

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

FERNANDA SECCO MAZOCCO

**O CRITÉRIO GERAL DE DEFINIÇÃO DA NACIONALIDADE DE PESSOAS
JURÍDICAS NO ÂMBITO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO**

**PORTO ALEGRE
2019**

FERNANDA SECCO MAZOCCO

**O CRITÉRIO GERAL DE DEFINIÇÃO DA NACIONALIDADE DE PESSOAS
JURÍDICAS NO ÂMBITO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

PORTO ALEGRE
2019

FERNANDA SECCO MAZOCCO

**O CRITÉRIO GERAL DE DEFINIÇÃO DA NACIONALIDADE DE PESSOAS
JURÍDICAS NO ÂMBITO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Gerson Luiz Branco
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Fabiano Menke
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Inevitavelmente, endereço meu primeiro e mais especial agradecimento àqueles que tanto fizeram para proporcionar a mim e à minha irmã um futuro de mais oportunidades, construído através do ensino de qualidade: meus pais Cezar e Rosângela. Obrigada por todo o suporte e, sobretudo, pelo amor incondicional e pelos valores ensinados.

À *minha melhor amiga e irmã*, foi como ela se referiu a mim no seu próprio TCC. Chegou a minha vez de agradecer à minha melhor amiga e irmã, Franciele, que sempre foi a minha maior inspiração. Muito obrigada por todos os conselhos, pela paciência em lidar com meu gênio, pela cumplicidade e pelo amor incondicional.

À minha dinda, Ângela, que sempre cuidou de mim como se sua filha fosse e sempre foi um modelo de dedicação e, sobretudo, de lealdade, desde a sua própria faculdade até os dias de hoje. Foi ela também quem nos presenteou com o nosso amor, Sophia, a quem agradeço por iluminar meus dias mais atribulados.

Agradeço, também, ao meu namorado e melhor amigo, George, pelo apoio, companheirismo e cumplicidade neste ano, que coincidiu com o difícil período do final de faculdade. Compartilhar sábados de TCC e trabalho contigo tornou tudo mais fácil.

Às minhas amigas de infância, Ana, Julia e Lara, assim como aos meus amigos do Ensino Médio – Victor, Maiara e Alice – e do intercâmbio – Lucas e Virgínia –, por sempre estarem ao meu lado, mesmo com a minha comunicação meio falha.

Aos colegas do “segregation” e às “pessoas legais da turma” – incluindo-se neste último grupo a Ana –, por terem compartilhado comigo esta jornada na Faculdade de Direito, tornando as manhãs mais cansativas nas mais engraçadas e proveitosas. Agradeço, ainda, aos meus colegas e *coaches* de equipe no FDI Moot 2018. Sem vocês e sem esta competição a minha trajetória final neste curso teria sido muito menos engrandecedora.

Ao meu orientador, Prof. Luis Renato Ferreira da Silva, pelo auxílio prestado, estando presente e disponível do início ao fim, e por todo conhecimento compartilhado nas aulas de Teoria Geral dos Contratos, nas orientações deste TCC e no FDI Moot.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos meus colegas de trabalho e chefes – Lucas Borba, Giulia, Rafael, Frederico e Martin –, por apostarem na minha capacidade e competência e contribuírem para o meu crescimento profissional.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo a análise dos critérios para a definição da nacionalidade de pessoas jurídicas no âmbito da arbitragem de investimento. Assim, analisou-se, em uma primeira etapa, a evolução histórica da sistemática de proteção aos investimentos estrangeiros, que evoluiu da proteção diplomática para uma relação mais direta, estabelecida por meio da conclusão de tratados bilaterais de investimentos (BITs). Ainda na primeira parte do trabalho, foram elencados os princípios e cláusulas protetivos geralmente constantes em BITs para, em seguida, ser destacada a relevância da atribuição da nacionalidade às pessoas jurídicas investidoras. Na segunda etapa do trabalho, então, foram expostos os três critérios utilizados para a definição de nacionalidade de pessoas jurídicas investidoras: o local de incorporação da empresa; a sua sede; ou o controle. Restou demonstrado que a regra geral de definição da nacionalidade das pessoas jurídicas, na prática arbitral de investimentos, é o local de incorporação. Se, no entanto, os BITs optarem expressamente pelas outras duas regras, então elas serão aplicadas, sendo a regra da sede interpretada, majoritariamente, como o local da administração efetiva da empresa e a regra do controle como sendo a possibilidade legal de exercer o poder decisório. Por fim, fez-se um paralelo com a regulação da nacionalidade de empresas no Brasil, cuja atuação no ambiente de investimentos estrangeiros ainda é muito tímida.

Palavras-chave: Jurisdição. Arbitragem de investimentos. Arbitragem internacional. Tratado bilateral de investimento. Nacionalidade da pessoa jurídica.

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the criteria for defining the nationality of legal entities within the scope of investment arbitration. The first step was to analyze the historical evolution of the system of protection of foreign investments, which has evolved from diplomatic protection to a more direct relationship established through the conclusion of bilateral investment treaties (BITs). Also, in the first phase of the paper, the principles and protective clauses generally included in BITs were listed in order to highlight the relevance of the attribution of nationality to legal entities. In the second phase of the study, the three criteria used to define the nationality of legal entities were presented: the place of incorporation of the company; their seat; or control. It has been demonstrated that the general rule for defining the nationality of legal persons in the investment arbitration practice is the place of incorporation. If, however, BITs expressly decide in favor of the other two rules, then they will be applied. In that case, the seat criterion is interpreted, for the most part, as the place of effective management of the company and the rule of control as the legal possibility of exercising the power to decide. Finally, it is presented, in this paper, a parallel with the regulation of nationality of companies in Brazil, whose performance in the foreign investment environment is still very timid.

Key words: Jurisdiction. Investment arbitration. International arbitration. Bilateral investment treaty. Nationality of legal entities.

LISTA DE ABREVIATURAS

¶	Paragraph
FDI	Foreign direct investment
BIT	Bilateral Investment Treaty
FET	Fair and Equitable Treatment
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
OECD	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ASEAN	Associação das Nações do Sudeste Asiático

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO	10
2.1 EVOLUÇÃO E CARACTERÍSTICAS GERAIS.....	10
2.2 SISTEMÁTICA DE PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS.....	12
2.2.1 Expropriação indenizada	13
2.2.2 <i>Fair and equitable treatment</i> (FET)	16
2.2.3 Full protection and security	19
2.2.4 <i>Umbrella clause</i>	21
2.2.5 Tratamento nacional	22
2.2.6 Cláusula <i>most-favoured nation</i> (MFN)	23
2.3 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM.....	24
2.4 NACIONALIDADE DO INVESTIDOR.....	27
2.4.1 Efeitos sobre a jurisdição <i>ratione personae</i> do Tribunal Arbitral	28
3 NACIONALIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS	30
3.1 LOCAL DE INCORPORAÇÃO	31
3.2 SEDE.....	39
3.2.1 Sede estatutária	40
3.2.2 Sede social	42
3.2.3 Sede real	49
3.3 CONTROLE	50
3.3.1 Controle legal	52
3.3.2 Controle fático	54
3.4 NACIONALIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS NO BRASIL.....	57
4 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Segundo dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), existem, no mundo, cerca de 2.346 tratados bilaterais de investimento em vigência¹. Muito embora dentre eles apenas um seja firmado pelo Brasil², há uma tendência à facilitação de investimentos estrangeiros no país, que aponta para a importância do estudo de todas as possibilidades jurídicas de proteção da relação entre Estado e investidor.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende, em sua primeira parte, analisar brevemente a evolução histórica da sistemática da proteção aos investimentos estrangeiros. Neste ponto, portanto, analisar-se-á a árdua interação entre Estado-anfitrião e investidor estabelecida pela proteção diplomática, bem como o surgimento gradual da necessidade de um sistema próprio para a proteção dos investimentos em território estrangeiro.

Uma vez estabelecido o mencionado sistema especial para a proteção dos investimentos estrangeiros, a segunda seção da primeira parte deste trabalho se ocupará da análise dos tratados bilaterais de investimentos (BIT, – do inglês *bilateral investment treaty*), instrumentos que surgiram para substituir a proteção diplomática pela possibilidade de disputas diretas entre investidor e Estado-anfitrião. Nesta primeira parte, também serão abordados os direitos tutelados – especialmente no que tange à expropriação indenizada de investimentos – e os padrões mais comuns de proteção, levados a efeito, atualmente, por meio de cláusulas compromissórias de arbitragem, que permitem a instauração de um tribunal arbitral, por iniciativa do investidor lesado.

No entanto, para acessar este sistema protetivo, não basta ser qualquer investidor. Assim, far-se-á, neste trabalho, a análise da importância da definição da nacionalidade das pessoas jurídicas, para fins de determinação de quais entidades investidoras podem ser protegidas pelas disposições de um BIT.

¹ UNCTAD. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. *International Investment Agreements Navigator*. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Acesso em: 14 abr. 2019.

² UNCTAD. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. *What's new*. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iialInnerMenu>. Acesso em: 14 abr. 2019.

Assim, adentra-se à segunda parte do trabalho para estudar os três critérios existentes na prática arbitral de investimento destinados a definir a nacionalidade de pessoas jurídicas: local de incorporação, sede e controle. Mais do que isso, propõe-se-á uma análise detida de cada um destes critérios, a fim de saber quais são as interpretações e aplicações dadas pelos tribunais arbitrais de investimento. Isto tudo com o intuito de, ao final, distinguir qual destes três critérios é a regra geral para a determinação da nacionalidade de empresas investidoras.

2 TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO

O ambiente legal dos investimentos estrangeiros possui uma regulação muito própria, dado o caráter internacional dos vínculos estabelecidos. Assim, criou-se um sistema legal com elementos de Direito Internacional Privado e, também, elementos de Direito Internacional Público³, com regras padrões geralmente positivadas em Tratados Bilaterais de Investimento (BITs), objeto de análise deste primeiro capítulo.

Assim, esta primeira parte será dividida em quatro seções, que abordarão: a evolução histórica e as características gerais dos Tratados Bilaterais de Investimento; a sistemática e os *standards* comuns para a proteção de investimento por meio de BITs; a cláusula compromissória de arbitragem, inserida nos tratados; e, por fim, a importância da definição de nacionalidade do investidor.

2.1 EVOLUÇÃO E CARACTERÍSTICAS GERAIS

Estudiosos do Direito de Investimento Estrangeiro Direto (FDI) tendem, muitas vezes, a limitar as origens históricas do sistema de proteção de investimentos internacionais à conclusão do primeiro tratado bilateral de investimento⁴, entre Alemanha e Paquistão, no ano de 1959⁵. É importante salientar, contudo, que as relações do fluxo de capital estrangeiro e sua regulação remontam ao contexto do Imperialismo, desde as relações recíprocas entre países da comunidade europeia até o início das transações – estas menos recíprocas e mais impositivas – com países não-europeus⁶.

Muito embora no período colonial as grandes potências tenham contado com mecanismos próprios para assegurar os direitos dos seus investidores nacionais nas colônias, notadamente através da coerção⁷, é possível ainda assim citar a sua

³ DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 2.

⁴ MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 19.

⁵ ALEMANHA; PAQUISTÃO. *Vertrag vom 25. November 1959 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Forderung und zum Schutz von Kapitalanlagen*, de 25 de novembro de 1959. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>. Acesso em: 19 abr. 2019.

⁶ MILES, Kate. Op. cit., p. 21.

⁷ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 19.

influência no surgimento do direito de investimento como é hoje. Esta influência decorre do surgimento dos contratos de concessão, geralmente concluídos entre um Estado anfitrião e um indivíduo ou empresa e permitiam que aquele indivíduo se envolvesse em uma atividade que anteriormente era o único domínio do Estado⁸.

Estes contratos de concessão eram – e ainda são – acordos comumente usados no setor de exploração de recursos naturais, tais como petróleo, minérios e gás natural. Eles contemplam a transferência de direitos de exploração de recursos naturais em áreas designadas por um período de tempo específico para o investidor estrangeiro. Em troca da exploração dos recursos, o investidor estrangeiro pagaria *royalties* de acordo com a quantidade dos recursos extraídos, deixando muito a critério do investidor estrangeiro e desenvolvendo, portanto, uma virtual entrega de soberania do Estado sobre vastas extensões de terra⁹.

A fim de fazer valer seu direito de propriedade, os concessionários, apoiados por seus Estados de origem, defendiam a existência de um Direito universalmente aplicável, que nascia de conceitos de propriedade das legislações domésticas já existentes e evoluíram para a criação de princípios de direito internacional¹⁰. Ainda assim, não havia um mecanismo próprio para a defesa dos investimentos estrangeiros, sendo as cortes domésticas pouco abertas e mais propensas ao princípio da soberania estatal. Os Estados de origem dos investidores por sua vez, apenas interferiam em prol de seus nacionais quando em jogo algum interesse estatal, fazendo-o através de proteção diplomática¹¹.

No século XIX, importantes acontecimentos na América Latina inflamaram a necessidade da criação de meios mais efetivos do que a proteção diplomática para a proteção dos investimentos estrangeiros. Nesse contexto, destacam-se as reações de investidores estrangeiros às expropriações de ferrovias conduzidas na América-Latina, que levaram o jurista argentino Carlos Calvo a formular a teoria que levava seu nome, – *Calvo Doctrine* –, segundo a qual os investidores tinham direito a tratamento não diferente ou melhor do que os cidadãos do país onde investiram e deveriam ter

⁸ MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 28.

⁹ SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 44.

¹⁰ MILES, Kate. Op. cit., p. 29.

¹¹ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; et al. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 2014, p. 2.

suas reivindicações ouvidas apenas pelas cortes nacionais dos países hospedeiros¹². Mais do que isso, a doutrina pretendia tolher o único meio ainda restante, a proteção diplomática, razão pela qual grandes potências, como os Estados Unidos da América, rejeitaram amplamente esta teoria¹³.

Os melhores esforços para a criação de um sistema legal mais favorável aos investidores foram empreendidos após o final da Segunda Guerra Mundial¹⁴, quando, em 1963, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) redigiu um Projeto de Convenção sobre a Proteção de Propriedade Estrangeira¹⁵, que, no entanto, não chegou a entrar em vigor¹⁶. Em seguida, no entanto, a *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* ou somente ICSID ou *Washington Convention*¹⁷ foi concluída, entrando em vigor no ano de 1966. A criação da ICSID veio para fornecer um instituto para a resolução de disputas de investimento, geralmente oriundas de BITs tal como o já mencionado tratado bilateral entre Alemanha e Paquistão, o primeiro a ser concluído, já em 1959.

A partir de então, com a criação de uma Convenção que conta, hoje, com 163 países signatários¹⁸, a proteção de investimentos foi amplamente desenvolvida pela conclusão de tratados bilaterais de investimento. Assim, com este desenvolvimento, observa-se, atualmente, características muito próprias destes instrumentos, as quais serão objeto de análise da próxima seção deste capítulo.

2.2 SISTEMÁTICA DE PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS

¹² BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; et al. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 2014, p. 2.

¹³ Ibidem, p. 2.

¹⁴ Ibidem, p. 3.

¹⁵ OECD. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 1963. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019.

¹⁶ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; et al. (eds.), op. cit., p. 4.

¹⁷ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *ICSID Convention*. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf. Acesso em: 12 maio 2019.

¹⁸ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Database of ICSID Member States*. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>. Acesso em: 12 maio 2019.

Os BITs são acordos que estabelecem os termos e condições para o investimento privado por nacionais e empresas de um Estado em outro Estado¹⁹, sendo ambos as partes contratantes deste tratado bilateral²⁰. Estes tratados tipicamente possuem: um preâmbulo, que estabelece os objetivos e propósitos das partes; as definições de quem são investidores e do que é investimento; as condições de admissão de investidores estrangeiros no Estado hospedeiro; o método de resolução de conflitos; regras de compensação em casos de expropriação que, como visto, foram os típicos casos que levaram à necessidade da criação de um meio próprio de proteção aos investimentos²¹.

Além disso, o ambiente dos investimentos estrangeiros é marcado por intenso nível de competitividade, que exige dos países hospedeiros um ambiente regulatório estável, a fim de demonstrar confiabilidade aos potenciais investidores. Esta estabilidade requer que as instituições do país hospedeiro estejam consolidadas, o que, para países em desenvolvimento, é inviável. Assim, a fim de compensar a falta de estabilidade, inerente ao processo de desenvolvimento, muitos países optam pela conclusão de tratados bilaterais de investimento, que fornecem padrões mínimos de proteção de investimento através da proibição de expropriação não compensada, tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment – FET*), tratamento nacional, proteção e segurança total (*full protection and security*) e tratamento da nação mais favorecida (*most-favoured-nation treatment*)²².

2.2.1 Expropriação indenizada

A criação de uma sistemática de proteção aos investimentos estrangeiros tem sua origem, justamente, na necessidade de regular as situações de expropriação de

¹⁹ É importante notar, neste ponto, que a proteção a investimentos estrangeiros não se faz exclusivamente por meio de tratados bilaterais, mas também através de tratados multilaterais. Estes, no entanto, são mais incomuns, na medida em que devem agrupar os interesses de mais de dois países em um só acordo. É por essa dificuldade intrínseca que os tratados multilaterais são mais comuns quando relacionados a certas regiões, como o *Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments Among Member States of the Organisation of the Islamic Conference (OIC Agreement)*, ou ainda, por setores econômicos relevantes, como o *Energy Charter Treaty (ECT)*. Vide, BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 46-47.

²⁰ BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 14

²¹ Ibidem, p. 44.

²² DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 1-2.

investimentos estrangeiros pelo Estado-anfitrião. Isto porque, embora se reconheça que o Estado-hospedeiro tem soberania para gerir os recursos que estão dentro de seu território, não pode ele deixar de indenizar o investidor prejudicado²³.

