumentos melhores, segundo nos parece, que aqueles utilizados pela maioria, especialmente por compreender que se está diante de um *tratado* concluído entre Estados estrangeiros, e não de um acordo de arbitragem, sequer sendo os investidores *partes* nesse instrumento internacional (como, realmente, não poderiam ser em se tratando de um ato *convencional*). De fato, o voto dissidente começar por ironizar a decisão da maioria, observando o seguinte:

O que esta Corte “tem diante de si”, naturalmente, não é um instrumento que possa ser caracterizado, em absoluto, dessa maneira [ou seja, como um contrato entre particulares]. Pelo contrário, não se trata senão de um tratado concluído entre duas nações soberanas: o Reino Unido e a Argentina. Nenhum investidor é parte no acordo. [...] Não é de estranhar que, por ter começado por um caminho equivocado, a maioria termine em lugar equivocado.²⁸

A observação, já se disse linhas atrás, é pertinente. Realmente, não se entende o por quê de a maioria da Suprema Corte americana ter raciocinado como se *contrato* fosse o instrumento presente diante de si. Bastava ler o instrumento para verificar tratar-se de norma *convencional*, isto é, de *tratado* internacional de investimentos que contém, no seu art. 8º, simples possibilidade de se recorrer à arbitragem, desde que cumpridos certos requisitos, nada mais. Com base nessa premissa é que deveria ter decidido a Suprema Corte americana, e não na falsa e incongruente ideia de tratar-se de um *contrato* entre particulares a ser, inclusive, interpretado pela legislação doméstica estadunidense.

3.2 CRÍTICA AO EXCESSO DE FORMALISMO TERMINOLÓGICO DO VOTO DA MAIORIA

A decisão do voto da maioria, como se viu, girou em torno de elucidar se o art. 8º, § 2º, *a, i*, constitui uma condição relativa ao consentimento que deveria ter prestado a Argentina para poder recorrer à via arbitral, ou se se tratava de uma condição de caráter procedimental (norma relativa à tramitação de reclamações). Essa “caracterização” da disputa, parece certo, só serviu para poder aplicar os precedentes estadunidenses de caráter interno que estabelecem que, ao se tratar de uma “condição relativa ao consentimento”, são os *juízes* que têm competência – em primeiro lugar – para decidir a questão, ao passo que, quando se trata de uma “condição de caráter procedimental”, serão, ao contrário, os *árbitros* a quem incumbe decidir primeiramente o tema. É por isso que no voto da maioria se chega à conclusão de que, para tratar de uma condição relativa

28 V. “BG Group plc vs. República Argentina”; voto dissidente do Juiz Roberts, p. 1.

ao consentimento, as Partes²⁹ deveriam ter expressamente utilizado a palavra “consentimiento”³⁰; e, ante a sua ausência, decidiu a Corte que se tratava de uma questão puramente procedimental, que deveria ser dirimida – em um primeiro momento – pelos árbitros.

Não obstante isso, o Juiz Roberts, em seu voto dissidente, chegou a afirmar não existir qualquer razão para que deva figurar uma designação tão evidente como “condição relativa ao consentimento”, posto que a Suprema Corte, em geral, não obriga que existam “palavras mágicas” nos tratados³¹.

Do que se acaba de expor, percebe-se que a atenção do voto da maioria estava mais centrada em fazer enquadrar as relações jurídicas provenientes de um tratado internacional às presunções internas do direito estadunidense da arbitragem, do que propriamente analisar a questão desde a perspectiva transnacional ou verdadeiramente internacional, como estava a merecer a causa objeto da presente análise.

3.3 DECISÃO PELO MEIO DO CAMINHO?

O voto da dissidência, por seu turno, também não percebeu que o tratado autoriza, no art. 8º, § 2º, *b*, que os investidores de um Estado-parte e do outro Estado-parte possam recorrer à arbitragem *independentemente* de se ingressar com qualquer medida judicial perante um tribunal interno do Estado em que o

