



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

*Diretores Acadêmicos: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis**

**SERGEI PAUSHOK, CJSC GOLDEN EAST COMPANY, CJSC
VOSTOKNEFTEGAZ COMPANY V. THE GOVERNMENT OF
MONGOLIA
(UNCITRAL)**

DECISÃO SOBRE JURISDIÇÃO E RESPONSABILIDADE

Caso relatado por Angel Valverde**

Ainda não editado

Traduzido para o português por Felipe Emanuel Pacheco Jensen***

Uma decisão proferida em 28 de Abril de 2011, sob o tratado bilateral de investimento Mongólia – Rússia (“BIT”) e de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Comissão Sobre Comércio Internacional das Nações Unidas (“UNCITRAL”).

Tribunal: O honorável Marc Lalonde, P.C., O.C., Q.C., (Presidente), Dr. Horacio A. Grigera Naón, e Professora Brigitte Stern.

Advogados dos Demandantes: Sr. George M. von Mehren, Sr. Stephen P. Anway, Sr. Rostislav Pekař, Sr. Stephen Fazio, Sr. Ivan Trifonov, Sra. Irina Golovanova, Sr. Sergey Treshchev et al., SQUIRE, SANDERS & DEMPSEY L.L.P.

Advogados do Demandado: Sr. Karim Hafez de Hafez; e, Sr. Mohamed Elshiekh, Sr. Amr Arafa e Sra. Fatma Khalifa da Procuradoria do Estado do Egito.

* Os diretores podem ser contactados por email em ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com e loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com

- ** Angel Valverde é advogado licenciado para praticar na Venezuela e no Estado da Flórida, Estados Unidos, associado em Eduardo Palmer P.A. especializado em Litígios Comerciais, Litígios Transnacionais, Arbitragem Internacional e Crimes de Colarinho Branco.
- *** Felipe Emanuel Pacheco Jensen é Bacharel em Direito no Brasil.

INDEX OF THE MATTERS DISCUSSED

1. Fatos do Caso	1
2. Jurisdição e Admissibilidade dos Pedidos.....	4
3. Questões Legais Abordadas na Decisão	4
(a) A Lei do Tributo por Lucro Inesperado (¶ 305).....	4
(b) Transparência na criação da Lei TLA (¶304).....	4
(c) O Caráter Discriminatório da Lei TLA (¶¶ 310-315)	5
(d) Expropriação (¶¶ 333-336).....	5
(e) Taxa para trabalhadores estrangeiros e imposição de quotas (¶¶ 366-368).....	5
(f) Pleitos Reconvencionais da Mongólia (¶¶ 678-696).....	6
4. Decisão	6

Resumo

1. Fatos do Caso

Esta disputa surge da relação, na indústria de mineração de ouro da Mongólia, das companhias CJSC Golden East Company (“GEM”) e CJSC Vostokneftegaz Company (“VNGM”), ambas constituídas sob os termos das leis da Mongólia e, em última análise, de propriedade de um cidadão russo, Sr. Sergei Paushok (coletivamente, “Demandantes”). De 1997 a 2008, a GEM esteve trabalhando nos negócios de exploração e desenvolvimento de garimpo de depósitos de ouro na Mongólia. Desde 2005, VGNM esteve, conjuntamente com GEM, envolvida na construção de uma importante refinaria de petróleo na Mongólia.

Em maio de 2011, a GEM solicitou para a obtenção de acordo de estabilidade tributária visando congelar o regime de tributação aplicável a esta e definir uma taxa específica para todas as tributações aplicáveis a GEM. Ao final, GEM e Mongólia não concordaram com respeito aos termos do acordo, portanto, nenhum acordo foi assinado.

Entre 1997 e 2011, o preço do ouro permaneceu abaixo de 362 dólares por onça. Em 2002, o preço do ouro começou a crescer drasticamente até alcançar 720.1 dólares por onça em 2006.

Aproximadamente em maio de 2006, os principais partidos políticos da Mongólia provocaram a aprovação de uma lei no “Great Khural” (parlamento) “acerca da imposição de aumento de valores de tributos(Lucro Aleatório) em certas mercadorias” (a “Lei TLA”). De acordo com a Lei TLA, qualquer venda de ouro a preços acima de USD 500 por onça estavam sujeitos a um tributo à taxa de 68% do montante que excedesse USD 500 por onça (o “tributo por lucro aleatório” ou “TLA”). O preço base foi fixado como um montante fixo, sem referencia a qualquer índice de custo de produção. O preço referência para venda foi o preço definido pelo London Metal Exchange. O tributo por lucro inesperado afetou negativamente a renda dos investimentos dos Demandantes. Quase imediatamente após a aprovação da Lei TLA, o Sr. Paushok comunicou aos oficiais mongóis os efeitos negativos aos seus investimentos, porém de nada adiantou.

