



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

Diretores Acadêmicos: Ignacio Torterola

*Loukas Mistelis**

MALICORP LIMITED

V.

REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO

CASO CIRDI No. ARB/08/18

SENTENÇA

Relatório do caso por Florencia Delia Lebensohn**

Editado por Prof. Srilal Perera ***

Traduzido para o português por Carolina Brito Busato+

Uma sentença no âmbito de procedimento arbitral perante um tribunal constituído de acordo com o tratado bilateral de investimento entre o Reino Unido da Grã-Bretanha e a Irlanda do Norte e a República do Egito, assinado em 11 de junho de 1975, e a Convenção e Regulamento de Arbitragem do CIRDI.

Tribunal: Prof. Pierre Tercier (Presidente), Prof. Luiz O. Baptista e *Maitre* Pierre-Yves Tschanz.

Advogados do Demandante: *Maitre* Christian Bremond, *Maitre* Sylvie Morel, *Maitre* Yassin Tagelding Yassin, *Maitre* Jean-Pierre Coutard, BREMOND, VAÏSSE, RAMBERT & ASSOCIES.

Advogados do Demandado: *Maitre* Thomas H. Webster, *Maitre* Asser Harb e H.E. Sedky Kholousky e Sr. Ahmed Saad, Procuradoria do Egito.

* Os diretores podem ser contatados por e-mail através do endereço ignacio.tortero@internationalarbitrationcaselaw.com e loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com

** Florencia Delia Lebensohn está atualmente cursando o Programa de L.L.M. em estudos jurídicos internacionais na *New York University School of Law*.

*** Prof. Srilal Perera leciona Direito Internacional Público na *American University Washington College of Law*.

+ Carolina Brito Busato é graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba e trabalha em Lee Taube Gabardo Sociedade de Advogados. A tradutora pode ser contatada através do e-mail cbusato@ltglaw.com.br.

ÍNDICE DAS QUESTÕES DISCUTIDAS

1. Fatos do Caso.....	4
2. Questões Jurídicas Abordadas na Decisão	5
(a) Jurisdição do Tribunal Arbitral (¶¶ 99-105).....	5
(b) Definição de Investimento (¶¶ 106-114)	7
(c) O Inadimplemento do Princípio da Boa-fé (¶¶ 115-119).....	8
3. Decisão.....	9
(a) O Tribunal Tem Jurisdição Para Decidir Sobre os Pedidos do Demandante (¶¶ 121-142)	9
(b) A Determinação e Alocação dos Custos e Despesas da Arbitragem.....	10

Resumo

1. *Fatos do Caso*

A decisão foi proferida na disputa entre Malicorp Limited (“Malicorp” ou “Demandante”), uma companhia organizada e constituída no Reino Unido, e a República do Egito (“República”, “Egito” ou “Demandado”), em relação à violação do Tratado Bilateral de Investimento entre o Reino Unido da Grã-Bretanha e a Irlanda do Norte e o Egito (o “TBI”). A disputa de investimento surgiu da alegada resolução incorreta, pelo Demandado, do contrato de concessão abaixo descrito.

Em 1999, a Direção Geral de Aviação Civil do Egito lançou um convite para apresentação de propostas para a construção do Aeroporto Ras Sudr com base no tipo de contrato de concessão “Construção, Operação e Transferência”. Nas semanas seguintes, Malicorp alegadamente tomou várias medidas para responder ao convite de apresentação de propostas, alterou seu Memorial e Estatuto Social, aumentando o capital social para 100 milhões de libras esterlinas, e apresentou uma oferta, acompanhada pelo primeiro pedido de garantia de um milhão de libras egípcias. Em 2000, o Demandado informou Malicorp por uma carta que a proposta deste havia sido selecionada como a melhor.

