



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

*Diretores Acadêmicos: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis**

REPÚBLICA DA ITÁLIA

V.

REPÚBLICA DE CUBA

(ARBITRAGEM AD HOC)

SENTENÇA FINAL

Autor: Orlando F. Cabrera C.**

Editado por Ignacio Torterola ***

Traduzido em português por Mariana Gauer +

Sentença Final, proferida em 15 de Janeiro de 2008, Em Paris, França, por maioria, nos termos do Acordo entre o Governo da República da Itália (“Itália”) e a República de Cuba (“Cuba”) sobre a Promoção e Proteção de Investimento (“Acordo”) em consonância com as regras de arbitragem elaboradas pelo Tribunal Arbitral Ad Hoc.

Tribunal: Sr. Yves Derains (Presidente), Prof. Attila Tanzi e Dr. Narciso A. Cobo Roura

Advogados do Requerente: Avv. Ivo Maria Braguglia, Chefe de contencioso diplomático, Ministro de Relações Exteriores, assistido pelo Advogado de Estado Gaetano Zotta, pelo ministro plenipotenciário Giorgio Bosco e Prof. Roberto Baratta.

Advogados do Requerido: Lda. Mercedes de Armas García, Ministra de Relações Exteriores.

* Diretores podem ser contactados por e-mail no endereço:
ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com
loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com e

** Orlando F. Cabrera C. é um qualificado advogado de Ibáñez Parkman. Ele pode ser encontrado nos endereços: ocabrera@iparkman.com.mx ou orlando.cabrerac@gmail.com.

*** Ignacio Torterola é co-diretor do International Arbitration Case Law.

+ Mariana Gauer é acadêmica de Direito do Centro Universitário Curitiba, membro do grupo de estudos de arbitragem e contratos internacionais do Centro Universitário Curitiba e estagiária na área de arbitragem no escritório Lee Taube Gabardo Sociedade de Advogados. A tradutora pode ser contatada no seguinte endereço eletrônico: mgauer@ltglaw.com.br

ÍNDICE DE QUESTÕES DISCUTIDAS

1. Fatos do Caso.....	4
2. Questões jurídicas abordadas na decisão.....	5
2.1 Os seis Casos adiantados pela Italia.....	7
(a) Caribe e Projeto Figuerella s.r.l. (Caribe) (¶¶ 144-169).....	7
(b) Finmed s.r.l.(¶¶ 170-194.....	11
(c) Icemm s.r.l (¶¶ 195-199).....	14
(d) Crystal Vetro AS (¶¶ 200-208).....	14
(e) Pastas y Salsas Que Chevere (¶¶ 209-211).....	15
(f) Menarini Società Farmaceutica (¶¶ 212-221).....	16
2.2 Ação da Itália fundamentada em seus próprios direitos (¶¶ 222-245).....	17
2.3 Condenação de Cuba ao pagamento simbólico de €1. (¶¶246-247).....	19
2.4 Ação subsidiária fundamentada em enriquecimento ilícito (¶¶ 248-252).....	19
2.5 A reconvenção de Cuba (¶¶ 253-254).....	19
2.6 Os custos da arbitragem (¶¶255-257).....	20
3. Decisão.....	20

Resumo

1. Fatos do Caso

De acordo com a Itália, e baseado nos fatos descritos abaixo, Cuba não cumpriu com suas obrigações previstas no tratado. Por este motivo, a Itália iniciou diligências diplomáticas visando conciliar a disputa, sem sucesso¹. Em 16 de Maio de 2003, Itália informou Cuba de sua intenção em recorrer à arbitragem.²

Itália atuou não só como sujeito diretamente prejudicado em seus direitos subjetivos garantidos pelo Direito Internacional e pelo Acordo, mas também exerceu proteção diplomática em favor de seus investidores, os quais tiveram seus direitos violados devido às atitudes das autoridades cubanas ou ações das pessoas cubanas, principalmente empresas controladas pelo Estado alegadamente atribuíveis a Cuba.³A solução reivindicada pela Itália incluía os seguintes casos: (a) Caribe e Projeto Figuerella s.r.l (Caribe); (b) Finmed s.r.l (Finmed); (c) Icemm s.r.l. (Icemm); (d) Crystal Vetro SA; (e) Pastas y Salsas Que Chevere; e (f) Menarini Società Farmaceutica.⁴

