

ENSAIO "BIT'S", "BATs" E "BUT'S":

reflexões sobre a resolução de litígios internacionais
Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 42/2014 | p. 191 - 211 | Jul - Set / 2014
DTR\2014\15084

Gary Born

Autor de *International Commercial Arbitration* (2009), *International Arbitration: Law and Practice* (2013) e outros numerosos trabalhos sobre a resolução de litígios internacionais. "Head" do Grupo de Arbitragem Internacional da Wilmer Cutler Pickering Hale Et Dorr LLP e Professor de Direito na Faculdade de Direito de St. Gallen.

Traduzido por Paula Costa

Traduzido por Duarte Gorjão Henriques

Área do Direito: Internacional; Arbitragem

Resumo: Este ensaio é, em primeira linha, uma reflexão sobre os mecanismos de resolução de litígios internacionais e, mais concretamente, sobre o uso de um novo conceito ("Tratados bilaterais de arbitragem") no campo da arbitragem comercial internacional. O conceito do "BAT" baseia-se numa espécie de "consentimento construído", um género de "convenção de arbitragem com eficácia para terceiros", a qual é uma concepção que provém dos "tratados bilaterais de investimento". A experiência dos "BITS" mostra-nos a existência de uma "oferta irrevogável" feita pelo Estado anfitrião aos investidores nacionais do outro Estado anfitrião aos investidores nacionais do outro Estado contratante, segundo a qual todas as disputas relativas a investimentos feitos naquele Estado poderão ser submetidas a arbitragem por simples opção desse investidor estrangeiro. Com o conceito do "BAT", dois Estados contratantes celebrarão entre si um tratado bilateral de acordo com o qual todas as disputas emergentes de transações comerciais internacionais entre nacionais desses Estados serão submetidas a arbitragem através de uma previsão normativa de natureza supletiva, ficando as partes legitimadas a derrogar tal previsão. Este ensaio pretende abordar as vantagens, inconvenientes e os "BUTs" (os "mas .") dos "BATs", explorando também a extensão deste conceito para um "tratado multilateral de arbitragem" ("Multilateral Arbitration Treaties" or "MATs").

Palavras-chave: Arbitragem internacional - Tratados bilaterais de investimento - Tratados bilaterais de arbitragem.

Abstract: This Essay is preliminarily a reflection on international dispute resolution mechanisms, and more particularly, the use of a new concept ("Bilateral Arbitration Treaties") in the field of the international commercial arbitration. The concept of a "BAT" relies on a species of "construed consent", some sort of "arbitration without privity", which is a representation that stems from the "bilateral investment treaties". The experience of "BITS" shows us the existence of a "standing offer" made by a host State to any national investor from the other contracting State to the effect that any dispute arising from that investment may be submitted to arbitration by a simple option of that investor. With the concept of a "BAT", two contracting States will enter into a bilateral treaty according to which all commercial disputes arising from international commercial transactions between nationals of each contracting State would be referred by default to arbitration and the parties would be free to opt out such dispute resolution mechanism. This Essay deals with its advantages, its shortcomings and its "BUTs" and explores a possible extension of the "BATs" to "Multilateral Arbitration Treaties" ("MATs").

Keywords: International Arbitration - Bilateral Investment Treaties - Bilateral Arbitration Treaties.

Sumário:

- A. Tratados bilaterais de investimento: "BITS" - B. Tratados bilaterais de arbitragem – BATs - C. Potenciais objeções aos BATs: os "BUTs" ["Mas..."]

O ponto de partida deste ensaio¹ é o seu título – "BITS", "BATs" e "BUTs"^{NT1} – o que, desde logo, impõe uma explicação. Este ensaio diz respeito à resolução de litígios internacionais e, em particular, às reflexões sobre os meios de resolução de litígios ligados ao comércio internacional.

Em concreto, a expressão “BITS” empregue no título é uma referência aos “tratados bilaterais de investimento”,² que consistem em tratados entre Estados que frequentemente preveem mecanismos para a resolução de litígios relacionados com investimentos internacionais. Por seu turno, o termo “BATs”³ refere-se a um instrumento que ainda não existe e que este ensaio se propõe desenvolver. Um “BAT” é um tratado bilateral de arbitragem e será o objeto deste ensaio. E, finalmente, os “BUTs”⁴ são as várias razões que os cépticos poderão esgrimir como objeção ao conceito de “BAT”, mas que, como abaixo se explicará, na realidade não constituem argumentos suficientemente sólidos para duvidar da sensatez e utilidade dos “BATs”.

Em primeira linha e de um modo geral, este ensaio pretende constituir uma reflexão sobre a resolução de litígios internacionais. Os leitores poderão razoavelmente duvidar da sensatez do conceito de “BATs” que aqui é proposto: os “BUTs” poderão, nas suas mentes, sobrepor-se aos argumentos que favorecem os tratados bilaterais de arbitragem. Contudo, mesmo para mentes cépticas, a proposição deste ensaio tenciona servir de base para a exploração dos métodos de resolução de litígios internacionais existentes e para uma reflexão sobre os defeitos e possíveis melhorias nesse sistema.

A. Tratados bilaterais de investimento: “BITS”

Podemos começar pelos tratados bilaterais de investimento ou “BITS”. É sobejamente conhecido que não existe um mecanismo universal para a resolução de litígios relativos a investimentos internacionais, ou seja, litígios entre investidores estrangeiros e o estado anfitrião em que os investimentos foram realizados. Sob a forma de garantias contra a expropriação, garantias de um tratamento justo e equitativo e outras, o direito internacional tem outorgado uma série de proteções de natureza substantiva ao investimento estrangeiro.⁵ Contudo, o direito internacional não outorga nenhum processo genericamente aplicável à resolução de litígios emergentes no seio destes recursos de natureza substantiva: não existe um tratado genericamente aplicável que preveja um foro específico para a resolução de litígios internacionais. Embora tenham sido já propostos, tais mecanismos nunca foram adotados.⁶

Ao invés, o que o sistema jurídico internacional desenvolveu foi uma rede de tratados bilaterais – “BITS” – que preveem mecanismos de resolução de litígios feitos à medida das concretas relações bilaterais (por exemplo, China e Angola; EUA e Equador; Alemanha e Paquistão). Atualmente, estes tratados bilaterais de investimento constituem o principal meio de resolução de litígios entre investidores e estados.

Presentemente, existem mais de 2800 “BITS” em vigor.⁷ Empresas internacionais e governantes, pelo mundo fora, socorrem-se destes mecanismos previstos nos “BITS” para resolver as disputas relativas aos seus investimentos. Existem registos públicos de mais de 500 litígios⁸ dirimidos ao abrigo dos “BITS”⁹ nos últimos vinte anos, envolvendo montantes que vão desde as poucas centenas de milhares até às centenas de bilhões de dólares americanos. É igualmente claro que o número de litígios relativos a investimentos, submetidos aos tribunais arbitrais previstos nos “BITS”, aumentou dramaticamente nas duas últimas décadas.¹⁰

Apesar de a arbitragem de litígios de investimento ao abrigo dos “BITS” ser agora uma rotina, este mecanismo foi, há trinta anos ou mais, uma abordagem totalmente inovadora em relação à resolução de litígios internacionais. Na verdade, em alguns aspectos, os mecanismos de resolução de disputas previstos nos “BITS” continuam a ser impressionantes.

