

A “cláusula da nação mais favorecida”: evolução interpretativa quanto à sua aplicação aos mecanismos de resolução de litígios

The most favoured nation clause: the evolution of its interpretation as regards its application to the dispute resolution mechanisms

SOFIA MARTINS
RICARDO SARAIVA

VOL. 6 Nº 2 SETEMBRO 2019

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

A “CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA”: EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA QUANTO À SUA APLICAÇÃO AOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS¹

THE MOST FAVOURED NATION CLAUSE: THE EVOLUTION OF ITS INTERPRETATION AS REGARDS ITS APPLICATION TO THE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS

SOFIA MARTINS²

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
sofia.martins@mirandalawfirm.com

RICARDO SARAIVA³

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Campus de Campolide, 18,
1099-032 Lisboa - Portugal
ricardo.saraiva@mirandalawfirm.com

Resumo: A cláusula da nação mais favorecida, tipicamente presente em tratados bilaterais de investimento, foi durante décadas utilizada para efeitos exclusivamente da “importação” para o escopo de proteção de um tratado de disposições substantivas mais favoráveis constantes de outros tratados. Todavia, desde o ano 2000, multiplicou-se o número de arbitragens de investimento onde foi suscitada a questão da inclusão dos mecanismos de resolução de litígios – de carácter adjetivo ou processual – no escopo de aplicação daquelas cláusulas. O caso *Maffezini c. Espanha* constituiu um marco por ter sido o primeiro em que a questão foi suscitada, tendo ali sido respondida positivamente pelo tribunal arbitral, embora com reservas. Desde então, a jurisprudência arbitral não tem sido unânime, tendo em alguns casos seguido o entendimento sufragado em *Maffezini* e noutros decidido em sentido inverso. Apesar da aparente contradição na jurisprudência há sinais de uma convergência quanto à forma como devem estas cláusulas ser interpretadas.

Palavras-chave: cláusula da nação mais favorecida; mecanismos de resolução de litígios; tratado bilateral investimento; arbitragem de investimento; interpretação dos tratados.

Sumário: 1. Introdução ao tema; 2. A problemática da interpretação das disposições dos “Treaties for the Promotion and Protection of Investments” (TPPI), 3. O escopo das cláusulas da “Nação mais favorecida”: controvérsias

1. No presente texto as citações e transcrições são feitas na sua língua original ou em versões oficiais em inglês para mais fiel reprodução.

2. Advogada e árbitro, Sócia, Miranda & Associados.

3. Advogado, Associado Sénior, Miranda & Associados.

relativas à sua aplicação aos mecanismos de resolução de litígios; 3.1. O Caso *Maffezini c. Espanha*; 3.2. Crítica; 4. A jurisprudência arbitral internacional após *Maffezini c. Espanha*; 4.1. Decisões arbitrais alinhadas com *Maffezini c. Espanha*; 4.2. Decisões contrastantes com entendimento expressado em *Maffezini c. Espanha*; 4.2.1. *Salini c. Jordânia*: uma reversão do *Maffezini*?; 4.2.2. Outras decisões contrastantes com *Maffezini*: o caso *Telenor*; 5. Considerações finais e posição sobre o tema.

Abstract: The most favoured nation clause, a typical clause in bilateral investment treaties, was used, for the past few decades, for the exclusive purpose of “importing” into the scope of protection of a certain treaty other more favourable substantive clauses foreseen in different treaties. However, since 2000, the number of investment arbitrations in which the matter of including mechanisms of dispute resolution – of procedural character – in the scope of application of said clauses was dealt with suffered a significant rise. The *Maffezini v. Spain* was a landmark case as it was the first case ever in which this issue arose, being subject to a positive answer, albeit with reservations, by the arbitral tribunal. Since then, arbitration case law has not been unanimous, shifting from adhering to the *Maffezini* doctrine to its repeal. Despite the apparent contradiction in case law, some signs of convergence as to the specific way in which this type of clauses should be interpreted.

Keywords: most favoured nation clause; dispute resolution mechanism; bilateral investment treaty; investment arbitration; treaty interpretation.

Summary: 1. Introduction; 2. The issue of the interpretation of Treaties for the Promotion and Protection of Investments (TPPI); 3. The scope of “most favoured nation” clauses: controversies regarding their application to dispute settlement mechanisms; 3.1 *Maffezini c. Spain* Case; 3.2. Criticism; 4. International arbitration case law after *Maffezini c. Spain*; 4.1. Arbitration decisions in accordance with *Maffezini c. Spain*; 4.2 Arbitration decisions that differ from the position adopted in *Maffezini c. Spain*; 4.2.1. *Salini c. Jordan*: a reversal of *Maffezini* Case?; 4.2.2. Further decisions that differ from *Maffezini*: the *Telenor Case*; 5. Final remarks and position on the topic.

1. Introdução ao tema

O princípio do tratamento da nação mais favorecida⁴, apesar de apenas em tempos mais recentes ser objeto de detida análise e discussão – no âmbito da arbitragem de investimento baseada em tratados de proteção e promoção recíprocas de investimentos⁵ –, há já mais de dois séculos que é utilizado como instrumento orientador da promoção de relações comerciais entre Estados⁶.

4. No presente texto “nação mais favorecida” será abreviadamente referido como “NMF”.

5. No presente texto “tratados de proteção e promoção recíprocas de investimentos” serão, também, abreviadamente referidos como “TPPI”.

6. Designadamente nos instrumentos referidos no comércio internacional como FCN (*friendship, commerce and navigation treaties*)

A formulação do princípio NMF é variável mas, na sua essência, materializa-se no compromisso, normalmente recíproco e assumido por um Estado perante um outro Estado ou grupo de Estados, em assegurar aos nacionais destes últimos e/ou aos seus investimentos um tratamento ou a aplicação de um regime que não será menos favorável que o tratamento ou o regime mais favorável concedido por aquele Estado aos nacionais de outros Estados e/ou aos seus investimentos.

As primeiras manifestações de tal princípio terão surgido sob a forma de garantia da aplicação, por um Estado a nacionais de outro, de um regime não menos favorável, designadamente no que respeita a taxas, isenções e restrições comerciais, que o regime acordado com outros Estados.

No rescaldo ainda da Segunda Guerra Mundial foi, em 1947, celebrado o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio^{7 8} que, logo no seu artigo 1.º, estabeleceu como princípio basilar do Acordo o princípio NMF, a ser aplicado pelos Estados contratantes de forma incondicional⁹.

Na segunda metade do século XX assistiu-se ao surgimento dos chamados tratados de promoção e proteção recíprocas de investimentos¹⁰ com o propósito de potenciar o investimento estrangeiro – e, por esse via, o desenvolvimento –, nomeadamente em países menos desenvolvidos, através da concessão de determinadas garantias e proteções aos investimentos e investidores estrangeiros.

O princípio do tratamento NMF foi incluído logo no primeiro TPPI¹¹ celebrado, em 1959, entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão, embora a correspondente garantia – de tratamento não menos favorável – se restrinja às situações de perda nos investimentos em resultado de guerra, conflito armado, revolução ou rebelião¹².

Após a celebração do TPPI Alemanha-Paquistão muitos outros foram celebrados nas décadas seguintes, estimando-se que existam presentemente mais de 2900 TPPI, dentre os quais mais de 2300 se encontram em vigor¹³.

7. Em inglês: *General Agreement on Tariffs and Trade*, comumente designado como “GATT”, expressão que utilizarem igualmente neste texto.

