



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

*Diretores Acadêmicos: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis**

TULIP REAL ESTATE INVESTMENT AND DEVELOPMENT NETHERLANDS B.V.

V.

REPÚBLICA DA TURQUIA (CASO CIRDI No. ARB/11/28)

DECISÃO SOBRE A QUESTÃO JURISDICIONAL BIFURCADA

Caso relatado por Elis Wendpap**

Editado por Lise Johnson***

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

Em uma decisão proferida em 05 de Março de 2013, o Tribunal concluiu que, se o TBI estabelece que o Estado deve receber a notícia da disputa um ano antes da Solicitação de Arbitragem ser apresentada e que as partes devem tentar negociar antes de iniciar o procedimento arbitral, estas disposições são obrigatórias.

Questões Principais:	Procedimento – admissibilidade; procedimento – negociações; procedimento – período de espera
Tribunal:	Dr. Gavan Griffith (Presidente), Sr. Michael Evan Jaffe, Prof. Dr. Rolf Knieper.
Advogados dos Demandantes:	Stuart H. Newberger, George D. Ruttinger, e Meriam Alrashid, de Crowell & Moring LLP.
Advogados do Demandado:	Robert C. Sentner e Harry P. Truecart de Nixon Peabody LLP; M. Rasim Kuseyri, Ferdi Karoglu, e Simge Sertoglu Akyuz, de Kuseyri Hukuk Bürsu; Michael E. Schneider, Matthias Scherer e Laura Halonen, de Lalive.

- * Os diretores podem ser contatados por email em ignacio.torteroa@internationalarbitrationcaselaw.com e loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com
- ** Elis Wendpap é uma advogada brasileira, e uma candidata ao mestrado em Estudos Jurídicos Internacionais na New York University. Ela pode ser contatada por e-mail em ewendpap@gmail.com.
- *** Lise Johnson é a líder de pesquisa em Direito e Políticas do Investimento em Vale Columbia Center em Investimento Internacional Sustentável. Ela pode ser contatada por email em ljj2107@columbia.edu.
- *** Felipe Emanuel Pacheco Jensen é Bacharel em Direito no Brasil. Ele pode ser contatado por email em fejjensen@gmail.com.

Resumo

1. *Fatos do Caso*

Em 11 de Outubro de 2011, Tulip Real Estate e Development Netherlands B.V. (“Tulip” ou “Demandante”) iniciou um procedimento arbitral ICSID em face da República da Turquia (“Demandada”), alegando quebras do Acordo Sobre Encorajamento Recíproco e Proteção de Investimento entre o Reinado dos Países Baixos e a República da Turquia, de 1986 (o “TBI”).

Tulip teve diversos investimentos na Turquia, concluídos através de veículos de investimento especial como as sociedades “Tulip I”, “Tulip II” e “Tulip JV”. Emlak Knout Gayrimenkul Yatirim Ortakligi A. S. (“Emlak”) é uma sociedade Turca relacionada com o projeto Ispartakule III. Emlak é, em parte significativa, propriedade da Administração de Desenvolvimento da Habitação da Turquia (“TOKI”), a qual faz parte do Primeiro Ministério Turco. *“Emlak e Tulip JV assinaram um contrato para Compartilhamento de Receita em Troca da Venda de Parcelas para o Projeto Ispartakule III em 03 de Agosto de 2006, e Tulip I tomou posse das terras de Emlak em nome de Tulip JY alguns dias depois”* (§35).

A Demandante pleiteia *“que ações tomadas pela Demandada privaram a Demandante do inteiro valor dos seus projetos de desenvolvimento imobiliário”* (§36). As razões da quebra alegada não foram relevantes para a decisão.

Após a Ordem Procedimental nº 01, a Demandada apresentou três objeções à jurisdição do Tribunal e requereu a bifurcação do procedimento para que as três seguintes questões fossem decididas: (1) que os pedidos da Demandante seriam pedidos contratuais e não pedidos de investimento; (2) que seria prematuro decidir qualquer pedido de investimento e que eles seriam, portanto, inadmissíveis; e (3) havia um período de negociação mandatário no Artigo 8(2) do TBI que não foi respeitado pela Demandante (§21).