É de alguma forma elementar que os “BITS” concedem um meio através do qual os investidores estrangeiros podem submeter à arbitragem os seus litígios com o estado anfitrião, sem a tradicional convenção de arbitragem que se encontra nos contratos de natureza comercial.¹¹ A inovação central dos mecanismos de resolução de litígios previstos nos “BITS” consistiu na circunstância de o estado anfitrião, através de um tratado bilateral de investimento, oferecer abertamente a arbitragem a qualquer investidor estrangeiro que se considerasse abrangido no âmbito definido no tratado bilateral de investimento.¹² Se um investidor estrangeiro julgasse que os seus direitos, emergentes de um “BIT”, tivessem sido violados pelo estado anfitrião e desejasse iniciar a arbitragem, apenas teria de aceitar a oferta irrevogável desse mesmo estado. Pelo menos num nível teórico, essa “oferta” e “aceitação” originavam uma convenção de arbitragem, entre o investidor estrangeiro e o estado anfitrião, de acordo com a qual ao investidor estrangeiro era conferida a faculdade de formular as suas pretensões, ao abrigo do “BIT”, contra esse estado.

O conceito de consentimento no âmbito dos tratados bilaterais de investimento foi entendido como sendo artificial, o que não deixa de ser correto, ao menos na sua maior parte. Jan Paulsson cunhou a frase, frequentemente citada, quando não inteiramente acertada, de “convenção de arbitragem com eficácia para terceiros”,¹³ – NT² assim pretendendo reflectir o carácter pouco ortodoxo da putativa convenção arbitral constante do “BIT”. Tal descrição reconhece o facto de, em muitos sentidos, a convenção de arbitragem resultante de um “BIT” ter menos do que é um tradicional exemplo de consentimento para arbitrar e mais de um regime legal ou regulamentar criado pelos estados-partes dos “BITs”, genericamente disponível e estabelecido em favor dos investidores estrangeiros abrangidos pelo tratado. Havia uma determinada forma de consentimento na arbitragem prevista no “BIT”, mas era mais uma forma atenuada de um consentimento presumido, derivado principalmente do quadro normativo resultante do tratado do que da relação jurídica contratual tradicional estabelecida entre partes comerciais que negociaram uma concreta convenção de arbitragem.

Porque razão a geração de diplomatas e juristas que introduziram os tratados bilaterais de investimento adotaram esta visão em relação à resolução de litígios e à concepção do consentimento para arbitrar? Neste contexto, a arbitragem foi adotada por ser vista como o mecanismo de resolução de litígios internacionais mais neutral, mais eficiente, mais objetivo, mais especializado e mais justo: a arbitragem era vista como o melhor meio disponível para resolução de litígios relativos a investimentos estrangeiros, da mesma forma que a arbitragem internacional tem sido vista durante décadas como o meio mais eficiente, especializado e justo para resolução de litígios relativos ao comércio internacional.¹⁴

Tem-se referido com frequência que a arbitragem de investimento, em vários aspectos, aprendeu muito com a arbitragem comercial internacional. As regras processuais básicas em muitas arbitragens de investimento, quer conduzidas ao abrigo das Regras de Arbitragem da Uncitral de 2010 (“Regras Uncitral”), quer ao abrigo das Regras de Procedimento de Arbitragem do ICSID (“ICSID Rules”), foram substancialmente retiradas de experiências anteriores no âmbito da arbitragem comercial internacional.¹⁵ Como já alguns observaram, muitas das regras processuais e das técnicas de advocacia que são utilizadas na arbitragem de investimento equivalem às que foram desenvolvidas no quadro comercial.¹⁶ Do mesmo modo, muitos dos árbitros e muitos dos advogados que intervêm em arbitragens de investimento encontram-se em substancialmente em sobreposição com os da arbitragem comercial.¹⁷

Outros mecanismos para a resolução de litígios relativos a investimentos estrangeiros poderiam ter sido adotados – desde a submissão dos litígios aos tribunais nacionais, passando pela criação de um tribunal do investimento internacional e pela submissão de todos os litígios a uma instituição arbitral existente – mas nenhum foi concretizado. Ao invés, o tratamento dado por virtualmente todos os “BITs” tem sido o de providenciar mecanismos arbitrais individualizados nos concretos “BITs”. Uma vez mais, este mecanismo foi escolhido pelos benefícios – em termos de eficiência, neutralidade, especialização e exequibilidade – recolhidos das experiências da arbitragem comercial internacional, que foram considerados como sendo os melhores meios disponíveis para a resolução de disputas.

Mas apesar das semelhanças entre a arbitragem de investimentos internacionais e a arbitragem comercial internacional, os mecanismos de arbitragem previstos nos “BITs” apresentam significativas diferenças em relação à arbitragem comercial internacional tradicional. Em especial, o conceito de consentimento construído ou de “convenção de arbitragem com eficácia para terceiros” constituiu uma utilização criativa e inovadora da arbitragem internacional fora do quadro das habituais cláusulas compromissórias negociadas no contexto contratual e incluídas nos instrumentos contratuais tradicionais. Como já se notou, os “BITs” utilizam a arbitragem internacional como mecanismo genericamente aplicável à resolução de litígios, concedido por via legislativa e não mediante a negociação de uma convenção de arbitragem.

B. Tratados bilaterais de arbitragem – BATs

Como já vimos, a arbitragem relativa aos investimentos internacionais aprendeu muito com a arbitragem comercial internacional. Por sua vez, a arbitragem comercial internacional pode aprender também com a arbitragem de investimento como, aliás, de alguma forma já tem feito em alguns temas, tal como as regras deontológicas aplicáveis aos advogados.¹⁸ Em particular, a tese deste ensaio consiste na afirmação de que a arbitragem comercial internacional, em determinadas circunstâncias e no contexto de um tratado bilateral de arbitragem (de um “BAT”), pode utilizar o conceito de consentimento presumido ou de arbitragem sem efeito contratual relativo que foi

desenvolvido nos "BITs".

O conceito de base de um tratado bilateral de arbitragem, ou "BAT", tal como concebido neste ensaio, será o de dois estados, por exemplo a Roménia (ou Tailândia) e Singapura, celebrarem um tratado bilateral prevendo que uma determinada categoria de litígios comerciais entre os nacionais dos seus países devam ser dirimidos, como mecanismo supletivo, por arbitragem comercial internacional. A categoria de litígios que ficariam submetidos a este mecanismo supletivo de arbitragem internacional seria definida entre os estados no respectivo "BAT".