Caribe é uma empresa italiana constituída para operar especialmente no mercado do Caribe. Seu principal objetivo é a criação e a gestão de centros de medicina estética, beleza, saúde e turismo. Em 03 de Setembro de 1999, Caribe e o Grupo Hotelero Gran Caribe SA firmaram um contrato com termo de três anos para abrir um centro de beleza no Hotel Habana Libre Trip. Em 03 de Novembro de 2000, a parte cubana fechou o centro de beleza sem nenhuma notificação, com o fundamento de que este possuía serviço de tatuagem, o qual não estava na lista de serviços autorizados pelo Ministério de Comércio Interno. Apesar da licença de operação ter sido devolvida, a empresa italiana não foi informada. Sendo assim, a empresa italiana não prosseguiu com suas atividades.⁵

Em 1996, o Grupo Cubanacan (Cubanacan) e Finmed Limitaed (Finmed Ltd) firmaram o “convenio de asociación” o qual previa o estabelecimento de uma empresa conjunta, Medi Club AS (Medi), uma empresa organizada sob as leis cubanas, com o objetivo

¹ Sentença Final ¶ 1

² Sentença Final ¶ 2, Art. 10 do Acordo

³ Sentença Final ¶ 46

⁴ Sentença Final ¶ 55, nas primeiras manifestações a Italia enviou 16 casos. Depois da Sentença Parcial de 15 de Março de 2005, Italia submeteu ao tribunal 9 casos. Durante o desenvolvimento do procedimento a Italia abdicou do direito de submeter os seguintes casos: Mego srl, Mercadino s.r.l e Costa Container Lines Spa. Por este motivo os casos listados não são discutidos na Sentença final.

⁵ Sentença Final ¶ 56

empresarial de construção e gestão de um *resort* turístico em Cuba. Cubanacan é dependente do Estado de Cuba. Finmed Ltd é uma empresa irlandesa cujos acionistas são duas empresas italianas que solicitaram a substituição de Finmed Ltd. por Finmed, uma empresa italiana. Em 1998, o encontro de acionistas do Medi aprovaram a entrada de Finmed em Medi no lugar de Finmed Ltd., sujeito a aprovação das autoridades cubanas. Cubanacan considerou que não havia necessidade de aprovação do governo uma vez que os acionistas de Finmed eram os mesmos acionistas de Finmed Ltd.. As ações de Finmed Ltd. não foram transferidas à Finmed.

2. *Questões jurídicas abordadas na decisão*

Na Sentença Preliminar proferida pela maioria, o Tribunal decidiu que Itália poderia invocar proteção diplomática e, portanto, exercê-la em favor de seus nacionais até que o investidor não ingressasse com arbitragem internacional em face do Estado receptor. O tribunal citou que proteção diplomática é *“l’endossement (appropriation serait peu-être plus exacte par un Etat de la réclamation d’un particulier lésé par un fait internationalement illicite d’un autre Etat ou d’une organisation internationale”*.⁶ Desta forma, pela apropriação das demandas dos nacionais italianos, a Itália não precisou justificar qualquer representação.⁷

Ademais, o Tribunal lembrou que em sua sentença preliminar decidiu que: (i) o conceito de investimento, nos termos do acordo, deveria ser compreendido como qualquer operação econômica compreendendo uma contribuição econômica, certa duração de tempo e participação nos riscos da operação; (ii) Não há necessidade de verificar o esgotamento de soluções locais quando Itália alega a violação de um de seus direitos nos termos do Acordo, mesmo se esta fundamentou a violação do Acordo em um prejuízo alegadamente sofrido por investidores individuais. Se soluções locais foram ou não exauridas pelo investidor pode ser um elemento para apreciação da fundamentação da violação do Acordo alegada pela Itália; (iii) quando a Itália exerceu o direito de proteção diplomática de seus nacionais, as soluções locais existentes na ordem jurídica cubana deveriam ser esgotadas, salvo se estabelecido que tais soluções não seriam efetivas.⁸

Ainda, o Tribunal lembrou que deveria, ao analisar o mérito, verificar se, em cada caso submetido à arbitragem, as condições para o exercício da proteção diplomática foram cumpridas, i.e, se houve um comportamento de Cuba prejudicando os interesses e direitos de italianos natos ou naturalizados. Um comportamento errôneo de Cuba pode

⁶ “A defesa pelo Estado das demandas por injúria individual em errôneo ato internacional de outro estado ou organização internacional” Dailier, Pallet, Droit International public, 7 ed, Paris, 2002, p. 809