8. A versão atual em inglês do GATT encontra-se disponível para consulta em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf (consultado em 30 de setembro de 2019).

9. Antes da celebração do GATT era comum acordar-se que a aplicação do princípio NMF ficaria condicionada, por exemplo, à verificação de reciprocidade no tratamento mais favorável. Importa, contudo, referir que, sem prejuízo da expressa referência ali feita ao carácter incondicional da aplicação do princípio NMF, o próprio GATT prevê diversas exceções e exclusões à aplicação do regime, em benefício da promoção do comércio global.

10. É certo que ainda no século XVIII vários Estados haviam já celebrado acordos com o propósito de promover – protegendo, entendemos – as relações bilaterais, muito embora a formulação de tais tratados e as disposições materiais dos mesmos se afastassem substancialmente

11. Os TPPIs que incluem cláusulas NMF são denominados ‘tratados base’ por oposição aos outros tratados com nações mais favorecidas nos quais se encontram previstas as condições consideradas mais favoráveis.

12. Cfr. versão oficial bilingue, alemã e inglesa, do referido TPPI disponível em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download> (consultada em 30 de setembro de 2019).

13. De acordo com a informação disponibilizada pela Conferência das Nações Unidas

A grande maioria dos referidos TPPI incluem disposições que refletem o princípio NMF. Tipicamente, as cláusulas NMF incluídas em TPPI preveem que os investimentos dos investidores de um Estado serão tratados de forma não menos favorável que os investimentos de investidores de Estados terceiros. Sem prejuízo daquele teor mais usual, as cláusulas NMF surgem nas mais diversas formulações cuja interpretação e aplicação têm provocado o debate na comunidade arbitral internacional e requisitado a atenção dos tribunais arbitrais num crescente número de arbitragens de investimento.

2. A problemática da interpretação das disposições dos TPPI

Os TPPI surgem com formulações diversificadas. Muito embora se possa aludir à existência, na maioria dos países, de um texto modelo de TPPI, é incontestável que o texto final de um tratado é sujeito a um processo negocial para o qual contribuem os interesses económicos e comerciais e o nível de disponibilidade de concertação de ambos os Estados contratantes.

Existem, em qualquer caso, diversos princípios/garantias típicos dos TPPI – designadamente por revestirem particular relevância no contexto da proteção aos investimentos e dos investidores estrangeiros –, materializados em normas de carácter substantivo como a garantia de tratamento justo e equitativo, a proteção contra expropriação ou medidas equivalentes ou a garantia de repatriamento do investimento; assim como outros, materializados em normas de carácter adjetivo, como o acordo dos Estados contratantes a que litígios relacionados com os TPPI sejam resolvidos por recurso à arbitragem internacional.

Atenta a formulação diversificada das cláusulas dos TPPI que materializam aqueles princípios e procedimentos, é frequente as mesmas exigirem um exercício interpretativo para determinação do seu âmbito de aplicação, i.e., do seu escopo de proteção, dado que todas as disposições relevantes, seja de natureza substantiva ou adjetiva¹⁴, pretendem, a nosso ver, indistintamente, conferir, de algum modo, proteção aos investidores e aos seus investimentos. Mas o recurso aos *standards* de proteção dos TPPI exige, ainda e em primeira linha, a interpretação de conceitos-chave destes tratados, como sejam os de ‘investimento’, ‘investidor’ ou ‘tratamento’ os quais são (sempre ou quase sempre) escrutinados pelos tribunais arbitrais no âmbito de qualquer arbitragem de investimento.

Para além da necessária determinação do âmbito, *inter alia*, dos referidos

sobre Comércio e Desenvolvimento em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (consultada em 30 de setembro de 2019).

14. Discute-se até que ponto os mecanismos de resolução de litígios deverão ser considerados verdadeiras proteções – ou serem considerados uma forma de tratamento dos investidores/investimentos – ao abrigo dos TPPI, designadamente para efeitos das cláusulas NMF. Neste texto voltaremos *infra* a esta questão uma vez que a jurisprudência arbitral de investimento dela se ocupou ao decidir questões relacionadas com a aplicação de cláusulas NMF a mecanismos de resolução de litígios contidos nos TPPI.

conceitos-chave, a cláusula NMF tem ocupado, em tempos recentes, um lugar de destaque na função interpretativa do texto dos tratados exigida aos tribunais arbitrais internacionais no âmbito da resolução de litígios relativos a investimentos.

É hoje pacífico que os tratados devem ser aplicados e interpretados primordialmente de acordo com o seu próprio texto, em consonância com as intenções dos Estados no momento da sua celebração¹⁵. Adicionalmente, coloca-se a questão de se saber em que medida a lei consuetudinária internacional – a denominada *customary international law* – poderá contribuir para a interpretação das cláusulas NMF e das correspondentes obrigações dos Estados contratantes. A este respeito será de aludir à emissão, em 1978, pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas de uma recomendação intitulada *Draft articles on most-favoured-nation clauses*¹⁶ cujo artigo 7.º, sob a epígrafe *Legal basis of most-favoured-nation treatment*, prescreve o seguinte: “*Nothing in the present articles shall imply that a State is entitled to be accorded most favoured-nation treatment by another State otherwise than on the basis of an international obligation undertaken by the latter State.*”. Em comentário a este dispositivo a Comissão expressou o entendimento segundo o qual um Estado não se encontra obrigado a conceder tratamento NMF a outro Estado a menos que tenha expressamente assumido tal obrigação, designadamente no contexto de um tratado ou acordo internacional. Mais entendeu que tal entendimento emana do princípio da soberania dos Estados, o qual inclui o direito daqueles a concederem tratamento ou favores especiais a outros Estados. A este respeito entende a Comissão que os Estados não se encontram vinculados por norma consuetudinária internacional a conceder a outros (todos os) Estados o tratamento ou os favores especiais concedidos a alguns Estados, concluindo que aquele direito (à não concessão de tratamento NMF) não viola o dever geral de não discriminação.

É certo que a inclusão de cláusulas NMF em TPPI se tem revelado prática comum; contudo, cremos que tal tendência não é suficiente para contrariar o entendimento acima referido da Comissão de Direito Internacional da ONU – que, apesar de ter sido emitido há já três décadas, se mantém, a nosso ver, atual –, não existindo na *customary international law* uma norma que vincule os Estados a conceder tratamento NMF, devendo tal tratamento resultar da assunção expressa da correspondente obrigação pelos Estados. Assim, a existência de um princípio de NMF num determinado TPPI e o âmbito da proteção pelo mesmo conferida haverão de ser ajuizados, em primeiro lugar, por meio da interpretação dos termos em que tal princípio ficou acordado no tratado em questão (texto) vistos à luz das intenções dos Estados contratantes no momento da celebração

15. A este respeito, cfr. R. BERNHARD “Interpretation in International Law” in R. BERNHARD (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1995, pp. 1416-1418.

16. Conjunto de regras sobre cláusulas NMF– acompanhadas de comentários – que a Comissão de Direito Internacional propôs à Assembleia Geral das Nações Unidas fosse recomendado aos Estados membros, disponível em versão inglesa em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf (consultado em 30 de setembro de 2019).

(circunstâncias).

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – concluída em 1969 e ratificada pelo Estado Português em 2003 – oferece uma regra geral sobre interpretação do texto dos tratados, a qual foi, não raras vezes, utilizada por instâncias arbitrais para efeitos de determinação do conteúdo e âmbito de cláusulas NMF^{17 18}. De acordo com esta Convenção, a regra geral de interpretação passará por acudir ao sentido comum a atribuir aos termos do tratado – no contexto em que o mesmo foi celebrado –, e tendo em devida consideração os respetivos objeto e fim.