De uma forma genérica, os estados parte de um "BAT" acordariam que os litígios comerciais internacionais – disputas envolvendo transações comerciais entre comerciantes com finalidade lucrativa – seriam submetidas a arbitragem como meio supletivo previsto ao abrigo de um "BAT". Esta definição poderá, por regra, excluir conflitos de direitos do consumo, conflitos laborais e categorias similares de conflitos que não tenham natureza comercial, sendo focados exclusivamente em litígios emergentes de negócios do comércio. O tratado bilateral de arbitragem (BAT) preverá que sempre que surja uma disputa comercial internacional entre nacionais, por exemplo, da Roménia (ou Tailândia) e de Singapura, tal disputa será definitiva e vinculativamente dirimida pelo recurso a arbitragem internacional. Nenhum tribunal dos estados contratantes poderá apreciar e dirimir tais litígios (devendo, ao invés, remeter as partes para arbitragem) e os tribunais de ambos os estados reconhecerão e executarão as decisões arbitrais respectivas, da mesma forma que o fazem em relação a outras decisões arbitrais internacionais.

O "BAT" poderá também ser redigido de forma a aplicar-se não só aos nacionais dos estados contratantes mas também às pessoas coletivas de direito público. Qualquer litígio surgido entre tais pessoas coletivas e um investidor estrangeiro que, por qualquer razão, não esteja incluído na definição de "investimento" dos "BITs" que hajam sido celebrados entre esses mesmos estados, ficaria incluído no âmbito do "BAT". Por outras palavras, um "BAT" serviria como um mecanismo totalmente abrangente, previsto supletivamente para a resolução de litígios que não fiquem expressamente afastados do seu âmbito.

Naturalmente que incumbirá aos estados parte do "BAT" acordar na definição do âmbito de disputas que ficarão submetidas à arbitragem ao abrigo do "BAT" e acordar no âmbito da exclusão da jurisdição dos respectivos tribunais estaduais. Os estados contratantes poderão definir os "BATs" à medida das particularidades, circunstâncias e necessidades. Os estados podem, como se sugere acima, excluir litígios de direito do consumo, litígios laborais e litígios de natureza similar, tais como litígios referentes a questões matrimoniais, relações familiares e heranças. Os estados também poderão excluir do âmbito dos "BATs" litígios comerciais específicos, tais como questões que envolvam o ambiente, contraordenações e insolvências.

Não só os estados contratantes poderão determinar o âmbito das questões que poderão ser submetidas a arbitragem internacional, mas também poderão definir o âmbito de aplicação de tais tratados de arbitragem. Por exemplo, os estados poderão limitar a aplicação dos tratados a litígios entre comerciantes individuais ou entre pessoas coletivas que sejam detentores de determinados valores mínimos em ativos ou receitas (por exemplo, 20 milhões de dólares americanos em ativos ou em receitas).

Em qualquer caso, é essencial notar que as partes ficarão inteiramente livres de optar pela não aplicação deste mecanismo supletivo previsto no "BAT", derogando-o nos respectivos contratos comerciais. Por exemplo, se o contrato contém um mecanismo de arbitragem diferente (tal como uma cláusula compromissória para submeter os litígios às regras da ICC, da LCIA ou de outra instituição), ou se consignar um qualquer pacto de jurisdição, escolhendo os tribunais de um estado em particular, então essa previsão contratual derogaria automaticamente o mecanismo de arbitragem previsto no tratado bilateral. Este mecanismo de resolução de litígios previsto no "BAT" apenas seria aplicado na ausência de estipulação expressa das partes. Apenas quando as partes não hajam escolhido um qualquer meio diferente de resolução de litígios é que se aplicaria o mecanismo supletivo previsto no tratado bilateral de arbitragem.

Os estados que celebrem um tratado bilateral de arbitragem podem prever que as arbitragens das questões por eles abrangidas sejam reguladas por determinadas regras institucionais ou não institucionais e as partes num particular litígio possam, livremente e por acordo, alterar esta escolha. Uma escolha lógica para este mecanismo de resolução de litígios seria a escolha, em muitos "BATs", das Regras de Arbitragem da Uncitral, na sua versão revista de 2010, uma vez que estas contêm um

conjunto de regras de arbitragem neutras e modernas.¹⁹ O Tribunal Permanente de Arbitragem da Haia poderia servir como autoridade de nomeação de árbitros e potencialmente como instituição de administração das arbitragens.

As Regras Uncitral também contêm mecanismos supletivos para múltiplas questões, incluindo as relativas à autonomia da convenção de arbitragem, ao princípio da “competência da competência”, à seleção do lugar da arbitragem, à escolha da lei aplicável ou das regras de direito aplicáveis, à determinação da língua ou línguas do processo, às custas e repartição de custas bem como à determinação dos honorários dos árbitros.²⁰ Outras disposições supletivas incluem as respeitantes à designação de árbitros bem como aos fundamentos de recusa de árbitros.²¹ As Regras Uncitral oferecem também um conjunto exaustivo de disposições respeitantes à condução do procedimento arbitral, incluindo a intervenção de terceiros e medidas cautelares. Por todas estas razões, as Regras Uncitral serão um conjunto apropriado de regras supletivas em muitos BATs.

Outra opção de regras supletivas seriam as Regras de Arbitragem do Tribunal Permanente de Arbitragem (“PCA”) de 2012 (as “Regras PCA de Arbitragem de 2012”).²² As novas “Regras PCA” consolidam quatro conjuntos de anteriores versões das regras processuais do “PCA”, sendo aplicáveis em litígios que envolvem estados, entidades estatais ou organizações intergovernamentais. Apesar de as “Regras PCA de Arbitragem de 2012” preservarem uma série de características comumente associadas à arbitragem de litígios de direito internacional público, elas foram modificadas de forma a seguir os princípios básicos incorporados nas Regras Uncitral de 2010. As novas “Regras PCA” aumentam a flexibilidade processual do tribunal arbitral e a autonomia processual das partes, incluindo mecanismos para a constituição do Tribunal Arbitral.

O conceito do “BAT” é novo, mas apenas em alguns aspectos. Como abaixo se discutirá, prever a arbitragem para litígios comerciais internacionais de uma forma compulsória, na falta do tradicional acordo de arbitragem, é uma proposta surpreendente, mas também potencialmente inquietante. Contudo, o conceito de um regime processual especializado para a resolução de disputas comerciais internacionais não é inteiramente original.

Em 2004, o “American Law Institute” (ALI) e o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit) publicaram os Princípios ALI/Unidroit para o Processo Civil Transnacional, os quais preveem um conjunto específico de regras processuais para todas as disputas comerciais internacionais. Entre outros, estes Princípios permitiriam, embora limitadamente, a junção de documentos, os depoimentos e inquirições de testemunhas e formas específicas de alegações escritas, os quais, em processos comerciais internacionais, se sobrepõem às regras aplicáveis aos processos perante os tribunais judiciais estaduais.²³ Estes Princípios foram adotados em atenção à percepção de uma “necessidade universal” de um conjunto de regras que transcendam as regras jurisdicionais estaduais, que possa permitir a resolução de litígios emergentes de transações comerciais transnacionais.²⁴ Este é um objetivo similar ao mecanismo de resolução de litígios que é proposto nos tratados bilaterais de arbitragem. Tal como os Princípios ALI/Unidroit, a razão fundamental de um “BAT” resulta da inadequação das regras e procedimentos existentes para a resolução de litígios comerciais internacionais. Os Princípios procuram resolver essas inadequações através da publicação de um conjunto uniforme e especializado de procedimentos internacionais aplicáveis a todas as disputas comerciais internacionais e não através da aplicação de regras paroquiais domésticas de processo civil.