Ainda, em julho de 2006, a Mongólia alterou os requisitos para contratação de nacionais estrangeiros por empresas mineradoras (Lei dos Minérios de 2006). Segundo esta Lei, o número máximo de nacionais estrangeiros contratados por uma empresa mineradora estava limitado a 10% de sua força de trabalho, a não ser que a empresa pagasse uma penalidade igual a 10 vezes o salário mínimo mensal para cada nacional estrangeiro que

contratasse acima daquela percentagem. De acordo com os Demandantes, eles tiveram que pagar uma penalidade de 500.000,00 dólares a cada mês, tendo em vista que suas operações requeriam a contratação de trabalhadores estrangeiros.

Em julho de 2006, em uma tentativa de aliviar as consequências financeiras do TLA por adiar as vendas de ouro, GEM assinou um Acordo para a Depósito / Compra e Venda de Metais Preciosos (o “ADCV”) com o Banco Central da Mongólia. De acordo com o ADCV, GEM colocou ouro sob a guarda do banco com o intuito de vendê-lo ao banco. A venda deveria ocorrer somente após instrução da GEM. O Banco Central deveria adiantar 85% do valor do ouro entregue. Entre julho de 2006 e janeiro de 2007, GEM depositou aproximadamente 75% da sua produção anual de ouro ou mais de 13% do volume total de ouro produzido pela Mongólia a cada ano.

Em dezembro de 2006, o parlamento mongol aditou a Lei TLA, removendo o dispositivo que determinava o preço do ouro por referência a London Metal Exchange e, ao contrário, definindo o preço de referência como o preço determinado diariamente pelo Banco Central da Mongólia. O aditivo não teve efeitos retroativos. Subsequentemente, GEM ajuizou uma ação diante às cortes mongóis visando o retorno do TLA que havia pagado antes da emenda do TLA. O caso alcançou a Corte Suprema da Mongólia, a qual rejeitou a pretensão de GEM.

Em agosto de 2007, o principal Escritório da Administração Fiscal da Mongólia (a “Administração Fiscal”) auditou GEM e concluiu que os valores recebidos de acordo com o ADCV eram produto de uma venda e, portanto, sujeitos ao TLA. A Administração Fiscal emitiu apuração tributária impondo mais de 14.000.000,00 de dólares em royalties assim como o TLA acrescido de juros. GEM recusou-se a pagar os tributos e penalidades, contestando a determinação deste por meios administrativos e recursos diante das cortes mongóis. Todavia, as contestações da GEM não tiveram êxito e esta pagou os tributos determinados sem parte dos juros.

Enquanto isso, devido às ações da Administração Fiscal, GEM indagou acerca da situação do ouro entregue conforme o ADCV, apenas por ter tomado conhecimento através de um comunicado de imprensa que o ouro havia sido refinado e exportado da Mongólia, em confronto com os termos do ADCV. Em novembro de 2007, GEM descobriu que o Banco Central transportou o ouro para o Banco de Nova Scotia em Londres.

Em 30 de novembro de 2007, os Demandantes submeteram uma Notificação de Arbitragem contra o Governo da Mongólia, em conformidade com o artigo 3º do Regulamento de Arbitragem UNCITRAL. Os Demandantes alegaram que o Demandado violou suas obrigações perante o Tratado Acerca do Incentivo e Proteção

Recíproca de Investimentos entre o Governo da Federação Russa e o Governo da Mongólia (“TBI”) (concluído em 29 de novembro de 1995 e em vigor a partir de 26 de fevereiro de 2006), por criar e executar a Lei TLA e a Lei de Minérios de 2006.

Além disso, em 10 de dezembro de 2007, a Administração Fiscal emitiu outra apuração tributária em face de GEM com respeito o TLA sobre o ouro vendido para bancos comerciais. GEM tentou negociar com o governo a extensão do pagamento acerca desta apuração fiscal sem sucesso. No meio tempo, o Ministro da Indústria e Comércio Mongol recusou-se a aprovar os planos de GEM de exploração e produção de 2008.

Em janeiro de 2008, após GEM comunicar-se com o recentemente eleito Primeiro Ministro, a Administração Fiscal executou um plano de pagamento do TLA devido conforme a segunda apuração tributária e juros devidos conforme a primeira apuração tributária. GEM não cumpriu com o cronograma, o que fez com que a Administração Fiscal ajuizasse uma ação contra ela requerendo o montante não pago. As cortes mongóis rejeitaram a ação com base na litispendência com o procedimento arbitral.