Por fim, haverá ainda que aludir a dois outros princípios de relevo neste contexto: o princípio radicado na expressão *res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet*, segundo o qual – e de forma simplista se define – os acordos e atos entre um grupo definido de pessoas ou instituições (ou Estados) não prejudicam nem aproveitam a terceiros; assim como o princípio *ejusdem generis* que, no contexto da interpretação do texto dos tratados, poderá ser definido como determinando que uma regra ou previsão destinada a uma concreta situação apenas será compatível com (ou aplicável a) outra situação que revista a mesma natureza¹⁹.

3. O escopo das cláusulas NMF: controvérsias relativas à sua aplicação aos mecanismos de resolução de litígios

No âmbito da arbitragem de investimento os tribunais arbitrais têm sido muitas vezes chamados a pronunciar-se sobre a aplicação do regime NMF, designadamente a matérias substantivas dos tratados²⁰. Contudo, apenas no final

17. O artigo 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe o seguinte: “1 - Um tratado deve ser interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respetivos objeto e fim. 2 - Para efeitos de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, preâmbulo e anexos incluídos: a) Qualquer acordo relativo ao tratado e que tenha sido celebrado entre todas as Partes quando da conclusão do tratado; b) Qualquer instrumento estabelecido por uma ou mais Partes quando da conclusão do tratado e aceite pelas outras Partes como instrumento relativo ao tratado. 3 - Ter-se-á em consideração, simultaneamente com o contexto: a) Todo o acordo posterior entre as Partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação das suas disposições; b) Toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das Partes sobre a interpretação do tratado; c) Toda a norma pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as Partes. 4 - Um termo será entendido num sentido particular se estiver estabelecido que tal foi a intenção das Partes.”

18. O artigo 32.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe o seguinte: “Pode-se recorrer a meios complementares de interpretação, designadamente aos trabalhos preparatórios e às circunstâncias em que foi concluído o tratado, com vista a confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31.º, ou a determinar o sentido quando a interpretação dada em conformidade com o artigo 31.º: a) Deixe o sentido ambíguo ou obscuro; ou b) Conduza a um resultado manifestamente absurdo ou incoerente.”

19. No inglês diz-se ser “*of the same kind*”.

20. De referir, desde logo, que a aplicação do princípio NMF – como, de resto, sucede com muitos outros princípios gerais em direito internacional – se reveste de particular dificuldade por se encontrar sujeita a um amplo espectro de interpretação.

da década de 90 foi um tribunal arbitral internacional, constituído ao abrigo de disposições de um TPPI, confrontado com a necessidade de decidir se – e em que termos – o regime de uma cláusula NMF pode ser aplicado a disposições adjetivas dos TPPI, designadamente ao mecanismo de resolução de litígios; referimo-nos, naturalmente, à arbitragem ICSID²¹ no caso *Maffezini c. Espanha*²². Desde então tem sido crescente o número de casos de arbitragem de investimento nos quais é pelos investidores propugnada a aplicação do mecanismo de resolução de litígios constante de um TPPI celebrado com um Estado terceiro, por recurso à cláusula NMF insita no tratado base. Sucede que a jurisprudência arbitral internacional subsequente a *Maffezini c. Espanha* tem sido considerada contrastante, o que revela a dificuldade da função interpretativa das disposições dos TPPI, muito embora tal contraste resulte – talvez na maioria dos casos – das diferenças encontradas na formulação textual das cláusulas NMF em análise, assim como nas circunstâncias em que os relevantes TPPIs foram celebrados – essenciais à determinação das verdadeiras intenções e expectativas dos Estados contratantes.

3.1. O Caso *Maffezini c. Espanha*

Este caso respeita a uma arbitragem de investimento ICSID iniciada por um investidor argentino contra o Estado espanhol – ao abrigo do TPPI Argentina-Espanha²³ –, por alegados danos sofridos no investimento por aquele numa sociedade produtora e distribuidora de produtos químicos, registada em território espanhol, em resultado de medidas empreendidas por entidades públicas espanholas.

Maffezini recorreu a arbitragem ICSID ao abrigo do artigo 10.^º²⁴ do TPPI

21. Trata-se de arbitragem de investimento submetida ao Regulamento de Arbitragem do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos – em inglês, *International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Por motivos de facilidade na referência o referido Centro será neste texto abreviadamente referido como ‘ICSID’.

22. Cfr. ICSID, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, Case No. ARB/97/7*, cujas decisões relevantes se encontram disponíveis em <https://www.italaw.com/cases/641> (consultado em 30 de setembro de 2019).

23. Disponível em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investmentagreements/treaty-files/119/download> (consultado em 30 de setembro de 2019).

24. Transcrevem-se as disposições relevantes do Artigo 10.^º do TPPI Argentina-Espanha:

“1. *Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.*

2. *Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.*

3. *La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.*

Argentina-Espanha. O mencionado artigo prevê que um litígio entre um investidor de um Estado contratante e o outro Estado contratante, relacionado com o TPPI, deverá ser primeiramente resolvido de forma amigável; não se mostrando esta possível, no período de seis meses, deverá, então, o litígio ser submetido aos tribunais estaduais do território onde foi realizado o investimento a que o litígio respeita. Prescreve por fim aquele artigo 10.º que o litígio poderá ser submetido a arbitragem²⁵ caso os tribunais estaduais não decidam o mérito da causa no prazo de 18 meses – ou, havendo decisão, caso a mesma não resolva o diferendo entre as partes – ou quando as partes assim tenham acordado.

Maffezini iniciou arbitragem ICSID sem ter previamente submetido o litígio aos tribunais estaduais espanhóis²⁶ e justificou tal opção alegando, *inter alia*, que o texto do Artigo 10.º do TPPI Argentina-Espanha não obsta àquele recurso direto na medida em que (i) em tal tratado não se prescreve uma obrigação de esgotamento prévio dos meios jurisdicionais nacionais e (ii) o recurso à arbitragem seria sempre possível, independentemente da obtenção de uma decisão nos tribunais estaduais (nomeadamente se o litígio subsistir e perdurar por mais de 18 meses). A este respeito, o tribunal arbitral, acolhendo a posição sufragada pela demandada Espanha, entendeu que a fundamentação apresentada por Maffezini quanto à interpretação do Artigo 10.º do TPPI Argentina-Espanha não colhia, pelo que por via da mesma não teria o tribunal arbitral competência para conhecer e resolver o litígio.

Porém, e de forma alternativa, Maffezini fundamentou igualmente o recurso direto à arbitragem ICSID com base no mecanismo de resolução de litígios acordado no TPPI Espanha-Chile²⁷ que, por ser mais favorável que o outorgado

4. *En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del 'Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados', del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.). Si después de un período de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del 'Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados', del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando ambas Partes sean partes de dicho Convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal ad hoc antes citado”.*

25. Arbitragem ICSID ou arbitragem *ad hoc* de acordo com as regras UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law).

26. Cfr. Decisão do Tribunal Arbitral (ICSID) sobre exceções à competência no Caso n.º ARB/97/7 disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf> (consultada em 30 de setembro de 2019).

