



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

*Diretores Acadêmicos: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis**

BUREAU VERITAS, INSPECTION, ASSESSMENT AND CONTROL, BIVAC B.V.

V.

REPÚBLICA DO PARAGUAI

Relatório do Caso por: Christina L. Beharry **

Editado por Ignacio Torterola ***

Traduzido para o português por Ana Carolina Dall’Agnol ****

Em uma decisão sobre objeções jurisdicionais proferida em 29 de maio de 2009, sob o Tratado entre o Reino dos Países Baixos e a República do Paraguai para a promoção e proteção recíproca de investimentos (1994), um tribunal CIRDI adotou uma leitura liberal da *umbrella clause* contida no Tratado.

Membros do Tribunal CIRDI:

Rolf Knieper (Presidente), Yves Fortier, Philippe Sands

* Os Diretores podem ser contactados por e-mail nos seguintes endereços eletrônicos:

ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com e

loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com.

** Christina L. Beharry é uma advogada do escritório de Washington D.C. de Foley Hoag LLP. Christina tem foco primário na prática de arbitragem de ente investidor e Estado. Ela pode ser contata através do e-mail cbeharry@foleyhoag.com ou pelo telefone +202 261 7359.

*** Ignacio Torterola é co-Diretor do International Arbitration Case Law (IACL).

**** Ana Carolina Dall’Agnol é bacharel em Relações Internacionais pela UniCuritiba, acadêmica do quarto ano de Direito na mesma instituição e estagiária na Lee Taube Gabardo Sociedade de Advogados. Ela pode ser contactada através do email dallagnolanacarolina@gmail.com.

Resumo

1. Introdução

- 1.1 A decisão de *BIVAC v. Paraguay* contribui para o crescente número de casos sobre as questões controversas relacionadas às *umbrella clauses*, ao significado de investimento e ao nexó territorial entre um investidor estrangeiro e o Estado receptor.
- 1.2 A questão quanto à possibilidade de a violação de uma obrigação contratual ser elevada à violação de um tratado de investimento resultou em opiniões amplamente divergentes. A decisão de *BIVAC v. Paraguay* favorece a interpretação mais liberal das *umbrella clauses* adotada em *SGS v. Philippines* e no recente *SGS v. Paraguay*, mas se afasta da leitura restritiva adotada em *SGS v. Pakistan*.
- 1.3 A sentença do tribunal sobre o mérito ainda está pendente.

2. Fatos do Caso

- 2.1 BIVAC é uma empresa incorporada na Holanda, com sede principal na França. A controvérsia surgiu de um contrato firmado entre as partes para a prestação de serviços técnicos de inspeção pré-embarque de importações para o Paraguai. Estes serviços incluíam a identificação física das mercadorias antes do embarque, verificação da razoabilidade dos preços cobrados pelos vendedores, estimativa de taxas alfandegárias, emissão de certificados de inspeção, treinamento de pessoal Paraguaio e assistência no estabelecimento de um banco de dados. O Ministério da Fazenda era obrigado a pagar taxas pelos serviços técnicos que eram calculadas com base em um percentual do valor Livre a Bordo* das mercadorias e deveriam ser pagas mensalmente. O contrato teria uma duração de três anos, podendo ser estendido periodicamente.
- 2.2 BIVAC iniciou o procedimento arbitral alegando que, das 35 faturas emitidas ao longo do período de três anos, 19 delas, correspondentes a um valor de US\$22 milhões, permaneceriam não pagas. BIVAC alegou que os diversos entes governamentais confirmaram a validade do contrato e o adimplemento das obrigações por parte de BIVAC. Apesar disso, BIVAC sustentou que nenhum pagamento havia sido feito. BIVAC protocolou um Requerimento de Arbitragem em 16 de fevereiro de 2007, com base no TBI entre Paraguai e Países Baixos (o "Tratado"), buscando pagamento de US\$36 milhões acrescidos de juros pela

* NT: Tradução de *Free on Board (FOB)*, dos *International Commercial Terms - Incoterms*.

violação das proteções do TBI contra privação de investimento,¹ tratamento injusto e não equitativo e medidas não razoáveis,² e por deixar de respeitar obrigações contraídas relativas ao investimento.³

2.3 Em 2 de março de 2007, o Secretariado do CIRDI pediu à BIVAC que esclarecesse duas questões: (1) como o contrato se qualificaria como um investimento pelo Artigo 25 da Convenção do CIRDI e (2) qual seria a relação entre a cláusula de solução de controvérsias contida no contrato e aquela do TBI. BIVAC respondeu em 15 de março, afirmando que o TBI continha a definição aplicável de “investimento” e que sua pretensão pelo pagamento pelos serviços constituiria um direito garantido por direito público. Segundo, BIVAC sustentava que a cláusula de arbitragem contida no contrato não impediria o exercício de jurisdição sob a égide do Tratado, independentemente de a pretensão ser fundada em uma questão de interpretação e aplicação do contrato. O Centro, então, registrou o Requerimento de Arbitragem em 11 de abril de 2007.