Um “BAT” dirige-se aos mesmos problemas básicos mas, ao invés de prescrever uma solução standard, como é o caso dos Princípios ALI/Unidroit, o BAT permite uma flexibilidade casuística. Por um lado, os estados contratantes podem estruturar o BAT tendo em atenção as particularidades regionais, nacionais, culturais, económicas ou outras. Por outro, as partes nos contratos internacionais e os tribunais arbitrais, podem moldar as arbitragens individuais de acordo com a natureza e caráter das suas disputas. O princípio fundamental será, em qualquer caso, designar o mecanismo mais neutral, menos ineficiente e mais especializado para dirimir o litígio resultante de uma relação comercial internacional.

Outro antepassado dos “BATs” é a Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (“CISG”). A “CISG” adota regras internacionais substantivas especializadas para o direito das obrigações, que se sobrepõem às leis nacionais respeitantes ao direito das obrigações em determinados contratos internacionais de vendas.²⁵ O conceito, tal como nos “BATs”, é o de que tais transações internacionais necessitam de um regime específico, que apesar de ser de natureza

substantiva e não processual, seja adaptado à sua natureza internacional. Contudo, para os efeitos do ponto aqui discutido, o importante é que tal regime substantivo está submetido a acordo em contrário. É um regime supletivo, desenhado para questões internacionais, que as partes são livres de afastar.²⁶ A mesma estrutura básica serve igualmente e pelas mesmas razões, aos mecanismos de resolução de litígios emergentes de transações internacionais, salvo, como é evidente, acordo das partes em contrário.

Uma forma potencial que o "BAT" poderia assumir seria a de um "tratado multilateral de arbitragem" ("MAT"). Ao contrário do "BAT", um tratado multilateral de arbitragem seria outorgado entre vários estados, todos acordando que os litígios comerciais entre os respectivos nacionais seriam dirimidos através de arbitragem comercial internacional. Tal como os "BATs", o recurso ao procedimento de arbitragem ao abrigo de um tratado multilateral de arbitragem seria previsto supletivamente, com opção de derrogação.

Os "MATs" terão várias vantagens. Uma óbvia seria a redução dos custos da negociação de vários "BATs". Além disso, o "MAT" permite um enquadramento jurídico uniforme e transparente para a resolução de litígios numa só região, ao invés de uma amálgama potencialmente desconexa de "BATs" celebrados entre estados e economias similares vizinhas. Finalmente, os "MAT's" podem contribuir para um crescimento econômico da região e para a integração econômica entre os estados contratantes.

Os "MAT's" poderiam ser moldados a partir dos acordos regionais de comércio, prevendo que todas as disputas emergentes ou relativas a um tratado de comércio livre, tal como o "Tratado da Associação para o Comércio Livre das Nações do Sudeste Asiático" ("Afta") ou o "Tratado para o Comércio Livre da América do Norte" ("Nafta"), seriam dirimidas por recurso à arbitragem internacional. Estes mecanismos complementaríamos os meios de resolução de litígios relativos à proteção dos investimentos estrangeiros, tal como estão previstos no "Afta" e no Capítulo 11 do "Nafta", através do mecanismo da arbitragem comercial internacional.²⁷ Uma espécie de tratado multilateral ou regional de arbitragem poderia também ser incluída no âmbito do debate que atualmente decorre sobre o "Tratado da Cooperação Trans-Pacífica" ("TPPA") que, entre outros, espera-se que estabeleça um sistema de resolução de disputas entre investidores e estados dentro da região.

C. Potenciais objeções aos BATs: os "BUTs" ["Mas..."]

Os cépticos certamente levantarão uma série de objeções aos "BATs" (ou aos "MATs"). É por isso importante considerar estes "BUTs ..." – as razões que possam fazer-nos parar para pensar nesta proposta de tratados bilaterais de arbitragem. Contudo, de alguma forma, estas razões são, na verdade, insuficientes para nos dissuadir de continuar a considerar os "BATs", os quais permitem uma melhoria substancial dos atuais meios de resolução de litígios comerciais internacionais.

O "BUT ..." mais óbvio reside na questão de saber porque razão dois estados considerariam a adoção de um tratado bilateral de arbitragem. A resposta é simples: os estados deveriam adotar os "BATs" pela mesma razão que foi supletivamente prevista a arbitragem internacional nos tratados bilaterais de investimento que por eles foram subscreitos, pela mesma razão que cerca de 149 estados adotaram a Convenção de Nova Iorque e também pela mesma razão que a arbitragem internacional é o mecanismo de resolução de litígios comerciais internacionais preferido em todo o mundo pelos empresários. De uma forma muito simples, pode dizer-se que a arbitragem internacional é o mecanismo menos mau de resolução de disputas internacionais.

Não há litígio que seja agradável e não há nenhum mecanismo de resolução deste que seja particularmente eficiente, mas quando os conflitos surgem devem ser resolvidos e o objetivo é a sua resolução rápida, eficiente, especializada e neutral. Em todas essas categorias, a experiência no contexto do comércio internacional tem-nos ensinado que a arbitragem internacional – e, mais concretamente, a arbitragem comercial internacional – é a alternativa menos má.²⁸ Apesar de conhecidas, muitas das razões da preferência pela arbitragem, como meio de resolução de litígios comerciais internacionais, não têm merecido destaque.

Acima de tudo, a arbitragem internacional proporciona um meio neutro de resolução de conflitos. Uma entidade de Singapura não necessita de litigar nos tribunais da Roménia (ou da Tailândia) e, da mesma forma, uma entidade da Roménia (ou da Tailândia) não necessita de litigar nos tribunais de Singapura. Pelo contrário, um tribunal internacional, neutro, escolhido com a intervenção das partes,

dirimirá o conflito entre estas.²⁹ Isso beneficia ambas as partes e os respectivos estados pois proporciona um meio mais fiável e justo de resolução da disputa internacional e proporciona uma maior segurança nas transacções internacionais.

De igual modo, embora de forma nem sempre perfeita mas em qualquer caso com um alto grau de consistência, a arbitragem internacional já deu mostras de ser um meio de resolução de litígios comerciais mais eficiente que os meios disponíveis em quase todos os restantes fóruns.³⁰ No exemplo dado, a razão pela qual os parlamentos de Singapura e da Roménia aprovariam os "BATs" seria proporcionar um acesso mais rápido dos seus nacionais à justiça do que aquele que existiria junto dos tribunais judiciais dos estados contratantes. Por outro lado, a arbitragem internacional permitirá, em especial para as partes envolvidas na escolha e composição do tribunal, seleccionar decisores especializados, ao invés de juízes locais, geralmente mais habituados a assuntos domésticos. As partes seriam livres de indicar árbitros altamente qualificados e competentes, com conhecimentos específicos num domínio concreto, que se sentem mais à vontade em assuntos empresariais específicos e em cálculos económicos complexos que muitos juízes dos tribunais estaduais.³¹

Além disso, a arbitragem internacional também pode oferecer resultados duradouros e exequíveis, que não se encontram nos tribunais judiciais. Em muitos casos, entre os quais certamente se encontram a Roménia e Singapura, não haveria nenhum tratado bilateral de reconhecimento de decisões judiciais nem nenhum mecanismo segundo o qual uma sentença de Singapura pudesse ser executada na Roménia ou vice-versa. Uma arbitragem internacional permite oferecer, tal como noutros contextos, a possibilidade de uma decisão do litígio entre as partes que é definitiva, mais executável e mais eficaz, o que, ao fim e ao cabo, é o derradeiro teste dos mecanismos de resolução de litígios internacionais.