27. Transcrevem-se as disposições relevantes do Artigo 10.º do TPPI Espanha-Chile:

“1. *Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante será, en la medida de los posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.*

2. *Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:*

- *o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la*

no TPPI Argentina-Espanha – segundo alegou –, era aplicável aos investidores abrangidos por este último TPPI, por via da sua cláusula NMF²⁸. A demandada Espanha opôs-se a tal argumento alegando, por um lado, a natureza *res inter alios acta* relativamente à Argentina dos acordos celebrados com Estados terceiros²⁹ e, por outro, que à luz do princípio *ejusdem generis*, a cláusula NMF do TPPI Argentina-Espanha apenas seria aplicável a “matérias” da mesma natureza das previstas no tratado base. Recorde-se que a cláusula NMF do TPPI Argentina-Espanha determina que “Em todas as matérias regidas pelo presente Acordo, este tratamento [justo e equitativo] não será menos favorável que o concedido por cada Parte aos investimentos realizados no seu território por investidores de países terceiros”³⁰. Assim, e a propósito do referido segundo argumento apresentado por Espanha em oposição à extensão do regime NMF ao mecanismos de resolução de litígios do TPPI Espanha-Chile, aquela aludiu à formulação da cláusula NMF em causa, tendo concluído que o termo “matérias” deve ser entendido como se referindo a matérias substantivas ou a aspetos materiais do tratamento concedido aos investidores, mas já não a questão processuais ou jurisdicionais³¹.

Quanto ao primeiro argumento lançado por Espanha – relacionado com o impedimento resultante da doutrina *res inter alios acta* – é nosso entendimento que o mesmo, neste caso, sempre estaria votado ao insucesso. De facto, a mera inclusão de uma disposição NMF num determinado tratado³² tem precisamente o propósito de avocar para o seu escopo de proteção³³ direitos e garantias mais favoráveis concedidos ao abrigo de outros tratados. Deste modo, na medida em que seja observado o princípio *ejusdem generis*³⁴, cremos ser de concluir que o

controversia;

- o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva.”

28. Cfr. Artigo IV.2 do referido TPPI que refere o seguinte: “*En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.*”

29. Entendeu o Reino de Espanha que acordos celebrados com Estados terceiros – e, assim, os direitos e garantias pelos mesmos outorgados – dizem respeito às relações estabelecidas exclusivamente com tais Estados terceiros, não podendo, neste caso, ser invocados pelo investidor argentino.

30. Ver nota 23.

31. Cfr. Decisão do Tribunal Arbitral (ICSID) sobre exceções à competência no Caso n.º ARB/97/7, p.15

32. Sem prejuízo das limitações decorrentes da própria formulação da cláusula NMF que, conforme já evidenciado, determina o seu sentido e alcance.

33. Neste contexto “escopo de proteção” do tratado base deve ser entendido como o conjunto de todos os direitos e garantias de que os investidores e seus investimentos são titulares por via, seja direta ou indireta, das disposições do tratado base. Assim, cremos poder afirmar-se que, neste contexto, o escopo de proteção do tratado base deverá incluir, por exemplo, um determinado ‘tratamento mais favorável’ previsto num outro tratado, mas suscetível de “importação” por via da cláusula NMF do tratado base.

34. Ou seja, na medida em que se verifique que, por via da cláusula NMF, se recorre a um regime mais favorável constante de um tratado com um Estado terceiro, mas no respeitante, exclusivamente, a matérias previstas no tratado base. Isto porque, conforme acima se mencionou, o princípio *ejusdem generis* exige que uma regra (ou direito, ou obrigação) prevista para uma determinada situação ou questão apenas possa ser importada para uma situação ou uma questão

princípio *res inter alios acta* cede forçosamente perante uma cláusula NMF – sendo, aliás, este o principal propósito de uma tal cláusula. Contudo, é na análise do segundo argumento esgrimido por Espanha – relacionado com o impedimento resultante da aplicação do princípio *ejusdem generis* – que a discussão jurídico-interpretativa do tratado se adensa. Para analisar e, finalmente, decidir esta questão o tribunal arbitral teria de interpretar o tratado base – o TPPI Argentina-Espanha – determinando, em concreto, o que se deverá entender como “matérias regidas pelo” tratado base ou, mesmo, como “tratamento justo e equitativo”.

Pela sua relevância, transcrevemos excertos relevantes da decisão sobre competência neste caso *Maffezini c. Espanha*:

“Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce. [...]

From the above considerations it can be concluded that if a third-party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favorable to the protection of the investor’s rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the ejusdem generis principle. Of course, the third-party treaty has to relate to the same subject matter as the basic treaty, be it the protection of foreign investments or the promotion of trade, since the dispute settlement provisions will operate in the context of these matters; otherwise there would be a contravention of that principle”³⁵.

O tribunal arbitral entendeu, assim, que os mecanismos de resolução de litígios estão intrinsecamente relacionados com as proteções concedidas aos investidores ao abrigo de tratados de investimento e comércio pelo que, à partida, tais mecanismos poderão ser abrangidos por uma cláusula NMF, na medida em que tal seja compatível com o princípio *ejusdem generis*. Partindo deste pressuposto, o tribunal arbitral procurou, seguidamente, identificar, em concreto, as circunstâncias em que as partes haviam concluído o TPPI em causa e negociado o respetivo texto, tendo concluído que um vasto número de TPPI celebrados por Espanha não continha a obrigação de recurso aos tribunais estaduais previamente ao recurso a arbitragem de investimento. Concluiu ainda o tribunal arbitral haver evidências de que a previsão no TPPI do recurso prévio aos tribunais estaduais teria resultado de uma pretensão da Argentina – a qual pretenderia, mesmo, que se previsse a necessidade de se esgotarem as vias jurisdicionais estaduais como condição do recurso à arbitragem de investimento – e não de Espanha – a qual terá pretendido a possibilidade de recurso direto à arbitragem, o que teria justificação

distintas se ambas as questões ou situações se considerarem como tendo a mesma “natureza”.

35. Cfr. Decisão do Tribunal Arbitral (ICSID) sobre exceções à competência no Caso n.º ARB/97/7, pp. 20-21

no contexto do previsível fluxo de investimento espanhol no território argentino (sendo que no caso concreto o fluxo de investimento era inverso).

Por fim, o tribunal arbitral aludiu ainda ao facto de, entre todos os TPPI analisados, o único cuja cláusula NMF se referia a “todas as matérias regidas” pelo tratado era o TPPI Argentina-Espanha. Apesar de, no nosso entender, o tribunal arbitral não ter concretizado suficientemente a sua orientação a este respeito, consideramos que com a dita referência o tribunal arbitral pretendia evidenciar que o escopo de aplicação da cláusula NMF é de tal modo vago – ou, por outras palavras, não limitado – que permite no mesmo incluir os mecanismos de resolução de litígios pela circunstância acima referida de, no entendimento daquele tribunal, os mesmos estarem intrinsecamente relacionados com a proteção dos investidores estrangeiros.

Importará referir que o tribunal arbitral notou que o entendimento preconizado na sua decisão e as asserções na mesma constantes não são absolutos, ficando sujeitos a importantes condicionalismos resultantes, nomeadamente, de considerações de ordem pública que os Estados contratantes tenham por fundamentais para que aceitem que os mecanismos de resolução de litígios sejam abrangidos pelo regime NMF. O tribunal arbitral apresentou quatro exemplos de considerações de ordem pública que podem atuar como limites à “importação” de mecanismos de resolução de litígios alegadamente mais favoráveis: (i) quando o acordo dos Estados contratantes à arbitragem se encontre sujeito ao prévio esgotamento das vias jurisdicionais locais/nacionais; (ii) quando exista uma disposição – comumente denominada *fork in the road* – nos termos da qual o investidor pode optar por recorrer aos tribunais estaduais ou à arbitragem, sendo essa decisão final e definitiva; (iii) quanto o TPPI em questão estabelece um fórum específico para arbitragem (situação na qual não deverá poder ser possível o recurso a um fórum diferente); (iv) quando o mecanismo de resolução de litígios acordado preveja o recurso a um sistema de arbitragem altamente institucionalizado, o que deve ser entendido como os Estados tendo optado expressamente por sujeitar qualquer litígio ao referido sistema de arbitragem³⁶.