2.4 O Paraguai levantou seis objeções à jurisdição do tribunal:

- (i) O Paraguai nunca teria consentido explicitamente em submeter controvérsias à arbitragem perante o CIRDI, e o mero fato de ratificação não constituiu tal concordância.
- (ii) A relação entre BIVAC e Paraguai seria da natureza de um contrato administrativo e não estaria compreendido pelo TBI. Dada a relação puramente contratual e a ausência de uma contribuição de capital, ela não se qualificaria como um investimento na linguagem comum ou conforme o direito paraguaio.
- (iii) O contrato conteria um mecanismo exclusivo de solução de controvérsias, determinando a jurisdição das cortes em Assunção e tornando a lei paraguaia aplicável.
- (iv) BIVAC não teria feito um investimento no território do Paraguai como requerido pelo TBI.
- (v) A Constituição Paraguaia e as leis que regulam ordem pública proibiriam o Estado de derrogar jurisdição nacional em favor de arbitragem

¹ Art. 6 do TBI entre Paraguai e Países Baixos.

² *Id.*, Art. 3(1).

³ *Id.*, Art. 3(4).

internacional quando surgirem questões relacionadas à propriedade do Estado.

- (vi) A controvérsia não seria de uma natureza legal como exigido pelo Artigo 25(1) da Convenção do CIRDI, porque o contrato é de uma natureza pública, administrativa, e regulado por *ius cogens* e considerações de ordem pública.

2.5 O tribunal decidiu apreciar as objeções jurisdicionais do Paraguai como questões preliminares, conforme disposto no Artigo 41(2) da Convenção do CIRDI, e suspendeu os procedimentos quanto ao mérito.⁴

3. *Questões Legais Abordadas*

3.1 O tribunal considerou, primeiramente, a alegação do Paraguai de que este não haveria consentido à jurisdição do CIRDI, vez que nem o Presidente nem um representante com poderes teria vinculado o Estado. BIVAC argumentou que o Estado teria consentido a arbitrar controvérsias pelo TBI. O tribunal concordou com o argumento de BIVAC, decidindo que o consentimento do Paraguai contido no Artigo 9(2) do TBI não era qualificado quanto ao respeito a requisitos domésticos constitucionais ou legais.⁵

3.2 A segunda objeção do Paraguai, no sentido de que o contrato não seria um investimento porque seria puramente um direito de receber pagamento por serviços executados no estrangeiro, e não uma concessão ou direito conforme direito público, da mesma forma falhou em persuadir o tribunal. O tribunal analisou os serviços prestados por BIVAC (por exemplo, emissão de certificados de inspeção) e concluiu que eles representavam funções “normalmente reservadas à autoridade pública do Estado” e “contribuíram para a elevação de receita pública por meio de taxas de importação”.⁶ Dessa forma, concluiu que os direitos de BIVAC eram “garantidos pelo direito público” dentro do significado conferido pelo TBI.

⁴ Após a audiência sobre jurisdição, o Paraguai levantou objeções à legitimidade de BIVAC, alegando que, na realidade, a parte interessada era uma empresa francesa. BIVAC contestou contra a introdução de uma nova objeção, mas o tribunal decidiu juntar a questão ao mérito.

⁵ *BIVAC v. Paraguay*, Decisão do Tribunal sobre Objeções Jurisdicionais, 29 de maio de 2009, ¶¶ 72-73.

⁶ *Id.*, ¶¶ 87-91.