Em 23 de março de 2008, o tribunal arbitral expediu uma cautelar temporária (“TRO”), ordenando, dentre outras medidas, o seguinte: 1) a Mongólia deveria deixar de apreender ou obter bens dos Demandantes; 2) o Demandante não deveria mover bens para fora da Mongólia; e 3) os Demandantes deveriam providenciar uma lista dos bens na Mongólia.

Enquanto isso e de acordo com os Demandantes, autoridades mongóis retaliaram GEM impondo barreiras administrativas, como o atraso na aprovação da exploração de licenças e a recusa em estender as licenças de trabalho dos trabalhadores estrangeiros da GEM.

Em dezembro de 2008, e após outro requerimento da Administração Fiscal diante das cortes mongóis, oficiais mongóis apreenderam bens e contas bancárias de GEM. Em agosto de 2009, a Mongólia revogou a Lei do TLA.

Os Demandantes alegaram que, conforme o TBI, a conduta da Mongólia resultou na destruição de seu negócio e constituiu expropriação, quebra da completa proteção legal dos investimentos e das garantias de tratamento justo e equitativo previstos no tratado.

O procedimento arbitral foi dividido em duas fases, a primeira lidando com as questões acerca da jurisdição/admissibilidade e responsabilidade, e a segunda fase lidando com a questão dos danos. Em 28 de abril de 2011, e após a oitiva das partes e testemunhas em múltiplas ocasiões, o Tribunal proferiu a Sentença sobre Jurisdição e Responsabilidade.

2. *Jurisdição e Admissibilidade dos Pedidos*

O Demandado levantou diversas objeções gerais e específicas à jurisdição e admissibilidade, dentre as quais as seguintes: i) falta de um investimento protegido; ii) falha em comprovar o período de negociação de seis meses; iii) abuso do procedimento arbitral; iv) falha em conseguir o acordo de estabilidade tributária ; v) falta de legitimidade do Demandante; e vi) falha em exaurir os recursos locais para reforma da descumprimento contratual.

O Tribunal denegou todas as objeções gerais à jurisdição e admissibilidade levantadas pelo Demandado. As objeções específicas acerca da jurisdição e admissibilidade (i.e. falha em conseguir o acordo para estabilidade tributária) foram tratadas pelo Tribunal em conjunto com os pedidos do Demandante.

3. *Questões Legais Abordadas na Decisão*

(a) *A Lei do Tributo por Lucro Inesperado (§ 305)*

De acordo com os Demandantes, sob o modelo de tratamento justo e equitativo (“FET”) a Lei TLA alterou a previsibilidade do negócio e seu enquadramento legal tendo em vista suas obrigações excessivas. O Tribunal concluiu que apesar do TLA representar uma mudança radical da tributação da indústria mineradora e ter havido severos impactos negativos na indústria, a criação da legislação não era contrária ao TBI. Um investidor, sem um acordo que limita ou proíbe o aumento de tributos, não deveria estar surpreso em ser atingido por um aumento dos tributos nos anos subsequentes e que tal evento não poderia ser considerado imprevisível.

(b) *Transparência na criação da Lei TLA (§304)*

Os Demandantes alegaram que a criação e a aplicação da Lei TLA não foram transparentes. Especificamente, que a Lei foi adotada em menos de uma semana sem qualquer consulta à indústria.

O Tribunal mencionou que nenhuma prova foi introduzida de que a Lei foi criada em desacordo com regras legislativas do Congresso Mongol. O curto período que este levou para adotar a Lei TLA e a alegada ausência de consulta não podem ser usado para suportar uma alegação de quebra do BIT. Nas palavras do Tribunal: “Assembleias legislativas em todos os países regularmente adotam legislação em um tempo muito curto, algumas vezes sem debates, especialmente se houver urgência e existir unanimidade de posições entre os parlamentares. A recente crise econômica mundial levou a tais passos adotados pelas assembleias legislativas de todos os tipos de países democráticos”.

(c) *O Caráter Discriminatório da Lei TLA (¶¶ 310-315)*

Os Demandantes argumentaram que o TLA deveria ter sido igualmente aplicado a outros setores da indústria mineradora, e o TLA discriminou entre produtores de ouro e bronze respectivamente. O Tribunal afastou ambos os argumentos.

Quanto ao primeiro argumento, o Tribunal afirmou que muitos países são repletos de legislação fiscal que usa de incentivos fiscais ou subsídios diretos, tratando uma indústria diferentemente da outra. Quanto ao segundo argumento, o Tribunal considerou que mesmo que a adoção de diferentes regimes tributários não tenha sido uma decisão sensata, isso não constitui uma violação ao TBI.