3.2. Crítica

A circunstância de os mecanismos de resolução de litígios previstos nos TPPI se encontrarem intrinsecamente relacionados com as proteções conferidas aos investidores estrangeiros não nos suscita qualquer dúvida. Diríamos, até, que o acordo dos Estados a que os litígios relacionados com um TPPI sejam resolvidos por arbitragem constitui, em si mesmo, uma proteção do investidor e dos investimentos – em condições similares à proteção contra expropriação ou à garantia de tratamento justo e equitativo – por oposição à necessária submissão de tais litígios aos tribunais estaduais do Estado contra o qual a correspondente ação é intentada. cremos, também, que esta análise é o ponto de partida na determinação da possibilidade de aplicação do regime das cláusulas NMF aos

³⁶ Cfr. Decisão do Tribunal Arbitral (ICSID) sobre exceções à competência no Caso n.º ARB/97/7, p. 24

mecanismos de resolução de litígios. Existirão, contudo, outros aspetos de relevo, imprescindíveis no exercício de determinação do âmbito de aplicação da cláusula NMF, que, porventura, não terão sido adequadamente considerados pelo tribunal arbitral em *Maffezini c. Espanha* – sem que com isso se pretenda dizer que o resultado da decisão daquele tribunal arbitral sobre competência fosse diverso.

Como se referiu, a cláusula NMF permite a “importação” de um regime acordado com um Estado terceiro que seja mais favorável ao correspondente regime acordado no tratado base. Em conformidade, no caso concreto haveria de se avaliar em que medida o mecanismo de resolução de litígios do TPPI Espanha-Chile seria mais favorável do que o mecanismo de resolução de litígios do TPPI Argentina-Espanha; ou, por outras palavras, em que medida submeter o litígio aos tribunais estaduais espanhóis – pelo período de 18 meses – consistia num tratamento menos favorável do que a possibilidade de iniciar imediatamente arbitragem de investimento. Não nos parece que esta questão tenha sido adequadamente considerada pelo tribunal arbitral – pelo menos na decisão sobre competência. Poder-se-ia dizer que, na medida em que se entende que a possibilidade de recurso à arbitragem para resolução de litígios relacionados com os TPPI é, por si só, uma proteção ao abrigo daqueles tratados, a mesma será, desde logo, mais favorável do que a submissão do litígio aos tribunais estaduais. Porém, para além do facto de a referida análise comparativa – para determinação da natureza mais favorável do tratamento – ser, no nosso entender, de todo o modo exigida sempre que esteja em causa a aplicação de uma cláusula NMF, cremos, também, que em cada caso concreto haverão de ser considerados diversos fatores para que se conclua que o recurso aos tribunais estaduais – designadamente por determinado período – resulta menos favorável que o recurso direto a uma arbitragem de investimento^{37 38}.

4. A jurisprudência arbitral internacional após *Maffezini c. Espanha*

*4.1. Decisões arbitrais alinhadas com *Maffezini c. Espanha**

À decisão sobre competência no caso *Maffezini c. Espanha* seguiram-se outras nas quais a mesma questão³⁹ foi escrutinada por tribunais arbitrais, designadamente em arbitragens de investimento iniciadas contra a Argentina.

37. A este respeito referimos, a título de exemplo, os custos associados aos dois tipos de procedimento, o eventual carácter evoluído, atualizado e experiente do poder e da função jurisdicionais no território em questão, ou mesmo a possibilidade de as partes poderem ter uma antevisão da possível decisão de um tribunal arbitral sobre o litígio – designadamente neste caso concreto, em que o recurso aos tribunais estaduais não preclude o recurso posterior à arbitragem.

38. Sobre esta matéria cfr. J KURTZ, “The Delicate Extension of Most-Favoured-Nation Treatment to Foreign Investors: *Maffezini v Kingdom of Spain*” in T WEILER (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, Cameron May, 2005, pp. 547-548.

39. A questão relativa à aplicação da cláusula NMF aos mecanismos de resolução de litígios.

Sem prejuízo de variadas críticas à posição vertida pelo tribunal arbitral em *Maffezini c. Espanha*, diversos foram os casos em que tribunais arbitrais adotaram semelhante posição, acedendo à importação de mecanismos de resolução de litígios através da cláusula NMF. A primeira de tais decisões foi proferida no caso *Siemens c. Argentina*⁴⁰. Tratou-se de uma arbitragem de investimento iniciada pela Siemens A.G. contra a República da Argentina, ao abrigo do TPPI Argentina-Alemanha^{41 42}, no âmbito da qual a Siemens fundamentou a competência do tribunal arbitral no mecanismo de resolução de litígios constante do TPPI Argentina-Chile, aplicável por via da cláusula NMF do TPPI Argentina-Alemanha. Também neste caso o investidor – Siemens – não havia recorrido previamente aos tribunais estaduais. Tanto as partes quanto o tribunal arbitral se balizaram por, e procederam a comparações com os textos relevantes do caso *Maffezini c. Espanha*.

O tribunal arbitral em *Siemens c. Argentina* viria a concluir o seguinte:

*“the Tribunal finds that the Treaty itself, together with so many other treaties of investment protection, has as a distinctive feature special dispute settlement mechanisms not normally open to investors. Access to these mechanisms is part of the protection offered under the Treaty. It is part of the treatment of foreign investors and investments and of the advantages accessible through a MFN clause.”*⁴³

A demandada Argentina notou, porém, que a formulação da cláusula NMF no TPPI Argentina-Alemanha é diferente da apresentada no TPPI Argentina-Espanha: ao passo que neste a cláusula se refere a “todas as matérias regidas” por aquele tratado, no primeiro a mesma cláusula refere-se ao tratamento concedido aos investimentos e aos investidores⁴⁴, tendo igualmente notado que o próprio tribunal arbitral em *Maffezini c. Espanha* expressou entendimento segundo o qual esta segunda formulação da cláusula NMF se apresenta de forma mais

40. Cfr. ICSID, *Siemens A.G. v. The Argentine Republic, Case No. ARB/02/8*, cujas decisões relevantes se encontram disponíveis em <https://www.italaw.com/cases/1026> (consultadas em 30 de setembro de 2019).

41. Disponível em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/92/download> (consultado em 30 de setembro de 2019).

42. A redação do Artigo 10.º deste tratado sobre resolução de litígios entre investidores e Estados contratantes é igual à do correspondente artigo do TPPI Argentina-Espanha escrutinado em *Maffezini c. Espanha*.

43. Cfr. Decisão do Tribunal Arbitral (ICSID) sobre exceções à competência no Caso n.º ARB/02/8, p.40, disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf> (consultada em 30 de setembro de 2019).

44. Os números 1 e 2 do Artigo 3.º do TPPI Argentina-Alemanha prescreve o seguinte:

“1- Neither Contracting Party shall subject investments in its territory by or with the participation of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than it accords to investments of its own nationals or companies or to investments of nationals or companies of any third State.