Mais do que isso, apesar de ser um direito do Estado a desapropriação, há um entendimento consolidado de que esta, para ser considerada legal, deverá seguir alguns requisitos. Os dois mais pacificados são a proibição de tratamento discriminatório e a expropriação baseada em um *public purpose*²⁴, os quais são considerados, inclusive, como normas de direito costumeiro²⁵.

Importante, então, definir, para fins do estudo dessa seção, o que é expropriação, adotando-se, para tanto, o sintético conceito proposto por Johan Billiet: “[...] a forcible taking by a government of tangible and intangible property owned by private persons by means of administrative or legislative action to that effect”²⁶.

Como se observa, são expropriáveis tanto os bens tangíveis – como um bem imóvel –, como os bens intangíveis, como as ações de uma empresa. A expropriação pode, ainda, ser classificada em três espécies diferentes, sendo elas: (i) expropriação direta; (ii) expropriação indireta; e, por fim, (iii) expropriação “rastejante”. A primeira, denominada direta, ocorre quando há a tomada física total da propriedade de um investidor estrangeiro, ou do seu título, pelo Estado-anfitrião. Esta tomada de propriedade é de conhecimento público, deliberada e inequívoca, que vem a ser concretizada por meio de uma lei, decreto, ato administrativo ou qualquer outro ato formal estabelecido pelo Estado-anfitrião²⁷.

A segunda espécie de expropriação, chamada de expropriação indireta, ocorre por meio de medidas que resultem em uma privação substancial do uso e do valor do investimento, mesmo que o título real do ativo permaneça com o investidor²⁸. Há, portanto, uma interferência do Estado no uso da propriedade e no aproveitamento de seus benefícios, de tal forma que os efeitos dela equivalem aos da expropriação

²³ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 207.

²⁴ Tradução livre: interesse público.

²⁵ *Ibidem*, p. 208.

²⁶ BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 16. Tradução livre: uma tomada forçada por um governo da propriedade tangível e intangível de particulares por meio de ação administrativa ou legislativa.

²⁷ HUNTER, Martin; REDFERN, Alan; PARTASIDES, Constantine; BLACKABY, Nigel. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6th Ed. Oxford: Oxford University Press: 2015, p. 471.

²⁸ *Ibidem*, p. 471.

direta²⁹. A terceira e última categoria de expropriação é a chamada “expropriação rastejante” que é uma forma de expropriação indireta, mas que ocorre por meio de diversos atos estatais que, aos poucos, vão retirando o uso e o valor do investimento³⁰.

Todas essas formas de expropriação, internacionalmente reconhecidas, são tema de regulação dos tratados bilaterais de investimento. Oportuno destacar, então, a redação comumente adotada, em BITs, para as cláusulas de expropriação, o que se faz pelo texto do modelo de BIT dos Estados Unidos da América:

Article 6: Expropriation and Compensation 1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except:
 (a) for a public purpose;
 (b) in a non-discriminatory manner;
 (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and
 (d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment] (1) through (3)³¹.

Conforme se depreende do modelo de artigo supramencionado, existem requisitos para uma expropriação. Desse modo, sempre deverá haver indenização, seja ela legal ou ilegal³². A diferença está no fato de que uma expropriação considerada legal ou legítima, sob a égide dos tratados de investimento, deverá ser tomada: (i) por um interesse público; (ii) de maneira não discriminatória; e (iii) de acordo com o devido processo legal. Sobre o tema da compensação, veja-se o que decidiu o tribunal arbitral no caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica*:

Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: **where property is expropriated, even for environmental**

²⁹ BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 153.

³⁰ Ibidem, p. 153.

³¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty*. 2012. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/188371.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019. Tradução livre: Artigo 6: Expropriação e Compensação 1. Nenhuma das Partes poderá expropriar ou nacionalizar um investimento coberto, direta ou indiretamente, através de medidas equivalentes a expropriação ou nacionalização (“expropriação”), exceto: (a) para um propósito público; (b) de forma não discriminatória; (c) mediante pagamento de indenização imediata, adequada e efetiva; e (d) de acordo com o devido processo legal e o Artigo 5 [Padrão Mínimo de Tratamento] (1) a (3).

³² HUNTER, Martin; REDFERN, Alan; PARTASIDES, Constantine; BLACKABY, Nigel. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. Ed. Oxford: Oxford University Press: 2015, p. 475.

purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains.”³³ (Grifou-se)

É notável, portanto, a conquista da sistemática de proteção aos investimentos estrangeiros, na medida em que obriga todos os Estados-anfitriões, partes contratantes de BITs, a providenciar a devida compensação pela perda de propriedade, ou de seu uso e valor, quando expropriar investimentos estrangeiros. Isso, reitera-se, mesmo que a expropriação seja legal e feita por um honrável interesse público.

2.2.2 Fair and equitable treatment (FET)

Outra regulação de conduta de extrema relevância na sistemática da proteção de investimentos é a fixação da cláusula de *fair and equitable treatment* (FET). Esta obrigação de conceder um tratamento justo e equitativo vem prevista na maioria dos tratados bilaterais de investimento, assim como nos multilaterais. Dessa forma, é importante destacar como é redigida, geralmente, uma cláusula que trata de *fair and equitable treatment* (FET):

German Model BIT (2008)

Article 2 - Admission and protection of investments

[...]

(2) Each Contracting State shall in its territory in every case accord investments by investors of the other Contracting State fair and equitable treatment as well as full protection under this Treaty.³⁴

North American Free Trade Agreement - NAFTA

Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

³³ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica*. Caso No. ARB/96/1. Sentença Arbitral. para.72. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019. Tradução livre: “Medidas ambientais expropriatórias – não importa o quão louváveis e benéficas para a sociedade como um todo – são, a esse respeito, semelhantes a quaisquer outras medidas expropriatórias que um Estado possa tomar para implementar suas políticas: **onde a propriedade é desapropriada, mesmo para fins ambientais, seja doméstica ou internacional, a obrigação do Estado de pagar indenização permanece.**” (Grifou-se).

³⁴ ALEMANHA. *German Model Treaty – 2008*. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019, p. 5. Tradução livre: Modelo Alemão de BIT (2008). Artigo 2- Admissibilidade e proteção de investimentos. [...] (2) Cada Estado Contratante deve, em seu território, em qualquer caso, conferir aos investimentos de investidores de outro Estado Contratante tratamento justo e equitativo, assim como total proteção sob este Tratado.

2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, nondiscriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife³⁵.

Uma vez analisado o padrão de redação, importa destacar que não há uma definição unânime a respeito do tratamento justo e equitativo³⁶, sendo ele tratado, tecnicamente, como um *standard*³⁷ e, ainda, como uma “encarnação” do Estado de Direito³⁸. O primeiro entendimento indica o tratamento justo e equitativo como um padrão, representando um tipo particular de norma, que é composto por elementos típicos como, por exemplo, um conceito amplo e indeterminado; uma grande margem de manobra deixada ao árbitro; um personagem muito flexível; uma ligação entre a sociedade e a lei; e um ponto de referência que é a conduta social média³⁹. De acordo com esses elementos, um padrão não teria, portanto, um conteúdo estável ou fixo, de modo que o tratamento justo e equitativo seria adaptável casuisticamente.

A segunda proposta entende o tratamento justo e equitativo como uma expressão do Estado de Direito. Isto porque o *topoi* do tratamento justo e equitativo teria muitas semelhanças com o *rule of law*⁴⁰. Esta corrente, no entanto, não é muito adotada.

Destarte, adota-se, aqui, a concepção de *fair and equitable treatment* como um *standard* de proteção, sendo definido, de forma simplificada, tal como Johan Billiet resume: “Fair and Equitable Treatment (FET) – an absolute standard of protection that

³⁵ ESTADOS UNIDOS; CANADÁ; MÉXICO. *North American Free Trade Agreement – NAFTA*. 1994. Disponível em: https://datd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf. Acesso em: 15 maio 2019. Tradução livre: Artigo 1105: Padrão mínimo de tratamento. 1. Cada Parte concederá aos investimentos de investidores de outra Parte tratamento de acordo com o direito internacional, inclusive tratamento justo e equitativo e total proteção e segurança. 2. Sem prejuízo do disposto no n.º 1 e sem prejuízo do disposto no n.º 7, alínea b), do artigo 1108, cada Parte concederá aos investidores de outra Parte e aos investimentos de investidores de outra Parte um tratamento não discriminatório relativamente às medidas que adota ou mantém ou manter relativas a perdas sofridas por investimentos no seu território devido a conflitos armados ou conflitos civis.

³⁶ BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 92.

³⁷ KLÄGER, Roland. *Fair and Equitable Treatment in the System of International Investment Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 122.

³⁸ *Ibidem*, p. 125.

³⁹ *Ibidem*, p. 122.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 126.

protects investors against serious instances of arbitrary, discriminatory or abusive conduct by hosts States⁴¹.

Apesar desta indefinição doutrinária quanto ao conceito de tratamento justo e equitativo, há um *topoi*, ou seja, um “lugar comum” no que tange aos desdobramentos, ou consequências, de sua aplicação, sendo alguns deles, segundo Roland Kläger:

(1) Legitimate expectations: Fair and equitable treatment is often said to require the protection of the investors’ legitimate expectations. The protection of such expectations covers the abidance to promises and covenants that have been given to the investor and upon which the investor has relied. In this context, arbitral tribunals have also found that the protection of expectations is closely intertwined with a certain level of stability and consistency in the legal framework of the host state.

(2) Non-discrimination: Unfair and inequitable treatment may also be found due to state authorities’ different forms of discriminatory behaviour towards a foreign investor. Thereby, arbitral tribunals do not only compare the types of treatment accorded to different investors, but also examine whether the state action involves arbitrariness or harassment.

(3) Fair procedure: Under this heading, fair and equitable treatment demands that judicial and administrative procedures are shaped and exercised in a way that endows the investor with the possibility to bring to bear adequately his rights and interests. Tribunals deal with this aspect of fair and equitable treatment mostly under the categories of due process and/or denial of justice.

(4) Transparency: On various occasions, arbitral tribunals have also identified a lack of transparency as a possible ground for liability of the host state. Transparency in this sense requires the investment-related legal framework and procedures of the host state to be readily apparent for the investor; it must be distinguishable with which regulations and administrative decisions the investor has to conform.

(5) Proportionality: Arbitral tribunals sometimes invoke an element relating to the ideas of proportionality and reasonableness in the context of fair and equitable treatment. This element presupposes that: any state measure affecting the investment is built upon a reasonable and traceable rationale; the measure strains the investment not more than necessary; and the interests of the state and the foreign investor should be weighed against each other.⁴²

⁴¹ BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 16. Tradução livre: Tratamento justo e equitativo (FET) - um padrão absoluto de proteção que protege os investidores contra casos graves de conduta arbitrária, discriminatória ou abusiva por parte dos Estados anfitriões.

⁴² KLÄGER, Roland. *Fair and Equitable Treatment in the System of International Investment Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 117-119. Tradução livre: (1) Expectativas legítimas: Diz-se que o tratamento justo e equitativo exige a proteção das expectativas legítimas dos investidores. A proteção de tais expectativas abrange o cumprimento de promessas e convênios que foram dados ao investidor e nos quais o investidor confiou. Nesse contexto, os tribunais arbitrais também têm entendido que a proteção das expectativas está intimamente ligada a um certo nível de estabilidade e consistência no arcabouço jurídico do Estado anfitrião. (2) Não-discriminação: tratamento injusto e não-equitativo também pode ser encontrado devido às diferentes formas de comportamento discriminatório das autoridades estatais em relação a um investidor estrangeiro. Assim, os tribunais arbitrais não apenas

Dessa forma, o que se conclui é que o tratamento justo e equitativo é um padrão de tratamento a ser dispensado pelos Estados hospedeiros dos investimentos aos investidores estrangeiros protegidos pelo BIT. Este padrão abrange: (i) a proteção das expectativas legítimas dos investidores; (ii) a concessão de um tratamento não discriminatório em relação aos demais investidores, tanto nacionais como estrangeiros; (iii) a execução de procedimentos justos, quando da existência de processos administrativos e judiciais envolvendo os investidores estrangeiros; (iv) transparência nas decisões estatais, a fim de transmitir confiabilidade aos investidores; e, por fim, (v) a adoção de medidas proporcionais, que não restrinjam em demasia os investimentos estrangeiros em prol de interesses estatais não justificados.

2.2.3 Full protection and security

A chamada cláusula de *full protection and security* é geralmente inserida em BITs para impor aos Estados-anfitriões dos investimentos uma obrigação positiva de proteger os investimentos estrangeiros⁴³. Essa proteção é oponível a agentes que pretendam causar efeitos adversos ao investimento, sejam eles partes privadas, como manifestantes, empregados ou parceiros de negócios, sejam eles entes públicos, como o próprio Estado anfitrião e seus órgãos, incluindo suas forças armadas⁴⁴.

comparam os tipos de tratamento concedidos a diferentes investidores, mas também examinam se a ação do Estado envolve arbitrariedade ou assédio. (3) Procedimento justo: Sob este título, o tratamento justo e equitativo exige que os procedimentos judiciais e administrativos sejam moldados e exercidos de uma forma que dote ao investidor da possibilidade de exercer adequadamente os seus direitos e interesses. Os tribunais lidam com esse aspecto de tratamento justo e equitativo, principalmente sob as categorias do devido processo legal e / ou da negativa de justiça. (4) Transparência: Em várias ocasiões, os tribunais arbitrais também identificaram a falta de transparência como um possível motivo de responsabilidade do Estado anfitrião. A transparência, neste sentido, exige que o quadro jurídico e os procedimentos do Estado-anfitrião relacionados com o investimento sejam facilmente evidentes para o investidor; deve ser distinguível com quais regulamentações e decisões administrativas o investidor deve obedecer. (5) Proporcionalidade: Tribunais arbitrais algumas vezes invocam um elemento relacionado às ideias de proporcionalidade e razoabilidade no contexto de tratamento justo e equitativo. Este elemento pressupõe que: qualquer medida estatal que afeta o investimento é construída sobre uma lógica razoável e rastreável; a medida restringe o investimento não mais que o necessário; e os interesses do Estado e do investidor estrangeiro devem ser pesados uns contra os outros.

⁴³ BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 16.

⁴⁴ SCHREUER, Christoph. Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 1, Issue 2, 2010, p. 353.

Essa obrigação indiscutivelmente abrange a proteção física dos investidores e dos investimentos⁴⁵, sendo amplamente aplicada em casos em que necessária a compensação de danos em países com conflitos civis internos. Veja-se, como exemplo, a redação da cláusula de *full protection and security* no tratado bilateral firmado entre Holanda e República Tcheca:

Article 3:

2. More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments full security and protection which in any case shall not be less than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor concerned⁴⁶.

Ao interpretar o artigo supramencionado, o tribunal arbitral no caso *Eastern Sugar v. Czech Republic* assim considerou:

As the Tribunal understands it, the criterion in Art. 3(2) of the [Czech-Netherlands] BIT concerns the obligation of the host state to protect the investor from third parties, in the cases cited by the Parties, mobs, insurgents, rented thugs and others engaged in physical violence against the investor in violation of the state monopoly of physical force. Thus, where a host state fails to grant full protection and security, it fails to act to prevent actions by third parties that it is required to prevent⁴⁷.

Vê-se, portanto, que a interpretação do tribunal arbitral no caso supramencionado leva em consideração que esta cláusula é usada para ocasiões em que, por exemplo, há manifestações violentas com depredação do patrimônio privado do investidor estrangeiro. Assim, falhando o Estado-anfitrião no cumprimento do dever

⁴⁵ SCHREUER, Christoph. Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 1, Issue 2, 2010, p. 354.

⁴⁶ HOLANDA; REPÚBLICA TCHECA. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic*, 1991. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/968>. Acesso em: 19 maio 2019. Tradução livre: Artigo 3: 2. Mais especificamente, cada Parte Contratante deve conceder a esses investimentos total segurança e proteção, o que, em todo caso, não será inferior à concedida a investimentos de seus próprios investidores ou a investimentos de investidores de qualquer terceiro Estado, o que for mais favorável ao investidor.

⁴⁷ UNCITRAL. Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional. *Eastern Sugar v. Czech Republic*. Caso SCC No. 088/2004. Partial Award. 27 mar. 2007. Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf. Acesso em: 19 maio 2019, p. 42-43. Tradução livre: Conforme o entendimento do Tribunal, o critério do art. 3(2) do BIT [República Tcheca-Holanda] diz respeito à obrigação do Estado anfitrião de proteger o investidor de terceiros, nos casos citados pelas Partes, bandos, insurgentes, bandidos arrendados e outros envolvidos em violência física contra o investidor, em violação ao monopólio estatal da força física. Assim, quando um estado-anfitrião não concede proteção e segurança total, ele não atua para impedir ações de terceiros que ele deveria impedir.

de conceder *full protection and security*, deve ele indenizar o investidor estrangeiro pelas perdas e danos.

Salienta-se, portanto, que a cláusula de *full protection and security* é amplamente acionada, na prática arbitral, justamente com o sentido de cobrar dos Estados-anfitriões indenização por perda de valor do investimento em razão de depredações físicas⁴⁸. Há, todavia, para além da proteção física, o entendimento de que esta cláusula típica também protegeria direitos legais do investidor estrangeiro, tal como a garantia de segurança jurídica, permitindo que o investidor perseguisse seus direitos de forma eficaz⁴⁹. Essa concepção, no entanto, não é pacífica, na medida em que conferir este efeito à cláusula de *full protection and security* poderia ocasionar em uma sobreposição de proteções em relação aos efeitos de uma cláusula de *fair and equitable treatment*⁵⁰, vista anteriormente.