⁷ Sentença Final ¶ 141

⁸ Sentença Preliminar ¶¶2, 3 e 88

envolver o requerimento de esgotamento de soluções locais e violação de direitos e interesses de italianos.⁹

2.1 Os seis casos adiantados pela Itália

(a) *Caribe e Projeto Figuerella s.r.l (Caribe) (¶¶144-169)*

O Tribunal decidiu que a propriedade do equipamento proporcionada por um contrato de arrendamento mercantil com o Caribe não afetou a qualificação de investimento.¹⁰ O contrato era um acordo de arrendamento mercantil para equipamentos e fornecimento de serviços. O Tribunal considerou que este contrato continha ampla definições de investimento, nos termos do Art. 1º do Acordo. A seção e) define: “qualquer direito de ordem econômica conferida pela lei e pelo contrato” e a seção c) estabelece os “débitos financeiros para quantias de dinheiro ou qualquer outro direito para obrigações ou serviços tendo valor econômico, bem como o resultado do investimento, como definido na seção 5 abaixo.” Todavia, para o objetivo de que um contrato seja protegido pelo Acordo, este deve também cumprir as condições de contribuição, duração e participação nos riscos estabelecidos na Sentença Preliminar, à luz da jurisprudência internacional.

Neste caso, a existência de contribuição foi estabelecida. Tendo em vista a duração, o tribunal notou que o contrato tinha termo de três anos. A duração de três anos justificava a qualificação como investimento. O requerimento mínimo de duração para conferir a qualificação como um investimento, conforme a doutrina, é de 2 a 5 anos.¹¹ Portanto, as condições de duração foram cumpridas.¹²

A empresa italiana era parte nos riscos, garantindo ao Hotel sua participação nos gastos relevantes em adição à remuneração mensal fixa. O tribunal enfatizou o caráter essencial do risco tomado na remuneração do investidor, em distinção entre um investimento e um simples acordo de serviço.¹³

O contrato preencheu os requerimentos de um investimento definido na Sentença Preliminar: operação econômica incluindo uma contribuição econômica, certa duração

⁹Citação da Sentença Preliminar p. 38 ¶¶66, Sentença Final ¶ 143

¹⁰ Sentença Final ¶ 145

¹¹ Salini c. Maroc “La jurisprudence du CIRDI”, Emmanuel Gaillard, 2004 p. 621 and D. Carreau Th Flory, P. Haulliard, Droit International Economique, 3 ed., Paris, LGDJ, 1990, p. 558- 578; C. Schreuer, “Commentary on the ICSID convention” ICSID Review – FILJ, vol II, 1996, 2 p. 318-493.

¹² Sentença Final ¶ 151

¹³ Salini c. Maroc op. cit

no tempo e participação nos riscos da operação. O acordo era aplicável e o tribunal afastou a objeção de falta de jurisdição levantada por Cuba. ¹⁴

O tribunal entendeu que o cancelamento da licença não poderia ser caracterizado como ato internacional errôneo de Cuba. Ademais, o tribunal percebeu que o Caribe não era o detentor da licença, mas sim o hotel, vez que nos termos do contrato o serviço prestado pela empresa italiana era alugar o equipamento necessário para operação e suporte dos serviços. O Caribe não estava acobertado pela decisão de cancelamento. Ainda, a decisão não foi ilegal. A autoridade que garantiu o certificado não tinha conhecimento que serviços de tatuagem seriam efetuados após posse de licença. O cancelamento, depois do conhecimento da existência de serviços de tatuagem, constituiu atividade significativa do centro de beleza e estes serviços não eram permitidos. Foi uma decisão brutal, porém não ilegal. ¹⁵

A existência de problemas nas relações com autoridades públicas é uma realidade universal não apenas de nacionais, mas também de estrangeiros. Tais inconveniências, sem outros qualificadores, e a resultante insatisfação não justifica, necessariamente, a proteção do Direito Internacional. ¹⁶

O tribunal decidiu que o ato errôneo é atribuído ao Estado quando é cometido por uma pessoa ou entidade representante ou parte deste, regulamentado por lei doméstica do estado em questão. O mesmo se aplica se não é parte daquele Estado, mas uma entidade autorizada pela lei estatal para exercer prerrogativas de poder público, sendo, neste caso, que a pessoa atue dentro de sua capacidade. ¹⁷ Todavia, o Estado não pode se esconder atrás da estrutura de lei privada livre de poder público para escapar de sua responsabilidade se cometer atos que incorrem em responsabilidade de seu intermediário. ¹⁸ O status ou a prerrogativa conferida a uma entidade pela lei estatal que a criou não é um teste definitivo para decidir se deve ser tratada como entidade estatal capaz de ingressar na responsabilidade do Estado. É uma questão de fato e de direito a ser determinada de acordo com princípios de direito internacional. ¹⁹