2- Neither Contracting Party shall subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their activity in connection with investments in its territory, to treatment less favourable than it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.”

restritiva do que aquela, o que, na opinião da demandada Argentina, determinaria a não abrangência, pela cláusula NMF, do mecanismo de resolução de litígios previsto no relevante tratado. Em resposta, o tribunal arbitral, na decisão sobre competência, concluiu do seguinte modo:

“The Tribunal notes that the MFN clause in the Spain BIT refers to “all matters subject to this Agreement”, while the MFN clause in the Treaty refers only to “treatment”. The arbitral tribunal in Maffezini noted that Spain had used the expression “all matters subject to this Agreement” only in the case of its BIT with Argentina and “this treatment” in all other cases. The said tribunal commented that the latter was “of course a narrower formulation”. The Tribunal concurs that the formulation is narrower but, as concluded above, it considers that the term “treatment” and the phrase “activities related to the investments” are sufficiently wide to include settlement of disputes.”

O tribunal arbitral decidiu, assim, em conformidade com o entendimento expressado em *Maffezini c. Espanha*. Seguiram-se diversas outras decisões no mesmo sentido proferidas, nomeadamente, em arbitragens de investimento contra a Argentina, nas quais os tribunais arbitrais reconheceram que as cláusulas NMF dos tratados ali em questão abrangiam o mecanismo de resolução de litígios (tendo, em todos aqueles casos, aceite a submissão direta dos litígios a arbitragem sem necessidade de submissão prévia, e por período de 18 meses, do litígio aos tribunais estaduais, conforme previsto no mecanismo de resolução de litígios dos tratados base ali em causa)⁴⁵.

A partir de uma análise conjunta das decisões sobre competência proferidas nos casos acima referidos é possível identificar linhas comuns no entendimento sufragado por aqueles tribunais arbitrais: de uma forma geral, as relevantes cláusulas NMF apresentam-se com uma formulação suficientemente vaga para que se considere que incluem os mecanismos de resolução de litígios e não apenas as disposições substantivas dos tratados; por outro lado, os tribunais tendem a destacar o facto de, em diversos casos, as próprias cláusulas NMF referirem expressamente matérias excluídas do seu âmbito o que permite, por referência ao princípio *expressio unius est exclusio alterius*, considerar ali incluído quanto se considere compatível com a redação da cláusula NMF e não tenha na mesma sido excluído.

Contudo, e conforme acima se evidenciou, a matéria da interpretação das cláusulas NMF e a sua aplicação aos mecanismos de resolução de litígios tem sido alvo de decisões algo contraditórias, pelo que cumpre identificar os principais aspetos desse desacordo.

45. Cfr. a título de exemplo, decisões sobre exceção de competência proferidas nos seguintes casos: ICSID, *Gas Natural SDG, S.A. c. Argentina*, Caso No. ARB/03/10; UNCITRAL, *National Grid plc c. Argentina*, (20 junho de 2006); ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, Caso No. ARB/03/19; UNCITRAL, *AWG Group Ltd. c. Argentina*, (3 de agosto de 2006).

4.2. *Decisões contrastantes com entendimento expressado em Maffezini c. Espanha*

4.2.1. *Salini c. Jordânia: uma reversão de Maffezini?*

A primeira situação no pós-*Maffezini c. Espanha* em que um tribunal arbitral proferiu uma decisão em sentido diverso do ali sufragado foi no conhecido caso *Salini c. Jordânia*⁴⁶. Tratou-se de uma arbitragem de investimento iniciada contra o Reino Hachemita da Jordânia, ao abrigo do TPPI Itália-Jordânia⁴⁷ e no âmbito da qual o investidor italiano procurou ver aplicado o mecanismo de resolução de litígios – isto é, a possibilidade de iniciar diretamente arbitragem de investimento contra a Jordânia – previsto no TPPI Jordânia-E.U.A.⁴⁸, por meio da cláusula NMF constante daquele primeiro tratado. Cumpre referir que a disputa entre as partes respeita a um contrato relativo à construção de uma barragem, tendo-se concluído no procedimento arbitral que as pretensões do investidor italiano eram baseadas e/ou relativas ao aludido contrato.

Sucede que o TPPI Itália-Jordânia, sem prejuízo de prever a possibilidade genérica de submissão a arbitragem ICSID dos litígios entre investidores e Estados contratantes, contém igualmente no n.º 2 do seu artigo 9.º, uma exclusão nos termos da qual, caso exista um contrato de investimento entre o investidor e uma entidade do Estado contratante, o procedimento de resolução de litígios constante do mesmo será aplicável. O tribunal arbitral concluiu, em razão da referida disposição, que não tinha competência para conhecer e decidir reclamações baseadas no contrato em questão, sem prejuízo da sua competência para conhecer outros pedidos relacionados com disposições do TPPI em questão.

O tribunal arbitral deteve-se, seguidamente, na análise da possibilidade de recurso a arbitragem ICSID para sindicar questões relacionadas com o contrato acima referido, por aplicação da cláusula NMF. A este respeito o investidor italiano alegou que a cláusula NMF do TPPI Itália-Jordânia era aplicável aos mecanismos de resolução de litígios e, ainda, que o TPPI Jordânia-E.U.A. permite a submissão do relevante litígio a arbitragem de investimento, independentemente da existência de uma cláusula arbitral no relevante contrato com o qual o litígio se relaciona.

Ponderadas todas as circunstâncias, o tribunal arbitral decidiu que a cláusula NMF do TPPI Itália-Jordânia não abrangia os mecanismos de resolução de litígios⁴⁹. É certo que o tribunal arbitral em *Salini* levantou algumas questões à solução apresentada em *Maffezini* quanto à interpretação das cláusulas NMF.

46. Cfr ICSID, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Case No. ARB/02/13, cujas decisões relevantes se encontram disponíveis em <https://www.italaw.com/cases/954> (consultado em 30 de setembro de 2019).

47. A versão italiana do TPPI encontra-se disponível em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3380/download> (consultado em 30 de setembro de 2019).

48. A versão inglesa do TPPI encontra-se disponível em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1776/download>.

49. Cfr. n.º 1 do Artigo 3.º do TPPI Itália-Jordânia.

No entanto, o mesmo tribunal notou que o próprio tribunal arbitral em *Maffezini* havia alertado para eventuais limitações à aplicação das cláusulas NMF aos mecanismos de resolução de litígios⁵⁰, embora as tenha considerado de difícil aplicação⁵¹. O tribunal arbitral em *Salini* mencionou, no entanto, que os riscos identificados pelo tribunal arbitral em *Maffezini* poderão ser difíceis de acautelar, o que poderá conduzir a maior incerteza quanto à possibilidade de ocorrência nomeadamente de situações de *treaty shopping*.

Releva notar que em *Salini* o tribunal arbitral, embora tenha concluído pela não aplicação da cláusula NMF do TPPI Itália-Jordânia aos mecanismos de resolução de litígios e evidenciado eventuais questões suscitadas pela decisão sobre competência proferida em *Maffezini*, não se manifestou no sentido de discordar com esta última decisão. A este respeito referiu o seguinte:

“in the Maffezini case, the Tribunal carefully examined the practice followed by Spain and Argentina and relying not only on the text of the BITS, but also on “the legal policy adopted by Spain with regard to the treatment of its own investors abroad”, concluded that the Claimant had the right to submit the dispute to arbitration “without first accessing the Spanish courts” (Award, para. 64).”

