



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

Diretores Acadêmicos: Ignacio Torterola

*Loukas Mistelis**

SUEZ, SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA S.A. E INTERAGUA SERVICIOS INTEGRALES DEL AGUA S.A.

Relatório do Caso por **Rodolfo Miranda Miranda****

Editado por **Natasha Dupont*****

Traduzido em Português por Ana Carolina Dall'Agnol ****

Em uma decisão proferida em 30 de julho de 2010, de acordo com os Tratados Bilaterais de Investimento (TBIs) entre França e Argentina e entre Espanha e Argentina, esta sentença CIRDI estabelece um standard relativo ao tratamento justo e equitativo em demandas de investimento relacionadas a contratos públicos.

Tribunal Arbitral: Professor Jeswald W. Salacuse (Presidente), Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler e Professor Pedro Nikken.

* Os Diretores podem ser contactados por e-mail através de ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com e loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com.

** Rodolfo Miranda Miranda é advogado em Navarro Sologuren, Paredes & Gray Abogados (www.npg.pe), especializado em Arbitragem de Investimento e de Construção, Parcerias Público-Privadas, Contratos Públicos e Direito da Construção. Atualmente, Rodolfo está cursando um LLM em *International Business Regulation Litigation and Arbitration* na New York University (NYU). Ele pode ser contactado através de rgm316@nyu.edu.

*** Natasha Dupont é uma Associada Senior em The Brattle Group, especializada na estimativa de danos e outras questões econômicas decorrentes de arbitragens internacionais. Anteriormente, era advogada na área de contencioso.

**** Ana Carolina Dall'Agnol é bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Curitiba e acadêmica do último ano do curso de Direito na mesma instituição. A tradutora pode ser contatada através de dallagnolanacarolina@gmail.com.

Resumo

1. *Introdução*

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A., uma decisão de noventa e sete páginas, proferida em 2010, é uma importante sentença relativa à crise argentina e a suas consequências em contratos públicos e, especialmente, em obrigações de investimentos internacionais decorrentes dos TBIs ratificados pela Argentina nos anos noventa. Esta sentença é relevante pois aborda demandas originadas em meio ao cumprimento de um acordo de concessão de água, bem como outras questões importantes como desapropriação, proteção e segurança plenas e, finalmente, tratamento justo e equitativo.

2. *Contexto relevante e argumentos dos Requerentes*

No início dos anos noventa, Argentina estava consciente da necessidade de fomentar investimentos estrangeiros e aprimorar serviços públicos, dentre outros, água e saneamento. Por isso, concluiu Tratados Bilaterais de Investimento com diferentes países. Ainda, promulgou leis federais e sub-nacionais e regulações fomentando investimentos privados em serviços públicos. Neste contexto, Argentina concluiu dois TBIs importantes para este caso: um com a Espanha e outro com a França, ambos em 1991.

Quatro anos depois, em 1995, após a promulgação das leis nacionais e sub-nacionais fomentando investimentos privados em água e saneamento, a Província de Santa Fe (adiante Província) e Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. (adiante APSF) assinaram um Contrato de Concessão (em que, dentre outras disposições, estabeleceu o direito da Concessionária de tarifar ajustes¹ e o dever de colaboração entre as Partes) por 30 anos². Os Requerentes são acionistas de APSF. Suez, uma empresa francesa, apresentou duas demandas de acordo com o

¹ p. 32

² Antes do contrato de concessão, a própria Província (através de Dirección Provincial de Obras Sanitarias) operou os serviços de água, p. 9-11.

TBI Argentina-França. Por outro lado, InterAgua, uma empresa espanhola, apresentou suas demandas de acordo com o TBI Argentina-Espanha.

Após seis anos de bom relacionamento entre a Província e APSF e de bons resultados³, em 2001, ocorreu a crise argentina. Seus efeitos econômicos e leis afetaram a concessão. O Governo Argentino promulgou leis proibindo indexação em contratos de concessão, afastando a relação de equivalência entre o peso argentino e o dólar americano, e proibindo concessionárias de suspender seus serviços. Ademais, outras medidas econômicas tomadas tiveram um impacto negativo na concessão e na própria concessionária.

APSF buscou ressarcimento perante a Província ao elevar as tarifas e diminuir as obrigações de investimento de APSF; em poucas palavras, APSF procurou renegociação a fim de restaurar o equilíbrio após as medidas tomadas pelo Governo. Província rejeitou os requerimentos de APSF, não ajustou as tarifas e estava ansiosa para requerer o cumprimento exato do plano do investimento. O Governante expressou seu consentimento em renacionalizar os serviços de água⁴. APSF tentou terminar a concessão e, finalmente, em 2006, Província terminou o Acordo de Concessão e executou as garantias contratuais entregues por APSF.