Ademais, o Tribunal considerou que a utilização do caso *Occidental v. Ecuador* pelos Demandantes foi inapropriada porque a cláusula de tratamento nacional naquele caso tinha uma redação diferente da encontrada no TBI entre as Federações Russa e Mongol. Também, aquele caso estava relacionado com a interpretação de um IAV (Imposto Agregado ao Valor) de aplicação geral enquanto a Lei TLA lidou com apenas dois minérios: ouro e bronze.

(d) *Expropriação (¶¶ 333-336)*

Os Demandantes alegaram que a Mongólia infringiu o TBI ao tornar os investimentos deles sujeitos a medidas com efeitos equivalentes à nacionalização ou expropriação, privando-os de seus investimentos sem compensação. Após revisar os argumentos dos Demandantes e a prova pericial, o Tribunal concluiu que o TLA não era uma medida desapropriatória ou uma medida equivalente à desapropriação.

Após analisar a linguagem do caso *EnCana v. Ecuador*, o Tribunal decidiu que mesmo que uma medida tenha características similares às do caso *EnCana*, isto não constitui automaticamente “uma privação fora da ilegal” como alegado pelos Demandantes.

Outrossim, para o Tribunal, o fato de que GEM perdeu mais de 1 milhão de dólares em um ano não foi uma questão que levou a destruição da empresa em andamento, especialmente uma com uma história de fortes vendas anuais. Desta maneira, para o Tribunal, os Demandantes falharam em comprovar que perderam o controle de seus investimentos.

(e) *Taxa para trabalhadores estrangeiros e imposição de quotas (¶¶ 366-368)*

Os Demandantes alegaram que o pagamento da Taxa para Trabalhadores Estrangeiros devido à Lei de Minérios de 2006 constituiu uma quebra do TBI ao violar as suas

legítimas expectativas de transparência, de um quadro regulatório previsível, e foi uma medida arbitrária e discriminatória. O Tribunal discordou destes argumentos.

Em relação ao argumento de medida discriminatória, o Tribunal considerou que, tendo em vista que a indústria de ouro representava uma importante fonte de receita para a Mongólia, era razoável que o Estado impusesse restrições severas ao uso de trabalhadores estrangeiros de maneira a fortalecer o emprego de nacionais.

Ademais, para o Tribunal, foi significativo o fato de que havia prova de que as outras principais companhias mineradoras estrangeiras empregavam até 95% de trabalhadores mongóis, enquanto GEM alcançava no máximo a proporção de cerca de 50%.

(f) *Pleitos Reconvencionais da Mongólia (¶¶ 678-696)*

A Mongólia alegou, dentre outros pedidos, que i) Os Demandantes deviam Taxas de Lucro Inesperado; ii) os Demandantes deviam a Taxa de Trabalhadores Estrangeiros; iii) os Demandantes deviam tributos, taxas e impostos que a GEM evadiu por transferências ilícitas entre seu grupo; iv) os Demandantes devem danos por contrabando de ouro e violação de obrigações ambientais; e v) os Demandantes desobedeceram uma ordem da Câmara dos Lordes. O Tribunal considerou que não tinha jurisdição sobre qualquer pleito reconvencional levantado pelo Demandado.

Citando o teste para jurisdição sobre pleitos reconvencionais contemplado no caso *Saluka v. República Tcheca*, o Tribunal considerou que os pleitos reconvencionais seriam todos relacionais com quebras da lei mongol; conseqüentemente, havia falta de umnexo razoável entre a quebra dos pleitos do tratado dos Demandantes e os pleitos reconvencionais do Demandado. Além disso, para o Tribunal, o exercício de jurisdição sobre os pedidos reconvencionais da Mongólia foram inconsistentes com o princípio da executividade não territorial da lei publica nacional.

4. *Decisão*

O Tribunal considerou que não tinha jurisdição sobre os pedidos apresentados pelos Demandantes. Também, o Tribunal denegou todos os pedidos concernentes a Lei TLA, a Taxa de Trabalhadores Estrangeiros, a negociação de acordos de estabilidade tributária, o acordo ADCV, negação de justiça, a primeira apuração tributária, e o atraso na aprovação e expedição de licenças. Ainda o Tribunal decidiu que não tinha jurisdição sobre os pleitos reconvencionais.

O Tribunal decidiu que à custa do procedimento arbitral deveriam ser suportados igualmente pelos Demandantes e pelo Demandado e que cada parte deveria suportar seus próprios gastos.