E continuou da seguinte forma:

“The Tribunal observes that the circumstances of this case [Salini] are different. Indeed, Article 3 of the BIT between Italy and Jordan does not include any provision extending its scope of application to dispute settlement. It does not envisage “all rights or all matters covered by the agreement”. Furthermore, the Claimants have submitted nothing from which it might be established that the common intention of the Parties was to have the most-favored-nation clause apply to dispute settlement. Quite on the contrary, the intention as expressed in Article 9(2) of the BIT was to exclude from ICSID jurisdiction contractual disputes between an investor and an entity of a State Party in order that such disputes might be settled in accordance with the procedures set forth in the investment agreements. Lastly, the Claimants have not cited any practice in Jordan or Italy in support of their claims.”

Ora, em *Salini* o tribunal arbitral evidenciou que a cláusula NMF em causa tinha uma formulação diferente – bastante mais restritiva – que a interpretada em *Maffezini*. Adicionalmente, notou, de forma clara, que não foram apresentados ou verificados quaisquer indícios de que os Estados contratantes no TPPI Itália-Jordânia pretendiam que os mecanismos de resolução de litígios fossem abrangidos pela cláusula NMF, concluindo mesmo no sentido inverso atento quanto disposto no artigo 9.º, n.º 2, do TPPI em questão.

50 V. ponto 3.1 *in fine*.

51 Cfr. Decisão do Tribunal Arbitral (ICSID) sobre exceções à competência no Caso n.º ARB/02/13, pp. 38-39, disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>, (consultada em 30 de setembro de 2019).

Em conclusão, somos de opinião que a orientação seguida em *Salini* não colide *strictu sensu* com a interpretação que o tribunal arbitral fez em *Maffezini* da cláusula NMF no TPPI Argentina-Espanha; ao invés, aquela decisão segue um sentido diferente na medida em que as cláusulas NMF ali em comparação apresentam formulações (muito) distintas, e por, num caso e noutro, existirem outras circunstâncias que concorreram para a interpretação dos tratados – nomeadamente relacionadas com os Estados contratantes (a sua vontade, as suas práticas) – que conduziram a caminhos distintos.

Do mesmo modo, o tribunal arbitral em *Plama c. Bulgária*⁵², embora não tendo concluído pela inclusão dos mecanismos de resolução de litígios na cláusula NMF do TPPI Chipre-Bulgária, aparenta não excluir, à partida, a possibilidade de ser a cláusula NMF interpretada no sentido de abranger tais mecanismos de resolução de litígios. Para tanto, é necessário que haja evidências concretas de que essa é a intenção dos Estados contratantes. Nesta senda, este tribunal arbitral, na sua decisão sob a exceção de competência⁵³, aceitou verificarem-se “circunstâncias excepcionais” em *Maffezini* que justificaram a interpretação ali formulada. Contudo, seguiu entendimento diverso relativamente a *Maffezini* – parece-nos que, essencialmente, quanto ao ponto de partida do exercício interpretativo – que sumariou da seguinte forma:

*“the principle with multiple exceptions as stated by the tribunal in the Maffezini case should instead be a different principle with one, single exception: an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them.”*⁵⁴

4.2.2. Outras decisões contrastantes com *Maffezini*: o caso *Telenor*

Se é nossa convicção que o tribunal arbitral em *Plama* não rejeita *per se* a possibilidade de ser a cláusula NMF sujeita a exercício interpretativo com o propósito de determinar se a mesma abrange os mecanismos de resolução de litígios, já no caso *Telenor c. Hungria*⁵⁵ parece-nos mais evidente o conflito entre considerações incluídas na decisão arbitral e a orientação do tribunal arbitral em *Maffezini*. Tratou-se de um caso em que estava em causa a interpretação do TPPI celebrado entre a Hungria e a Noruega⁵⁶. Será de relevar que, diferentemente

52. Cfr. ICSID, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Case No. ARB/03/24, cujas decisões relevantes se encontram disponíveis em <https://www.italaw.com/cases/857> (consultado em 30 de setembro de 2019).

53. Decisão do Tribunal Arbitral (ICSID) sobre exceções à competência no Caso n.º ARB/03/24, disponível em <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>, (consultada em 30 de setembro de 2019)

54. *Idem*, pp. 73

55. Cfr. ICSID, *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, Case No. ARB/04/15, cuja decisão se encontra disponível em <https://www.italaw.com/cases/documents/1094> (consultado em 30 de setembro de 2019).

56. Cfr. versão inglesa do TPPI disponível em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5327/download> (consultada em 30 de

à pretensão do investidor em *Maffezini*⁵⁷, em *Telenor* o investidor norueguês pretendia ver reconhecido o direito a, recorrendo ao mecanismo de resolução de litígios incluído em diversos TPPI celebrados pela Hungria através da cláusula NMF do TPPI Hungria-Noruega, poder syndicar, no âmbito de arbitragem de investimento, questões relacionadas com tratamento justo e equitativo, situação que não era permitida no tratado base. Com efeito, o TPPI Hungria-Noruega prevê que apenas podem ser submetidos a arbitragem ao abrigo do tratado litígios entre investidores e Estados contratantes relacionados com compensação por expropriação, prejuízos devidos a conflito armado e repatriação de investimentos. Deste modo, o investidor pretendia, através da cláusula NMF, ver ampliado o escopo da convenção de arbitragem contida no tratado base.

O tribunal arbitral rejeitou a pretensão da *Telenor*, tendo considerado que, nas situações em que o consentimento para submissão a arbitragem esteja limitado a categorias específicas de litígios, deve entender-se que os Estados contratantes manifestaram a sua intenção de forma inequívoca devendo considerar a competência do tribunal arbitral limitada a tais categorias de litígios, as quais não deverão assim ser ampliadas por via da cláusula NMF.

Em concreto quanto à determinação do sentido e alcance da cláusula NMF o tribunal arbitral referiu o seguinte:

*“In the first place, Article 31 of the 1969 Vienna Convention on Treaties requires a treaty to be interpreted “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purposes.” In the absence of language or context to suggest the contrary, the ordinary meaning of “investments shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State” is that the investor’s substantive rights in respect of the investments are to be treated no less favourably than under a BIT between the host State and a third State, and there is no warrant for construing the above phrase as importing procedural rights as well. It is one thing to stipulate that the investor is to have the benefit of MFN investment treatment but quite another to use an MFN clause in a BIT to bypass a limitation in the very same BIT when the parties have not chosen language in the MFN clause showing an intention to do this, as has been done in some BITs.”*⁵⁸

Resulta, assim, claro que é entendimento deste tribunal arbitral que o escopo de uma convenção de arbitragem contida num TPPI na qual são expressamente referidas categorias de litígios que podem ser submetidos para resolução não pode ser ampliado por recurso à cláusula NMF. Tendemos a aceitar esta regra como princípio, sendo que nos parece que a mesma não colide necessariamente

setembro de 2019)

57. Em *Maffezini*, como se viu, o investidor pretendia recorrer a um mecanismo alternativo de resolução litígios que lhe permitiria escusar-se a recorrer á arbitragem, escusando-se de recorrer previamente aos tribunais estaduais durante um determinado período de tempo.

58. Cfr. Decisão no Caso n.º ARB/04/15, pp.50 (sublinhado nosso).

nem é prejudicada por quanto decidido em *Maffezini*.

Contudo, e já numa outra perspetiva, o tribunal arbitral entendeu ainda que sempre que a cláusula NMF se refira unicamente ao tratamento concedido aos investimentos⁵⁹ tal deve ser entendido como se referindo exclusivamente às disposições substantivas do tratado base – não se aplicando a matérias adjetivas. Neste particular, quer-nos parecer que o tribunal arbitral em *Telenor* está, à partida, em desacordo com a decisão proferida em *Maffezini*. Importa porém notar que, também neste caso, o tribunal excecionou aquele seu entendimento geral sobre esta matéria ao referir que o mesmo apenas se mantém na medida em que o contrário não resulte de outras disposições do tratado base ou do contexto e circunstâncias ao mesmo aplicáveis.