Neste interim, especificamente em abril de 2003, Suez e InterAgua (proprietários de APSF) apresentaram uma demanda contra a Argentina perante o CIRDI, baseada na violação dos TBIs Argentina-França e Argentina-Espanha, alegando (a) a violação de cooperação por parte da Província, (b) a recusa da Província em aumentar as tarifas e (c) a decisão da Província de terminar o Acordo de Concessão e de executar as garantias contratuais de APSF.

De acordo com os Requerentes, tais fatos constituem uma violação de ambos TBIs por parte da Argentina, destacando (w) a obrigação da Argentina por

³ p. 12

⁴ p. 17

desapropriação direta ou indireta, (x) a responsabilidade da Argentina por falhar em fornecer proteção e segurança e (y) falha da Argentina em fornecer tratamento justo e equitativo. Por outro lado (z), Argentina contestou as demandas e sustentou o argumento de defesa de necessidade⁵. Abaixo, está um resumo do que o Tribunal determinou quanto a estas questões.

3. *Questões processuais importantes*

No que tange às questões processuais, é importante mencionar que este caso foi consolidado a outros casos de concessões de água⁶. A sentença discutida aqui é a sentença de mérito, pois o Tribunal decidiu postergar a sentença de danos⁷. O Tribunal declarou que tinha jurisdição para apreciar somente demandas do tratado, e não demandas do contrato⁸.

4. *Análise*

4.1 **Responsabilidade por desapropriação direta ou indireta**

Os Requerentes alegaram que TBIs protegem investidores, garantindo a eles o direito de receber compensação em caso de desapropriação direta ou indireta. Desapropriação direta ocorre quando estados tomam diretamente a propriedade dos investidores, enquanto a desapropriação indireta ocorre quando *“estados receptores invocam seus poderes legislativos e regulatórios para adotar medidas que reduzem os benefícios que investidores obtêm de seus investimentos, porém sem mudar ou cancelar o direito legal do investidor aos seus bens ou diminuir seu controle sobre eles”*⁹.

⁵ p. 38

⁶ p. 3

⁷ p. 92

⁸ p. 19

⁹ p. 40

A este respeito, os Requerentes afirmaram que, como acionistas de ASPF, eles possuíam interesse indireto na Concessão e isto constituiria um investimento. Eles alegaram a falha da Província (pela qual Argentina deveria responder internacionalmente, pois Estados devem responder pelos atos e omissões de seus entes federados) em ajustar tarifas e em cooperar e, finalmente, sua decisão de terminar definitivamente os Acordos de Concessão privaram os Requerentes de seus investimentos.

O Tribunal afirmou que apesar do impacto negativo das ações pela Província, os Requerentes mantiveram controle de seu investimento e não foram excluídos de sua administração. Ainda, o Tribunal acrescentou que os Requerentes sempre mantiveram a propriedade e controle de APSF e que as medidas adotadas pelo governo que diminuíram o valor do investimento não constituíram desapropriação¹⁰.

Por outro lado, o Tribunal declarou que a falha da Província em ajustar as tarifas não constituíram uma privação substancial do investimento¹¹.

Com relação ao término injusto do contrato alegada como desapropriação, o Tribunal decidiu que os Requerentes não possuíam quaisquer direitos sobre os investimentos físicos em água. Contudo, há alguns casos em que tribunais decidiram que o término do contrato é considerado desapropriação¹². Neste caso, Província foi parte do contrato e o rescindiu de acordo com seus próprios termos (apesar de o mesmo fato poder constituir uma violação de um tratado internacional)¹³.

¹⁰ p. 43

¹¹ p. 40

¹² p. 49

¹³ p. 51

No que tange às medidas nacionais tomadas frente à crise na Argentina, o Tribunal considerou que medidas gerais não constituem desapropriação quando aceitas como *“dentro do poder de polícia dos Estados”*¹⁴.

Portanto, o Tribunal declarou que as referidas medidas não constituíram desapropriação contra o investimento dos Requerentes.

4.2 Responsabilidade pela falha em oferecer proteção e segurança

Os Requerentes argumentaram que a obrigação de oferecer proteção plena refere-se à proteção física e jurídica. A Argentina rejeitou este argumento e alegou que a obrigação de oferecer proteção plena se referia à proteção física do investimento¹⁵.