Pesquisas recentes confirmam estas características da arbitragem internacional como mecanismo de resolução de litígios. De acordo com a última sondagem realizada pela Quenn Mary University Law School (publicada inicialmente em 2006 e anualmente revista), para a resolução de disputas trans-fronteiriças, "entre as empresas sondadas, a arbitragem continua a ser mais popular que qualquer das outras opções disponíveis. A arbitragem está avaliada em primeira posição mais frequentemente que qualquer dos outros mecanismos (52% dos inquiridos assinalaram a arbitragem como a preferida)".³² A sondagem também demonstra que as principais "razões para escolher a arbitragem são a flexibilidade do procedimento, a exequibilidade das decisões, a privacidade concedida pelo processo e a possibilidade das partes escolherem os árbitros".³³ Por todas essas mesmas razões – razões de neutralidade, eficiência, especialização e exequibilidade – o mecanismo supletivo de arbitragem internacional proporciona o meio desejável que os legisladores de Singapura e da Roménia (ou Tailândia, Ucrânia ou Suíça) tornem acessível aos respectivos nacionais.

Além do mais, da adoção de um "BAT" advirão benefícios muito concretos para vários estados, em especial das regiões em vias de desenvolvimento. O compromisso para resolver disputas comerciais através de arbitragem internacional proporcionará aos empresários estrangeiros, quando considerem estabelecer negócios com empresários locais, a segurança de que as futuras disputas serão dirimidas de modo justo, eficiente e exequível. Em especial, nos estados onde os sistemas judiciais estão em reforma ou onde os litigantes defrontam demoras ou outras dificuldades substanciais, a promessa do estado de uma resolução de litígios expedita, neutra e especializada (especialmente no que toca a disputas contra entidades estatais ou empresas públicas) constitui substanciais incentivos e garantias para os empresários estrangeiros.

Acresce que a adoção de um "BAT" permitirá um alívio na pendência processual que se registra nos tribunais judiciais dos estados contratantes, tornando esses tribunais mais acessíveis ao cidadãos locais nas disputas domésticas, aliviando-os das dificuldades inerentes aos litígios do comércio internacional e desonerando os contribuintes do financiamento dos litígios internacionais, muitas vezes complexos e morosos. Ao mesmo tempo, o BAT poderia proporcionar aos juristas e, indiretamente, aos tribunais locais, meios alternativos de resolução de litígios, em última análise aumentando a qualidade e eficiência da litigância local. Por todas estas razões, para celebrar um "BAT", os estados deveriam ter pelo menos o mesmo incentivo que tiveram quando aderiram à Convenção de Nova Iorque, à Convenção ICSID ou aos tradicionais "BITs".

Outro "BUT..." óbvio é a questão do consentimento e da autonomia das partes. A base fundamental da arbitragem comercial internacional desde há séculos é a autonomia das partes.³⁴ O

consentimento é o alicerce de qualquer arbitragem comercial internacional e a inovação fundamental do "BAT" é que aquela não se apoia no consentimento expresso das partes para arbitrar. Neste sentido, o "BAT" parece razoavelmente criar um distanciamento das noções tradicionais de consentimento e autonomia das partes uma vez que, na sua essência, impõe a arbitragem a partes que nunca ponderaram e menos ainda consentiram nessa forma de resolução de litígios.

Contudo, será um "BAT" realmente inconciliável com o conceito básico de autonomia das partes? Apesar do "BAT" poder consistir num passo para além do consentimento presumido dos "BITs", a adoção de tais tratados não constitui um passo tão mais além daquilo que atualmente já se reconhece existir de efetivo consentimento nas arbitragens internacionais previstas nos "BITs". E, na medida em que esta forma de consentimento está para além dos modelos passados, é um passo sensível e justificável.

Primeiro, como se notou, é fundamental notar-se que o conceito de "BAT" proposto proporciona apenas um mecanismo supletivo. É crucial que as partes guardem a sua liberdade de excluir o mecanismo de resolução de litígios previstos no "BAT". As partes são livres de acordar num determinado pacto de jurisdição, de acordar numa forma diferente de arbitragem, de acordar em determinação pericial, ou simplesmente de afastar a aplicação do tratado na sua totalidade, deixando por decidir a questão da resolução de litígios. Um "BAT" não pretende de forma alguma sobrepor-se à vontade expressa ou tácita das partes mas apenas proporcionar um meio supletivo quando as intenções não tenham sido exprimidas. Nesse sentido, a autonomia das partes é salvaguardada.

Naturalmente, não é necessário o consentimento expresso para arbitrar ao abrigo de um "BAT", o que de alguma forma se encontra em tensão com a máxima tradicional de que a "arbitragem é uma criatura do consentimento" e de que "sem acordo para arbitrar, não pode haver arbitragem".³⁵ Mas, mais uma vez, é útil considerar o exemplo do consentimento existente na arbitragem dos "BITs". Tal como acima visto, essa noção de consentimento é a de um consentimento presumido, dependendo do enquadramento prescrito no tratado e não de um acordo de arbitragem negociado num contrato comercial. Como vimos, o mecanismo de arbitragem do "BIT" está mais ligado a uma solução supletiva prevista por via legislativa do que a um tradicional acordo de arbitragem.

As mesmas considerações que tornam apropriada a arbitragem internacional no contexto dos "BITs", apesar da falta das formas tradicionais de consentimento, também tornam apropriado este mecanismo supletivo no seio dos "BATs". Tal como a arbitragem, como meio supletivo nos tratados de investimento, envolve uma forma presumida de consentimento, também a arbitragem num tratado bilateral de arbitragem envolveria uma forma presumida de consentimento, mas que em qualquer caso é baseada nas expectativas das partes quanto a uma forma neutra e independente de resolução de diferendos emergentes de transações comerciais internacionais.

Com efeito, podemos levar esta análise um pouco mais além. Se perguntarmos aos homens e mulheres de negócios como pretendem ver dirimidos os seus conflitos comerciais, eles responderão que pretendem vê-los resolvidos de forma neutra, especializada, eficiente e exequível. Eles não quererão saber ao detalhe como isto ocorrerá, mas essa é a sua expectativa e desejo.