Um mês depois, a diretoria de Malicorp decidiu cancelar a resolução de aumentar o capital social para 100 milhões de libras esterlinas e substituí-la pelo valor de 1.000 libras. Em novembro de 2000, Malicorp e a República celebraram o contrato final de concessão para a construção, administração, operação e transferência do Aeroporto Internacional Ras Sudr (o “Contrato”). O Contrato estabelecia que a concessionária criaria uma sociedade limitada por cotas, em conformidade com a lei egípcia, e os documentos de constituição deveriam ser apresentados para a República até 90 dias após a execução do Contrato. Em dezembro de 2000, o Demandado enviou à Malicorp a primeira notificação de não execução nos termos do Contrato, especificamente da obrigação de fornecer uma garantia bancária, e, em janeiro de 2001, ele reiterou a mensagem uma vez que o estabelecimento de uma sociedade no Egito e da garantia bancária não tinham sido cumpridos. Em fevereiro de 2001, o limite de 90 dias concedido à Malicorp para que criasse a sociedade expirou. Vários desacordos no que concerne ao estabelecimento da sociedade se seguiram. Em agosto de 2001, o Demandado notificou Malicorp da resolução do Contrato. As Partes discordaram sobre as razões da resolução do Contrato. De acordo com o Demandante, este foi resolvido por motivos de segurança nacional que, por sua vez, deram-lhe o direito de ser compensado por danos causados por tratamento

injusto e expropriação do investimento nos termos no TBI. Pelo contrário, o Demandado replicou que o CIRDI não possuía jurisdição para apreciar a demanda, e, ainda, que o Contrato fora resolvido pela contravenção de provisões nele incluídas, como: produção de documentos falsos, não cumprimento da obrigação de criar uma sociedade egípcia e a falha em fornecer as garantias necessárias e em devidamente executar o contrato de concessão.

Além de levar o caso ao Tribunal CIRDI, é importante notar que o Demandante instituiu procedimento arbitral perante o Centro Regional do Cairo para Arbitragem Comercial Internacional (“CRCACI”). Neste procedimento, o Tribunal Arbitral proferiu uma sentença decidindo que (i) a convenção de arbitragem no contrato era vinculante para o Egito; (ii) a República havia sido vítima de erro fundamental quando da assinatura do contrato; e (iii) o Demandado deveria reembolsar Malicorp pelos custos, faturas e os salários de seus empregados. O Demandado apresentou um pedido de anulação da sentença arbitral do CRCACI e o Demandante iniciou procedimento de execução na França. Paralelamente, havia também procedimento criminal instituído contra indivíduos ligados à Malicorp.

2. *Questões Jurídicas Abordadas na Decisão*

(a) *Jurisdição do Tribunal Arbitral (¶¶ 99-105)*

O Tribunal Arbitral afirmou que sua jurisdição, de acordo com a relevante provisão do TBI e o artigo 25 da Convenção do CIRDI, é sujeita a um determinado número de condições que devem ser consideradas: (i) consentimento do Estado contratante, (ii) consentimento do investidor, (iii) nacionalidade do investidor, (iv) disputa legal, (v) relação a um investimento, (vi) no território de um Estado contratante, e (vii) alegada violação do tratado.

O Tribunal apontou dois pontos em particular que precisavam ser considerados neste procedimento.

a) Se o Tribunal tinha jurisdição para considerar uma ação contratual pura que pode não ser elegível para a proteção especial nos termos do TBI.

O Tribunal determinou que o Contrato pretendia ser um contrato envolvendo direitos puramente civis, que continha uma cláusula arbitral, a qual foi a base para o Demandante iniciar uma ação perante o CRCACI. Os pedidos em ambos os procedimentos eram os mesmos

e inclusive o advogado do Demandante expressou que a compensação que poderia ser obtida como resultado do procedimento CRCACI poderia também ser deduzida deste procedimento.

b) Se a sentença CRCACI impediria a continuidade deste procedimento em virtude do princípio *res judicata*

Na visão do Tribunal, o procedimento de arbitragem comercial foi completado pela sentença do Tribunal Arbitral CRCACI, a qual foi considerada final pelo Demandante, sendo que uma vez que ele obteve êxito na demanda, não apresentou recurso à sentença e tomou as medidas necessárias para a execução desta em pelo menos um país. A este respeito, o Tribunal entendeu que a autoridade de *res judicata* impede uma parte de reintroduzir uma ação quando há uma decisão proferida por uma autoridade competente sobre os mesmos pedidos e baseada nos mesmos fundamentos fático e legal.