A jurisprudência internacional tem desenvolvido um critério para determinar a existência de uma entidade estatal. Ordem estrutural: se a entidade é direta ou

¹⁴ Sentença Final ¶ 155

¹⁵ Sentença Final ¶ 156, a brutalidade da decisão foi atenuada pela reemissão da licença 20 dias depois. Todavia com uma condição : o serviço de tatuagem teria que ser suspenso até o final da sentença.

¹⁶ Sentença Final ¶ 157, citando *Aznian et al. V. Mexico* ICSID Reports, Vol. 5, pp. 286-7

¹⁷ Sentença Final ¶ 160, arts. 4 e 5 do *Draft Articles* sobre responsabilidade do Estado para atos errôneos internacionais adotados pela Comissão de Direito Internacional em sua 53ª sessão(2001).

¹⁸ Ian Brownlie, *System of the Law of Nations, State Responsibility*, Parte I pp. 132-137.

¹⁹ Decisão sobre jurisdição emitida no caso ICSID Mafezzini v. Kingdom of Spain, 25 de junho de 2000, ¶

indiretamente propriedade do Estado ou controlada por este, pode se assumir que é uma entidade estatal.²⁰ Ocorre que esta presunção não é conclusiva. Para se considerar uma empresa estatal como uma entidade estatal, capaz de ingressar na responsabilidade do Estado, deve ser necessário que, de fato ou por direito, esta detenha elementos de autoridade governamental e que a referida empresa atue em sua capacidade. Este é o motivo de um teste funcional ser preferível a um teste estrutural na jurisprudência internacional.²¹ O fato de uma empresa ser propriedade do Estado ou controlada por este não é decisivo para assimilá-la com o Estado se suas atividades são essencialmente de natureza comercial e não governamental. Similarmente, uma empresa comercial privada, que atua em funções governamentais, será analisada, ao menos, como um órgão estatal capaz de responsabilidade.²²

Finalmente, a responsabilidade do Estado está unida às ações ou omissões de qualquer pessoa física ou jurídica que atue nessas direções ou sob este controle.²³ Ocorre que o controle do Estado deve ser focado na culpa pessoal e não nele mesmo de um ponto de vista estrutural.²⁴

O tribunal aceitou o teste funcional, porém o Hotel não poderia ser considerado uma entidade estatal de Cuba. A administração do hotel não consistia uma atividade de natureza governamental nem envolvia exercício de autoridade governamental. Consistia uma atividade comercial. Em geral, as ações ou omissões do Hotel não poderiam ser incumbidas na responsabilidade de Cuba e, então, a base do exercício de proteção diplomática. Teria sido diferente se fosse estabelecido que a atitude do Hotel em face do Caribe seria controlada pelo Estado, porém, este não foi o caso.

O Estado de Cuba seria responsável se o Caribe fosse privado da oportunidade de exercer as soluções locais em Cuba pelos alegados danos sofridos. Se este fosse o caso, a Itália teria tido o direito de exercer proteção diplomática para estas soluções.²⁵

O Tribunal considerou que o Caribe não esgotou as soluções locais. Itália mencionou diversos procedimentos levando para decisões de inadmissibilidade, rejeição ou incompetência. O Tribunal entendeu que as decisões de rejeição foram devidamente fundamentadas e, na maioria dos casos, a ação foi declarada inadmissível devido à

²⁰ Id. ¶ 77

²¹ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. República da Eslováquia*, caso ICSID N. ARB/97/4 Decisão em jurisdição, 24 de maio de 1999, *ICISID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, 1999, p. 250.

²² Sentença Final ¶ 161.

²³ Artigo dos *Draft Articles*

²⁴ Sentença Final ¶ 162, *Commentaires sur le Projet d' Aricles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la Comission de Droit Internatioal, Documents officiels de l' assemblée générale, cinquante-sixième sesión, Supplément n. 10 (A/56/10) p. 92-97.*

²⁵ Sentença Final ¶ 164

cláusula arbitral do contrato. Devido a esta cláusula, um tribunal cubano se declarou incompetente para examinar a demanda do Hotel em face do Caribe. Contudo, Caribe não recorreu para o tribunal arbitral competente como poderia ter feito.²⁶

A demanda da Itália exercendo proteção diplomática para obter compensação para os alegados danos pelo Caribe foi rejeitada.

