

II JORNADA CCI DE ARBITRAGEM

VI CONGRESSO DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM

Salvador - Bahia

30 Outubro 2006

José Miguel Júdice

Sócio Fundador de PLMJ – AMPereira, Saragga Leal, Oliveira Martins, Júdice e Associados, Sociedade de Advogados.

Coordenador da Área de Arbitragem de PLMJ

Antigo Bastonário da Ordem dos Advogados de Portugal (2002-5)

Professor Associado da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa

Arbitro

Membro de IBA, UIA, Club Español de Arbitraje e Association Suisse d'Arbitrage

jmj@plmj.pt

www.plmj.pt

COMO EVITAR A “NACIONALIZAÇÃO” DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS?

As relações contratuais de âmbito internacional, em que uma das partes é um Estado soberano, sendo a outra uma entidade empresarial privada de outro país, são cada vez mais abundantes. Estas relações comerciais resultam da globalização, do aumento da concorrência internacional, do desenvolvimento económico dos países menos favorecidos, do processo galopante de inovação tecnológica e da própria reorganização do modelo tradicional do papel do Estado na economia.

Talvez por isso, estas relações contratuais internacionais decorrem num ambiente sujeito a dois movimentos opostos. Por um lado os Estados, e em especial os menos desenvolvidos, pretendem atrair investimento estrangeiro produtivo. Esta atitude resulta de um conjunto variado de razões, tais como a falta de know-how em importantes sectores produtivos, a escassez de capitais, as limitações orçamentais que dificultam a alocação de recursos estatais para investimento produtivo, a vontade de diversificação de dependências, o desejo de aumentar a concorrência, a intenção de provocar internalização de tecnologias. Estão, por isso, os Governos naturalmente dispostos a tomar iniciativas que aumentem a atracção dos investidores e que diminuam o receio de se deslocarem para um ambiente que desconhecem, sujeitando-se a estruturas culturais estranhas, a normas legais e regulamentares exóticas e a grupos humanos e sociais com os quais pouca ou nenhuma relação possuem.

Mas, no sentido contrário, estes Estados muitas vezes olham com desconfiança e hostilidade o investimento estrangeiro. Esta atitude tendencial resulta também de vários factores. Entre eles podem citar-se o facto de Estados mais recentes ou menos desenvolvidos terem problemas de unidade

nacional por resolver, serem particularmente ciosos pela sua soberania nacional, estarem sujeitos a pressões de forças económicas e sociais internas que olham de forma por vezes negativa e em regra preocupada os estrangeiros, de estarem convictos (com ou sem razão suficiente) de que os termos de troca e os preços de transferência existentes drenam recursos excessivos e injustos para o exterior. E, acima de tudo, como demonstra a História da Humanidade, os estrangeiros (“hostes” em latim, expressão que está na origem etimológica de expressões como “hostil” e “hostile”, como sinónimo de adversário ou inimigo...) são excelentes bodes expiatórios para os fracassos das políticas governamentais.

A acção conjugada destas duas pulsões contraditórias provoca dinâmicas que afectam o investimento estrangeiro e a estabilidade dos contratos internacionais, com consequências em regra muito perniciosas para todas as partes envolvidas. Épocas de activa procura de investimento estrangeiro, com a criação de estímulos importantes, são seguidas por períodos de hostilização e de oposição ao investimento estrangeiro. Nenhum investidor internacional pode, por isso, agir sem ter presente esta pendularidade que, em maior ou menor medida, afecta todos os países, até mesmo alguns situados no Mundo mais desenvolvido, pelo menos na forma relativamente mais benigna da protecção e preferência dada a empresas nacionais.

Por estas razões faz sentido que seja colocada a questão – que também é jurídica, embora não o seja apenas - de saber como podem os potenciais investidores estrangeiros reduzir os riscos de danos se e quando as autoridades políticas mudarem de atitude e tomarem decisões que os afectem ilegal e/ou injustamente. E esta questão está, evidentemente, intimamente ligada a uma outra, que consiste em saber como podem defender-se se e quando isso vier a ocorrer.

De um modo geral estas questões não são ponderadas com rigor e atenção ou, quando o são, acabam subordinadas a opções estratégicas em que prevalecem análises económicas, financeiras ou de mercado. Uma parte da explicação reside seguramente no carácter eminentemente paroquial que continua a caracterizar o essencial da reflexão jurídica no mundo mais desenvolvido. Ao contrário das ciências económicas e financeiras, que facilmente se internacionalizaram e ganharam por isso uma transversalidade que se imbuíu naturalmente nos seus cultores, as ciências do Direito continuaram as mais das vezes imersas numa abordagem apenas nacional, estritamente jurídica e eminentemente formal.