Infelizmente, em muitos casos, a expectativa dos homens e mulheres de negócios não corresponde ao mecanismo de resolução de litígios comerciais internacionais corrente, sempre que as partes não tenham acordado num pacto de jurisdição ou numa cláusula de arbitragem internacional. Nestas situações, as partes podem enfrentar a ameaça de procedimentos paralelos ou múltipla litigância em diferentes tribunais judiciais locais, geralmente localizados no país da outra parte, geralmente enfrentando tribunais locais que poderão ter uma predisposição paroquiana contra uma ou outra parte e geralmente produzindo sentenças que não podem ser efetivamente executadas. A litigância judicial tem também outros inconvenientes, tais como o "forum shopping", conflitos de sentenças, atoleiros processuais, corrupção ou inércia dos decisores e também arrastamento dos processos ao longo de anos.³⁶

Neste cenário, nada corresponde às expectativas fundamentais e subjacentes das partes de que os seus litígios sejam dirimidos de forma neutra, justa e eficiente. Em contraste, a arbitragem internacional geralmente corresponde às expectativas das partes, o que explica a visão dos homens e mulheres de negócios acima referida em relação ao processo arbitral. Considerando isso, nas transações internacionais em que as partes não hajam acordado numa forma concreta de resolução de litígios, deve ser considerado com seriedade o argumento segundo o qual a arbitragem pode corresponder melhor às expectativas e desejos genuínos do que a múltipla litigância nos tribunais

loais que proferem sentenças inexecuíveis.

Quando analisamos cuidadosamente os tribunais estaduais a lidar com a questão das convenções de arbitragem internacional, muitas vezes deparamos com decisões que consideram como válidas e eficazes cláusulas arbitrais patológicas e com os tribunais esforçando-se por validar convenções arbitrais patológicas apesar de conterem defeitos ou contradições gravosos, baseando tal decisão na circunstância de que se pode presumir que as partes que lidam no comércio internacional quiseram que as suas disputas fossem dirimidas por arbitragem.³⁷ Estas decisões baseiam-se parcialmente na análise da intenção das partes, aplicando princípios gerais do direito das obrigações, mas também têm invocado concepções mais genéricas quanto ao fato de as formas de resolução de litígios que são justas, eficientes e neutras constituírem justamente um indício dessa intenção das partes.

Os desenvolvimentos registados na arbitragem internacional nas últimas décadas também reforçam o caso, permitindo um consentimento presumido como solução supletiva. Durante os últimos trinta anos, as instituições líder na arbitragem internacional têm revisto e desenvolvido exaustivamente as suas regras processuais, proporcionando um enquadramento processual para as arbitragens internacionais mais confiável e justo.³⁸ De igual forma, uma comunidade crescente de árbitros internacionais altamente especializados encontra-se cada vez mais disponível para resolver litígios comerciais em todas as regiões do globo. Advogados admitidos em múltiplas jurisdições têm ganhado experiência arbitral de forma substancial.³⁹ Além disso, os tribunais estaduais estão a tornar-se cada vez mais familiarizados com as convenções arbitrais internacionais, com as questões processuais e com as decisões arbitrais, tornando o processo arbitral mais previsível, eficiente e exequível. Todas estas garantias de equidade, eficiência e exequibilidade conferem um importante apoio à noção de que as partes, nas relações comerciais, têm a expectativa e o desejo de que as suas disputas comerciais internacionais sejam dirimidas por recurso à arbitragem internacional.

Finalmente, é também importante considerar a questão do consentimento para arbitrar pela perspectiva das partes depois de um BAT ter entrado em vigor e como este deveria moldar as suas expectativas e condutas. Se os comerciantes, sediados em estados que subscreveram um "BAT", celebrarem negócios depois de o "BAT" ter entrado em vigor, fá-lo-ão com conhecimento dos termos do "BAT" e dos seus mecanismos de arbitragem. Os estados normalmente darão publicidade à existência do "BAT" e, em qualquer dos casos, os comerciantes com alguma sofisticação estarão informados dos seus direitos e obrigações consagrados no tratado. Nestas circunstâncias, quando as partes contrataram com consciência dos mecanismos supletivos do "BAT" sem os terem derrogado, o argumento de que existe um efetivo consentimento é particularmente forte.⁴⁰

Que outros "BUTs ..." poderemos avançar em relação à sugestão de um tratado bilateral de arbitragem?

O próximo "BUT ..." óbvio seria que este mecanismo constituiria uma forma de negar aos cidadãos o acesso à justiça e ao sistema público judicial. Em apoio desta tese, pode confiar-se na vigência de garantias constitucionais tais como o devido processo legal, do direito a julgamento perante júri nos Estados Unidos⁴¹ ou do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁴² É com toda a certeza fundamental a noção de acesso à justiça e de que uma parte tenha acesso a um tribunal independente de forma a resolver os seus litígios de modo neutro e equitativo. No contexto doméstico, é perfeitamente compreensível que se requeira um efetivo consentimento para recorrer à arbitragem em vez de se negar às partes, por via legislativa, o acesso ao sistema público judicial.

Mas, no contexto internacional, como no exemplo de Singapura ou da Romênia, o acesso à justiça é um conceito mais complicado. De fato, em termos concretos, a questão não é o acesso a um sistema judicial, mas a múltiplos sistemas judiciais. Em última análise, a questão é a do acesso de um Tailandês aos tribunais Tailandeses ou do acesso de um Romeno aos tribunais Romanos e, no fim do dia, a questão é a de um sistema de resolução de litígios que produz múltiplos processos judiciais perante tribunais estaduais "paroquianos", que realmente não são capazes de produzir uma decisão definitiva dos litígios das partes que seja capaz de uma rápida execução.

Existem outras razões que conduzem a concluir que, ao invés de assegurar um acesso à justiça e a uma justa resolução de litígios internacionais, a litigância nos tribunais judiciais pode levar a resultados opostos. A litigância internacional levanta inevitavelmente questões quanto à jurisdição (com as naturais demoras, despesas e incertezas), quanto à eleição do foro competente (incluindo outras teorias como a do "lis pendens" ou a do "forum non conveniens"), quanto a notificações

processuais ou quanto à produção da prova.⁴³

Quando tais questões processuais e de jurisdição estiverem resolvidas e se chegar à apreciação do mérito da causa (em processos frequentemente paralelos), as pequenas e médias partes em litígio estarão já exauridas e os seus litígios continuarão por resolver. Isto não é acesso à justiça mas, bem ao contrário, é acesso a uma genuína e inquietamente denegação de justiça.

De fato, a verdadeira forma de proporcionar o acesso à justiça nas transações comerciais internacionais é através de um mecanismo supletivo de arbitragem internacional ao abrigo de um tratado bilateral de arbitragem tal como aquele que se vem descrevendo. É, na verdade, um mecanismo de arbitragem internacional que proporciona um real acesso à justiça, não sendo o acesso meramente ilusório que encontramos quando os litígios comerciais internacionais são dirimidos pelos tribunais judiciais domésticos.

Um quarto "BUT ..." diz respeito aos mecanismos e detalhes do processo arbitral. Na falta de acordo, como será conduzido o processo arbitral? Esta objeção é facilmente rebatível.