Ora, também neste caso parece poder afirmar-se que as posições sufragadas pelo tribunal arbitral não são totalmente incompatíveis com as considerações tecidas pelo tribunal arbitral em *Maffezini*. De facto, sem prejuízo de se poder considerar ter havido em *Maffezini* – mas, sobretudo, em algumas decisões em igual sentido que se lhe seguiram – alguma liberalidade na verificação de alguns pressupostos da interpretação das cláusulas NMF e seu alcance, a verdade é que o exercício que em *Maffezini* levou o tribunal a considerar ter competência para o litígio ali em causa foi, em grande medida, baseado (i) na redação de disposições pertinentes do tratado e (ii) nas circunstâncias em que os Estados contratantes celebraram o TPPI ali em causa assim como outras, nomeadamente históricas, que serviram de fiável indicador – no entendimento daquele tribunal – da intenção dos Estados contratantes, o que, a final, encontra íntima correspondência com o critério interpretativo fixado em *Telenor*, acima transcrito.

5. Considerações Finais e posição sobre o tema

Do que antecede resulta que os tribunais arbitrais em arbitragens de investimento tomaram posições em diversos sentidos quanto à matéria da aplicação da cláusula NMF aos mecanismos de resolução de litígios.

A jurisprudência de *Maffezini* – e a de alguns outros casos que se lhe seguiram quase de imediato⁶⁰ – considerou que os mecanismos de resolução de litígios constituem, em si mesmos, proteções outorgadas pelos Estados aos investidores e que, por isso, se deverão incluir no leque de “matérias” ou situações que ao abrigo de cláusulas NMF permitem a importação de um regime – neste caso, de um mecanismo – mais favorável. Em *Salini c. Jordânia* – e algumas outras decisões que se lhe seguiram – os tribunais arbitrais aparentam não denegar aos mecanismos de resolução de litígios o estatuto de proteção ou garantia conferida aos investidores; porém, nestes casos foi entendido que tal não será suficiente

59. Isto é, sempre que a cláusula NMF tenha uma formulação segundo a qual é concedido aos investimentos do investidor do tratado base tratamento não menos favorável que o concedido aos investimentos de investidores de Estados terceiros.

60. Designadamente em arbitragens de investimento contra a Argentina: ver nota 45.

para que se considerem tais mecanismos como incluídos “por defeito” no âmbito das cláusulas NMF, sendo necessário proceder a uma mais profunda análise e interpretação do texto da cláusula NMF assim como do comportamento dos Estados para se identificar a concreta intenção destes quanto à inclusão dos mecanismos de resolução de litígios no regime da cláusula NMF.

Parece-nos que com o passar do tempo a jurisprudência arbitral se tem afastado mais da consideração de base sufragada em *Maffezini*, isto é, que os mecanismos de resolução de litígios se devem considerar à partida incluídos da cláusula NMF, exigindo que a redação da cláusula NMF seja inequívoca quanto à sua inclusão⁶¹. Esta evolução interpretativa apresenta-se em linha com uma evolução interpretativa mais geral das disposições dos TPPI na qual se evidencia cada vez maior preocupação na determinação da vontade autêntica dos Estados no momento da conclusão dos TPPI, abandonando, de certo modo, a tendência anterior para interpretar os TPPI de uma forma mais desprendida do elemento literal e numa lógica de primazia da proteção dos investidores.

Detendo-nos essencialmente na dicotomia interpretativa acima sumariada, importará desde logo referir que não nos oferece particular dificuldade considerar os mecanismos de resolução de litígios previstos nos TPPI como verdadeiras proteções conferidas aos investidores⁶² – conforme foi entendido em *Maffezini*. Deste modo, cremos não ser de excluir, à partida, a possibilidade de se considerar os mecanismos de resolução de litígios previstos nos TPPI como parte do ‘tratamento’ assegurado pelos Estados aos investidores. No entanto, a possibilidade de “importação” para um TPPI de um mecanismo de resolução de litígios mais favorável constante de outro tratado deverá ficar necessariamente dependente da confirmação de que essa era a vontade dos Estados contratantes no momento da celebração do TPPI base ou mesmo em momento posterior⁶³. Ademais, a aplicação do regime NMF aos mecanismos de resolução de litígios deverá observar igualmente e sem limitações o princípio *ejusdem generis*⁶⁴ acima referido.

Neste contexto importará ainda referir que em nosso entender as decisões sobre competência em *Maffezini* e, por exemplo, *Plama* ou *Telenor* não são necessariamente resultado de entendimentos incompatíveis dos respetivos tribunais arbitrais quanto ao âmbito de aplicação das cláusulas NMF: se é certo que no primeiro caso se parte do pressuposto de que os mecanismos de resolução de litígios se deverão considerar, à partida, incluídos no regime NMF, e nos segundos casos se deverão considerar, à partida, excluídos, a verdade é que em todos eles os tribunais arbitrais procuraram determinar a

61. Conforme decidido no caso *Telenor*.

62. Na medida em que, por regra, permitem ao investidor socorrer-se de meios de resolução de litígios nos quais se encontra, à partida, em situação de igualdade relativamente ao Estado recetor do seu investimento.

63. Para a determinação da vontade dos Estados contratantes no momento da celebração dos TPPI concorrem diversos fatores nomeadamente históricos e económicos.

64. Este princípio poderá impor importantes restrições à “importação” de mecanismos de resolução de litígios mais favoráveis na medida em que limita desde logo a aplicação do regime NMF a situações que revistam “a mesma natureza”.

concreta intenção dos Estados contratantes quanto à abrangência dos regimes NMF incluídos nos relevantes TPPI, tendo chegado a conclusões diversas em resultado, nomeadamente, do texto das cláusulas NMF e de outros elementos nomeadamente históricos colocados à sua disposição. Cremos mesmo que ainda que em *Telenor* se tivesse considerado os mecanismos de resolução de litígios incluídos, à partida, na cláusula NMF do relevante TPPI, a decisão do tribunal arbitral não teria sido diferente na medida em que, em nosso entender, o princípio *ejusdem generis* sempre impediria a “importação” do regime de resolução de litígios pretendido pelo investidor norueguês por tal regime apresentar uma “natureza” não compatível com o regime de resolução de litígios ínsito no TPPI Hungria-Noruega.

Em conclusão, o problema da determinação da aplicação dos regimes NMF aos mecanismos de resolução de litígios deverá manter-se relativamente às cláusulas NMF que não excluam ou não incluam de forma expressa tais mecanismos no seu escopo. Diríamos, em resultado de quanto expandido *supra*, que sempre que a redação da cláusula NMF seja ampla no sentido de se referir a “todas as matérias” ou “todas as questões” do TPPI deverá entender-se a mesma como abrangendo os mecanismos de resolução de litígios (na medida em que os mesmos são garantias/proteções outorgadas nos TPPI); sempre que a referida redação seja mais restrita, será necessário identificar a vontade dos Estados contratantes por recurso à regra geral de interpretação referida no artigo 31.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (por referência aos relevantes elementos históricos e económicos identificados no contexto da celebração do TPPI e do objeto e do fim do tratado em causa). Em qualquer dos casos antes referidos, a possibilidade de “importação”, num caso concreto, de um mecanismo de resolução de litígios mais favorável deverá ter sempre como limite o princípio *ejusdem generis*.