2.2.4 Umbrella clause

No contexto da arbitragem de investimento, tem-se, ainda, as *umbrella clauses*, literalmente traduzidas como “cláusulas guarda-chuva”. Estas se prestam a introduzir na proteção do BIT cláusulas, obrigações ou compromissos externos, assumidos pelo Estado-anfitrião em conexão com um investimento estrangeiro sob a proteção do “guarda-chuva” de um acordo de investimento internacional⁵¹. Destaca-se, portanto, a redação típica de uma *umbrella clause*, contida no BIT firmado entre

⁴⁸ Aqui, menciona-se as decisões de vários tribunais arbitrais, sejam elas favoráveis ao investidor ou não, acerca da proteção do patrimônio físico de investidores estrangeiros em virtude da cláusula de *full protection and security*. Ver também: ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Tecmed v. Mexico*. Case No. ARB (AF)/00/2. Award. 29 mai. 2003. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019, p. 175-181; ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Noble Ventures v. Romania*. Case No. ARB/01/11. Award. 12 out. 2005. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019, p. 103-105; ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Pantechniki v. Albania*. Case No. ARB/07/21, 30 jul. 2009. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0618.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019, p. 17-21.

⁴⁹ SCHREUER, Christoph. Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, Issue 2, 2010, p. 353.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 364.

⁵¹ BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 19-20.

Estados Unidos da América e Argentina: “Article II: 2. [...] c) Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”⁵².

Desse modo, nos casos em que um Estado-anfitrião firma com o investidor um contrato específico para regular a obrigação, havendo uma *umbrella clause* no BIT, as obrigações contratuais poderão ser trazidas para dentro da arbitragem de investimento, uma vez que abrangidas pelo tratado bilateral. Esta é a única hipótese em que obrigações contratuais podem ser objeto de apreciação de um tribunal arbitral que, em princípio, poderia somente analisar as obrigações decorrentes do tratado de investimento em si.

2.2.5 Tratamento nacional

Dentro da sistemática de proteção de investimentos estrangeiros estabelecida, comumente, pelos tratados bilaterais de investimento, é possível mencionar, ainda, o “tratamento nacional”. Este representa a fixação de um padrão de tratamento, de forma que um Estado que recebe investimentos estrangeiros deve conceder a eles um tratamento igual ao que concede aos seus investidores nacionais, em condições semelhantes. A este respeito, já definiu a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD):

National treatment can be defined as a principle whereby a host country extends to foreign investors treatment that is at least as favourable as the treatment that it accords to national investors in like circumstances. In this way the national treatment standard seeks to ensure a degree of competitive equality between national and foreign investors”⁵³.

Estabelecida a definição conceitual do que seria o tratamento nacional, destaca-se, por oportuno, a redação usual de uma cláusula de *national treatment*:

⁵² ARGENTINA; ESTADOS UNIDOS. *Treaty Between United States of America and The Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 1991. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/127>. Acesso em: 19 maio 2019. Tradução livre: Artigo II: 2. [...] c) Cada Parte deverá observar qualquer obrigação que possa ter assumido em relação a investimentos.

⁵³ UNCTAD. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. *National Treatment*. UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999. Disponível em: <https://unctad.org/en/Docs/psiteiitd11v4.en.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019, p. 1. Tradução livre: Tratamento nacional pode ser definido como o princípio através do qual um país anfitrião estende aos investidores estrangeiros um tratamento, no mínimo, tão favorável quanto o tratamento que confere aos investidores nacionais em circunstâncias similares. Nesse sentido, o padrão do tratamento nacional busca garantir um grau de igualdade competitiva entre investidores nacionais e estrangeiros.

NAFTA:

Article 1102: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments⁵⁴.

Vê-se, portanto, que a cláusula de tratamento nacional, dentre as demais que compõem o sistema de proteção de investimentos estrangeiros, é a de mais simples e clara compreensão, em termos de definição conceitual. No entanto, esta cláusula é a mais difícil de ser aplicada, já que, na prática, os tribunais raramente reconhecem quando um ato estatal está sendo discriminatório em uma comparação com investimentos nacionais e estrangeiros⁵⁵.

2.2.6 Cláusula *most-favoured nation* (MFN)

Como última das cláusulas comumente inseridas em tratados bilaterais de investimento que, atualmente compõem a sistemática de proteção dos investimentos estrangeiros, analisar-se-á a *most-favoured nation (MFN) clause*. Esta disposição é um padrão de tratamento que exige do Estado-anfitrião do investimento que ele trate os investidores do outro Estado Contratante do tratado de forma não menos favorável

⁵⁴ ESTADOS UNIDOS; CANADÁ; MÉXICO. *North American Free Trade Agreement – NAFTA*. 1994. Disponível em: https://datd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf. Acesso em: 19 maio 2019. Tradução livre: Artigo 1102: Tratamento Nacional. 1. Cada Parte concederá aos investidores de outra Parte tratamento não menos favorável que o tratamento concedido, em circunstâncias similares, aos seus próprios investidores no que diz respeito ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação e venda ou outras disposições de investimentos. 2. Cada Parte concederá aos investimentos de investidores de outra Parte tratamento não menos favorável que o tratamento concedido, em circunstâncias similares, aos investimentos de seus próprios investidores no que diz respeito ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação e venda ou outras disposições de investimentos.

⁵⁵ UNCITRAL. Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional. *Pope & Talbot v. Canada*. Sentença sobre o mérito da Fase 2. 10 abr. 2001. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019, p. 9-46; UNCITRAL. Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional. *Methanex v. the United States*. Final Award, 03 ago. 2005. Part IV, Chapter B. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

do que o anfitrião trata demais investidores estrangeiros⁵⁶. Para destacar, com clareza, o que pretende essa disposição, veja-se como foi definida a *MFN clause* pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas:

Article 4. Most-favoured-nation clause: a most-favoured-nation clause is a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations⁵⁷.

Esse padrão de tratamento se aplica nos casos em que um Estado Parte de um tratado bilateral recebe investidores estrangeiros de outro Estado Parte e, em seguida, conclui outros tratados bilaterais com previsões mais benéficas aos investidores dos outros Estados Contratantes. A *MFN clause* faz com que este tratamento mais favorável, previsto em outro BIT, seja automaticamente aplicável ao investidor estrangeiro protegido pelo primeiro BIT.

2.3 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM

Uma vez analisadas as cláusulas de BITs que compõem a sistemática de proteção aos investimentos estrangeiros, propõe-se a análise, neste momento, do instrumento por meio do qual essas cláusulas são levadas a efeito: a cláusula compromissória de arbitragem. Nesse ponto, é interessante ressaltar que a inserção da cláusula compromissória de arbitragem nos tratados bilaterais de investimento veio para resolver o problema histórico da proteção dos investidores estrangeiros. Isso porque, como mencionado em seção anterior, havia uma grande dificuldade de ser implementada a efetiva proteção dos investimentos em territórios estrangeiros, na medida em que os investidores dependiam da proteção diplomática de seus Estados nacionais em casos de violações aos seus direitos de propriedade.

⁵⁶ BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 17.

⁵⁷ ILC. Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. *Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries*. 1978. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf. Acesso em: 19 maio 2019, p. 18. Tradução livre: Artigo 4. Cláusula da Nação Mais Favorecida. A Cláusula da Nação Mais Favorecida é uma provisão de tratado através da qual um Estado assume uma obrigação perante outro Estado de conceder o tratamento da nação mais favorecida em uma esfera acordada de relações.

Reitera-se, aqui, que o principal entrave da proteção diplomática estava no interesse político do Estado de origem do investidor em se indispor, de certa forma, com o Estado-anfitrião do investimento. É por essa razão que a proteção aos investimentos em território estrangeiro somente era efetiva em casos em que o Estado de nacionalidade do investidor tinha algum interesse na proteção do investimento.

A cláusula compromissória de arbitragem em BITs veio para permitir, então, que o próprio investidor acesse um tribunal arbitral internacional e litigue diretamente com o Estado-anfitrião, em casos de conflito envolvendo o seu investimento⁵⁸. Veja-se que, embora o investidor em si não seja uma parte contratante do tratado bilateral de investimento – que é firmado entre dois Estados soberanos –, ele será um terceiro beneficiário dele, gerando uma relação triangular que é própria das arbitragens de investimento estrangeiro.

Diz-se, assim, que ao firmar um tratado bilateral de investimento, os Estados Contratantes, ou Estados Partes, oferecem, desde já, o seu consentimento, elemento essencial da arbitragem⁵⁹, para figurar como partes de uma disputa perante um tribunal arbitral⁶⁰. Essa oferta de resolver as disputas de investimento mediante arbitragem é constante – logicamente, enquanto vigente o BIT –, sendo aceita pelo investidor, que perfectibiliza seu próprio consentimento quando apresenta um requerimento de arbitragem perante um tribunal, dando efeito à cláusula compromissória do tratado⁶¹.

⁵⁸ BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 44.

⁵⁹ Neste ponto, nota-se que, no Brasil, a autonomia das vontades na arbitragem é elevada em grau máximo, porquanto a Lei nº 9.307/96 prevê o consenso entre as partes e a capacidade de contratar como requisitos essenciais para se firmar uma convenção arbitral ou inserir uma cláusula compromissória em um contrato. Mais do que isso, no ordenamento jurídico pátrio também se confere às partes ampla liberdade para a definição das normas que regerão o procedimento arbitral. Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona define: “A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebam seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.” CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15; Esta definição, fornecida pelo jurista brasileiro, é adotada também no âmbito internacional, ressaltado o aspecto consensual deste meio de resolução de disputas: “*Arbitration is a consensual and private process where the parties submit their dispute to a tribunal, composed of one or more independent arbitrators, for a binding decision.*” Ibidem, p. 25. Tradução livre: “Arbitragem é um processo consensual e privado em que as partes submetem sua disputa a um tribunal, composto por um ou mais árbitros independentes, para uma decisão vinculante.”

⁶⁰ KJOS, Hege Elisabeth. *Applicable Law in Investor-State Arbitration*. The Interplay between National and International Law. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 19-20.

⁶¹ DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 258.

Oportuno destacar, assim, a redação comum de uma cláusula compromissória de arbitragem, conhecida, nos BITs como *dispute settlement clause*:

Article 10

Settlement of disputes between a Contracting State and an investor of the other Contracting State

(1) Disputes concerning investments between a Contracting State and an investor of the other Contracting State should as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute. To help them reach an amicable settlement, the parties to the dispute also have the option of agreeing to institute conciliation proceedings under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID).

(2) If the dispute cannot be settled within six months of the date on which it was raised by one of the parties to the dispute, it shall, at the request of the investor of the other Contracting State, be submitted to arbitration. The two Contracting States hereby declare that they unreservedly and bindingly consent to the dispute being submitted to one of the following dispute settlement mechanisms of the investor's choosing:

1. arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID), provided both Contracting States are members of this Convention, or

2. arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID) in accordance with the Rules on the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre, where the personal or factual preconditions for proceedings pursuant to figure 1 do not apply, but at least one Contracting State is a member of the Convention referred to therein, or

3. an individual arbitrator or an ad-hoc arbitral tribunal which is established in accordance with the rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) as in force at the commencement of the proceedings, or

4. an arbitral tribunal which is established pursuant to the Dispute Resolution Rules of the International Chamber of Commerce (ICC), the London Court of International Arbitration (LCIA) or the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, or

5. any other form of dispute settlement agreed by the parties to the dispute.

[...]⁶²

⁶² ALEMANHA. *German Model Treaty – 2008*. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019, p. 5. Tradução livre: Artigo 10: Resolução de disputas entre um Estado Contratante e um investidor de outro Estado Contratante. (1) Disputas relacionadas a investimentos entre um Estado Contratante e um investidor de outro Estado Contratante deverão, na medida do possível, ser resolvidas amigavelmente entre as partes da disputa. Para ajuda-las a chegar a uma resolução amigável, as partes da disputa também têm a opção de acordar em instituir procedimento de conciliação, segundo a Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 18 de Março de 1965 (ICSID). (2) Se a disputa não for resolvida dentro de seis meses da data em que uma das partes da disputa a levantou, deverá ela, a pedido do investidor de outro Estado Contratante, ser submetida à arbitragem. Os dois Estados Contratantes declaram, desde já, seu incondicional e vinculante consentimento a que a disputa seja submetida a um dos seguintes mecanismos da escolha do investidor: 1. Arbitragem ao abrigo do Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento, segundo a Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 18 de Março de 1965 (ICSID), considerando que

Como se observa da cláusula de resolução de disputas acima colacionada, o modelo de BIT alemão optou por expressar, no Artigo 10(2) que os dois Estados Contratantes consentem de forma incondicional e vinculante à oferta de resolução de conflitos por meio de arbitragem. No entanto, mesmo que esta declaração não estivesse expressa, ainda assim estaria vigente o consentimento de ambos os Estados-parte do tratado. Diante desta cláusula, o investidor poderá acionar o Estado-anfitrião que tiver ofendido algum dos deveres a ele impostos por força o BIT, protegendo, então, o seu investimento de forma mais eficaz e célere, independentemente da dinâmica das relações diplomáticas.

2.4 NACIONALIDADE DO INVESTIDOR

Uma vez fixados os conceitos relevantes no que tange à sistemática da proteção aos investimentos estrangeiros e à forma pela qual esta sistemática é levada a efeito – notadamente através da cláusula compromissória –, cabe delimitar quem faz jus a todo esse sistema protetivo. Ora, é intuitiva a noção de que estes benefícios não são conferidos a qualquer investidor.

Nesse ponto, volta-se à análise da redação da cláusula compromissória de arbitragem, a fim de mais atentamente identificar onde está a delimitação destes beneficiários. Com este intuito, reitera-se o próprio título do Artigo 10 do modelo de BIT alemão: “Article 10: Settlement of disputes between a Contracting State and an investor of the other Contracting State⁶³ (Grifou-se)”.

ambos os Estados Contratantes sejam membros dessa Convenção, ou 2. Arbitragem ao abrigo do Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento, segundo a Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 18 de Março de 1965 (ICSID), de acordo com as Regras sobre Instalação Adicional para a Administração de Procedimentos pelo Secretário do Centro, quando as pré-condições pessoais ou fáticas para aplicação do procedimento conforme o número 1 não se apliquem, mas, ao menos um Estado Contratante é membro da Convenção mencionada, ou 3. Um árbitro individual ou um tribunal arbitral ad-hoc que seja estabelecido de acordo com as regras da Comissão das Nações Unidas sobre Comércio Internacional (UNCITRAL) como em vigor no início dos procedimentos, ou 4. Um tribunal arbitral estabelecido de acordo com as Regras de Resolução de Disputas da Câmara Internacional de Comércio, da Corte Internacional de Arbitragem de Londres ou do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo, ou 5. Qualquer outra forma de resolução de disputas de comum acordo das partes da disputa.

⁶³ ALEMANHA. *German Model Treaty* – 2008. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019, p. 5. Tradução livre: Artigo 10: Resolução de disputas entre um Estado Contratante e um investidor de outro Estado Contratante.

Conforme se depreende desta redação, uma disputa de investimento albergada pelas disposições de um tratado bilateral de investimento deve ser entre um Estado Contratante – aquele que recebe o investimento – e um investidor do outro Estado Contratante. O que se extrai deste trecho é que o investidor não pode ser um nacional do Estado onde é feito o investimento, tampouco de qualquer outro Estado que não seja Contratante do tratado bilateral.

2.4.1 Efeitos sobre a jurisdição *ratione personae* do Tribunal Arbitral

Como já mencionado, os BITs estabeleceram padrões específicos de tratamento e investiram os próprios investidores com a extraordinária oportunidade de reivindicar seus próprios direitos de acordo com o direito internacional. Dentro destes padrões próprios, por exemplo, o esgotamento das instâncias internas, necessários na proteção diplomática, foi dispensado em benefício da rapidez e da facilidade de os investidores obterem uma solução para suas controvérsias.

No entanto, a nacionalidade continua sendo um critério para que o investidor seja abrangido pela sistemática de proteção do BIT. Ao fim e ao cabo, portanto, a definição de “investidor” contida nos tratados bilaterais de investimento é derivada do conceito de nacionalidade, também aplicável à proteção diplomática. O resultado é que a definição do termo “investidor” nos tratados de investimento ainda é derivada do conceito de nacionalidade⁶⁴.

Assim, a jurisdição *ratione personae*⁶⁵ de um tribunal será verificada em duas etapas: em um primeiro momento, analisa-se se o Estado demandado é parte contratante no tratado bilateral em questão; em um segundo momento, analisa-se a nacionalidade do investidor que, necessariamente, deverá ser de outro Estado-

⁶⁴ TIETJE, Christian; KRAFT, Gerhard; LEHMANN, Matthias et al. The Determination of The Nationality of Investors under Investment Protection Treaties. *Essays on Transnational Economic Law*, n. 106, grupo de trabalho – School of Law Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2011, p. 12.

⁶⁵ “By reason of the person.” Because of the nature or position of the relevant person. The immunity of a diplomat or head of state to most criminal and civil actions brought in foreign courts while the diplomat or head of state remains in office is immunity *ratione personae* and expires upon the individual relinquishing his or her official position. FELLMETH, Aaron Xavier; HORWITZ, Maurice. *Guide to latin in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 247-248. Tradução livre: “Por causa da pessoa.” Por causa da natureza ou posição da pessoa em questão. A imunidade de um diplomata ou chefe de Estado para a maioria das ações criminais e civis interpostas em tribunais estrangeiros enquanto o diplomata ou chefe de estado permanece no cargo é de imunidade *ratione personae* e expira ao indivíduo que declara sua posição oficial.”