(b) *Finmed s.r.l.* (¶¶ 170-194)

Itália alegou que Cuba impediu a transferência do investimento feito em Cuba por uma empresa irlandesa para uma empresa italiana, Finmed, na iniciativa de empresas italianas, i.e. Itália alegou que Cuba não permitiu que Finmed fosse um investidor. O Tribunal seria competente, pois o Acordo incumbe a Cuba o encorajamento do investimento italiano.²⁷

Antes de analisar o mérito, o Tribunal decidiu que seria importante verificar se a empresa italiana tinha exaurido soluções locais para obter compensação ou se essas soluções não teriam sido efetivas.²⁸

O Tribunal entendeu apenas que, por meio do Sr. Filippi, Finmed buscou alavancar uma série de procedimentos criminais. Isto foi suficiente para considerar que os remédios locais teriam sido exauridos.²⁹

De acordo com a Lei cubana de investimento estrangeiro, “*creada una empresa mixta, no pueden cambiar los socios, sino por acuerdo de las partes y con la aprobación de la autoridad que otorgó la autorización.*”³⁰ Nos termos, os representantes de Cubanacan erroneamente informaram o Sr. Filippi ou a Sra. Ciscato que não haveria necessidade de obter aprovação governamental para a mudança de sócio em *Medi Company*, quando esta aprovação era essencial. Este erro ou excessivo otimismo, se fosse estabelecido, o que não é o caso, não poderia constituir ato errôneo devido ao aumento dos danos alegados pela Itália. Foi, todavia, estabelecido que os documentos para solicitar a aprovação nunca foram providos pelos representantes de Finmed, devido a conflito entre seus associados. O Tribunal considerou compreensível que Cubanacan preferisse esperar por esclarecimento da situação, devido à contradição de informações dos acionistas de Finmed Ltd. Ocorre que nem o Sr. Filippi nem a Sra. Ciscato submeteram aplicação para

²⁶ Sentença Final ¶ 165

²⁷ Sentença Final ¶ 173, citando Art 2 ¶1 do Acordo.

²⁸ Sentença Final ¶ 176

²⁹ Sentença Final ¶179

³⁰ ¶ 5 do Artigo 13 da Lei cubana de investimento estrangeiro, Lei número 77 de 1995

aprovação governamental relativa à substituição de Finmed Ltd por Finmed, junto da procuração para representar Finmed Ltd.³¹

Ocorreu uma situação muito complexa no que concerne aos documentos relacionados aos poderes do Sr. Rampinini e da Sra. Ciscato, que foi indicada como representante legal da Finmed Ltd. Todavia, o Tribunal considerou que sem a validade dos documentos enviados pelo Sr. Rampini a Cubanacan, a decisão de substituir Finmed Ltd por Finmed não poderia ser efetiva tendo em vista que a Sra. Ciscato não se demonstrava capaz de fazer tal decisão em favor de Finmed Ltd. Ademais, ela não mais representava Finmed Ltd.³²

É possível que Cubanacan tenha atuado com certa precipitação em reconhecer o Sr. Rampini como representante de Finmed Ltd. antes do encontro de acionistas de Medi. Os documentos enviados pelo Sr. Rampini pareciam suspeitos. No entanto, a precipitação é explicada pela vontade de finalizar o bloqueio da atividade de Medi causada por uma disputa entre acionistas de Finmed Ltd. Ainda, deve ser notado que entre demandas opostas, Cubanacan manteve aqueles que respeitavam o *status quo*, como com Sr. Rampinini, o investimento no Medi permaneceu propriedade do investidor de origem.

Se houve precipitação por Cubanacan, esta não é a causa da injúria alegada por Finmed e seus acionistas, que foram encontrados na incapacidade do Sr. Filippi e da Sra. Ciscato de justificar o poder para atuar em favor de Finmed Ltd. O Tribunal entendeu que nenhum ato errôneo de Cubanacan ou de Cuba foi estabelecido, o que poderia ser a causa da injúria alegada por Finmed e seus acionistas. A demanda da Itália para obter compensação pelos danos alegados por Finmed e seus acionistas foi rejeitada.

(c) *Icemm s.r.l.*(¶¶195-199)

Icemm assinou um contrato de compra e venda.³³ O Tribunal mencionou que, para considerar um contrato de compra e venda um investimento, seria necessário que fossem preenchidos requerimentos da concepção de investimento do Tribunal, que seria uma operação econômica englobando contribuição, certa duração e participação nos riscos da operação.