As Regras da Uncitral preveem soluções supletivas para todos os principais problemas processuais que se levantam na condução de uma arbitragem, incluindo a nomeação de árbitros, número de árbitros, lugar da arbitragem, procedimentos arbitrais, determinação da lei aplicável, remuneração dos árbitros, entre outras.⁴⁴ De um ponto de vista prático, com o PCA a servir de entidade que nomeia os árbitros, as Regras da Uncitral permitirão um processo arbitral eficiente e efetivo e garantirão que o processo é também seguro e expedito, tal como se todos os detalhes tivessem sido previstos pelas partes em litígio. As arbitragens poderão ser perfeitamente conduzidas – tal como na verdade frequentemente o são – com base em nada mais do que um acordo para arbitrar ao abrigo das Regras da Uncitral. Para a validade e eficácia de tais disposições, não é necessária qualquer previsão quanto ao lugar da arbitragem, quanto à entidade de nomeação, quanto as demais regras processuais, nem quanto à escolha da lei substantiva a aplicar. Um "BAT" que previsse a arbitragem ao abrigo das Regras da Uncitral seria perfeitamente praticável, salvo acordo em contrário ou previsão adicional das partes.

De igual modo, não seria novidade a sugestão de utilização das Regras da Uncitral na ausência de acordo das partes. Na verdade, é essa a solução da Convenção do Panamá, que determina a aplicação das Regras da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial ("Regras IACAC"), que são quase totalmente baseadas nas Regras da Uncitral e são supletivamente aplicadas quando as partes nada tenham acordado em contrário. O mesmo modelo seria praticável no contexto de um tratado de arbitragem internacional.

Uma quinta objeção ao conceito do "BAT" envolve os regimes de execução das cláusulas de seleção de jurisdição e de sentenças judiciais atualmente existentes. Um bom exemplo é o Regulamento de Bruxelas⁴⁵ e, nos Estados Unidos, os princípios da tutela da confiança, da boa-fé e do "due process" existentes na Constituição dos Estados Unidos da América.⁴⁶ Em ambos os ordenamentos jurídicos existem mecanismos que garantem o acesso à justiça e que também garantem uma efetiva execução das sentenças judiciais.

Dentro dos ordenamentos jurídicos europeus e dentro dos 50 estados dos Estados Unidos da América, existiriam dificuldades substanciais na adoção de um "BAT". Um "BAT" entre a Alemanha e Itália ou entre o Estado do Alabama e o Estado da Califórnia não faz sentido por causa do regime que já existe – em muitos aspectos um regime doméstico – que se destina à resolução de litígios e à execução de sentenças.

Assim, precisamos de excluir a noção do "BAT" dentro dos espaços europeus e norte-americanos (outros exemplos de federações poderiam acompanhar esta exclusão). Mas, fora destes espaços, nos negócios entre nacionais dos países europeus e de terceiros países, nos negócios entre nacionais dos Estados Unidos e de terceiros países ou nos negócios entre nacionais de outros países, o "BAT" faz perfeito sentido.

O "BUT ..." final – aquele que parece maior e mais temível – é o medo do desconhecido. Todos nós conhecemos o direito e o sistema jurídico internacional como existindo dentro de uma construção própria, formada por um particular conjunto de regras. Todos nós sabemos que os alicerces da arbitragem internacional residem no mútuo consentimento e que a arbitragem é consensual. O "BAT"

é inovador na medida em que rompe com o paradigma que conhecemos, parecendo improvável e errado.

Mas não devemos esquecer que, 100 anos atrás, a Convenção de Nova Iorque seria vista da mesma forma, tal como o seria um "BIT" há 40 anos. Também estes foram inovações arrojadas e estavam, de algum modo, à frente do seu tempo. Mas provaram ser um sucesso de uma forma notável e são agora parte do ambiente jurídico ortodoxo.

O fato de os tratados bilaterais de arbitragem e a noção do consentimento presumido serem inovadores e pouco ortodoxos não pode significar que lhes falte mérito e que não possam ser alcançados. O fato de a Convenção de Nova Iorque e os BITs terem rompido com o paradigma não significa que não possam surgir outras inovações e que estas não possam trazer benefícios similares.

Ponhamos então de lado esse temível "mas ...", o "mas ..." da heterodoxia e da tradição, e pensemos antes no que poderia ser – no que pode ser – e como o poderemos fazer acontecer.

1 Stephanie Sarzana e Marija Scekic deram uma ajuda incalculável na preparação deste trabalho.

NT Nota dos Tradutores. Os tradutores optaram por manter a expressão no seu original, em língua inglesa.

2 "Bilateral Investment Treaties" no original.

3 "Bilateral Arbitration Treaty", no original.

4 "Mas ..." na tradução para a língua Portuguesa.

5 Ver R. Dolzer e M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties* 58 (1995), no original: "[I]t is generally accepted that international law requires a minimum of fairness in the treatment of foreigners and foreign investment ... Nearly all recent BITs require that investment and investors covered under the treaty receive 'fair and equitable treatment,' in spite of the fact that there is no general agreement on the precise meaning of this phrase". Também R. Dolzer e C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* 98, 130 (2012), no original: "On the level of customary international law, the minimum standard for the protection of aliens came to place limitations on the territorial sovereignty of the host state and to protect alien property" (...) "most bilateral investment treaties (BITs) and other investment treaties provide for fair and equitable treatment (FET) of foreign investments".. Também R. D. Bishop, J. Crawford e W. M. Reisman, *Foreign Investment Disputes* 10 (2005), no original: "In many of the BITs, governments make a commitment to provide foreign investors with national treatment (treatment as favourable as that given to other countries' citizens), fair and equitable treatment, full protection and security for the investment, and treatment at least as favourable as that provided by international law".

6 Ver S.W. Shill, *The Multilateralization of International Investment Law* 31-64 (2009). Também A. Newcombe e L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties* 55 (2009), no original: "Although states have been willing to create a network of IIAs in a piece-meal way, states have been unable agree on investment issues at multilateral level". Ver também R. D. Bishop, J. Crawford and W. M. Reisman, *Foreign Investment Disputes* 317-490 (2005).

7 Ver UNCTAD, World Investment Report(2013), p. 129.

8 O número total acumulado de casos fundados em tratados alcançou os 290 no final de 2007. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/iteiia20083_en.pdf]. Acesso em: 29.08.2014.

9 Considerando que há um número de casos baseados em tratados que são conduzidos de forma confidencial em procedimentos *ad hoc*, é provável que o número total de casos seja maior. Ver UNCTAD IIA Issues Note: *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* N. 1, Maio 2013, (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/3). Disponível em:

[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf]. Acesso em: 29.08.2014.

10 See UNCTAD IIA Issues Note: *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* N. 1, Maio 2013, (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/3). Disponível em: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf]. Acesso em: 29.08.2014.

11 Ver R. D. Bishop, J. Crawford e W. M. Reisman, *Foreign Investment Disputes* 10 (2005), no original: "It should be noted that the consent provided in the treaty may enable a foreign investor to initiate arbitration in an international arbitral forum even if the investor does not have an arbitration clause in its contract with the government or, for that matter, even if the investor has no contract with the government at all". Ver também M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* 289 (2010), no original "[T]he significance of investment treaties is that they do effectively provide a foreign investor with variety of protection in situations requiring dispute settlement, depending on the precise wording of each treaty".

12 Ver R. Dolzer e C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* 257 (2012), no original: "Most investment arbitration cases in recent years have been based on jurisdiction established through BITs. The basic mechanism is the same as in the case of national legislation: the states parties to the BIT offer consent to arbitration to investors who are nationals of the other contracting party. The arbitration agreement is perfected through the acceptance of that offer by an eligible investor".