29 Relativamente à utilização da palavra “Partes” no art. 8º, § 2º, *a*, *i* e *ii*, permitimo-nos fazer uma breve digressão. Deve-se observar que ali se utiliza o termo “Partes” e não “Partes Contratantes”, como no art. 8º, § 2º, *b*. Tal se deve a que, no primeiro caso, não se trata de um acordo de arbitragem, senão apenas de uma “oferta unilateral permanente” (seguindo os termos utilizados pelo Juiz Roberts em seu voto dissidente) que ambos os países realizam a uma pessoa “determinável”, vale dizer, a nacionais do Estado receptor. Portanto, não teria sentido referir-se concretamente ao termo “consentimento” nessa etapa prévia à formação do contrato, em que somente existe uma oferta, eis que se subentende que o acordo de arbitragem somente restará perfeito quando a outra “Parte” manifestar o seu consentimento à oferta inicial, nos mesmos termos em que foi formulada. Destaque-se que no art. 8º, § 2º, *b*, se utiliza o termo “Parte Contratante” e investidor, posto que ali se faz referência à possibilidade concreta de que o Estado receptor e o investidor (determinável) concordem em recorrer à via arbitral. Por conseguinte, a presunção do direito interno estadunidense não corresponde exatamente à situação que as Partes Contratantes previram no art. 8º, § 2º, *a*, *i*.

30 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 3 (voto da maioria): “No entanto, levando em conta que no presente Tratado não há disposição no sentido de ser a judicialização da controvérsia no país receptor uma condição que pressuponha ‘prestar consentimento’ para o início de um processo arbitral, o tribunal não deve estabelecer qual seria o efeito de uma regra nesse sentido. Portanto, esta Corte não se considera obrigada, em absoluto, a emitir uma decisão que exceda os limites de seus critérios de interpretação habituais, nos quais se estabelece que, ante a inexistência, no âmbito de um tratado, de uma disposição que indique explicitamente que as partes tiveram a intenção de alterar a delegação de competência habitual, resultam aplicáveis as presunções de interpretação que comumente utilizamos em tais casos. Págs. 10 a 13. [...] No Tratado não figura qualquer disposição a indicar que a intenção das partes se contrapõe às presunções habituais relativas a quem deve decidir as questões atinentes ao ‘critério mínimo’ para a procedência ou não da arbitragem. Tanto que a redação e a estrutura da regra estabelecida no art. 8º indicam claramente que se trata de uma condição processual prévia ao início de um processo arbitral”.

31 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 3 (voto da dissidência), p. 6-7: “Não obstante, não há qualquer razão para considerar que se deva exigir uma designação tão evidente de tal condição relativa ao consentimento, tendo em conta que esta Corte, em geral, não exige que figurem ‘palavras mágicas’ nos tratados. *Medellín vs. Texas*, 552 U. S. 491, 521 (2008)”.

investimento ocorreu, sequer aguardando dezoito meses a partir do momento em que a controvérsia foi submetida ao tribunal respectivo do país receptor.

Segundo a dissidência, tal somente seria possível se manifestado “por meio de um acordo específico”³². Tal não é verdade, eis que o art. 8º, § 2º, *b*, diz apenas e tão somente que será possível o recurso à arbitragem se “a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante assim tenham acordado”. Acordado por qual maneira? O dispositivo não se refere à forma de acordo entre as partes, razão pela qual tal acordo pode ser expresso ou tácito.

O voto dissidente, como se vê, avançou e foi exarado corretamente no que tange à compreensão de se estar diante de um *tratado* entre dos Estados soberanos, e não perante um acordo de arbitragem entre particulares. De fato, o que o tratado faz é uma “concessão” a que se recorra à arbitragem, segundo as condições que enumera: ou quando esgotada a jurisdição interna sem sucesso, ou quando as partes (investidor e Estado no qual o investimento se realizou) consentem em submeter a questão à arbitragem, ainda que de forma tácita ou indireta (que foi o que ocorreu no presente caso, ainda que a Argentina, em sua contestação, porém, sem razão, negasse ter o tribunal arbitral competência para a análise da matéria).

À medida que o voto dissidente não percebe a real faculdade estabelecida pelo art. 8º, § 2º, *b*, do tratado, chega à conclusão de que “incumbe a um tribunal judicial, e não é um árbitro”, a competência para resolver a questão, o que também está equivocado. Assim, não obstante ter avançado relativamente ao voto da maioria, bem assim melhor compreendido os conceitos jurídicos presentes na demanda, emitiu uma opinião que ficou no “meio do caminho”. Correto seria ter entendido que a faculdade para recorrer à arbitragem proveio da vontade das partes (investidor e Estado no qual o investimento se realizou), conforme autoriza o art. 8º, § 2º, *b*, do tratado bilateral de investimentos. Apesar de a Argentina, como se disse, ter negado a “jurisdição” do tribunal arbitral, o certo é que ela concordou com a arbitragem no ano de 2003 e, inclusive, participou na escolha dos árbitros e na decisão do local em que a arbitragem se realizaria, o que significa que aceitou, ainda que de forma indireta, a faculdade estabelecida pelo referido art. 8º, § 2º, *b*, do tratado.