Contratante do BIT que não o Estado-anfitrião. Nota-se a importância da determinação da nacionalidade do investidor, na medida em que, se ele não estiver qualificado como “investidor”, conforme os termos do tratado, então o tribunal arbitral sequer terá jurisdição sobre a disputa. É por essa razão que, dentro do direito de investimento estrangeiro, um dos tópicos mais estudados e debatidos é, justamente, a nacionalidade do investidor.

3 NACIONALIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS

Os tratados de investimento geralmente definem “investidor” de uma maneira ampla, a fim de abranger uma variedade de entidades legais. Assim, fazem uso de expressões como “pessoas jurídicas”, “empresas” e “corporações”, entre outras. Dentro deste amplo espectro, os tratados geralmente fornecem uma lista ilustrativa das entidades que se qualificam, como “corporações, firmas e associações”, ou “empresas, associação de empresas, entidades corporativas comerciais e outras organizações”.

Este amplo conceito do investidor pessoa jurídica, para fins de proteção do tratado bilateral de investimento, será afinado justamente pela fixação de um critério de determinação da nacionalidade do investidor. Assim, algumas distinções e observações quanto ao conceito de nacionalidade são necessários.

Segundo os entendimentos clássicos do Direito Internacional Público, a nacionalidade é um vínculo político estabelecido entre um Estado soberano e um indivíduo, que faz parte da comunidade nacional⁶⁶. Este conceito, como se nota, não deixa espaço às pessoas jurídicas, de modo que se afirma, no ramo público, que elas não teriam nacionalidade no seu conceito puro.

Sabe-se, além disso, que um Estado é soberano para definir quem são os seus nacionais e quem não. No entanto, para fins da análise da nacionalidade do investidor pessoa jurídica, não prevalece a concepção de nacional dada internamente pelo Estado-Contratante do BIT, mas sim aquela concepção dada no tratado bilateral de investimento, em concordância com outro Estado soberano que também faz parte do tratado. Isso significa dizer que, muito embora um Estado adote, em âmbito doméstico, um critério para a definição de nacionalidade das pessoas jurídicas, este pode não ser adotado pelo tratado bilateral do qual o mesmo Estado é parte contratante.

Feitas estas considerações, a segunda parte deste trabalho se ocupará dos critérios mais comuns para a definição de nacionalidade de uma pessoa jurídica. Assim, ao longo da exposição de conceitos e análise jurisprudencial, buscar-se-á demonstrar qual é a regra geral para a determinação da nacionalidade do investidor.

⁶⁶ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15 ed. rev. e atual. Livro digital. São Paulo: Saraiva, 2014. N. p.

3.1 LOCAL DE INCORPORAÇÃO

Inicia-se, então, a apresentação dos critérios de definição de nacionalidade de pessoas jurídicas pelo mais utilizado na prática arbitral, assim como aquele eleito como a regra geral para a definição de nacionalidade de pessoas jurídicas: *place of incorporation*⁶⁷. Segundo este critério, uma pessoa jurídica é tida como vinculada ao local onde foi constituída, ou seja, o local onde constam os registros de criação da empresa⁶⁸. Dessa forma, não se leva em consideração um vínculo substancial, mas sim formal com o país de nacionalidade.

Assim, veja-se a redação de uma cláusula de definição de investidor típica em que há a eleição do critério do local de incorporação da pessoa jurídica como relevante para a definição de sua nacionalidade:

Article 1– Definitions

For the purpose of this Agreement,

[...]

2. “investor” means with regard to either Contracting Party:

(a) any natural person who has the citizenship or status of permanent resident of that Contracting Party in accordance with its laws and who does not possess the citizenship of the other Contracting Party;

(b) any enterprise as defined in paragraph 10(a) of this Article that seeks to make, is making or has made a covered investment;

[...]

10. “enterprise” means:

(a) **any entity constituted or organized in accordance with the laws of a Contracting Party**, such as public institutions, corporations, foundations, agencies, cooperatives, trust, societies, associations and similar entities and private companies, firms, partnerships, establishments, joint ventures and organizations, whether or not for profit, and irrespective of whether their liabilities are limited or otherwise; and

(b) a branch of any such entity⁶⁹ (Grifou-se).

⁶⁷ Tradução livre: local de incorporação.

⁶⁸ DUGAN, Christopher and others. *Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 306.

⁶⁹ CANADÁ; CHINA. *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*. 2014. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/3476>. Acesso em: 29 maio 2019. Tradução livre: Artigo 1 – Definições. Para fins deste tratado, [...] 2. Investidor significa, no que diz respeito a ambas as Partes Contratantes: (a) Qualquer pessoa natural que tenha cidadania ou status de residente permanente de uma Parte Contratante, de acordo com suas leis, e não possua a cidadania da outra Parte Contratante; (b) Qualquer empresa tal como definido pelo parágrafo 10(a) deste Artigo, que busque fazer, esteja fazendo ou tenha feito um investimento coberto; [...] 10. “empresa” significa: (a) Qualquer entidade constituída ou organizada de acordo com as leis de uma Parte Contratante, tal como instituições públicas, corporações, fundações, agências, cooperativas, sociedades de trust, associações e entidades similares e companhias privadas, firmas, sociedades, estabelecimentos, joint ventures e organizações, sejam ou não para fins lucrativos, e independentemente de terem responsabilidade limitada ou não; e (b) uma filial de qualquer uma dessas entidades.

O que se vê, portanto, da redação do Artigo 1 do BIT entre Canadá e China, é a eleição do local de incorporação das pessoas jurídicas, isoladamente, como critério de definição de sua nacionalidade. Supondo, no entanto, que um tratado bilateral de investimento não tenha deixado claro qual o critério para a definição de nacionalidade – tal como fez o BIT acima citado –, ainda assim o local de incorporação será tido como o critério relevante para a definição do investidor pessoa-jurídica. Isso se deve ao fato de que o *place of incorporation* é tido como a norma geral para a definição de nacionalidade de empresas. Essa noção de regra geral foi construída a partir de importantes interpretações oriundas do sistema de proteção diplomática.

Assim, nesse ponto, cita-se, inicialmente, o julgado da Corte Internacional de Justiça (*International Court of Justice* – ICJ) conhecido como *Nottebohm Case*⁷⁰. Neste processo, Liechtenstein litigou contra Guatemala pela proteção dos interesses do Sr. Friedrich Nottebohm. Este era cidadão originariamente alemão, porque nascido em Hamburgo, mas que residiu a maior parte da sua vida na Guatemala, tendo adquirido, posteriormente, cidadania de Liechtenstein, perdendo a alemã⁷¹.

No caso em questão, a Guatemala questionou a nacionalidade do Sr. Nottebohm, alegando que ele não teria perdido a nacionalidade alemã e, tampouco, adquirido a nacionalidade de Liechtenstein. Isso porque o Sr. Nottebohm não possuía qualquer conexão substancial com Liechtenstein, onde estivera apenas para visitas esporádicas e para a obtenção de cidadania⁷².

A Corte Internacional de Justiça entendeu, então, que o Sr. Nottebohm não havia adquirido a nacionalidade de Liechtenstein tanto para ser membro de sua população, mas sim para deixar de ser membro da população alemã, que, à época era país em guerra, cujos nacionais eram perseguidos. Desse modo, inexistindo uma conexão substancial entre Nottebohm e Liechtenstein, este país não poderia buscar sua proteção perante a Corte, sendo o pedido inadmitido⁷³.

⁷⁰ ICJ. Corte Internacional de Justiça. *Nottebohm Case. (Liechtenstein v. Guatemala)*. 06 abr. 1955. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

⁷¹ ICJ. Corte Internacional de Justiça. *Nottebohm Case. (Liechtenstein v. Guatemala)*. 06 abr. 1955. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019, p. 13.

⁷² *Ibidem*, p. 09.

⁷³ *Ibidem*, p. 26.

Veja-se que o julgamento acima analisado dizia respeito à nacionalidade de pessoa natural. No entanto, por ter virado um caso paradigma, foi citado em muitos casos em que se discutia a nacionalidade de pessoas jurídicas, até que a Corte Internacional de Justiça decidiu especificamente sobre a nacionalidade de pessoas jurídicas, no caso *Barcelona Traction*⁷⁴.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. era uma *holding* constituída em 1911, em Toronto, Canadá, onde tinha seu escritório central. A empresa produzia e fornecia energia elétrica na Espanha, tendo suas ações adquiridas, majoritariamente, por nacionais belgas. Por conta da Guerra Civil Espanhola, os serviços da companhia foram suspensos.

Diante do conflito, a Bélgica decidiu buscar a satisfação dos direitos de seus nacionais – os belgas que detinham ações na empresa Barcelona Traction – perante o ICJ, em face da Espanha. No entanto, a Corte Internacional de Justiça decidiu que o país não poderia buscar a proteção em nome da empresa, na medida em que esta era nacional do Canadá, e não da Bélgica.

Na decisão, a Corte afastou os critérios aplicados anteriormente para a definição da nacionalidade de pessoas naturais, no caso *Nottebohm*. Assim, decidiu-se que desnecessária a existência de uma próxima e permanente conexão, ou um vínculo substancial, entre a pessoa jurídica e seu Estado de origem. Bastava, assim, o forte vínculo da constituição da empresa segundo as leis daquele Estado.

Colaciona-se, assim, importante trecho da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction*:

70. In allocating corporate entities to States for purposes of diplomatic protection, international law is based, but only to a limited extent, on an analogy with the rules governing the nationality of individuals. **The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office.** These two criteria have been confirmed by long practice and by numerous international instruments. This notwithstanding, further or different links are at times said to be required in order that a right of diplomatic protection should exist. Indeed, it has been the practice of some States to give a company incorporated under their law diplomatic protection solely when it has its seat (*siège social*) or management or centre of control in their territory, or when a majority or a substantial proportion of the shares has been owned by nationals of the State concerned. Only then, it has been held, does there exist between the corporation and the

⁷⁴ ICJ. Corte Internacional de Justiça. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgium v. Spain). Second Phase*. 05 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

State in question a genuine connection of the kind familiar from other branches of international law. **However, in the particular field of the diplomatic protection of corporate entities, no absolute test of the "genuine connection" has found general acceptance. Such tests as have been applied are of a relative nature, and sometimes links with one State have had to be weighed against those with another. In this connection reference has been made to the Nottebohm case. In fact the Parties made frequent reference to it in the course of the proceedings. However, given both the legal and factual aspects of protection in the present case the Court is of the opinion that there can be no analogy with the issues raised or the decision given in that case.**

71. In the present case, it is not disputed that the company was incorporated in Canada and has its registered office in that country. **The incorporation of the company under the law of Canada was an act of free choice. Not only did the founders of the company seek its incorporation under Canadian law but it has remained under that law for a period of over 50 years.** It has maintained in Canada its registered office, its accounts and its share registers. Board meetings were held there for many years; it has been listed in the records of the Canadian tax authorities. Thus a close and permanent connection has been established, fortified by the passage of over half a century. This connection is in no way weakened by the fact that the company engaged from the very outset in commercial activities outside Canada, for that was its declared object. Barcelona Traction's links with Canada are thus manifold⁷⁵ (Grifou-se).

⁷⁵ ICJ. Corte Internacional de Justiça. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgium v. Spain). Second Phase.* 05 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019, p. 43. Tradução livre: "70. Ao alocar entidades corporativas aos Estados para fins de proteção diplomática, o direito internacional baseia-se, mas apenas de forma limitada, numa analogia com as regras que regem a nacionalidade dos indivíduos. A regra tradicional atribui o direito de proteção diplomática de uma entidade corporativa ao Estado sob as leis de que é incorporada e em cujo território tem sua sede. Estes dois critérios foram confirmados pela longa prática e por numerosos instrumentos internacionais. Não obstante, ligações adicionais ou diferentes às vezes são consideradas necessárias para que exista um direito de proteção diplomática. De fato, tem sido prática de alguns Estados dar uma sociedade constituída sob suas leis sua proteção diplomática somente quando tem sua sede (*siège social*) ou administração ou centro de controle em seu território, ou quando uma maioria ou uma proporção substancial do ações for de propriedade de nacionais do Estado em questão. Só então, sustentou-se, existe entre a corporação e o Estado em questão uma conexão genuína do tipo familiar de outros ramos do direito internacional. No entanto, no campo particular da proteção diplomática de entidades corporativas, nenhum teste absoluto de "conexão genuína" encontrou aceitação geral. Tais testes, como foram aplicados, são de natureza relativa, e às vezes os vínculos com um Estado tiveram que ser sopesados contra aqueles com outro. Neste contexto, foi feita referência ao caso Nottebohm. Com efeito, as partes referiram-se frequentemente a ele no transcurso do processo. Contudo, tendo em conta os aspectos jurídicos e fáticos da proteção no presente caso, o Tribunal é de opinião que não pode haver analogia com as questões levantadas ou com a decisão proferida nesse processo. 71. No presente caso, não é questionado que a companhia foi incorporada no Canadá e tem seu escritório registrado neste país. A incorporação da companhia segundo as leis do Canadá foi um ato de livre escolha. Não apenas os fundadores da companhia buscaram a incorporação segunda a lei Canadense, como ela também permaneceu segundo esta lei por um período superior a 50 anos. Ela tem mantido no Canadá o seu escritório registrado, suas contas e registros de ações. Reuniões dos diretores foram feitas lá por muitos anos; ela tem sido listada nos registros das autoridades fiscais Canadenses. Assim, uma próxima e permanente conexão foi estabelecida e fortificada pela passagem de mais de meio século. Essa conexão não foi enfraquecida, de forma alguma, pelo exercício de atividades comerciais fora do Canadá, porque este era o seu objeto declarado. As conexões de Barcelona Traction com o Canadá são, portanto, muitos."

O caso *Barcelona Traction* é considerado um *leading case* para a identificação da nacionalidade de pessoas jurídicas, especialmente no âmbito da proteção diplomática. Este entendimento foi tão reiterado que o local de incorporação foi elevado à regra geral para a determinação de nacionalidade empresas, o que fica expresso na redação dos *ILC Articles on Diplomatic Protection*:

LEGAL PERSONS

Article 9. State of nationality of a Corporation.

For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality⁷⁶.

Essas noções da proteção diplomática foram incorporadas dentro da sistemática da proteção de investimentos. Em outras palavras, a noção de que o local de constituição da pessoa jurídica indica a sua nacionalidade foi trazida, também, para os casos de investimento em que discutida a nacionalidade dessas entidades.

A exemplo disso, menciona-se o caso *Tokios Tokelés v. Ukraine*, em que a empresa investidora, Tokios Tokelés, foi constituída segundo as leis da Lituânia e abriu uma subsidiária na Ucrânia para o exercício de atividade de publicidade, publicações e impressões⁷⁷. O conflito, então, surgiu quando as autoridades ucranianas tomaram diversas medidas que atacavam o investimento, como o arresto administrativo das ações da subsidiária⁷⁸.

O investidor, após tentativas de resolver o conflito amigavelmente, ingressou com um requerimento perante o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos, requerendo a indenização pela expropriação de seus

⁷⁶ UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*. 2016. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf. Acesso em: 29 maio 2019. Tradução livre: PESSOAS JURÍDICAS. Artigo 9. Estado de nacionalidade da Corporação. Para fins de proteção diplomática de uma corporação, o Estado de nacionalidade significa o Estado sob cuja lei a corporação foi incorporada. No entanto, quando a corporação é controlada por nacionais de outro Estado ou Estados e não possui atividades comerciais substanciais no Estado de incorporação, e a sede da administração e o controle financeiro da corporação são ambos localizados em outro Estado, esse Estado deve ser considerado como o Estado da nacionalidade.

⁷⁷ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Tokios Tokelés v. Ukraine*. Case No. ARB/02/18. 29 abr. 2004. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019, p. 1.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 2.

investimentos. Afirmou, assim, ser investidor nacional da Lituânia, fazendo jus à proteção aos investimentos estrangeiros acordada entre Lituânia e Ucrânia em um BIT⁷⁹. A respeito da nacionalidade das pessoas jurídicas, veja-se a definição de “investidor” proposta pelo BIT firmado entre Lituânia e Ucrânia:

Article 1
Definitions
[...]
2. “investor” means:
(a) in respect of the Republic of Lithuania:
- natural persons who are nationals of the Republic of Lithuania according to Lithuanian laws;
- **any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations;**
(b) in respect of Ukraine:
- natural person who are nationals of the Ukraine according to Ukrainian laws;
- **any entity established in the territory of the Ukraine in conformity with its laws and regulations;**⁸⁰ (Grifou-se).

Em contrapartida, a Ucrânia, demandada no procedimento arbitral, alegou que o tribunal não teria jurisdição sobre a disputa. Isso porque a Tokios Tokelès não seria genuinamente nacional da Lituânia, na medida em que lá não teria qualquer atividade comercial substancial e, mais do que isso, manteria sua sede social, ou administrativa, na Ucrânia⁸¹.

Diante dessas alegações, o Tribunal Arbitral se deparou com a necessidade de resolver qual seria o critério relevante para a definição de nacionalidade das pessoas jurídicas. Ao decidir, então, o Tribunal fez uma análise do que dispunha o texto do tratado bilateral, mas não somente isso. Fez, também, uma análise de qual seria o critério geral para a determinação de nacionalidade das empresas investidoras, para casos em que não fica claro, no tratado, o critério escolhido pelas Partes

⁷⁹ LITUÂNIA; UCRÂNIA. *Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the promotion and reciprocal protection of investments*. 1994. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5033/download>. Acesso em: 30 maio 2019.