Uma das consequências desse tipo de abordagem pode ser constatada na pouca reflexão sobre a patologia das relações jurídicas e as características que as sociedades em concreto e a prática jurídica emprestam à aplicação das leis. Os cultores da Ciência do Direito, nascidos e formados em países em que a separação de poderes, a “rule of law” e a independência da Judiciário se tornaram há muito, apesar de falhas e erros, parte inequívoca do património sociológico dominante, inconscientemente acabam por assumir como adquirido que as normas jurídicas dos outros países significam o que a hermenêutica abstracta e distante considera como adequada interpretação, assumindo não apenas isso como também que depois disso as instâncias administrativas e judiciais vão aplicar tais interpretações sem se sujeitarem a pressões ou a deturpações adequadas a servir interesses poderosos.

Pode ser que mesmo no Primeiro Mundo este tipo de teorização implícita seja angelista e não constitua mais do que uma camuflagem para interesses. Ou, pelo menos, que em certos casos, ou a partir de certo nível social ou político, o Direito acabe por ceder perante outras realidades, menos formais, menos abstractas e menos teorizáveis de forma tranquilizadora. Seja ou não assim, ou seja qual for a medida em que assim seja, o certo é que em zonas do mundo menos evoluídas economicamente, com menos tradição democrática e/ou liberal, e em que o Estado de Direito – quando existe – é recente e apenas pelicular, o problema torna-se muito mais inquietante e mereceria que fosse objecto de reflexão académica profunda.

Do que se trata, por isso, é de pressupor, (1) como alavanca analítica prévia, que os investimentos em países do Terceiro Mundo têm uma tendência forte para patologia, (2) como elemento hermenêutico básico, que os contratos com entidades de tais países têm um elevado potencial de serem ou de se tornarem em “contratos desiguais” (em cada caso podendo variar a parte que domina), e (3) como constatação empírica que a qualidade e/ou a eticidade do sistema judicial não se deve pressupor como sendo um dado (ingenuamente) adquirido.

A tese que está subjacente a este texto (que se assume como “provocatio ad agendum” para os meios universitários) é que se deve dar prioridade na formação da vontade de investir em países do Terceiro Mundo a um adequado rastreio do sistema jurídico e do sistema judicial de tais países; e também que se deve priorizar, nos processos negociais que antecedem os investimentos, soluções jurídico-contratuais que evitem ou minorem os riscos de situações patológicas que o sistema jurídico não consiga resolver de forma justa, rápida e equitativa.

A primeira precaução que deve ter qualquer potencial investidor é analisar o regime de direito internacional do País em que se pondera realizar um investimento. Entre os sinais a equacionar incluem-se: (i) o Estado é parte em tratados internacionais, multilaterais ou bilaterais de protecção ao investimento? (ii) o concreto investimento pretendido ficará protegido por algum desses tratados? (iii) a Convenção de Nova Iorque sobre reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras foi ratificada? E sem reservas relevantes? (iv) Existe algum “track record” de actuações ilegais ou causadoras de danos não compensados, contra investidores estrangeiros?

Depois deve ser analisado com cautela o regime legal relevante do País (aquilo a que os autores anglo-saxónicos gostam de chamar “municipal law”), procurando respostas para perguntas como estas: (i) existe uma lei nacional que permita arbitragens internacionais? Essa lei aceita que o lugar da arbitragem seja no exterior? A lei é amigável noutros aspectos (aceitação de árbitros estrangeiros, de utilização de uma língua não nacional, de aplicação de outros direitos nacionais aos contratos, não obrigatoriedade de recursos para os tribunais comuns) também relevantes? (ii) é aceite a opção por arbitragens institucionalizadas? (iii) as regras aplicáveis aos contratos com o Estado permitem a submissão dos litígios a tribunal arbitral ou exigem a submissão a tribunais nacionais, nomeadamente administrativos? (iv) é possível que um tribunal arbitral decida sem recurso (excepto acção de anulação) para os tribunais comuns? (v) é possível (e em que condições) executar decisões arbitrais contra o Estado? (vi) existe algum “track record” de impossibilidade de executar decisões arbitrais ou judiciais em que o Estado tenha sido condenado?