Apesar de o Tribunal ter reconhecido que outros tribunais já forneceram proteção mais ampla (não apenas no aspecto físico)¹⁶ neste contexto, ele estava extremamente convencido do conceito tradicional de proteção plena: a obrigação do Estado de proteger investimentos contra ameaças físicas. Este não era o caso pois em nenhum momento APSF ou seus proprietários foram vítimas de ataques físicos.

No que concerne a inter-relação entre proteção e segurança plenas e o tratamento justo e equitativo, o Tribunal decidiu que o último inclui o primeiro, sendo que uma violação do dever de proteção é uma violação do tratamento justo e equitativo. Assim, *“estabilidade do ambiente de negócios e segurança jurídica são mais característicos do standard de tratamento justo e equitativo, enquanto o standard de proteção e segurança plenas objetiva a proteção do investimento contra danos físicos.”*¹⁷

¹⁴ p.45

¹⁵ p. 55

¹⁶ p. 57

¹⁷ p. 59

Como resultado, o Tribunal considerou que a Argentina não violou sua obrigação de proteger e oferecer segurança aos investimentos.

4.3 **Falha em oferecer tratamento justo e equitativo**

A primeira questão analisada pelo Tribunal foi o nível de proteção do tratamento justo e equitativo, pois o TBI Argentina-França se referia a “*princípios do direito internacional*”. Então, a Argentina argumentou que o tratamento justo e equitativo é limitado “*ao standard internacional mínimo, e que tal limitação também está implícita no TBI Argentina-Espanha*”¹⁸.

No entanto, o Tribunal rejeitou este argumento, pois a referência é aos princípios do direito internacional, e não ao “*standard mínimo de acordo com o direito internacional costumeiro*”. Portanto, de acordo com a interpretação do sentido comum contido no Artigo 31(1) da Convenção de Viena, o tratamento justo e equitativo não está limitado ao standard internacional mínimo; ao contrário, deve ser interpretado utilizando todas as fontes relevantes do direito internacional¹⁹.

A Argentina alegou ter violado a obrigação de tratamento justo e equitativo pois o país estava passando por uma crise e era sua obrigação como Estado adotar medidas para encará-la. Também demandou que a concessão parou de ser lucrativa para os Requerentes antes da crise²⁰.

Com relação ao conceito de tratamento justo e equitativo, o Tribunal decidiu que “tribunais arbitrais têm levado em consideração as expectativas legítimas que um

¹⁸ p. 63

¹⁹ p. 64

²⁰ p. 69-70

país receptor criou ao investidor e o quanto a conduta do país receptor, subsequentemente ao investimento, frustrou aquelas expectativas.”²¹

Quanto às expectativas, o Tribunal considerou que as leis argentinas, tratados e estrutura jurídica da Província para a concessão criaram expectativas legítimas nos Requerentes²².

Apesar de o Tribunal ter rejeitado as demandas acima mencionadas, ele concedeu esta demanda, declarando que os atos e emissões da Província, em prejuízo de APSF, constituíram uma violação do tratamento justo e equitativo por parte da Argentina contra os Requerentes.

Portanto, o Tribunal considerou que a Província realizou as seguintes ações ilícitas²³:

- Não cooperar com APSF a fim de resolver os problemas conjuntamente.
- Não aumentar as tarifas, conforme estava obrigado pelo Contrato de Concessão.
- Pior, aumentou as tarifas em 129% em favor da companhia de eletricidade (operada pelo Estado), mas não em favor dos serviços de água (operados pela APSF).
- Limitou severamente renegociações contra APSF.
- Insistiu em demandas que APSF cumprisse seu plano de investimento, apesar de sua falta de recursos.
- Impediu que APSF coletasse taxas de infraestrutura de novos clientes (como estava determinado no Contrato de Concessão), mas não ofereceu fundos (subsídios cruzados) para financiar a expansão do serviço.
- Rescindindo o Contrato de Concessão, executando garantias contratuais e não pagando os investimentos não amortizados de APSF.

²¹ p. 74. Corroborando com esta definição, o Tribunal citou *Saluka e Bayindir vs. Pakistan*.

²² p. 76

²³ p. 78-83

Estas ações “*frustraram as legítimas expectativas dos Requerentes*” e, por isso, constituíram uma violação do tratamento justo e equitativo²⁴.