13 Paulsson, *Arbitration Without Privity*, 10 ICSID L. Rev. 232 (1995).

NT Nota dos Tradutores: "Arbitration without privity" no original. Face à ausência de um conceito de "privity" *qua tale* no nosso ordenamento jurídico, os tradutores optaram pela expressão "convenção de arbitragem com eficácia para terceiros" que traduz o efeito jurídico que é pretendido retratar por Jan Paulsson.

14 Cfr. infra.

15 Ver Bockstiegel, *Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?*, 28 Arb. Int'l 4 581 (2012).

16 Ver Van Harten, *The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State*, 56 Int'l & Comp. L. Q. 371, 379-380 (2007). Também Strong, *Discovery under 28 U.S.C. §1782: Distinguishing International Commercial Arbitration and International Investment Arbitration*, 33 (2013). Ver também Levine, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, 204 (2011).

17 Ver: Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, AM. J. INT'L L. 179 (2010); Sornarajah, *A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration*, in Karl P. Sauvant ed., *Appeals Mechanism in Investment Disputes* 39, 41-42 (2008); Van Harten, *The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State*, 56 Int'l & Comp. L. Q. 371, 380 (2007).

18 Ver Bishop and Stevens, *Advocacy and Ethics in International Arbitration: The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy*, 15 ICCA Congress Series 391, 399-401 (2010). Ver também Kaplan, *Investment Arbitration's Influence on Practice and Procedure in Commercial Arbitration*, *Asian Dispute Review*, 122-124 (2013).

19 Ver Skinner *et al.*, *The Uncitral Arbitration Rules 2010*, 7 Asian Int'l Arb. J. 76, 76-78 (2011).

20 Ver Regras de Arbitragem Uncitral de 2010, arts. 18.º, 19.º, 23.º, 35.º e 40.º a 42.º.

21 Ver Regras de Arbitragem Uncitral de 2010, arts. 8.º a 13.º.

22 Ver Regras de 2012 do Tribunal Permanente de Arbitragem. Disponíveis em [www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1188]. Acesso em: 29.08.2014.

23 Ver ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure. Disponíveis em: [www.unidroit.org/english%20principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf].

24 American Law Institute, catálogo de publicações. Disponível em: [www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=76]. Acesso em: 29.08.2014.

25 Ver Convenção das Nações Unidas sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Disponível em: [www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf]. Acesso em: 29.08.2014.

26 Ver art. 6.º da Convenção das Nações Unidas sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Disponível em [www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf]. Acesso em: 29.08.2014.

27 Ver Capítulo 11, arts. 1116.º e ss. do "Nafta" e 32 I.L.M. 289 (1993). O Capítulo 11 do "Nafta" estabelece um mecanismo de resolução de litígios relativos ao investimento, prevendo que um investidor que alegue que um governo anfitrião incumpriu as suas obrigações decorrentes do investimento realizado, tal como previsto no Capítulo 11, pode, à sua escolha, recorrer a um dos seguintes mecanismos de arbitragem: (1) ao Centro Internacional para Resolução de Litígios de Investimento do Banco Mundial (ICSID); (2) às Regras sobre Facilidades Adicionais do ICSID; e (3) às Regras da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (Regras Uncitral). Em alternativa, o investidor pode optar pelos expedientes existentes junto dos tribunais nacionais do estado anfitrião. De realçar que o Capítulo 11 prevê a exequibilidade das decisões arbitrais finais nos tribunais nacionais. Ver também o art. 9.º do "AFTA" que prevê que "quaisquer divergências entre os Estados – Membros relativas à interpretação ou aplicação deste Acordo ou de quaisquer entendimentos nele baseados serão, na medida do possível, resolvidas amigavelmente entre as partes. Quando for necessário, será designado um órgão apropriado para a resolução de disputas". Disponível em: [www.worldtradelaw.net/fta/agreements/afta.pdf]. Acesso em: 28.08.2014.

28 Ver G. Born, *International Commercial Arbitration* 90 (2009).

29 Idem, 72-74 (2009).

30 Idem, 86 (2009).

31 Idem, 78-81 (2009).

32 Ver Queen Mary, University of London e PwC, *Corporate choices in International Arbitration: Industry perspectives – 2013 International Arbitration Survey*. Disponível em: [www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf]. Acesso em: 29.08.2014. De acordo com os resultados da sondagem de 2006, "73% dos inquiridos preferem utilizar a arbitragem internacional, quer de forma isolada (29%), quer em combinação com mecanismos de Resolução Alternativa de Litígios (ADR) num processo de resolução de disputas multiescalonado.

33 Ver Queen Mary, University of London e PwC, *International arbitration: Corporate attitudes and practices 2006*, at p. 2, disponível em: [www.pwc.be/en_BE/be/publications/ia-study-pwc-06.pdf]. Acesso em: 28.08.2014.

34 Ver G. Born, *International Commercial Arbitration* 90 (2009).

35 Ver S. Greenberg, C. Kee e J. R. Weeramantry, *International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective* 21 (2011), no original: "Since party consent is the very essence of arbitration, an arbitration agreement is perhaps its most essential feature. Without an arbitration agreement there can be no arbitration". Ver também G. Born, *International Commercial Arbitration* 197 (2009).

36 Ver G. Born, *International Commercial Arbitration* 66 (2009).

37 Idem, 676-678 (2009).

38 *Idem*, 90-91 (2009).

39 Ver e.g., Lista de Árbitros da AIA. Disponível em:
[www.arbitration-adr.org/membership/?a=list&t=arbitrator].

40 Os "BATs" também podem incluir disposições referentes a um consentimento forçado, tal como existe no contexto de muitos instrumentos reguladores. Ver, por exemplo, 18 U.S.C. § 3261(a): "Ao obter emprego ou acompanhar as Forças Armadas dos Estados Unidos fora do território nacional, a pessoa consente na jurisdição dos Estados Unidos para assuntos de natureza criminal e consente na submissão à lei criminal dos Estados Unidos". Também o 14 C.F.R. § 91.703(a): "ao operar uma aeronave registada nos Estados Unidos, a pessoa consente em submeter-se ao cumprimento da regulamentação aeronáutica dos Estados Unidos ainda que se encontre no território de outra jurisdição". Ou ainda o 18 U.S.C. § 7(6): "ao operar uma aeronave espacial registada nos Estados Unidos, a pessoa consente em submeter-se à jurisdição federal dos Estados Unidos, ainda que se encontre no espaço". Estas disposições formais não alteram a análise subjacente à legitimidade das disposições supletivas dos "BATs".

41 Ver Constituição dos Estados Unidos da América, art. III. Disponível em:
[www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm]. Acesso em: 29.09.2014.

42 Ver art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem Disponível em:
[www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf]. Acesso em: 29.08.2014.

43 G. Born, *International Commercial Arbitration* 65-67 (2009).

44 Ver *supra*.

45 Ver Regulamento (CE) N. 44/2001 do Conselho de 22.12.2000 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em:
[<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:pt:PDF>]. Acesso em: 28.09.2014.

46 Ver Constituição dos Estados Unidos da América, art. IV e Quinta e Décima Quarta Emendas.