Além disso, o Tribunal decidiu que tratados de investimento não necessariamente cobrem pedidos puramente contratuais quando as mesmas partes tiverem concordado com outra cláusula de jurisdição. Neste sentido, o Tribunal determinou que “não é possível recorrer a métodos especiais estabelecidos pelo tratado se a rota comercial, seja esta a arbitragem ou cortes estatais, possibilita que todas as submissões e pedidos sejam esgotados. É difícil ver como um tratado de investimento seria inadimplido por um simples inadimplemento contratual, desde que os mecanismos de controle colocados pelo contrato estejam funcionando normalmente.”¹ A este respeito, foi dito que a arbitragem de investimento não estabelece um substituto para as partes se esquivarem dos procedimentos ordinários, tampouco é uma forma de recurso em caso de resultados insatisfatórios. No caso de um inadimplemento contratual como base para a jurisdição de um tribunal de investimento, tal inadimplemento deve resultar em uma violação do tratado, incapaz de ser resolvido pelo procedimento ordinário acordado nos termos do Contrato.

No entanto, o Tribunal decidiu que ao concordar com uma *umbrella clause* no TBI antes do surgimento da disputa, as partes do TBI podem acordar que todas as disputas relacionadas a um investimento que um investidor tenha contra o Estado receptor possam ser submetidas ao tribunal. As partes não podem primeiramente iniciar um procedimento contratual e somente recorrer a um procedimento especial caso o primeiro não seja satisfatório, como parece ser neste caso. Então, “em virtude do princípio de que uma parte não pode se contradizer, e da autoridade da *res judicata*, o Demandante não pode, ao mesmo tempo, invocar o

¹ Sentença, ¶103.

inadimplemento contratual nos termos do Acordo e buscar a execução da sentença comercial baseada na cláusula arbitral.”² Esta conclusão seria diferente se o investidor demandasse contra o Estado receptor por razões outras que o inadimplemento contratual, o que não foi o caso na presente disputa.

O Tribunal reconheceu que mesmo que tal questão tivesse sido seriamente controversa no caso, se absteve de analisá-la principalmente porque o Demandado não antecipou tal objeção. Desta forma, o Tribunal concluiu que a única questão a ser examinada era se a disputa envolvia uma disputa de investimento, e especificamente a objeção baseada no princípio da boa-fé.

(b) *Definição de Investimento (¶¶ 106-114)*

Na opinião do Tribunal, a noção de investimento deve ser entendida da perspectiva da objetividade delineada no TBI e na Convenção CIRDI. O TBI relevante buscou promover investimentos através da criação de condições para encorajar investidores estrangeiros a contribuir e a fornecer serviços no Estado receptor, assim como a proteger os frutos de tais contribuições e serviços. Devem existir contribuições econômicas ativas que tenham passivamente gerado bens econômicos que as convenções são destinadas a proteger. A Convenção CIRDI não define o termo “investimento” visando conferir aos Tribunais a discricionariedade máxima de analisar se um investimento foi feito.

Em relação a um investimento, neste caso, ambos os aspectos existem: o Contrato deveria ter gerado retornos significativos para o Demandante, e o Demandado prematuramente resolveu o Contrato. Ainda que as relações entre as partes contratantes acabassem sem que o Demandante tivesse feito contribuições substanciais, na visão do Tribunal, não há nada que impeça a conclusão de que um compromisso de longo prazo de uma parte executar serviços gera uma contribuição. Neste sentido, “a expropriação concerne às expectativas de um contrato que, apesar de assinado, ainda não tenha sido executado de qualquer forma, mas que continha um compromisso básico”.³ Desta perspectiva, as condições de existência de um investimento foram cumpridas, uma vez que o Demandante alegou uma privação da concessão dada por lei ou por contrato.

Desta forma, o Tribunal decidiu que o compromisso assumido por Malicorp de constituir contribuições maiores no futuro representa o investimento e a proteção se estende para a

² Sentença, ¶103.

³ Sentença, ¶111.

privação das rendas que o investidor tinha o direito de esperar em relação a contribuições que não fez, mas que era contratualmente obrigado a fazer.

(c) *O Inadimplemento do Princípio da Boa-fé (¶¶ 115-119)*

O Tribunal avançou para determinar se ainda tinha jurisdição no caso em que a proteção visada pelo investidor era contrária à noção de boa-fé, uma vez que, de acordo com o Demandado, o Contrato foi celebrado com base em falsificação.

O Tribunal decidiu que a proteção da boa-fé é um dos princípios fundamentais de direito internacional e de direito de investimento, que tem uma função complementar, permitindo que lacunas nas leis aplicáveis sejam preenchidas e que obscuridades da lei sejam clarificadas. De acordo com o Tribunal, esta função complementar pode ser exercida quando a proteção estiver sendo requerida em circunstâncias que violam o princípio da boa-fé ou quando a proteção estiver relacionada a um investimento que esteja sendo feito em violação a este princípio.