4.4 Argumento da Argentina de defesa de necessidade

Argentina referiu-se ao artigo 25 dos Artigos sobre Responsabilidade Internacional da Comissão de Direito Internacional, através do qual Estados podem invocar necessidade como uma exceção para cumprir suas obrigações internacionais se **(i)** a medida for a única forma para salvaguardar um interesse essencial, **(ii)** não prejudicar gravemente um interesse essencial de outros Estados, **(iii)** a obrigação internacional não excluir a possibilidade de invocar necessidade e **(iv)** o Estado não tiver contribuído com a situação de necessidade²⁵.

Com relação a **(i)**, o Tribunal afirmou que a Argentina não cumpriu esta condição, pois a Província possuía outros “*meios mais flexíveis*”²⁶ para a continuação dos serviços de água.

No que tange a **(ii)**, o Tribunal declarou que a Argentina cumpriu esta condição, pois os interesses afetados dos investidores espanhóis e franceses não poderiam ser considerados essenciais para a França e Espanha.

No que concerne **(iii)**, o Tribunal afirmou que a Argentina cumpriu esta condição, pois nenhum dos TBI's se referiam à necessidade e, por isso, eles não excluía a possibilidade de sua aplicação por parte do Estado.

Quanto a **(iv)**, o Tribunal declarou que a Argentina não cumpriu esta condição. De acordo com o Tribunal, apesar de uma crise internacional ter ocorrido, os

²⁴ p. 84

²⁵ p. 85

²⁶ p. 89

últimos governos da Argentina não lidaram bem com a economia (política fiscal deficiente, gastos excessivos, entre outros); portanto, a Argentina contribuiu com seu próprio estado de necessidade²⁷.

Devido às razões descritas acima, o Tribunal rejeitou o argumento de defesa de necessidade apresentado pela Argentina.

5. *Decisão*

- Argentina não desapropriou o investimento dos Requerentes.
- Argentina não violou a obrigação de proteção e segurança plenas.
- Argentina falhou em não garantir tratamento justo e equitativo aos Requerentes.
- A defesa de necessidade da Argentina não era válida.
- Deferimento da decisão de danos (bifurcação).

6. *Opinião separada de Pedro Nikken*

Pedro Nikken concordou com a decisão, exceto com os argumentos em que o Tribunal considerou que a Argentina violou o tratamento justo e equitativo. Ele discordou quando as “expectativas legítimas” foram consideradas ao definir tratamento justo e equitativo, pois a referência às legítimas expectativas vai além das regras de tratamento justo e equitativo nos tratados internacionais de investimento.

Quanto à referência aos “princípios de direito internacional” na cláusula de tratamento justo e equitativo do TBI Argentina-França, Nikken considera que é uma “*clara referência ao standard mínimo, o único standard de “tratamento de estrangeiros”*”, o qual é o único standard existente quando da assinatura do TBI²⁸.

²⁷ p. 90

²⁸ Parágrafos 8 e 16.

Para Nikken, tratamento justo e equitativo obriga um Estado a agir com a devida diligência aos *“padrões de boa gestão”*; tratamento justo e equitativo não inclui qualquer compromisso de estabilidade²⁹. Nikken considera que o parágrafo 307 de *Saluka* fornece um bom conceito de tratamento justo e equitativo.

A fim de determinar se o tratamento justo e equitativo foi cumprido ou não pelo Estado, Nikken afirma que deve-se determinar se *“medidas tomadas pela Argentina foram tais que qualquer governo razoavelmente bom de um Estado moderno e bem-organizado poderia ter as adotado, caso tivesse que lidar com uma crise das proporções daquela encarada pela Argentina, ou, ao contrário, se elas foram desarrazoadas, desproporcionais, discriminatórias ou, de alguma forma, arbitrárias.”*³⁰

A Argentina – afirma Nikken – agiu da mesma forma que qualquer país agiria para enfrentar uma crise, então suas medidas (isto é, congelamento de tarifas) não violaram o tratamento justo e equitativo.

No entanto, congelar tarifas deve ser excepcional e temporário, *“pelo período estritamente necessário para responder à emergência”*³¹. A Argentina, no entanto, falhou em aumentar as tarifas quando a crise acabou, e falhou em oferecer soluções para restaurar o equilíbrio econômico da concessão. Esta conduta constitui uma violação do tratamento justo e equitativo e, por isso, Nikken finalmente concorda com seus colegas ao afirmar que a Argentina violou o tratamento justo e equitativo quanto aos Requerentes.

²⁹ Parágrafo 30.

³⁰ Parágrafo 37.

³¹ Parágrafo 43.