⁸⁰ Ibidem. Tradução livre: Artigo 1. Definições. [...] 2. “Investidor” significa: (a) relativamente à República da Lituânia: - pessoas naturais nacionais da República da Lituânia, de acordo com as leis da Lituânia; - qualquer entidade estabelecida no território da República da Lituânia, em conformidade com as suas leis e regulamentos; (b) em relação à Ucrânia: - pessoas naturais nacionais da Ucrânia, de acordo com as leis ucranianas; qualquer entidade estabelecida no território da Ucrânia em conformidade com as suas leis e regulamentos;

⁸¹ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Tokios Tokelès v. Ukraine*. Case No. ARB/02/18. 29 abr. 2004. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019, p. 8.

Contratantes. Assim, destaca-se, inicialmente, a interpretação específica do texto do tratado bilateral entre Lituânia e Ucrânia:

Article 1(2)(b) of the Ukraine-Lithuania BIT defines the term “investor,” with respect to Lithuania, as “any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations.” The ordinary meaning of “entity” is “[a] thing that has a real existence.” The meaning of “establish” is to “[s]et up on a permanent or secure basis; bring into being, found (a...business).”¹⁶ Thus, according to the ordinary meaning of the terms of the Treaty, **the Claimant is an “investor” of Lithuania if it is a thing of real legal existence that was founded on a secure basis in the territory of Lithuania in conformity with its laws and regulations. The Treaty contains no additional requirements for an entity to qualify as an “investor” of Lithuania**⁸² (Grifou-se).

Segundo a interpretação pura da linguagem do tratado, o Tribunal já chegou à conclusão de que o BIT não exige nenhum requisito adicional, que não ser a empresa incorporada na Lituânia, para que seja considerada nacional da Lituânia. No entanto, o julgamento se estendeu para afirmar expressamente que, de qualquer modo, o critério do local da incorporação é a regra geral de Direito Internacional para definir a nacionalidade de pessoas jurídicas. Assim, veja-se:

The second clause of Article 25(2)(b) provides that parties can, by agreement, depart **from the general rule that a corporate entity has the nationality of its state of incorporation**. [...] This exception to the general rule applies only in the context of an agreement between the parties. **The Respondent asks the Tribunal to apply this exception in the present case, not to give effect to an agreement between the Contracting Parties, but, rather, to create an additional exception to the general state-of-incorporation or state-of-seat rule—in the absence of an agreement to that effect between the Parties**⁸³.

⁸² ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Tokios Tokelés v. Ukraine*. Case No. ARB/02/18. 29 abr. 2004. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019, p. 11. Tradução livre: Artigo 1(2)(b) do BIT entre Ucrânia-Lituânia define o termo “investidor”, com relação à Lituânia, como “qualquer entidade estabelecida no território da República da Lituânia em conformidade com suas leis e regulações”. O significado comum de “entidade” é “uma coisa que tem existência real”. Portanto, de acordo com o significado comum dos termos do Tratado, **o Requerente é um “investidor” da Lituânia se for uma coisa que tem existência real e que foi fundada em uma base segura no território da Lituânia e em conformidade com suas leis e regulações. O Tratado não tem requisitos adicionais para que uma entidade se qualifique como um “investidor” da Lituânia**. (Grifou-se).

⁸³ *Ibidem*, p. 19. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019. Tradução livre: A segunda parte do artigo 25(2)(b) prevê que as partes podem, por acordo, afastar-se da regra geral de que uma entidade empresarial tem a nacionalidade do seu estado de incorporação. [...] Esta exceção à regra geral aplica-se apenas no contexto de um acordo entre as partes. O Demandado pede ao Tribunal que aplique esta exceção no presente caso, não para efetivar um acordo entre as Partes Contratantes, mas, ao contrário, para criar uma exceção adicional à regra geral de incorporação ou estado-de-assento. - na ausência de um acordo para esse efeito entre as partes.

É importante destacar que, muito embora este trecho da decisão mencione *state-of-seat rule* como sendo, também, uma regra geral, o faz com o sentido de *sede registral*, ou seja, o local onde a empresa tem sua sede originária registrada. Em outras palavras, isso significa dizer que *state-of-seat* corresponde ao *state-of-incorporation*.

Tem-se, portanto, a primeira decisão arbitral a reconhecer o caráter de norma geral do critério *place of incorporation*. Essa decisão, então, foi por diversas vezes mencionada em outros casos, como em *Rompetrol v. Romania*⁸⁴ e *KT Asia v. Republic of Kazakhstan*⁸⁵, em que os tribunais arbitrais afastaram qualquer necessidade de uma conexão substancial entre a pessoa jurídica e o país de nacionalidade, bastando, portanto, o local de incorporação:

The Tribunal cannot therefore accept the Respondent's argument to the effect that there is, in international law, a general rule of 'real and effective nationality' for determining the status of corporate entities. But, more specifically than that, the Tribunal cannot find any trace of justification for an argument that international law deprives the States concluding a particular treaty – whether a multilateral Convention like ICSID or a bilateral arrangement like a BIT – of the power to allow, or indeed to prescribe, the place and law of incorporation as the definitive element in determining corporate nationality for the purposes of their treaty. In the light of these conclusions, the Tribunal is clear in its mind that there is simply no room for an argument that a supposed rule of 'real and effective nationality' should override either the permissive terms of Article 25 of the ICSID Convention or the prescriptive definitions incorporated in the BIT⁸⁶.

In the present case, the ordinary meaning of the words is clear. **In conformity with the general method for determining corporate nationality** in international law in Article 1(b)(ii) of the Treaty, **the Contracting Parties**

⁸⁴ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*. Case No. ARB/06/3. 18 abr. 2008. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0717.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

⁸⁵ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*. Case No. ARB/09/8. 17 out. 2013. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3006.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

⁸⁶ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*. Case No. ARB/06/3. 18 abr. 2008. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0717.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019, p. 30. Tradução livre: O Tribunal não pode, portanto, aceitar o argumento do Demandado no sentido de que existe, no direito internacional, uma regra geral de "real e efetiva nacionalidade" para determinar o status das entidades corporativas. Mas, mais especificamente, o Tribunal não pode encontrar qualquer vestígio de justificativa para um argumento de que a lei internacional priva os Estados concluindo um tratado particular – seja uma Convenção multilateral como o ICSID ou um acordo bilateral como um BIT – do poder de permitir, ou de fato, prescrever, o local e a lei de incorporação como o elemento definitivo na determinação da nacionalidade corporativa para os fins de seu tratado. À luz destas conclusões, o Tribunal tem a certeza de que simplesmente não há espaço para argumentar que uma suposta regra de "nacionalidade real e efetiva" deve prevalecer sobre os termos permissivos do artigo 25º da Convenção ICSID ou sobre a prescrição das definições incorporadas no BIT.

agreed that the place of incorporation would establish the nationality of legal persons. Hence, a legal person constituted under the law of a Contracting Party is a national of that State. KT Asia is a legal person constituted under the law of the Netherlands. As a result, it is a Dutch national under the nationality test of the BIT⁸⁷ (Grifou-se).

Considerando, portanto, os *leading cases* de investimento que tratam da nacionalidade de pessoas jurídicas, as abordagens jurisprudenciais prevalentes têm sido formalistas, no sentido de que, ausentes requisitos adicionais no tratado bilateral em questão, a definição da nacionalidade do investidor se dará exclusivamente com base no critério formal do local de incorporação da pessoa jurídica⁸⁸. Isto, é claro, a não ser que o tratado disponha expressamente que o critério de definição de nacionalidade requer um vínculo mais substancial, ocasião em que se dará preferência, então, à *lex specialis* em detrimento da *lex generalis*.

Pensando nestes casos em que o BIT em questão fixa outros critérios, diversos da regra geral do local de incorporação da empresa, é que se faz necessária a análise dos conceitos de sede e controle. Assim, as seções a seguir tratarão destes critérios e suas especificidades, bem como da sua aplicação e interpretação na jurisprudência arbitral.

3.2 SEDE

O segundo critério mais utilizado para a definição da nacionalidade de pessoas jurídicas, no sistema de proteção de investimentos, é o critério da “sede” da entidade. Diante deste termo, parece que, em princípio, trata-se também de um critério formal, tal como o critério do local de incorporação. Essa concepção formalista de sede pode derivar da sua conceituação no nosso ordenamento jurídico.

⁸⁷ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*. Case No. ARB/09/8. 17 out. 2013. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3006.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019, p. 31. Tradução livre: No presente caso, o significado comum das palavras é claro. Em conformidade com o método geral de determinação da nacionalidade das empresas em direito internacional, constante do artigo 1(b)(ii) do Tratado, as Partes Contratantes acordaram em que o lugar da incorporação estabeleceria a nacionalidade das pessoas jurídicas. Por conseguinte, uma pessoa jurídica constituída ao abrigo da legislação de uma parte contratante é nacional desse Estado. KT Asia é uma pessoa jurídica constituída sob a lei da Holanda. Como resultado, é uma cidadã holandesa sob o teste de nacionalidade do BIT.

⁸⁸ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; WEINIGER, Matthew. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. 2nd Ed. Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2017, p. 159.

A título exemplificativo, a Receita Federal do Brasil divulga, para fins de esclarecimento aos seus contribuintes, a distinção entre sede, estabelecimento e domicílio fiscal da empresa, para fins tributários. Nessa distinção, a Receita Federal compreende sede como sendo “o lugar escolhido pelos seus controladores no qual pode ser demandada para o cumprimento de suas obrigações”⁸⁹. No cenário dos investimentos estrangeiros, no entanto, sede pode carregar diferentes sentidos. Estas interpretações diferentes acerca do significado de sede se dão especialmente quanto o nível de substancialidade exigida entre a relação entre investidor e seu Estado de nacionalidade. Identifica-se três correntes acerca da conceituação deste critério: (i) sede como sede registral ou estatutária; (ii) sede como “sede social”; (iii) sede como “sede real”.

3.2.1 Sede estatutária

A concepção de “sede” como sendo a “sede estatutária” ou ainda a “sede registral” de uma pessoa jurídica corresponde, justamente, à noção vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Pressupõe, assim, o caráter formal da sede, que seria o local escolhido para constar como tal no ato de registro formal da empresa ou em seu estatuto. No Brasil, o art. 120, inciso I da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73⁹⁰) obriga, para a constituição legal de uma pessoa jurídica, a determinação de uma sede:

Art. 120. O registro das sociedades, fundações e partidos políticos consistirá na declaração, feita em livro, pelo oficial, do número de ordem, da data da apresentação e da espécie do ato constitutivo, com as seguintes indicações: (Redação dada pela Lei nº 9.096, de 1995)

I - a denominação, o fundo social, quando houver, os fins e a sede da associação ou fundação, bem como o tempo de sua duração;

Na arbitragem de investimento, este entendimento acerca do significado de “sede” é pouco adotado. Isso na medida em que este critério em muito se confunde com o local de incorporação, já que a maioria dos países exige, para a constituição

⁸⁹ BRASIL. Receita Federal. Coordenação-Geral de Tributação. *Solução de Consultas* 27 – Cosit, 2013. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/Legislacao/SolucoesConsultaCosit/2013/SCCosit272013.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019, p. 1.

⁹⁰ BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 05 jun. 2019.

de uma empresa em seu território, que ela tenha a sua sede registral também dentro do seu território. Em outras palavras, o local da sede, segundo esta interpretação, sempre corresponderia ao local de incorporação, o que retiraria qualquer efeito útil do novo critério. Um dos poucos tribunais que aplicou esta compreensão de sede foi o tribunal do caso *Orascom v. Algeria*⁹¹ que assim dispôs quanto ao tema:

In conclusion, the Tribunal considers that “siège social” in Article 1(1)(b) of the BIT means “registered office” or siège statutaire in the sense of the “seat” appearing in a corporation’s constitutive documents. Because there is no dispute that the Claimant was constituted in accordance with Luxembourg law and has its registered office in Luxembourg, the Tribunal concludes that it is an “investor” within the meaning of Article 1(1)(b) of the BIT⁹².

No caso em apreço, o BIT relevante foi firmado entre Argélia e a União Econômica Bélgica-Luxemburgo que, em seu art. 1(1)(b)⁹³ define a nacionalidade das pessoas jurídicas pelo critério da incorporação somado ao critério do “*siège social*”⁹⁴. Assim, ao interpretar o que significava esta expressão, o Tribunal em *Orascom v. Algeria* acabou dando a ela o mesmo efeito do critério de local de constituição da pessoa jurídica, esvaziando o efeito útil daquele termo no tratado.

Ressalta-se que esta não é a interpretação mais adotada porque, na prática arbitral das disputas de investimento, há uma grande preocupação com a interpretação dos tratados bilaterais de investimento, especialmente para que o juízo feito pela intérprete dê efeito útil à cláusula do tratado. Aplica-se, portanto, na arbitragem de investimento, a teoria do *effet utile*⁹⁵, segundo a qual há uma presunção

⁹¹ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People’s Democratic Republic of Algeria. Award. Case no. ARB/12/35*. 31 mai. 2017. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8973.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

⁹² Ibidem, p. 68. Tradução livre: “Em conclusão, o Tribunal considera que a expressão “*siège social*” no Artigo 1(1)(b) do BIT significa “escritório registrado” ou sede estatutária, no sentido de “sede” como aparece nos documentos constitutivos da corporação. Já que não há discussão quanto ao fato de que o Requerente foi constituído de acordo com as leis de Luxemburgo e que possui seu escritório registrado em Luxemburgo, o Tribunal conclui que é um “investidor” dentro do significado do Artigo 1(1)(b) do BIT”.

⁹³ ARGÉLIA; UNIÃO ECONÔMICA BÉLGICA-LUXEMBURGO. *Accord entre l’Union économique belgo-luxembourgeoise et la République algérienne démocratique populaire concernant l’encouragement et la protection reciproques des investissements*. 1991. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw7169.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019.

⁹⁴ Tradução livre: sede social.

⁹⁵ Tradução livre: efeito útil.

de que um tratado não deve ser interpretado de uma maneira que torne suas provisões supérfluas ou sem sentido⁹⁶.

Ora, se o tratado em questão no caso *Orascom v. Algeria* determinava que a nacionalidade de pessoas jurídicas era definida não só pelo critério de *place of incorporation*, mas também de forma cumulativa com o critério de *seat*, isso implica que as partes desejavam uma conexão mais substancial. Ao interpretar que “*siège social*” significava o mesmo que “*registered office*” o tribunal arbitral fez com que o termo do tratado perdesse sua finalidade⁹⁷. Aponta-se, portanto, que a prática arbitral prefere interpretar *seat* não como a simples sede registral ou o local do escritório registrado, mas sim como algo mais substancial, dando preferência ao que se conhece como *social seat*.

3.2.2 Sede social

O segundo critério mais utilizado, na prática arbitral, para a definição da nacionalidade de pessoas jurídicas é o local da sede social, que vem logo após o local de incorporação da entidade, tido como regra geral. Esta ampla utilização ocorre em função de muitos BITs expressamente preverem a necessidade de uma conexão mais substancial do país de origem com o investidor⁹⁸.

Fala-se, neste ponto, de uma abordagem menos formalista do que se tem por “sede”, de forma que este conceito não se confunde com o de “local de incorporação”. Segundo esta interpretação, “*state-of-seat*” seria o Estado em que centrada a administração da pessoa jurídica⁹⁹. Observa-se, por exemplo, a redação do BIT firmado entre Alemanha e China, em que as partes contratantes optaram por adicionar o critério do “*seat*” à regra geral do critério “*place of incorporation*”:

2. the term "investor" means

⁹⁶ FAUCHALD, Ole Kristian. The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 2, 2008, p. 317.

⁹⁷ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/11/26. Award. 29 jan. 2016. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7098.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019, p. 55.

⁹⁸ YANNACA-SMALL, Katia. *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. 2nd Ed. Oxford: Oxford University Press: 2018, p. 234.

⁹⁹ Ibidem, p. 237; BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 215.

- (a) in respect of the Federal Republic of Germany:
- Germans within the meaning of the Basic Law for the Federal Republic of Germany,
 - any juridical person as well as any commercial or other company or association with or without legal personality **having its seat in the territory of the Federal Republic of Germany, irrespective of whether or not its activities are directed at profit;**
- (b) in respect of the People's Republic of China:
- natural persons who have nationality of the People's Republic of China in accordance with its laws,
 - economic entities, including companies, corporations, associations, partnerships and other organizations, **incorporated and constituted under the laws and regulations of and with their seats in the People's Republic of China,** irrespective of whether or not for profit and whether their liabilities are limited or not¹⁰⁰.

Como se observa da redação da cláusula supramencionada, não há menção expressa ao que se entende como “seat”, mas, como as partes decidiram por critério diverso de “*place of incorporation*”, fica claro que optaram por algo mais substancial do que o registro da sede¹⁰¹. Nesse sentido está a maior parte dos entendimentos arbitrais acerca do conceito de “sede”, para fins de determinação de nacionalidade na arbitragem de investimento.

Neste ponto, cita-se, inicialmente, a interpretação dada no caso *Tenaris and Talta v. Venezuela*¹⁰², caso em que litigavam contra a Venezuela duas pessoas jurídicas – Tenaris e Talta – alegando serem nacionais de Luxemburgo e Portugal, respectivamente, Estados estes que mantinham BITs com o Estado Requerido¹⁰³. É importa destacar, então, a redação dos tratados bilaterais entre Luxemburgo e

¹⁰⁰ ALEMANHA; CHINA. *Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*. 2003. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/736/download>. Acesso em 08 jun. 2019. Tradução livre: 2. o termo “investidor” significa (a) em relação à Alemanha: - alemães no sentido da Lei Básica da República Federal da Alemanha, - qualquer pessoa jurídica, bem como qualquer empresa ou associação comercial ou outra, com ou sem personalidade jurídica, com sede no território da República Federal da Alemanha, independentemente de as suas atividades serem ou não orientadas para fins lucrativos; b) No que diz respeito à China: - pessoas físicas que tenham a nacionalidade da China em conformidade com as suas leis, - entidades econômicas, incluindo empresas, corporações, associações, parcerias e outras organizações, incorporadas e constituídas ao abrigo das leis e regulamentos e com as suas sedes na China, independentemente de terem ou não fins lucrativos e se as suas responsabilidades são limitadas ou não.