O Tribunal lembrou que estas questões têm sido historicamente analisadas do ponto de vista tanto de jurisdição quanto de mérito, e reconheceu as consequências teóricas e práticas de adotar um critério ou outro.

No presente caso, o Tribunal reconheceu que existiam argumentos para analisar a questão da validade do investimento na fase do mérito, como o princípio da autonomia da convenção de arbitragem, que permite ao Tribunal decidir um caso no mérito, ainda que o Contrato principal tenha sido celebrado como um resultado de declaração falsa e corrupção, desde que tais defeitos não afetem o consentimento à arbitragem.

Contudo, o Tribunal considerou que, uma vez que neste caso as partes não concordaram sobre se o Contrato foi celebrado como um resultado de fraude, declaração falsa ou erro, e os fatos estavam entrelaçados, era preferível lidar com estas questões simultaneamente e não dividir a decisão entre pontos de jurisdição e de mérito.

3. *Decisão*

(a) *O Tribunal Tem Jurisdição Para Decidir Sobre os Pedidos do Demandante (¶¶ 121-142)*

O Demandante alegou uma violação às provisões do TBI concedendo tratamento justo e equitativo (artigo 2º do TBI) e proteção contra expropriação, sustentando que o Demandado tomou medidas resultantes na expropriação quando resolveu unilateralmente o Contrato sem compensação (artigo 5º do TBI) e por razões relacionadas à segurança pública. O Demandante propôs a visão de que estes dois artigos foram inadimplidos concomitantemente. Do contrário, o Demandado considerou que tinha direito a tal ação sem ser considerado em inadimplemento de suas obrigações nos termos do TBI ou resultando em uma expropriação.

O Tribunal decidiu que, para que o Demandante se valesse de ambas as provisões, deveria ser estabelecido que ele estava sujeito a uma medida diferente de expropriação. Neste caso, na visão do Tribunal, a condição não foi preenchida porque o Demandante baseou seu pedido integralmente na resolução do Contrato, sem explicar porque foi vítima de tratamento injusto ou não equitativo.

O Tribunal então procedeu para a análise de se o Demandado tinha o direito de resolver o Contrato de acordo com o direito civil egípcio (tendo em vista que esta era a lei aplicável ao Contrato) e decidiu que o conhecimento sobre se uma sociedade não tem ou tem recursos suficientes, como alegadamente representado pelo Demandante, é fundamental e que qualquer erro neste respeito justifica questionar a validade do Contrato. O Tribunal concluiu que a principal razão dada pelo Demandado na carta de resolução do Contrato (que a assinatura do Contrato foi devida à declaração falsa pela submissão de documentos inexatos relacionados à capacidade financeira do Demandante) era bem fundada, deu margem para o direito do Demandado de cancelar o Contrato e não pode ser considerada uma forma de expropriação de acordo com Direito Internacional.

Ainda que a resposta a esta questão fosse suficiente para o Tribunal decidir o mérito do caso, ele analisou se Malicorp havia falhado, após a execução do Contrato, em cumprir com as obrigações que assumiu. O Tribunal decidiu que mesmo que a mera celebração de um Contrato pudesse equivaler a um investimento, deve haver a realista chance de execução. Uma vez que as condições envolvendo a execução do Contrato neste caso eram controversas, havia razões justificáveis para o Demandado terminar o Contrato. Desta forma, sendo a resolução justificável, não poderia ser entendido que houve uma expropriação e o Tribunal rejeitou os

pedidos apresentados pelo Demandante de compensação baseada na expropriação de seus direitos contratuais.

(b) A Determinação e Alocação dos Custos e Despesas da Arbitragem

O Tribunal decidiu, baseado em sua larga discricção, sobre fato de que a objeção à jurisdição levantada pelo Demandado foi rejeitada e de que o pedido do Demandante foi improcedente no mérito, que (i) cada uma das partes suportaria metade dos custos do procedimento arbitral, incluindo taxas e despesas dos membros do Tribunal e do CIRDI, e (ii) cada uma das partes suportaria seus próprios custos, honorários advocatícios e despesas de sua representação.