Em seguida convirá analisar o ambiente da comunidade jurídica em concreto: (i) existe uma profissão legal (Advocacia) que tenha efectivamente a liberdade e a coragem de defender os interesses que lhe são confiados, mesmo contra o Estado? (ii) os magistrados judiciais são independentes do Poder Político e são considerados honestos e pouco afectados por práticas de corrupção? (iii) é possível que sociedades de Advogados estrangeiras actuem nesse mercado? existem sociedades de Advogados locais competentes e com ligações a sociedades estrangeiras? (iv) em termos gerais, existe um Estado de Direito (“rule of law” e “due process”) nesse País?

Respostas positivas a todas estas questões nem sempre são possíveis e, apesar disso, o investimento pode fazer sentido de um ponto de vista comercial. Mas há um limite a partir do qual o investimento se torna claramente muito arriscado, como é evidente. A definição desse limite tem de ser feita no caso concreto, não sendo possível encontrar uma resposta única e generalizável. Mas, de um modo geral, penso que existe um núcleo duro de condições que deve sempre estar presente. Em minha opinião, o mínimo essencial consiste em que o Estado aceite submeter a arbitragem os contratos de investimento em que seja parte, que autorize que o lugar da arbitragem seja no exterior e que a arbitragem possa ser submetida às regras de uma credível instituição internacional, como a CCI ou a LCIA, e que o processo arbitral possa decorrer no seu âmbito.

Estas condições essenciais mínimas permitem reduzir muito substancialmente a capacidade de manipulação do sistema por uma das partes no contrato, pois é afinal desse risco que estamos a falar. Com a submissão à arbitragem resolvem-se os problemas decorrentes da hipotética falta de preparação e especialização, parcialidade ou falta de independência de juizes nacionais. A localização fora do Estado nacional permite isolar a arbitragem das regras processuais nacionais que “poluem” vezes de mais os processos arbitrais e também retirar aos tribunais locais a capacidade de interferir nas arbitragens através da anulação de decisões arbitrais. A integração da arbitragem numa instituição internacional credível resolve problemas tão essenciais como a escolha do Árbitro Presidente, a garantia da qualidade e rigor dos procedimentos, a independência e autonomia do próprio tribunal arbitral.

Algumas das outras condições muito importantes, como a existência de tratados internacionais de protecção do investimento, não dependem da parte privada e estrangeira; ou podem ser ultrapassadas (a exequibilidade pode ser conseguida no exterior sobre activos detidos pelo Estado, se ele recusar respeitar uma decisão arbitral), mas os que considere essenciais – se faltarem – provocam inevitáveis efeitos incontrolados.

Do ponto de vista dos Estados, estas condições não devem ser encaradas como cedências excessivas ou como sinais de perda de soberania. Estamos a tratar de relações comerciais e económicas do Estado e não das conhecidas e clássicas funções de soberania estatal. A experiência demonstra que países mais desenvolvidos convivem sem problemas com respostas positivas a todas as questões que enunciei como testes de adequação. E não deve ser esquecido o enorme potencial de vantagens que pode resultar para países menos desenvolvidos do facto da comunidade internacional de negócios encarar um concreto País como um bom exemplo de garantias para os investidores estrangeiros, sobretudo quando actualmente os Estados estão em competição uns com os outros pela atracção de investimentos estruturantes vindos de outros países.

Pelo contrário, a submissão a arbitragens institucionais dos litígios em que os Estados são parte deve ser encarada por estes como uma vantagem comparativa em relação à opção por arbitragens ad hoc, mesmo que localizadas no seu próprio território nacional. Esta opção pelas arbitragens ad hoc é muitas vezes a tendência dos Estados nacionais quando não conseguem submeter os litígios aos seus tribunais, por esta opção em regra ser “deal breaker” em contratos internacionais. Um tribunal arbitral ad hoc fica totalmente dependente da qualidade, rigor, ética e independência dos árbitros escolhidos. Um tribunal arbitral formado no âmbito de uma instituição credível, acrescenta a todos esses importantes factores a credibilidade e a independência da própria instituição, o que para os Estados deve constituir um factor de atracção adicional.

Para aumentar as condições políticas e sociológicas favoráveis a esta evolução, penso que seria uma boa ideia que as instituições que se dedicam à arbitragem internacional elaborassem uma check-list dos factores que tornam cada País mais ou menos favorável ao investimento internacional. Este trabalho deveria ser publicado e actualizado com regularidade, vindo a constituir um “ranking” internacional independente dos países em função de serem mais ou menos “friendly”, do ponto de vista do sistema legal, aos investimentos.

Espero que o esboço de questões que incluo nesta comunicação possa ajudar a esse projecto. Aqui fica o desafio, à CCI em especial.

Lisboa, Outubro de 2006