A compra e venda de bens ou equipamentos é incompatível com a concepção de contribuição visto que o vendedor que perder qualquer relação legal com o bem vendido que seria substituído em seu patrimônio por uma soma em dinheiro, deixando

³¹ Sentença Final ¶ 183

³² Sentença Final ¶ 191

³³ Foi expressamente previsto no contrato que a Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias de 1980 seria a lei aplicável.

o país do alegado investimento depois de cumprir o contrato. O risco é limitado ao risco de não pagamento, que seria o risco de violação da obrigação do comprador, o qual não seria um risco derivado da execução do contrato ou de um sucesso ou falha na transação. Portanto, a exceção de jurisdição de Cuba foi fundamentada e o Tribunal não teve jurisdição para ouvir o caso.

(d) *Crystal Vetro SA* (§§200-208)

Nos termos do Acordo, o investimento protegido deve ser realizado por “pessoas naturais ou jurídicas da Parte Contratante”.³⁴ As palavras do Acordo parecem oferecer uma escolha do investimento que ocorre sob a proteção do Acordo: ou a pessoa investe como pessoa natural de Parte Contratante, ou a pessoa investe como pessoa jurídica de uma Parte Contratante. Investimento de uma Parte Contratante por meio de pessoa jurídica de um país terceiro não é contemplado pelo texto do Acordo e parece ter sido, *a priori* excluído de seu escopo.³⁵

Esta interpretação literal é também consistente com visões que prevaleceram em 1993 na conclusão do Acordo. Quando os interesses dos acionistas são afetados adversamente por atos contra a empresa, é para a empresa que o acionista deve recorrer para que esta atue de forma desejada. O Estado da acionista não detém título para exercer proteção diplomática neste caso tendo em vista que uma solução oposta iria abrir as portas para demandas concorrentes de partes de diversos Estados, o que criaria um clima de insegurança nas relações econômicas internacionais.³⁶

O Acordo é aplicável apenas em investimentos feitos em Cuba por pessoas italianas naturais ou jurídicas e, no que diz respeito às pessoas jurídicas, a nacionalidade dos acionistas não deve ser levada em consideração.³⁷

Com respeito à *Crystal Vetro SA*, Itália arguiu que nas recentes entradas, a empresa tinha sido incorporada em Roma e se tornou Panamense, quando o alegado dano foi realmente causado. Itália, todavia, não apresentou qualquer documento suportando sua alegação. Ao contrário, Cuba submeteu um documento autenticado “*Por el cual se protocoliza el Pacto Social de la sociedad denominada ‘‘CRYSTAL VETRO S.A.’’ sociedad con domicilio en la ciudad de Panamá.*” Portanto, a exceção de Cuba em jurisdição foi fundamentada pelo Tribunal, que não teve jurisdição para analisar o caso.³⁸

³⁴ Art. 1 ¶ 1 do Acordo.

³⁵ Sentença Final ¶ 203

³⁶ Sentença Final ¶ 204, citando *Barcelona Traction Light and Power Ltd*

³⁷ Sentença Final ¶ 206

³⁸ Sentença Final ¶¶ 207 - 208

(e) *Pastas y Salsas Que Chevere* (§§ 209-211)

O Acordo se aplica apenas para investimentos feitos em Cuba por pessoas naturais ou jurídicas de nacionalidade italiana e na Itália por pessoas naturais ou jurídicas de nacionalidade Cubana. No que concerne pessoas jurídicas, a nacionalidade de detentores de capital não deve ser levada em consideração. O investimento de Pastas y Salsas Que Chevere foi efetuado por uma empresa de Costa Rica. Portanto, o Acordo não seria aplicável. Nos termos do Acordo, a exceção de jurisdição da República de Cuba foi fundamentada e o Tribunal não tinha jurisdição para ouvir o caso.