O Artigo 8(2) do TBI estipula que: *“No evento de uma disputa de investimento entre a Parte Contratante e um investidor de outra Parte Contratante, as partes da disputa deverão inicialmente buscar resolver a disputa por consultas e negociações em boa-fé. Se estas consultas e negociações não forem bem sucedidas, a disputa pode ser decidida através do uso de procedimentos de terceiros não vinculativos sobre os quais o referido investidor e a Parte Contratante concordarem reciprocamente. Se a disputa não puder ser resolvida através dos procedimentos acima referidos, o investidor interessado pode escolher encaminhar a disputa para o International Centre for the Settlement of Investment Disputes (‘Centre’) para a resolução por arbitragem, a qualquer tempo após*

um ano da data em que a disputa iniciou desde que o investidor interessado tenha levado a disputa perante as cortes de justiça do País Contratante que é parte da disputa, e não tenha sido proferido uma sentença final” (§42).

O Tribunal bifurcou o procedimento para decidir somente quanto à terceira objeção e sem suspender o procedimento quanto ao mérito.

2. **Questões Legais Abordadas na Decisão**

(a) As regras que governam a jurisdição do Tribunal (§§40-44)

Apesar da Demandada não ser signatária da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados, as Partes concordaram que o Tribunal deveria aplicar esta Convenção ao interpretar o TBI, o que o Tribunal então indicou que iria fazer, fazendo referencia particular aos Artigos 31 e 32 da Convenção.

(b) A relevância de decisões ou sentenças prévias do ICSID e do ICJ (§§45-47)*

O Tribunal aceitou que decisões prévias do ICJ e do ICSID deveriam ser consideradas para a interpretação do TBI, especialmente a posição do ICJ sobre *“princípios gerais na construção de termos de um tratado acerca de como estes princípios podem ser aplicados para a construção do TBI”* (§47). Ainda, o Tribunal tem autonomia para fazer suas próprias interpretações do Artigo 8(2) do TBI.

(c) O ônus de estabelecer jurisdição (§48)

A Demandante possuía o ônus de demonstrar que os requisitos do Artigo 8(2) do TBI foram satisfeitos.

(d) Questões não controversas para os propósitos desta Decisão (§49)

Para o propósito de analisar a terceira objeção da Demandada à jurisdição do Tribunal, fica assumido que há uma disputa de investimento que se enquadra no TBI.

(e) Artigo 8(2) do TBI

A Demandante alegou que o Artigo 8(2) seria meramente um dispositivo procedimental e, portanto, o seu desrespeito não iria afetar a jurisdição do Tribunal ou a admissibilidade do pedido. A Demandada defendeu que existia

* Nota do tradutor: Faz referência à International Court of Justice.

um período de negociação mandatória como uma condição para o seu consentimento à jurisdição do Tribunal e que deveria ter havido notícia da disputa de investimento uma ano antes da Solicitação de Arbitragem. De acordo com a Demandada, a Demandante não cumpriu com estas condições (§§51 e 53).

O Tribunal interpretou o raciocínio da decisão do ICJ do *Caso Acerca da Aplicação da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Georgia v. Federação Russa)* e concluiu que um dispositivo ‘compromissório’ como o Artigo 8(2) tem quatro funções: (1) ele “*notifica ao Estado demandado que a disputa existe e delimita o escopo da disputa e sua matéria*”; (2) ele permite que as partes resolvam a disputa; (3) “*prévio recurso a negociações ou outros métodos de resolução pacífica de disputas realiza uma importante função em indicar o limite do consentimento dado pelos Estados*”; e (4) tem uma função política que permite o Estado tratar da questão antes que um procedimento arbitral internacional seja instalado (§§61-62).

Então, após fazer referência a outras decisões proferidas por tribunais CIRDI, o Tribunal afirmou que os dispositivos do Artigo 8(2) do TBI são mandatórios. Ele afirmou que o significado ordinário do Artigo requer que as partes em disputa “*busquem primeiramente resolver a disputa por consultas ou negociações em boa-fé*” e “*por segundo, se estes procedimentos não forem bem sucedidos, então, a qualquer tempo após um ano da data em que a disputa se iniciou, o investidor por escolher submeter a disputa à arbitragem*” (§70).

Esta conclusão, o Tribunal aduziu, foi consistente com o objetivo claro e o propósito do disposto no Artigo 8(2). O Tribunal concordou com a Demandada que o respeito aos requisitos do Artigo 8(2) é essencial para constituir o consentimento do Estado ao procedimento diante do CIRDI.