4 FUNDAMENTOS DISSOCIADOS DAS REGRAS INTERNACIONAIS E TRANSNACIONAIS: UMA CONTRADITIO IN TERMINIS AUTORIZADA?

Como já se adiantou ao longo do presente ensaio, os fundamentos que serviram de base à decisão em análise (tanto os expostos no voto da maioria

32 Idem; voto dissidente do Juiz Roberts, p. 5.

e, em certa medida, também no voto dissidente) pressupõem, em nosso entender, uma *contraditio in terminis*. Com efeito, a alegação de que um *presumido* acordo de arbitragem é equiparável a um *tratado* internacional não constitui senão uma contradição em si mesma. Não obstante, essa contradição parece ver-se autorizada pelo fim último que persegue: outorgar à controvérsia submetida perante a Corte um enquadramento jurídico tal que permita a aplicação das presunções habituais em matéria de arbitragem, baseada em uma enorme gama de precedentes jurisprudenciais, entre os quais se destacam os casos *First Options*³³ e *Howsam*³⁴.

4.1 COMPLEMENTARIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DO DIREITO TRANSNACIONAL DA ARBITRAGEM

Ninguém pode ignorar o fato de que, nos últimos tempos, a interação da ordem jurídica internacional com a ordem jurídica transnacional tem tido cada vez maior visibilidade e robustez. Essa reflexão é especialmente válida para a classe de controvérsias como a levantada no caso objeto da presente análise. Com efeito, a questão colocada perante a Suprema Corte americana se originou de um pedido de anulação (pela parte condenada, a Argentina) e de execução (pela parte vencedora, a *BG Group*) de um laudo definitivo proferido por um tribunal arbitral *ad hoc* perante o Poder Judiciário do país em que se realizou a arbitragem (os Estados Unidos da América), de conformidade com o Regulamento de Arbitragem da Uncitral, versando a controvérsia sobre uma arbitragem de investimentos no âmbito de um tratado bilateral de investimentos. Dessa forma, é nítida a interação das ordens jurídicas que atuam em conjunto nessa série de decisões e apelações.

Como se percebe, a inter-relação entre os três ordenamentos jurídicos é mais que evidente. Mais evidente ainda teria que ser a aplicação harmonizada dos princípios provindos de tais ordenamentos jurídicos dos quais confluem normas de interpretação do direito internacional geral, do direito dos tratados (Convenção de Viena de 1969), das normas do direito transnacional da arbitragem e, em certa medida, das normas processuais do ordenamento jurídico nacional em que se proferem as decisões sobre o laudo e se interpõem as apelações. Entretanto, no presente caso, as normas do ordenamento jurídico interno (dos Estados Unidos) tiveram prevalência absoluta sobre as normas internacionais e transnacionais, que, em realidade, seriam as mais adequadas para resolver corretamente a questão *sub judice*. Tais normas, além de terem sido concebidas para elucidar casos como o que se apresenta, também compor-

33 V. “First Options of Chicago, Inc. vs. Kaplan”, 514 U. S. 938, 942 (1995).

34 V. “Howsam vs. Dean Witter Reynolds, Inc.”, 537 U. S. 79, 84 (2002).

tam uma gama de princípios gerais de direito derivados de grande quantidade de ordenamentos jurídicos nacionais, entre os quais se encontram os das Partes Contratantes e o do país sede da arbitragem. Assim, o desinteresse por sua aplicação ao caso em análise acaba também por prejudicar o fundamento da Corte, que, não obstante isso, chegou a uma decisão correta, porém, percorrendo um caminho juridicamente equivocado, abrindo, assim, a porta para que outros tribunais inferiores façam eco da mecânica subjacente a tal fundamentação e o apliquem em casos similares, correndo o risco de talvez chegarem a resultados em tudo antijurídicos.

4.2 EXPECTATIVAS DAS PARTES: QUE FUNÇÃO EXERCEM EM UM TRATADO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS?

Em outra ordem de ideias, centraremos agora a nossa atenção a um elemento essencial a todo acordo de arbitragem, seja nacional ou internacional, a saber: *as expectativas das partes*. Como primeira medida, deveríamos procurar saber se esse elemento, que cumpre uma função crucial no âmbito de uma arbitragem entre privados, pode também ter importância para contribuir à escoreita interpretação do art. 8º, § 2º, *a, i*, do tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina.