(f) *Menarini Società Farmaceutica* (§§ 212-221)

Nas audiências de 13 de Janeiro de 2006, o Tribunal requereu que a Itália apresentasse o contrato firmado entre Menarini e MediCuba, uma empresa cubana de comércio internacional que suportaria o investimento. O contrato apresentado ao tribunal foi firmado entre Lusochimica Spa³⁹ e MediCuba. O contrato é datado de 30 de março de 1990 e intitulado “Contrato de Compra- Venta.”⁴⁰ Itália apresentou, em anexo, 53 recibos emitidos por Menarini de 1987 a 1991 por um total de LIT 3.552.432.187. Cada recibo refere-se a um contrato de número diferente e a uma data diferente. Nenhum dos recibos referia-se ao contrato apresentado ao Tribunal. O Tribunal duvidou que o documento apresentado pela Itália fosse relativo ao caso em questão tendo vista sua data de 1990 enquanto a relação contratual das partes iniciou em 1987. Todavia, a nomenclatura é a mesma apresentada nos recibos; então o tribunal considerou o contrato como contrato modelo.⁴¹

Para que o Tribunal considere o contrato de compra e venda como um investimento, este deve cumprir os requerimentos do conceito de investimento, i.e, se isto inclui uma operação econômica, compreendendo uma contribuição, certa duração e participação nos riscos. A compra e venda de bens é incompatível com a concepção de contribuição, visto que o vendedor perde qualquer relação jurídica com o bem vendido quando o contrato é realizado. A coisa vendida é substituída no patrimônio do investidor por uma quantia de dinheiro oriundo do País do alegado investimento. Com relação ao risco, é limitado ao risco do não pagamento (uma violação do comprador com suas obrigações), a qual não é um risco derivado da execução do contrato e do sucesso ou não da transação, a qual é uma quarta legal, porém não realizada pelo comprador.⁴²

Ademais, nem a contribuição nem a participação nos riscos foram estabelecidos pela

³⁹ Uma empresa Italiana que de acordo com Itália seria parte do Menarini Group.

⁴⁰ Em Frances (idioma original da Sentença) e em Inglês significa Contrato de Compra e Venda.

⁴¹ Sentença Final §§ 215-217

⁴² Sentença Final §219

Itália. Portanto, o Tribunal não possuía jurisdição para ouvir o caso e o Acordo não era aplicável.⁴³

2.2. As ações da Itália baseada em seus próprios direitos (§§ 222-245)

No caso do Caribe, o Tribunal considerou que a disfunção no tratamento de casos pela administração cubana⁴⁴ não constituiu tratamento discriminatório.⁴⁵ Similarmente, nenhum tratamento discriminatório foi percebido no caso Finmed. De fato, Itália repreendeu Cubanacan por ter suposta e indevidamente favorecido alguns italianos em detrimento de outros. Se este foi o caso, O tribunal não admitiu. Itália não poderia alegar qualquer descriminalização da parte de Cuba com respeito a cidadãos italianos.

O Tribunal poderia verificar em casos em que, declarada jurisdição, as decisões dos tribunais cubanos teriam sido proferidos para partes italianas em condições similares àquelas em que a justiça proferiu para a maioria de outros países. Ademais, Itália não provou que o tratamento dado a partes italianas era diferente daquele reservado a cidadãos cubanos. Ainda, as alegações da Itália no que diz respeito ao fato de partes italianas não poderem representar elas mesmas, não foi suportado por qualquer prova. Adicionalmente, Itália não estabeleceu que Cuba violou os Arts 2º e 3º do Acordo.⁴⁶

Nos casos em que o tribunal assumiu jurisdição, o Tribunal entendeu que não houve violação da obrigação de não expropriar investidores italianos, direta ou indiretamente, não aqueles relacionados aos direitos do investidor de reaver os bens utilizados para investimento em Cuba. No caso Finmed, foi entendido que o investimento feito por uma empresa irlandesa não foi transmitido para a empresa italiana pelas razões que não são atribuídas a ato errôneo de Cuba. No caso do Caribe, quando o problema poderia surgir, o representante da empresa Italiana informou na audiência que sua propriedade havia sido inteiramente devolvida. O Tribunal, então, concluiu que Itália não provou que Cuba violou art. 5º 2 do Acordo nem impediu investidores de recuperarem bens utilizados no investimento em Cuba.

Itália pediu ao Tribunal que observasse que Cuba teria violado o texto, a intenção e o objetivo do Acordo e princípios de direito internacional sobre tratamento e proteção de estrangeiros. Todavia, essas demandas não foram suportadas por qualquer alegação, diferente daquelas que o Tribunal informou não estarem estabelecidas.⁴⁷

O Tribunal rejeitou a demanda da Itália baseando em seus próprios direitos para obter