¹⁰¹ YANNACA-SMALL, Katia. *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. 2nd Ed. Oxford: Oxford University Press: 2018, p. 237.

¹⁰² ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/11/26. Award. 29 jan. 2016. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7098.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 6.

Venezuela e Portugal e Venezuela, para fins de que se compreenda sobre qual texto recaiu a interpretação do tribunal arbitral, neste caso:

Artide 1^{er} Definitions

1. Le terme « investisseurs » désigne :

A) les « nationaux », c'est-à-dire toute personne physique qui, selon la législation du Royaume de Belgique, du grand-duché de Luxembourg ou la République du Venezuela est considérée comme citoyen du Royaume de Belgique, du grand-duché de Luxembourg ou de la République du Venezuela respectivement;

B) les « sociétés », c'est-à-dire toute personne morale constituée conformément à la législation du Royaume de Belgique, du grand-duché de Luxembourg ou de la République du Venezuela et ayant **son siège social sur le territoire du Royaume de Belgique; du grand-duché de Luxembourg ou de la République du Venezuela** respectivement, ainsi que toute personne morale effectivement contrôlée par un investisseur compris dans le paragraphe 1, a) et b) Qui ont fait un investissement dans le territoire de l'autre Partie contractante.¹⁰⁴ (Grifou-se)

Artigo 1^o.

Para efeitos do presente Acordo:

1) O termo <<investidor>> designa:

- a) As pessoas singulares que, de acordo com a legislação da respectiva Parte Contratante, sejam nacionais dessa Parte Contratante;
- b) As pessoas colectivas, incluindo sociedades comerciais ou outras sociedades ou associações, **que tenham sede numa das Partes Contratantes** e estejam constituídas e funcionem de acordo com a lei dessa Parte Contratante¹⁰⁵ (Grifou-se).

Como se pode perceber, nenhuma das disposições dos tratados acima colacionadas fornecem uma interpretação do que deve se entender como “*siège social*” ou “sede”. Assim, diante do litígio, a Venezuela alegou que, em verdade, ambas as empresas requerentes não eram nacionais de Luxemburgo e de Portugal e que,

¹⁰⁴ VENEZUELA; UNIÃO ECONÔMICA BÉLGICA-LUXEMBURGO. *Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et Le Gouvernement de la République du Venezuela concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*. 1998. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/429/download>. Acesso em: 08 jun. 2019. Tradução livre: Artigo 1. Definições. 1. O termo "investidores" designa: (A) os "nacionais", isto é, qualquer pessoa natural que, de acordo com a lei do Reino da Bélgica, do Grão-Ducado do Luxemburgo ou da República da Lituânia e da Venezuela é considerada como cidadã pelas leis do Reino da Bélgica, do Grão-Ducado do Luxemburgo ou da República da Venezuela, respectivamente; (B) "empresas", isto é, qualquer pessoa jurídica constituída de acordo com a legislação do Reino da Bélgica, do Grão-Ducado do Luxemburgo ou do República da Venezuela e com sede social no território de Reino da Bélgica; do Grão-Ducado do Luxemburgo ou da República da Venezuela, respectivamente, bem como qualquer pessoa controlada por um investidor incluído no parágrafo 1 (a) e (b); Quem fez um investimento no território da outra parte contratante.

¹⁰⁵ PORTUGAL; VENEZUELA. *Acordo entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República da Venezuela sobre a Proteção e Protecção mútua de investimentos*. 1994. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2203/download>. Acesso em: 08 jun. 2019.

portanto, não poderiam se beneficiar da proteção dos BITs¹⁰⁶. Uma vez incitado a tratar da nacionalidade dos requerentes, o tribunal arbitral em *Tenaris and Talta v. Venezuela* deu interpretação ao que entendia por sede, para fim de ambos os tratados aplicáveis à disputa:

Given this context, it is immediately apparent – as Venezuela has argued – that neither “siège social” nor “sede” can mean simply “registered office” or “statutory seat” in a purely narrow and formal sense, since neither term would then have any effective meaning. For a company to be “constituted in accordance with the laws of ... the Grand Duchy of Luxembourg”, it must have its registered office or statutory seat in Luxembourg. And for a company to be “constituted pursuant to and function in accordance with the Laws of” Portugal, it must have its registered office or statutory seat in Portugal.

[...]

So if “siège social” and “sede” are to have any meaning, and not be entirely superfluous, each must connote something different to, or over and above, the purely formal matter of the address of a registered office or statutory seat. And this leads one to apply the other well-accepted meaning of both terms, namely “effective management”, or some sort of actual or genuine corporate activity.” (Grifou-se)¹⁰⁷.

Depreende-se, portanto, dos trechos da decisão acima citados, que o tribunal arbitral em *Tenaris and Talta v. Venezuela* aplicou os critérios de “*siège social*” e “sede” com o sentido de local em que realizada a administração efetiva da pessoa jurídica. Em algumas ocasiões, muitos tratados de investimento não deixam margem para interpretação, referindo-se não ao termo “*seat*”, mas sim a “*effective management*”. A exemplo disso, cita-se o acordo multilateral de investimentos firmado em 1976 pela Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), que define “companhia” como:

Article I

¹⁰⁶ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/11/26. Award. 29 jan. 2016. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7098.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019, p. 40.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 55-56. Tradução livre: “Dado este contexto, é imediatamente aparente - como a Venezuela argumentou - que nem “*siège social*” nem “sede” podem significar simplesmente “sede” ou “sede estatutária” em um sentido puramente restrito e formal, uma vez que nenhum termo teria então qualquer significado efetivo. Para uma empresa ser “constituída de acordo com as leis do... Grão-Ducado do Luxemburgo”, deve ter a sua sede social ou sede estatutária no Luxemburgo. E para uma empresa ser “constituída de acordo e funcionar de acordo com as Leis de” Portugal, deve ter a sua sede social ou sede estatutária em Portugal. Portanto, se “*siège social*” e “sede” tiverem qualquer significado, e não forem totalmente supérfluos, cada um deve conotar algo diferente e acima da questão puramente formal do endereço de uma sede ou assento estatutário. E isso leva a pessoa à aplicação de outro significado bem aceito para ambos os termos, ou seja, “administração efetiva”, ou algum tipo de atividade corporativa real ou genuína.”

DEFINITION

For the purpose of this Agreement:

[...]

2. The term “company” of a Contracting Party shall mean a corporation, partnership or other business association, incorporated or constituted under the laws in force in the territory of any Contracting Party **wherein the place of effective management is situated**.¹⁰⁸ (Grifou-se).

Da redação desta cláusula, percebe-se que a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) opta por adicionar à regra geral – *place of incorporation* – o critério de “*effective management*”. Ou seja, mais do que ser constituída no território de uma das Partes Contratantes, a pessoa jurídica deve, também, manter a sua administração central naquele Estado-parte do acordo para que dele seja considerada nacional.

No entanto, podem remanescer dúvidas quanto ao que de fato se entende por “*effective management*” ou “administração efetiva”. Isto ocorreu na disputa entre *Yaung Chi v. Myanmar*¹⁰⁹, em que é aplicável, justamente, o Acordo de 1987 da ASEAN, oportunidade em que o tribunal arbitral elencou situações fáticas suficientes para se considerar um local como sendo o de administração central de uma empresa.

No caso mencionado, a empresa Yaung Chi buscou a proteção do acordo da ASEAN alegando ser nacional de Singapura, onde teria sido constituída e, além disso, manteria a sua sede de administração central e efetiva. Mianmar, como Estado Requerido, impugnou a jurisdição do Tribunal, alegando que Yaung Chi seria, em verdade, uma empresa nacional do próprio Mianmar e que, portanto, deveria submeter a disputa às cortes domésticas do país¹¹⁰.

O argumento central para sustentar a objeção à jurisdição do tribunal, pelo Estado Requerido, foi o de que a empresa Yaung Chi não mais era administrada em

¹⁰⁸ ASEAN. Associação das Nações do Sudeste Asiático. *Agreement among the Government of Brunei Darussalam, The Republic of Indonesia, Malaysia, The Republic of The Philippines, The Republic of Singapore, and The Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments*. Manila, 15 December 1987. Disponível em: https://asean.org/?static_post=the-1987-asean-agreement-for-the-promotion-and-protection-of-investments. Acesso em: 09 jun. 2019. Tradução livre: Artigo I. Definição. Para os propósitos deste Acordo: [...] 2. o termo “companhia” de uma Parte Contratante significará uma corporação, sociedade ou associação empresarial, incorporada ou constituída segundo as leis em vigor no território de qualquer Parte Contratante em que o lugar da administração efetiva esteja situado.

¹⁰⁹ TRIBUNAL ARBITRAL DA ASSOCIAÇÃO DAS NAÇÕES DO SUDESTE ASIÁTICO (ASEAN). *Yaung Chi OO Trading PTE LTD. v. Government of The Union of Myanmar*. Case No. ARB/01/1. Award. 31 mar. 2003. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 545.

Singapura. Isto porque a atividade central da empresa – uma cervejaria – teria sido integralmente transferida para Mianmar, onde a CEO da companhia residia¹¹¹.

O Tribunal Arbitral em *Yaung Chi v. Myanmar* entendeu, no entanto, que todos os elementos apontados por Mianmar não eram relevantes para fins de determinação de onde estava localizada a administração central da empresa. A conclusão do Tribunal foi no sentido de que a empresa Yaung Chi continuava sendo uma nacional de Singapura, porque lá era mantido o processo decisório da empresa, bem como auditorias constantes de suas contas:

It appears that the requirement of effective management of the investing company in the place of incorporation was primarily included in the 1987 ASEAN Agreement to avoid what has been referred to as "protection shopping"; i.e., the adoption of a local corporate form without any real economic connection in order to bring a foreign entity or investment within the scope of treaty protection. [...] There is no doubt that YCO was effectively managed in Singapore by Mme. Win Win Nu before it entered into the Joint Venture Agreement. Since it was Mme. Win Win Nu's business, the activity of the company and the way it was managed changed considerably when she moved to Myanmar. She continued to manage the company from Myanmar, sending instructions to the resident director in Singapore, and procurement for MYCO became YCO's major business activity. **The Tribunal sees no reason to disregard requirements of local law, such as the existence of a resident director and the required annual auditing of accounts, as indicia of effective management.** These are aspects of management, even if they may also coincide with legal requirements. **In the case of YCO there was continuous procurement from Singapore, there was an address in Singapore and a continuously resident director in Singapore. In the Tribunal's view, there is a presumption that "effective management" once established is not readily lost, especially since the effect will be the loss of treaty protection.** By moving to Myanmar to run the joint venture company, Mme. Win Win Nu was doing precisely what she was expected to do under the Joint Venture Agreement. This situation lasted at least until 1998 when the investment was completed. In its ultimate assessment, and despite the dramatic change in the level of "effective management" in Singapore after Mme. Win Win Nu moved to Myanmar, the Tribunal is nonetheless not persuaded that YCO did not continue to be "effectively managed" from Singapore, within the meaning of the 1987 ASEAN Agreement, for the duration of the investment¹¹².

¹¹¹ TRIBUNAL ARBITRAL DA ASSOCIAÇÃO DAS NAÇÕES DO SUDESTE ASIÁTICO (ASEAN). *Yaung Chi OO Trading PTE LTD. v. Government of The Union of Myanmar*. Case No. ARB/01/1. Award. 31 mar. 2003. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019, p. 550.

¹¹² *Ibidem*, p. 550. Tradução livre: "Parece que o requisito de "administração efetiva" da empresa investidora no seu local de incorporação foi inicialmente incluído no Acorde de 1987 da ASEAN para evitar o que vinha sendo referido como "shopping da proteção", como por exemplo a adoção de uma companhia local formal sem qualquer conexão econômica real de forma a atrair para uma entidade ou investimento estrangeiro a proteção de um tratado. [...] Não há dúvida de que a YCO foi efetivamente administrada em Cingapura por Mme. Win Win Nu antes de entrar no Acordo de Joint Venture. Desde que foi Mme. Os negócios da Win Win Nu, a atividade da empresa e a forma como foi gerenciada mudaram consideravelmente quando ela se mudou para Mianmar. Ela continuou a gerenciar a empresa de Mianmar, enviando instruções para o diretor residente em Singapura, e a aquisição da MYCO tornou-se a principal atividade comercial da YCO. O Tribunal não vê motivos

Vê-se que, muito embora a CEO da empresa tivesse se mudado de Singapura para Mianmar para acompanhar de perto as operações do investimento feito, continuava mandando instruções sobre a administração da empresa para um diretor residente em Singapura. Assim, o que se tem é que o processo decisório da companhia era mantido em Singapura e lá implementado, o que foi considerado como suficiente para fixação da sede social no sentido de local de administração efetiva da empresa.

A confirmar este entendimento, no caso *Tenaris and Talta v. Venezuela*, o Tribunal Arbitral, analisando as circunstâncias fáticas, concluíram que Tenaris e Talta eram nacionais de Luxemburgo e de Portugal, uma vez que lá conduziam as reuniões do quadro de Diretores¹¹³. Ou seja, em ambos os países eram mantidas as administrações centrais das empresas investidoras, porque lá mantido o processo decisório relevante.

Conclui-se, da análise jurisprudencial, que a prática arbitral tem entendido o critério “*social seat*”, “*siège social*” ou simplesmente “sede” como um critério que exige uma conexão mais substancial do que o local de incorporação ou o mero registro de um escritório, mas menos substancial do que a exigência do efetivo exercício das atividades da empresa no local. Isso significa dizer que o critério de sede é amplamente adotado como sendo o local da efetiva administração da empresa, sendo desnecessário, no entanto, que neste mesmo local a empresa exerça as suas atividades comerciais.

para desconsiderar os requisitos da legislação local, como a existência de um diretor residente e a auditoria anual obrigatória de contas, como indícios de uma gestão eficaz. Esses são aspectos da administração, mesmo que também possam coincidir com os requisitos legais. No caso da YCO, houve compras contínuas de Singapura, havia um endereço em Singapura e um diretor continuamente residente em Singapura. Na opinião do Tribunal, há uma presunção de que “a administração efetiva”, uma vez estabelecida, não é prontamente perdida, especialmente porque o efeito será a perda da proteção do tratado. Ao se mudar para Mianmar para administrar a joint venture, Mme. Win Win A Nu estava fazendo exatamente o que ela deveria fazer sob o Contrato de Joint Venture. Essa situação durou pelo menos até 1998, quando o investimento foi concluído. Em sua avaliação final, e apesar da mudança dramática no nível de “gestão eficaz” em Singapura depois de Mme. Win Win Nu mudou-se para Myanmar, mas o Tribunal não está persuadido de que a YCO não continuou a ser “administrada de forma efetiva” a partir de Singapura, na aceção do Acordo ASEAN de 1987, durante o período de investimento.”

¹¹³ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/11/26. Award. 29 jan. 2016. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7098.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019, p. 75-79.

Ocorre que existe um terceiro posicionamento quanto à interpretação do que significa “sede”. Esta terceira linha, no entanto, é menos adotada, porque, como será exposto, segue um entendimento mais restritivo e exigente para a fixação de uma sede, tida como teoria do “*siège réel*”¹¹⁴.

3.2.3 Sede real

A teoria da “sede real” foi consolidada pelo Direito Francês, sendo pouco utilizada a nível da arbitragem internacional. Muito embora seja oriunda de um ordenamento jurídico muito específico, o francês, tem sido amplamente utilizada por Estados Requeridos, na medida em que exige muito das pessoas jurídicas para que sejam consideradas como nacionais de uma Parte Contratante de um tratado de investimento.

Assim, é importante ressaltar que, na França, uma pessoa jurídica para ser considerada francesa deve ter sua sede social em território francês, ou seja, deve manter a sua sede administrativa lá. Ocorre que esta regra geral pode ser afastada para a aplicação de uma regra mais restritiva, a da “sede real”, quando existentes indícios de que, na verdade, todas as decisões são implementadas em outro país¹¹⁵.

O critério da “sede real”, portanto, exige não só que as decisões administrativas da companhia sejam realizadas no Estado-parte do BIT, mas também que estas decisões sejam efetivamente implementadas no local. Este entendimento é o exarado pelo tribunal arbitral no caso *Société Civile Immobilière de Gaëta v Guinea*¹¹⁶:

143. Cette présomption peut être renversée lorsqu'il est établi que la société a son siège réel dans un Etat étranger, le siège réel correspondant au siège de la direction effective de la personne morale. Pour en juger, la jurisprudence française présentée par les Parties fournit plusieurs critères permettant de déterminer où se trouve le siège de la direction effective d'une société française.

144. Il n'est ainsi pas suffisant de définir le siège par rapport au lieu où se réunissent les actionnaires d'une société si la société n'y dispose que d'une

¹¹⁴ Tradução livre: sede real.

¹¹⁵ FRANÇA. Senado. *La bataille des centres de décision: promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation (rapport)*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.senat.fr/rap/r06-347-1/r06-347-118.html>. Acesso em: 09 jun. 2019.