- 3.3 Em relação ao argumento do Paraguai de que a BIVAC não teria feito um investimento em seu território, o tribunal entendeu haver um nexo territorial suficiente com base na presença local de BIVAC, o treinamento de Paraguaiois pela BIVAC e o estabelecimento de um banco de dados local no Paraguai.⁷ Além disso, o tribunal considerou que as atividades executadas por BIVAC, no Paraguai ou no exterior, eram inseparáveis.⁸
- 3.4 O Paraguai também alegou que a mera recusa a pagar um débito não poderia constituir uma expropriação enquanto existissem remédios em relação à recusa. O tribunal concordou, entendendo que a recusa a pagar não seria suficiente para sustentar uma pretensão baseada em expropriação, porque não havia controvérsia quanto à existência do débito contratual e que o foro para a solução de controvérsias contratuais permanecia disponível.⁹
- 3.5 Por outro lado, o tribunal se recusou a se posicionar quanto a se “uma falha constante em realizar pagamentos de um débito pendente, não importa o quão irrazoável ou injustificada, poderia em algum momento, *por si só*, constituir uma violação da obrigação de garantir tratamento justo e equitativo em circunstâncias em que uma solução contratual permanece disponível.”¹⁰ O tribunal então entendeu que existia uma pretensão discutível relacionada a tratamento justo e equitativo. No entanto, para ter sucesso, BIVAC deveria demonstrar que os atos do Paraguai demonstrariam uma “atividade além daquela de uma parte contratual ordinária.”¹¹ Rejeitou, ainda, a alegação do Paraguai de que o judiciário local deveria apreciar esta pretensão. Nesse sentido, o tribunal distinguiu pretensões fundadas em tratado e pretensões fundadas em contrato, apesar da sobreposição das questões fáticas de fundo.
- 3.6 Finalmente, o Paraguai argumentou que os procedimentos de solução de controvérsias previstos no contrato seriam aplicáveis e que a mera falha em pagar, conforme previsto no contrato, não converteria uma controvérsia doméstica em uma pretensão internacional pelo TBI. Ao considerar este argumento, o tribunal diferenciou jurisdição e admissibilidade das pretensões contratuais da Requerente.

⁷ *Id.*, ¶ 101.

⁸ *Id.*, ¶ 103.

⁹ *Id.*, ¶ 117.

¹⁰ *Id.*, ¶ 125.

¹¹ *Id.*, ¶¶ 125-126.

3.7 Em relação à jurisdição, o tribunal reconheceu que não havia “*jurisprudence constante*” quanto ao efeito das *umbrella clauses*.¹² O tribunal entendeu que a linguagem ampla do dispositivo do TBI criava uma obrigação internacional para as partes de observar obrigações contratuais perante investidores.¹³ Para chegar a essa conclusão, o tribunal deu peso ao fato de a *umbrella clause* ter sido inserida no Tratado em meio ao mesmo dispositivo que impunha uma obrigação de garantir tratamento justo e equitativo, e antes da cláusula de expropriação. O tribunal também considerou significativo o fato de que o Paraguai não ofereceu uma explicação quanto ao propósito e ao efeito da *umbrella clause*. Determinou, então, que o Artigo 3(4) concedia ao “tribunal jurisdição sobre uma pretensão surgindo diretamente de ou em relação ao Contrato.”¹⁴ Isso, o tribunal concluiu, significava que o Artigo 3(4) não só importava obrigações contratuais para o TBI, mas também transferia ao TBI todas as obrigações devidas pelo Paraguai à BIVAC de acordo com o contrato (inclusive a cláusula de eleição de foro).¹⁵

3.8 Quanto à admissibilidade da pretensão, o tribunal decidiu que as pretensões eram inadmissíveis porque o contrato incluía uma cláusula de eleição foro alternativa exclusiva.¹⁶ O tribunal foi persuadido pelo fato de o contrato ter sido concluído após o TBI e que a linguagem da cláusula de eleição de foro era ampla.¹⁷ O tribunal também ressaltou a necessidade de se respeitar a autonomia das partes, como refletida no contrato.¹⁸ Portanto, decidiu que o foro adequado para a solução das pretensões contratuais fundadas no Artigo 3(4) do TBI era o judiciário paraguaio.

4. *Decisão*

4.1 O tribunal negou jurisdição sobre a pretensão de expropriação da empresa, mas manteve sua jurisdição em relação às alegações de tratamento injusto e não equitativo.

¹² *Id.*, ¶ 141.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*, ¶ 142.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*, ¶ 159. O Artigo 9(1) do Contrato determina: “Qualquer conflito, controvérsia ou pretensão que surgir de ou for relacionado a este Contrato, inadimplência ou invalidade deve ser submetido ao judiciário da Cidade de Assunção, conforme Direito Paraguaio.”

¹⁷ *Id.*, ¶¶ 145-6.

¹⁸ *Id.*, ¶ 148.

4.2 Apesar de o tribunal entender que as pretensões de BIVAC fundadas na *umbrella clause* eram inadmissíveis, reservou ao mérito a questão quanto à possibilidade de a consequência dessa decisão ser a de que a pretensão não deveria proceder ou de que o exercício da jurisdição deveria ser recusado.