(i) *Primeiro requisito do Artigo 8(2) – Disputa e Notícia (§§74-83)*

De acordo com o entendimento do Tribunal acerca do Artigo 8(2), o Estado deve receber notícia da disputa de investimento. A Demandada alega que não recebeu esta notícia até a Solicitação de Arbitragem, em 11 de Outubro de 2011. A Demandante, por sua vez, afirmou que a Demandada teve notícia da disputa no mínimo em 16 de Janeiro de 2007 e, no mais tardar, em 08 de Julho de 2010.

Porque o Artigo 8(2) não impõe um requisito de notificação formal, o Tribunal determinou que a Demandante teria o dever de informar suficientemente o Estado hospedeiro sobre as violações das obrigações do TBI que poderiam posteriormente ser invocadas em um procedimento de arbitragem internacional.

Concordando com o requisito legal estabelecido em *Burlington Resources v. Ecuador*, o Tribunal explicou que esta obrigação não impunha que a Demandante fosse específica sobre detalhes do caso ou dos dispositivos do TBI.

(ii) *Segundo requisito do Artigo 8(2) – Consulta e Negociação* (§§84-86)

O Tribunal concordou com a decisão do ICJ no *Caso Acerca da Aplicação da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Georgia v. Federação Russa)* concluindo que, para preencher o requisito de consulta e negociação, a matéria das consultas e negociações e do pedido deveriam estar relacionados. Todavia, o Tribunal adicionou, não seria mandatório haver uma referência expressa ao tratado durante a negociação ou consulta.

(iii) *Terceiro requisito do Artigo 8(2) – Período de Espera de Um Ano* (§88)

O Tribunal decidiu que o período de espera se inicia assim que o Demandado recebe notificação da existência da disputa de investimento.

(iv) *Satisfação dos Requisitos Após a Solicitação de Arbitragem* (§§89-92)

A Demandante deve preencher os requisitos do Artigo 8(2) antes de apresentar a Solicitação de Arbitragem. Ainda, sendo que não houve renúncia destes requisitos, o Tribunal não teria jurisdição sobre a disputa se as condições mandatórias não fossem respeitadas. “Ausente uma renúncia, ações ou omissões das Partes após o começo da arbitragem não corrigem um começo defeituoso” (§91).

(v) *Observância ao Artigo 8(2)* (§§93-131)

Em relação ao primeiro requerimento de notícia, o Tribunal considerou que a Demandante não demonstrou que ações de ou notificação à Emlak poderiam ser atribuídos ao Estado.

Porém, uma vez que o Sr. Bayaktar era o presidente de Emlak e TOKI, o qual era o acionista controlador de Emlak, “*não é desarrazoado inferir que, ao menos, a Demandada, como um Estado parte do TBI, deveria estar ciente das circunstâncias do desentendimento em curso entre Tulip I e Emlak com respeito a Ispartakule III*” (§99). O Tribunal determinou que a relação em deterioramento entre Tulip I e Emlak, combinada com a carta enviada por Tulip I para o Presidente da Turquia em 08 de Julho de 2010, indicou que, apesar de não ter sido dada notícia na “*forma mais perfeita*”, a Demandada foi informada, pelo menos em 08 de Julho de 2010, de

que uma disputa estava surgindo sob o TBI e que, se não resolvida, a disputa iria resultar em um procedimento arbitral conforme aquele tratado (§121).

O segundo requisito, consultas e negociações, também foi respeitado por várias letras enviadas por Tulip I e outros em seu nome para vários oficiais do governo Turco. Estas incluíam uma carta do Consul Geral Holandês em Istambul de 27 de Maio de 2010; a carta de 08 de Julho de 2010 ao Presidente da Turquia; e a carta de 23 de Julho de 2010 ao Primeiro Ministro da Turquia (§128).

O Tribunal então passou a tratar do terceiro requisito do Artigo 8(2) e entendeu que ele também foi respeitado, pois a Demandante tinha apresentado sua Solicitação de Arbitragem mais de um ano após o envio da carta de 08 de Julho de 2010.

(f) Futilidade, Renúncia e Economia Procedimental (§§132-135)

O Tribunal reiterou que condições como as previstas no Artigo 8(2) do TBI são mandatórias e não podem ser desconsideradas pelo investidor. Entretanto, a Demandante respeitou-as todas. Consequentemente, o Tribunal não teve de examinar a importância das doutrinas da futilidade, renúncia ou economia procedimental.

3. *Decisão*

O Tribunal rejeitou as objeções da Demandada à jurisdição baseadas no Artigo 8(2) do TBI porque a Demandante cumpriu com os requisitos mandatários deste dispositivo.

O Tribunal reservou a questão dos custos para a ordem final dos custos.