¹¹⁶ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Société Civile Immobilière de Gaëta v Guinea*. Case No ARB/12/36. Award. 21 dez. 2015. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7038.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

simple adresse, par exemple fournie par une autre société. Si son centre d'exploitation industrielle ou technique se trouve en un autre endroit, ce peut être un indice important pour établir où se tient la réalité du processus décisionnel dans la société ; ce qui importe en effet, c'est de rechercher où est effectuée la direction effective de la société et où se trouve son principal établissement. Le fait pour une société d'avoir son principal établissement, ses organes de direction et ses services administratifs en France et de conclure ses contrats principaux en France est déterminant pour fixer le siège réel de la société en France (CA Paris, 2 juillet 1991, No. 89PA01095 [pièce RL-48] ; cf. également CA Paris (15^{ème} ch.), 9 novembre 1994, No. 93-019843 [pièce RL-50]). On en déduit a contrario qu'une société dont les organes, la direction et les services administratifs se situent à l'étranger et qui conclut ses principaux contrats à l'étranger ne peut se voir reconnaître la nationalité française¹¹⁷.

O que se extrai da decisão acima mencionada, portanto, é que o critério da sede social poderia ser afastado, não importando o local das reuniões dos diretores, caso uma empresa mantivesse todas as suas atividades em outro país. Isso significa dizer que o critério do “*real seat*” demanda que as empresas mantenham no seu local de “sede real” as suas atividades econômicas efetivas. Como mencionado, no entanto, esta interpretação do que seria “sede” deriva da legislação nacional francesa e, portanto, é dificilmente aplicada por tribunais internacionais de investimento.

3.3 CONTROLE

Por último, mas não menos importante, analisar-se-á o critério do controle. Este, critério é escolhido apenas em um número limitado de tratados internacionais de investimento e, ainda, frequentemente associado aos outros dois critérios aqui já

¹¹⁷ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Société Civile Immobilière de Gaëta v Guinée*. Case No ARB/12/36. Award. 21 dez. 2015. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7038.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019, p. 42. Tradução livre: 143. Esta presunção pode ser refutada quando se determinar que a empresa tem a sua sede real num país estrangeiro, sendo o lugar efetivo correspondente à sede da gestão efetiva da pessoa jurídica. A julgar, a jurisprudência francesa apresentada pelas partes fornece vários critérios para determinar onde fica a sede da gestão efetiva de uma empresa francesa. 144. **Não basta, portanto, definir a sede em relação ao lugar onde os acionistas de uma empresa se encontram se a empresa tiver apenas um único endereço**, por exemplo, fornecido por outra empresa. **Se o seu centro de exploração industrial ou técnica estiver em outro lugar, pode ser uma pista importante para estabelecer onde é realizado, na realidade, o processo de tomada de decisão na sociedade**; o que importa é descobrir onde está a gestão efetiva da sociedade e onde está seu principal estabelecimento. O fato de uma empresa ter o seu principal estabelecimento, os seus órgãos de gestão e os seus serviços administrativos em França e **concluir os seus principais contratos na França é decisivo para fixar o verdadeiro lugar da empresa na França** (CA Paris, 2 jul 1991 No. 89PA01095 [RL-48 peça]; ver também CA Paris (15 ° C), 09 de novembro de 1994 No. 93-019843 [RL-50 peça]. Pelo contrário, pode-se deduzir que se uma empresa cujos órgãos e serviços administrativos estão localizados no exterior e que conclui seus principais contratos no exterior não pode ser concedida a nacionalidade francesa.

analisados, *seat e place of incorporation*¹¹⁸. No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se uma boa definição de controle acionário prevista no art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), que assim dispõe:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Acerca desta disposição, legal, vê-se a análise do jurista brasileiro Luiz Gastão Paes de Barros Leães:

Como se observa, nas duas hipóteses apontadas pelo art. 116, a Lei associa a existência do *poder de controle societário (a) à titularidade por parte do controlador de direitos de sócios, que lhe assegure a maioria do capital votante, e (b) ao efetivo exercício da direção das atividades sociais*. Examinemos, em duas etapas sucessivas, esses dois tópicos. Primeiramente, a titularidade de um contingente significativo de ações (ou cotas), que gera o poder de conduzir os negócios sociais, pode estar concentrada, pois, numa única pessoa física ou jurídica, ou num "grupo" de pessoas vinculadas por acordo de voto ou sob controle comum. Nessa segunda hipótese, temos o chamado "grupo controlador", cujos membros exercerão o controle da sociedade de forma conjunta ou compartilhada. O poder de controle é, nesse caso, de titularidade de um pugilo de acionistas que integram o grupo, mas não dos seus membros isoladamente considerados, como ressaltamos em outras oportunidades¹¹⁹ (Grifou-se).

Como se observa, o controle acionário é mantido, portanto, por aquele que detém a maioria dos votos para as decisões da companhia. No Direito Brasileiro, isto pode corresponder à propriedade da maioria das ações ou não, já que a nossa legislação – notadamente o art. 116 da Lei nº 6.404/76 – prevê que o controle acionário depende, também, do efetivo exercício do poder de decidir.

¹¹⁸ TIETJE, Christian; KRAFT, Gerhard; LEHMANN, Matthias et al. The Determination of The Nationality of Investors under Investment Protection Treaties. *Essays on Transnational Economic Law*, n. 106, grupo de trabalho – School of Law Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2011, p. 15.

¹¹⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Notas sobre o Poder de Controle Compartilhado. *Revista de Direito Empresarial*, v. 0/2013, p. 103-113, nov./dez. 2013.

No âmbito da arbitragem de investimento, não há um entendimento pacífico acerca da noção de controle a ser aplicada nas disputas de investimento. Assim, os BITs podem explicitar (caso optem pelo critério do “controle” para a definição de nacionalidade de uma pessoa jurídica) se o critério relevante é o controle legal ou o fático. Na ausência desta definição, caberá aos tribunais interpretar as disposições do tratado.

3.3.1 Controle legal

Quando um tribunal arbitral ou um BIT opta pela adoção do controle majoritário para a definição de nacionalidade de uma pessoa jurídica, isso significa dizer que a empresa terá a nacionalidade daqueles que possuem a maioria das ações sob a sua titularidade. Desse modo, se 70% das ações de uma empresa são de propriedade de um acionista brasileiro, então ela será considerada brasileira.

Na aplicação do critério do controle majoritário, desnecessária a comprovação de que o detentor da maioria das ações exerce efetivamente o seu poder decisório. Isso foi o que decidiu o Tribunal Arbitral no caso *Aguas del Tunari v. Bolivia*¹²⁰, já que o BIT em questão, firmado entre Holanda e Bolívia, optava pelo controle de forma genérica, como se vê da redação do seu artigo 1(b)(iii):

Article 1.
For the purposes of the present Agreement:
(b) the term "nationals " shall comprise with regard to either Contracting Party:
iii. legal persons **controlled directly or indirectly**, by nationals of that Contracting Party, but constituted in accordance with the law of the other Contracting Party, [...] ¹²¹ (Grifou-se).

Em face da aplicação genérica do termo “*controlled*”, o Tribunal Arbitral em *Aguas del Tunari v. Bolivia* assim interpretou:

¹²⁰ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia. Case No. ARB/02/3*. Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction. Disponível em: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C210/DC629_En.pdf. Acesso em: 09 jun. 2019.

¹²¹ BOLÍVIA; HOLANDA. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Bolivia*. 1992. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/457/download>. Acesso em: 09 jun. 2019. Tradução livre: Artigo 1. Para os fins do presente Acordo: b) O termo “nacionais” é celebrado por uma das partes contratantes: iii. Pessoas jurídicas controladas direta ou indiretamente por nacionais dessa Parte Contratante, mas constituídas em conformidade com a legislação da outra Parte Contratante, [...]

264. The Tribunal, by majority, concludes that the phrase “controlled directly or indirectly” means that one entity may be said to control another entity (either directly, that is without an intermediary entity, or indirectly) **if that entity possesses the legal capacity to control the other entity**. Subject to evidence of particular restrictions on the exercise of voting rights, such legal capacity is to be ascertained with reference to the percentage of shares held. In the case of a minority shareholder, **the legal capacity to control an entity may exist by reason of the percentage of shares held, legal rights conveyed in instruments or agreements such as the articles of incorporation or shareholders’ agreements, or a combination of these**. In the Tribunal’s view, **the BIT does not require actual day-to-day or ultimate control as part of the “controlled directly or indirectly” requirement contained in Article 1(b)(iii)**. The Tribunal observes that it is not charged with determining all forms which control might take. It is the Tribunal’s conclusion, by majority, that, **in the circumstances of this case, where an entity has both majority shareholdings and ownership of a majority of the voting rights, control as embodied in the operative phrase “controlled directly or indirectly” exists**¹²² (Grifou-se).

Assim, o Tribunal, neste caso, reconhece que a norma geral no que diz respeito ao controle acionário é a de que o controle legal acompanha a propriedade da maioria das ações:

245. First, Claimant’s view that “control” is a quality that accompanies ownership finds support generally in the law. An entity that owns 100% of the shares of another entity necessarily possesses the power to control the second entity. The first entity may decline to exercise its control, but that is its choice¹²³.

¹²² ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Agua del Tunari S.A. v. Republico of Bolivia. Case No. ARB/02/3*. Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction. Disponível em: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C210/DC629_En.pdf. Acesso em: 09 jun. 2019, p. 533. Tradução livre: O Tribunal, por maioria, conclui que a expressão “controlada direta ou indiretamente” significa que se pode dizer que uma entidade controla outra entidade (seja diretamente, ou seja, sem uma entidade intermediária ou indiretamente) se essa entidade possui a capacidade legal de controlar a outra entidade. Sujeito à evidência de restrições específicas ao exercício do direito de voto, essa capacidade jurídica deve ser apurada com referência à porcentagem de ações detidas. No caso de um acionista minoritário, a capacidade legal de controlar uma entidade pode existir em razão do percentual de ações detidas, direitos legais transmitidos em instrumentos ou acordos, tais como os estatutos ou acordos de acionistas, ou uma combinação destes. Do ponto de vista do Tribunal, o BIT não exige o controle real do dia-a-dia ou do controle final como parte do requisito “controlado direta ou indiretamente” contido no Artigo 1 (b) (iii). O Tribunal observa que não está encarregado de determinar todas as formas que o controle pode assumir. É a conclusão do Tribunal, por maioria, que, nas circunstâncias do presente caso, quando uma entidade detém participações majoritárias e detém a maioria dos direitos de voto, o controle, conforme incorporado na frase operativa “controlada direta ou indiretamente”, existe.

¹²³ *Ibidem*, p. 525. Tradução livre: 245. Em primeiro lugar, a opinião do Requerente de que “controle” é uma qualidade que acompanha a propriedade e geralmente ganha suporte na lei. Uma entidade que possui 100% das ações de outra entidade necessariamente possui o poder de controlar a segunda entidade. A primeira entidade pode se recusar a exercer seu controle, mas essa é a sua escolha.

No trecho acima mencionado, o Tribunal vai além, dizendo que, mesmo que o proprietário majoritário das ações decline do exercício do controle, esta decisão, por si só, já representa uma expressão do poder de controle, porque é uma liberalidade do acionista majoritário. Para que se tenha o controle legal de uma empresa, portanto, a arbitragem de investimento entende como suficiente a propriedade da maioria das ações com poder de voto, já que estas conferem ao acionista o poder de decidir, caso queira.

3.3.2 Controle fático

Por fim, é de se ressaltar a última interpretação que se dá ao critério do controle, na prática arbitral dos conflitos de investimento. Esta última compreensão se refere ao “controle efetivo ou fático”, também como conhecido como “*factual control*”¹²⁴.

Em alguns poucos casos, o controle legal é tido como insuficiente para fins de determinação da nacionalidade de uma pessoa jurídica. Isso porque há entendimentos no sentido de que não bastaria a propriedade da maioria das ações, mas sim a comprovação de que o acionista majoritário faz uso do seu poder de controle na prática, sendo responsável pelas decisões relevantes da companhia.

Assim, alguns doutrinadores ressaltam o fato de que a participação acionária em um nível superior a 50% pode não ser controladora, enquanto o controle pode ser adquirido por pessoas que detêm apenas 25% do capital da empresa¹²⁵. Não seria, portanto, uma simples questão de participação acionária.

Essa posição foi adotada por alguns tribunais arbitrais, dentre eles o atuante em *Vacuum Salt v. Ghana*¹²⁶. Neste caso, um dos Diretores da companhia, Sr. Panagiotopoulos, alegava ser o sócio controlador da empresa e, uma vez sendo grego, teria a empresa também a nacionalidade grega. Este diretor detinha 20% das ações com direito de voto e sempre foi considerado muito importante no processo decisório,

¹²⁴ Tradução livre: controle de fato.

¹²⁵ AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *The British Year Book of International Law*, v. 47, n. 1, p. 227-267, 1975, p. 264-265.

¹²⁶ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Vacuum Salt Products Limited v. Government of The Republic of Ghana*. Case No. ARB/92/1. Award. 16 fev. 1994 Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6309.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019, p. 98-99.

pois detinha conhecimento técnico acerca da atividade empresarial desenvolvida pela Vacuum Salt¹²⁷.

O Tribunal Arbitral, neste caso, entendeu que a propriedade da maioria das ações não conferia, por si só, o controle da companhia ao acionista. Assim, discorreu sobre alguns requisitos para que um minoritário tivesse ele mesmo o controle, com base na noção do efetivo uso do poder decisório:

53. It is significant that nowhere does there appear to be any material evidence that Mr. Panagiotopoulos either acted or was **materially influential in a truly managerial rather than technical or supervisory vein**. At all times he was subject to the direction of the Managing Director, Mr. Appenteng, who himself apparently controlled the largest single block of shares (31 percent held by Appenteng Mensah & Co.), and who in turn responded to the board of directors, of which Mr. and Mrs. Panagiotopoulos were but two members. Nowhere in these proceedings is it suggested that Mr. Panagiotopoulos, as holder of 20 percent of Vacuum Salt's shares, either through an alliance with other shareholders, through securing a **significant power of decision or managerial influence or was in a position to steer, through either positive or negative action, the fortunes of Vacuum Salt. The fact that it was truly his "brainchild" and, if such be the case, that his technical advice generally was heeded and even proved to be indispensable, does not fuse with his 20 percent shareholding to render him capable of strongly influencing critical decisions on important corporate matters.**' This is reflected in the board minutes under review, where he invariably delivered the "technical report," and, while temporarily styled General Manager or Deputy Managing Director, also reported on the company's financial status. In the end, the entire proceedings, even viewed in the light most favorable to Claimant, are instinct with the sense that Mr. Panagiotopoulos, for all his admitted talents, was not in any sense "in charge"¹²⁸ (Grifou-se).

¹²⁷ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Vacuum Salt Products Limited v. Government of The Republic of Ghana*. Case No. ARB/92/1. Award. 16 fev. 1994Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6309.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019, p. 99.

¹²⁸ Ibidem, p. 98-99. Tradução livre: 53. É significativo que em nenhum lugar parece haver qualquer evidência material de que o Sr. Panagiotopoulos tenha agido ou tenha sido influenciável materialmente em uma veia verdadeiramente gerencial e não técnica ou de supervisão. Em todos os momentos ele estava sujeito à direção do Diretor Geral, o Sr. Appenteng, que aparentemente controlava o maior bloco individual de ações (31% detido pela Appenteng Mensah & Co.), e que por sua vez respondeu ao conselho de administração dos quais o Sr. e a Sra. Panagiotopoulos eram apenas dois membros. Em nenhum lugar destes procedimentos é sugerido que o Sr. Panagiotopoulos, detentor de 20% das ações da Vacuum Salt, seja por meio de uma aliança com outros acionistas, assegurando um poder significativo de decisão ou influência gerencial ou estivesse em posição de conduzir, por meio de ação positiva ou negativa, as fortunas da Vacuum Salt. O fato de que foi realmente sua "ideia" e, se tal for o caso, que seu conselho técnico geralmente foi considerado e até mesmo provado indispensável, não se funde com seus 20% de participação para torná-lo capaz de influenciar fortemente decisões críticas sobre assuntos corporativos importantes. Isso se reflete nas atas da diretoria em análise, nas quais ele invariavelmente forneceu o "relatório técnico" e, embora estivesse temporariamente no cargo de Gerente Geral ou Diretor Executivo Adjunto, também informava sobre a situação financeira da empresa. No final, todo o processo, mesmo visto sob a luz mais favorável ao Requerente, é instintivo com a sensação de que o Sr. Panagiotopoulos, apesar de todos os seus talentos admitidos, não estava em nenhum sentido "no comando".

Depreende-se do trecho acima colacionado que o Tribunal Arbitral considerou que, se o Sr. Panagiotopoulos tivesse comprovado um poder de gerência para verdadeiramente influenciar as decisões críticas acerca de assuntos corporativos, então isso, combinado com sua participação no percentual de 20%, poderia sim lhe conferir o poder da companhia. Ocorre que, no caso em concreto, a prova dos autos levou o Tribunal à percepção de que Sr. Panagiotopoulos era o “cérebro” da área técnica da empresa, sendo materialmente influente em uma veia técnica ou de supervisão, e não gerencial. Tem-se, assim, que o controle fático ou efetivo depende, essencialmente, de um percentual de participação acionário – ainda que minoritário – combinado com evidências de que o acionista era responsável pelo processo decisório diário da empresa.

A noção de “controlador efetivo”, no entanto, não é muito utilizada pela prática arbitral. Isto porque implica, muitas vezes, a desconsideração da personalidade jurídica pelo tribunal, a fim de que seja afastada a propriedade majoritária das ações para se encontrar quem de fato controla a sociedade. A desconsideração da personalidade jurídica, por sua vez, requer a comprovação de que há um abuso da estrutura societária, o que, nos conflitos de investimento, é muito difícil de comprovar.