⁴³ Sentença Final §§ 220- 221

⁴⁴ Falha em resposta e falta de base nas decisões

⁴⁵ Sentença Final §237

⁴⁶ Sentença Final § 240

⁴⁷ Sentença Final §§242-243

uma declaração do Tribunal estabelecendo a violação de Cuba em certas previsões do Acordo, seu texto, sua intenção e objetivo, obrigações derivadas do Acordo e princípios de Direito Internacional. Nessas circunstâncias, o Tribunal não acatou o pedido da Itália para ordenar que Cuba finalizasse as alegadas violações e que assegurasse que iria respeitar seus compromissos internacionais no futuro.⁴⁸

2.3 Condenação de Cuba ao Pagamento simbólico de 01 Euro (¶¶246-247)

Em casos em que o Tribunal assumiu jurisdição, Itália não provou existência da recusa de Cuba a solucionar a disputa amigavelmente por meio de canais diplomáticos. Nessas circunstâncias, o Tribunal afastou a demanda da Itália para condenar Cuba ao pagamento simbólico de 01 Euro por violação do texto, intenção e objetivo do Acordo e sua recusa em resolver amigavelmente a disputa via canais diplomáticos.

2.4 Ação Subsidiária fundamentada em enriquecimento ilícito (¶¶ 248-252)

No caso *Finmed*, o enriquecimento de Cuba não seria invocado pela Itália. O investimento da empresa irlandesa, *Finmed Ltd*, permaneceu em sua propriedade e sob seu controle. O fato de que o investimento não poderia ser transferido para a empresa italiana, *Finmed*, por razões que o Tribunal considerou não atribuíveis a Cuba, não seriam a fonte de enriquecimento deste país.

No caso do Caribe, Itália não estabeleceu qualquer enriquecimento do Estado de Cuba. Haveria um enriquecimento do Hotel. Ademais, se houve enriquecimento do Hotel, seria injusto, visto que a causa seria o arrendamento mercantil. A questão surge nos termos da responsabilidade contratual do Hotel e estaria além da jurisdição do Tribunal.

3.1 A reconvenção de Cuba (¶¶ 253-254)

O artigo 10 do Acordo concede o direito a ambas as partes de submeterem à arbitragem disputas relativas à interpretação e aplicação do Acordo. Exceto quando abusivo, o exercício de tal direito pode ser ilegal e conseqüentemente acarretar em danos. A reconvenção de Cuba por meio da qual se demandou que a Itália fosse condenada a retratação pública e diplomática das alegações como compensação de danos morais foi afastada.

2.6 Os custos da arbitragem (¶¶ 255-257)

O Artigo 20 das regras de arbitragem prevê que *“Chaque partie supporte ses frais d’arbitrage. Toutefois, le Tribunal Arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où*

⁴⁸ Sentença Final ¶¶ 244-245

il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce". A derrogação do princípio que ambas as partes devem arcar com os custos da arbitragem pode ser baseado apenas em circunstâncias excepcionais.⁴⁹ Tais circunstâncias não foram apresentadas no processo. Itália não obteve êxito em todas as suas demandas, mas seu recurso de ingressar com arbitragem não foi abusivo.⁵⁰ Na fase final do procedimento, exceções, meios e argumentos de Cuba foram rejeitados ou descartados por falta de fundamento.⁵¹ Nesses termos, O Tribunal decidiu que ambas as partes arcariam com os custos da arbitragem, incluindo honorários dos árbitros, vistos que estes são responsabilidade da parte, e outros custos decorrentes.

3 . Decisão

O Acordo não foi aplicável e o Tribunal teve jurisdição para ouvir os seguintes casos: (i) Icemm; (ii) Crystal Vetro SA; (iii) Pastas y Salsas Que Chevere; and (iv) Società Farmaceutica Menarini. Ademais, o tribunal adastou o seguinte:

- a. A demanda da Itália para exercer proteção diplomática para obter compensação por danos alegados pelo Caribe;
- b. A demanda da Itália para exercer proteção diplomática para obter compensação pelos danos alegados por Finmed e seus acionistas;
- c. A demanda da Itália na base de seus próprios direitos para obter declaração do Tribunal afirmando violação de Cuba de certas provisões do Acordo, seu texto, seu intenção, seu proposito, obrigações resultantes do Acordo e Princípios de direito internacional no tratamento e proteção de estrangeiros.
- d. A demanda subsidiaria da Itália baseada em enriquecimento sem causa;
- e. A reconvenção de Cuba;
- f. Qualquer outra demanda das partes.

Ambas as partes devem arcar com os custos da arbitragem.

⁴⁹ Sentença Final ¶ 255

⁵⁰ Sentença Final ¶ 254

⁵¹ Sentença Final ¶ 256