De acordo com o fundamento exposto no voto dissidente, ao que aderimos plenamente no que tange a essa questão concreta, parece que tais expectativas não podem cumprir função muito relevante, já que ainda não se teria um perfeito acordo arbitral. Por conseguinte, a frase “expectativas das partes”, nesse caso concreto, deveria ser modificada para significar “expectativas das Partes Contratantes”, vale dizer, o Reino Unido e a Argentina. Seguindo essa linha de raciocínio, os precedentes jurisprudenciais citados no voto da maioria³⁵ talvez tivessem importância se a controvérsia versasse sobre o art. 8º, § 2º, *b*, no qual se prevê que as Partes em um contrato de arbitragem (vale dizer, uma Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante) concordam em recorrer à via arbitral. Porém, tal como também o explica, inclusive o Procurador-Geral dos Estados Unidos, a “regra relativa à propositura de uma ação judicial no Estado receptor pode ser ‘uma condição por parte do Estado de prestar o seu consentimento para celebrar um acordo de arbitragem’”.

Portanto, a decisão plasmada no voto da maioria de rechaçar o parecer do Procurador-Geral e sustentar que “[e]m geral, *um tratado é um contrato, ainda que celebrado entre nações* [...] [grifo nosso] [...] [de modo que] a sua interpretação consiste normalmente, como sucede com a interpretação dos

35 Air France vs. Saks, 470 U. S. 392, 399 (1985); e Wright vs. Henkel, 190 U. S. 40, 57 (1903).

contratos, em determinar a intenção das partes”³⁶, não teria grande utilidade na interpretação do art. 8º, § 2º, a, i, em torno da qual girou a decisão da Suprema Corte americana objeto da nossa análise, eis que, como já explicado, em tal dispositivo o conceito de “Partes” refere-se às *Partes Contratantes* (o Reino Unido e a Argentina). Isso se deve ao fato, no tocante a esse artigo, de que não se aperfeiçoou um acordo de arbitragem, senão apenas formulou-se uma oferta unilateral e permanente em favor das partes “determináveis” (ou seja, os investidores de alguns dos Estados soberanos), que somente dará lugar a um acordo arbitral caso tal oferta seja aceita pelo investidor *determinável*, desde que cumpridas as determinações ou condições nele estabelecidas. Por conseguinte, *as expectativas das partes*, nesse contexto, não podem servir de base para interpretar um artigo de um tratado bilateral de investimentos, menos ainda quando o fim último de elucidar a intenção e/ou expectativa das partes envolve a interpretação de um contrato (nesse caso, de arbitragem) que nunca se aperfeiçoou.

CONCLUSÃO

A Suprema Corte dos Estados Unidos, na decisão relativa ao caso “BG Group plc vs. República Argentina”, de 5 de março de 2014, decidiu corretamente: a arbitragem realizada entre *BG Group* e a Argentina foi válida e a condenação de US\$ 185,3 milhões deve ser paga. Entretanto, como se viu no decorrer do presente artigo, os fundamentos nos quais a Suprema Corte americana se baseou foram totalmente equivocados. De fato, na referida decisão, além de se confundir contrato com tratado internacional e direito interno com direito internacional, foram apresentados fundamentos totalmente dissociados dos princípios e das regras regentes das relações internacionais e transnacionais contemporâneas, de forma que a decisão “acertada” da Suprema Corte americana não passou de simples coincidência, tal como seria se proferida seguindo corretamente as regras que o direito internacional público em geral, e o direito dos tratados, em especial, impõem para a resolução de questões similares.

Todos os caminhos levam a Roma? No caso “BG Group plc vs. República Argentina”, o caminho seguido pela Suprema Corte americana levou ao desiderato correto, mas por um caminho confuso e equivocado, à exceção, em parte, do voto dissidente do Juiz Roberts, ao qual aderiu o Juiz Kennedy. Assim, vários caminhos podem levar à Roma, porém, alguns são juridicamente corretos, outros não. Ir à Roma pela via correta, é lícito; ir à Roma pela contramão, não é juridicamente aceitável. Um tribunal deve preocupar-se em chegar à solução correta sempre pela via juridicamente correta, especialmente uma Suprema Corte.

36 Idem.

REFERÊNCIAS

GAILLARD, Emmanuel. L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité (Conférence commémorative John E. C. Brierley). *McGill Law Journal*, v. 55, p. 892-907, 2010.

HANOTIAU, Bernard, L'arbitrabilité et la *favour arbitrandum*: un réexamen. *Journal de Droit International*, n. 4, p. 899-966, oct./dez. 1994.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHREUER, Christoph. Consent to arbitration (Cap. 21). In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.