Essa dificuldade de aplicação já foi expressamente reconhecida pelo Tribunal em *Aucoven v. Venezuela*, que assim decidiu:

Finding the “ultimate”, or “effective”, or “true” controller would often involve difficult and protracted factual investigations, without any assurance as to the result.

70. In addition, Aucoven has engaged in no abuse. Since its incorporation, Icatech has been an active corporation. It holds directly or indirectly about 20 subsidiaries (Cl. Ex. 10). Icatech acquired its majority shares in Aucoven at a time when it reoriented its activities towards the international market¹²⁹.

¹²⁹ ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/00/5. Decision on Jurisdiction. 27 set. 2001. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6352.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019, p. 27. Tradução livre: Encontrar o controlador “final”, ou “eficaz” ou “verdadeiro” envolveria frequentemente investigações fáticas difíceis e demoradas, sem qualquer garantia quanto ao resultado. 70. Além disso, Aucoven não se envolveu em abuso. Desde a sua incorporação, a Icatech tem sido uma empresa ativa. Detém direta ou indiretamente cerca de 20 subsidiárias (Cl. Ex. 10). A Icatech adquiriu a maioria das ações da Aucoven no momento em que reorientou suas atividades para o mercado internacional.

Assim, muito embora seja o critério do controle efetivo útil para os casos em que há situação de abuso da estrutura societária, é o menos utilizado para a definição de nacionalidade das pessoas jurídicas no âmbito da arbitragem de investimento. Isso porque, em condições normais, dá-se preferência aos critérios de *place of incorporation*, *social seat* e *legal control*.

3.4 NACIONALIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS NO BRASIL

Como já mencionado na etapa introdutória do presente trabalho, o Brasil, embora tenha assinado vinte e quatro tratados bilaterais de investimento¹³⁰, somente mantém um em vigor: o BIT entre Angola e Brasil¹³¹. No entanto, este Tratado não é muito rico em termos de técnica de proteção de investimentos estrangeiros, uma vez que deixa muito das definições relevantes do acordo a cargo da legislação nacional de cada país, o que pode gerar conflitos e dificuldade de interpretação em uma eventual disputa. No que importa para a presente análise, veja-se como o BIT Angola-Brasil define o conceito de “investidor”:

Artigo 3 – Definições

Para efeitos do Presente Acordo, **as definições sobre investimento, investidor e outras** definições inerentes a esta matéria **serão reguladas pelos respectivos ordenamentos jurídicos das Partes**. (Grifou-se).¹³²

Não há, portanto, um “denominador comum” entre os dois países – Angola e Brasil – no que tange à escolha de um critério para a definição de nacionalidade de um investidor pessoa-jurídica (e nem natural). Há, portanto, remissão às legislações domésticas de cada Estado. No caso da legislação brasileira, encontra-se uma definição de nacionalidade das pessoas jurídicas através de dispositivos de Direito

¹³⁰ UNCTAD. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. Brazil. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>. Acesso em: 10 jun. 20192019.

¹³¹ ANGOLA; BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola*. 2015. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4720/download>. Acesso em: 10 jun. 20192019.

¹³² Ibidem, p. 1.

Internacional Privado, a saber, através do art. 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹³³:

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado **em que se constituírem**.

§ 1º Não poderão, entretanto ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

§ 2º Os Governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou susceptíveis de desapropriação.

§ 3º Os Governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares. (Grifou-se).

A LINDB indica, portanto, que em situações com elementos de estraneidade, deve ser aplicada às pessoas jurídicas a lei do local em que foram constituídas. Em outras palavras, o ordenamento jurídico brasileiro opta pelo critério do local de incorporação para resolver as questões com elementos internacionais.

Entende-se como oportuno ressaltar, ainda, que o § 1º do art. 11 acima mencionado exige que todas as filiais de empresas estrangeiras passem por uma prévia autorização para que sejam instaladas no Brasil. Dessa forma, o art. 1.137, parágrafo único, do Código Civil¹³⁴ fornece a possibilidade de distinção entre a empresa estrangeira e as suas filiais estabelecidas no Brasil:

Art. 1.137. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil.

Parágrafo único. **A sociedade estrangeira funcionará no território nacional com o nome que tiver em seu país de origem, podendo acrescentar as palavras "do Brasil" ou "para o Brasil".** (Grifou-se)

Nesse contexto, parece que, ao analisarmos a nacionalidade de uma pessoa jurídica estrangeira instalada no Brasil, utilizaremos também o critério *place of incorporation*. Para fins de resolução de eventuais disputas de investimento, no entanto, não se pode afirmar, com certeza, quais critérios seriam utilizados, uma vez

¹³³ BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹³⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

que são inexistentes, até o presente momento, casos de investimento envolvendo o Brasil ou empresas brasileiras. Espera-se que, futuramente, o Brasil possa ser importante agente no cenário dos investimentos estrangeiros.

4 CONCLUSÃO

A sistemática da proteção de investimentos evoluiu da proteção diplomática para a proteção mais específica, salvaguardada por meio dos tratados bilaterais de investimento (BITs). Estes, como todos os acordos e tratados, contêm características muito particulares e individualizadas. No entanto, é possível reconhecer, atualmente, um padrão de proteção consolidado, a começar justamente pelo modo de resolução de disputas, já que os BITs comumente inserem cláusulas compromissórias de arbitragem que permitem que o investidor acione o Estado-anfitrião diretamente, em caso de conflitos.

Além da possibilidade de instaurar um tribunal arbitral para dirimir as disputas de investimento, os BITs também possuem uma série de cláusulas típicas para proteger os investimentos estrangeiros de eventuais condutas arbitrárias dos Estados-anfitriões. Dentre elas, as principais cláusulas, e também mais utilizadas, são: (i) a que proíbe a expropriação não indenizada; e (ii) a que estipula que a todos os investimentos será conferido um tratamento justo e equitativo, respeitadas as expectativas legítimas dos investidores.

Para além destas duas principais cláusulas, compõem a sistemática da proteção de investimentos, também as cláusulas de: (iii) *full protection and security*; (iv) *umbrella clause*; (v) tratamento nacional; e, por fim (vi) *most-favoured nation* (MFN). Todas estas cláusulas, uma vez violadas por um Estado-anfitrião, podem dar início a uma disputa de investimento, podendo o investidor optar pela instituição de um tribunal arbitral.

No entanto, para fazer jus a este sistema protetivo, o investidor estrangeiro deve satisfazer alguns requisitos, dentre eles a realização de um investimento no Estado-anfitrião, qualificado nos termos do BIT e, ainda, ser um nacional do outro Estado-parte do tratado. Assim, a lógica da arbitragem de investimento veda a possibilidade de um investidor acionar seu próprio Estado de nacionalidade por meio da arbitragem, já que, para tanto, deveria ele acessar as cortes domésticas. A arbitragem de investimento é reservada, portanto, a investidores estrangeiros que sejam nacionais do outro Estado contraente do BIT.

É nesse ponto que entra a importância da definição da nacionalidade do investidor, já que isso influenciará na existência ou não de jurisdição do tribunal arbitral. Quanto às pessoas naturais, é regra geral que cada Estado preserve sua

soberania e determine, através de sua legislação nacional, quem são seus próprios cidadãos. No que tange às pessoas jurídicas, por outro lado, é muito mais comum que os tratados bilaterais de investimento definam, desde logo, um critério comum que indique a nacionalidade das empresas.

Assim, adentrou-se no principal ponto do presente trabalho, que diz respeito aos critérios de definição da nacionalidade de pessoas jurídicas no âmbito da arbitragem de investimento. É possível distinguir, portanto, três principais critérios reconhecidos pela doutrina e jurisprudência: (i) *place of incorporation*; (ii) *seat*; e (iii) *control*.

No que tange ao primeiro critério, *place of incorporation*, observou-se, desde logo, que se trata da regra geral para a determinação de nacionalidade das pessoas jurídicas no âmbito da proteção de investimentos estrangeiros. Isso se dá desde a adoção de entendimentos emblemáticos oriundos da proteção diplomática – notadamente através do caso *Barcelona Traction* – até a formação de uma jurisprudência de investimento neste mesmo sentido, pelo caso *Tokio Tokelés v. Ukraine* e outros subsequentes a ele.

Nesse sentido, quando um tratado bilateral ou multilateral de investimento não fixar qual o critério para definir a nacionalidade de uma pessoa jurídica investidora, então aplicar-se-á o local de incorporação. Isso significa dizer que, para ser considerada nacional de um Estado-parte do tratado, basta que a pessoa jurídica tenha sido constituída em seu território e segundo as suas leis. Trata-se, assim, de um critério formal, mas seguro e imutável no transcorrer do tempo.

Somente serão aplicados os outros dois critérios, *seat* e *control*, quando o tratado de investimento expressamente determinar. Assim, analisando os acordos de investimento atualmente existentes, a doutrina identifica que o critério mais utilizado, depois do local de incorporação, é o local da sede da pessoa jurídica, sendo a interpretação mais recorrente deste critério no sentido de “local onde mantida a administração central da empresa”.

Por fim, quanto ao critério do “controle”, vê-se que é o menos utilizado na prática, diante da dificuldade de se definir quem é o verdadeiro controlador de uma empresa. Assim, o mais comum é que, quando eleito este critério, seja ele empregado no sentido de identificar o controlador como aquele que possui o maior percentual de ações com direito de voto (*legal control*), em detrimento do entendimento de que controlador seria aquele faz uso efetivo do poder de decidir (*factual control*).

Uma vez transportados tais conceitos para os investimentos realizados no Brasil ou, ainda, realizados no estrangeiro, mas por empresas brasileiras, verifica-se a rara interação do nosso país com a sistemática da proteção dos investimentos estrangeiros. Espera-se, contudo, que o Brasil possa ser, futuramente, um agente importante no ambiente de FDI, fazendo vigorar mais tratados bilaterais de investimento.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. *German Model Treaty – 2008*. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.
- ALEMANHA; CHINA. *Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*. 2003. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/736/download>. Acesso em: 08 jun. 2019.
- ALEMANHA; PAQUISTÃO. *Vertrag vom 25. November 1959 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Forderung und zum Schutz von Kapitalanlagen*, de 25 de novembro de 1959. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>. Acesso em: 19 abr. 2019.
- AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *The British Year Book of International Law*, v. 47, n. 1, p. 227-267, 1975.
- ANGOLA; BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola*. 2015. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4720/download>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- ARGÉLIA; UNIÃO ECONÔMICA BÉLGICA-LUXEMBURGO. *Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République algérienne démocratique populaire concernant l'encouragement et la protection reciproques des investissements*. 1991. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw7169.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019.
- ARGENTINA; ESTADOS UNIDOS. *Treaty Between United States of America and The Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 1991. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/127>. Acesso em: 19 maio 2019.
- ASEAN. Associação das Nações do Sudeste Asiático. *Agreement among the Government of Brunei Darussalam, The Republic of Indonesia, Malaysia, The Republic of The Philippines, The Republic of Singapore, and The Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments*. Manila, 15 December 1987. Disponível em: https://asean.org/?static_post=the-1987-asean-agreement-for-the-promotion-and-protection-of-investments. Acesso em: 09 jun. 2019.
- BILLIET, Johan. *International Investment Arbitration. A Practical Handbook*. Antuérpia; Apeldoorn; Portland: Maklu Publishers, 2016.

BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; et al. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 2014.

BOLÍVIA; HOLANDA. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Bolivia*. 1992. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/457/download>. Acesso em: 09 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. Receita Federal. Coordenação-Geral de Tributação. *Solução de Consultanº 27 – Cosit*, 2013. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/Legislacao/SolucoesConsultaCosit/2013/S CCosit272013.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

CANADÁ; CHINA. *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*. 2014. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/3476>. Acesso em: 29 maio 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

DUGAN, Christopher and others. *Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty*. 2012. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/188371.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

ESTADOS UNIDOS; CANADÁ; MÉXICO. *North American Free Trade Agreement – NAFTA*. 1994. Disponível em: https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

ESTADOS UNIDOS; CANADÁ; MÉXICO. *North American Free Trade Agreement – NAFTA*. 1994. Disponível em: https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf. Acesso em: 19 maio 2019.

FAUCHALD, Ole Kristian. The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 2, 2008.

FELLMETH, Aaron Xavier; HORWITZ, Maurice. *Guide to latin in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

FRANÇA. Senado. *La bataille des centres de décision: promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation (rapport)*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.senat.fr/rap/r06-347-1/r06-347-118.html>. Acesso em: 09 jun. 2019.

HOLANDA; REPÚBLICA TCHECA. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic*, 1991. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/968>. Acesso em: 19 maio 2019.

HUNTER, Martin; REDFERN, Alan; PARTASIDES, Constantine; BLACKABY, Nigel. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6th Ed. Oxford: Oxford University Press: 2015.

ICJ. Corte Internacional de Justiça. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgium v. Spain). Second Phase*. 05 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

ICJ. Corte Internacional de Justiça. *Nottebohm Case. (Liechtenstein v. Guatemala)*. 06 abr. 1955. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*. Case No. ARB/09/8. 17 out. 2013. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3006.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Tecmed v. Mexico*. Case No. ARB (AF)/00/2. Award. 29 mai. 2003. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Noble Ventures v. Romania*. Case No. ARB/01/11. Award. 12 out. 2005. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Pantechniki v. Albania*. Case No. ARB/07/21, 30 jul. 2009. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0618.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *ICSID Convention*. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf. Acesso em: 12 maio 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Database of ICSID Member States*. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>. Acesso em: 12 maio 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica*. Caso No. ARB/96/1. Sentença Arbitral. para.72. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Tokios Tokelés v. Ukraine*. Case No. ARB/02/18. 29 abr. 2004. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*. Case No. ARB/06/3. 18 abr. 2008. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0717.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*. Case No. ARB/09/8. 17 out. 2013. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3006.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*. Award. Case No. ARB/12/35. 31 mai. 2017. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8973.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/11/26. Award. 29 jan. 2016. Disponível em:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7098.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Société Civile Immobilière de Gaëta v Guinea*. Case No ARB/12/36. Award. 21 dez. 2015. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7038.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Société Civile Immobilière de Gaëta v Guinea*. Case No ARB/12/36. Award. 21 dez. 2015. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7038.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Aguas del Tunari S.A. v. Republico of Bolivia*. Case No. ARB/02/3. Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction. Disponível em: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C210/DC629_En.pdf. Acesso em: 09 jun. 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Vacuum Salt Products Limited v. Government of The Republic of Ghana*. Case No. ARB/92/1. Award. 16 fev. 1994Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6309.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republico of Venezuela*. Case No. ARB/00/5. Decision on Jurisdiction. 27 set. 2001. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6352.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

ICSID. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. *Vacuum Salt Products Limited v. Government of The Republic of Ghana*. Case No. ARB/92/1. Award. 16 fev. 1994Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6309.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ILC. Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. *Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries*. 1978. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf. Acesso em: 19 maio 2019.

KJOS, Hege Elisabeth. *Applicable Law in Investor-State Arbitration*. The Interplay between National and International Law. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KLÄGER, Roland. *Fair and Equitable Treatment in the System of International Investment Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Notas sobre o Poder de Controle Compartilhado. *Revista de Direito Empresarial*, v. 0/2013, p. 103-113, nov./dez. 2013.

LITUÂNIA; UCRÂNIA. *Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the promotion and reciprocal protection of investments*. 1994. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5033/download>. Acesso em: 30 maio 2019.

MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; WEINIGER, Matthew. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. 2nd Ed. Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2017.

MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

OECD. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 1963. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019.

PORTUGAL; VENEZUELA. *Acordo entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República da Venezuela sobre a Proteção e Protecção mútua de investimentos*. 1994. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2203/download>. Acesso em: 08 jun. 2019.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. rev. e atual. Livro digital. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHREUER, Christoph. Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 1, Issue 2, 2010.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Haia: Kluwer Law International, 2000.

TIETJE, Christian; KRAFT, Gerhard; LEHMANN, Matthias et al. The Determination of The Nationality of Investors under Investment Protection Treaties. *Essays on Transnational Economic Law*, n. 106, grupo de trabalho – School of Law Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2011.

TRIBUNAL ARBITRAL DA ASSOCIAÇÃO DAS NAÇÕES DO SUDESTE ASIÁTICO (ASEAN). *Yaung Chi OO Trading PTE LTD. v. Government of The Union of Myanmar*. Case No. ARB/01/1. Award. 31 mar. 2003. Disponível em:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

UNCITRAL. Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional. *Eastern Sugar v. Czech Republic*. Caso SCC No. 088/2004. Partial Award. 27 mar. 2007. Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf. Acesso em: 19 maio 2019.

UNCITRAL. Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional. *Pope & Talbot v. Canada*. Sentença sobre o mérito da Fase 2. 10 abr. 2001. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

UNCITRAL. Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional. *Methanex v. the United States*. Final Award, 03 ago. 2005. Part IV, Chapter B. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

UNCTAD. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. *International Investment Agreements Navigator*. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Acesso em: 14 abr. 2019.

UNCTAD. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. *What's new*. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iialInnerMenu>. Acesso em: 14 abr. 2019.

UNCTAD. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. *National Treatment*. UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999. Disponível em: <https://unctad.org/en/Docs/psiteiitd11v4.en.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

UNCTAD. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. *Brazil*. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>. Acesso em: 10 jun. 2019.

UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*. 2016. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf. Acesso em: 29 maio 2019.

VENEZUELA; UNIÃO ECONÔMICA BÉLGICA-LUXEMBURGO. *Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et Le Gouvernement de la République du Venezuela concernant la promotion et la protection reciproques des investissements*. 1998. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/429/download>. Acesso em: 08 jun. 2019.

YANNACA-SMALL, Katia. *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. 2nd Ed. Oxford: Oxford University Press: 2018.