

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**REGULAMENTAÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS
DO COMÉRCIO INTERNACIONAL**

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

R344

Regulamentação e solução de conflitos do comércio internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Marcia Carla Pereira Ribeiro, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-370-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Solução de Conflitos. 4. Comércio Internacional. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
REGULAMENTAÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS DO COMÉRCIO
INTERNACIONAL

Apresentação

Os encontros acadêmicos estabelecem o ambiente perfeito para o exercício da importantíssima habilidade de renovarmos nossos conceitos jurídicos. Não só no que se refere ao exercício de interpretação das normas, como também na conformação de um espaço de reflexão sobre a eficiência dos sistemas e sobre o real papel a ser exercido pelo Direito diante das demandas da sociedade. Não por acaso, o tema geral escolhido para o CONGRESSO DO CONPEDI/2016 foi Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Dentre os atores sociais é impossível não se destacar o papel da empresa para o almejado desenvolvimento com cidadania.

Por outro lado, são também as necessidades da sociedade contemporânea que nos levam a pensar os conceitos de soberania em cotejo com os avanços tecnológicos e as facilitações nas trocas internacionais, assim como nos induz a buscar sistemas de solução de controvérsias mais eficazes.

O XXV Congresso do CONPEDI foi recepcionado pelo Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. O Programa de Mestrado em Direito da UNICURITIBA foi criado em 2001. Sua área de concentração volta-se ao Direito Empresarial e Cidadania.

O grupo de trabalho que tivemos a honra de coordenar teve como temática a Regulamentação e Solução de Conflitos do Comércio Internacional, cumpriu com louvor sua função de discussão socializante e transformadora, reforçando a nossa crença em uma sociedade mais livre, consciente, solidária e, acima de tudo, justa.

Nesse livro, os 08 (oito) trabalhos apresentados desenvolveram análises sobre regulamentação e solução dos conflitos no contexto internacional e da globalização, e, como não poderia deixar de ser, todos os participantes contribuíram à principal função da academia que perpassa pelo interesse científico na consolidação de novas respostas aos desafios que nos são impostos na vida em sociedade.

Os desafios enfrentados pelos países em decorrência da globalização inspiraram a apresentação de trabalhos que enfrentaram o Abuso de direito na prática do treaty shopping:

review do caso Phillip Morris v. Austrália (venha ao sabor de aventura e liberdade. Venha. Terra de Marlboro); a realidade das empresas internacionais em face da jurisdição dos organismos internacionais e a possibilidade de normas uniformizadas no artigo Internalização do direito e a globalização: empresas transnacionais e os organismos internacionais responsáveis pela harmonização e convergências dos padrões contábeis na nova sociedade globalizada e no artigo CISG: um caminho para a uniformização, como também no trabalho Comércio internacional e desenvolvimento sustentável: reflexões sobre a regulamentação através das organizações internacionais.

Outras análises correlatas à globalização vem expressas no artigo A eficácia da arbitragem como meio de resolução de conflitos no âmbito do comércio internacional e no artigo Cláusula de eleição de foro em contratos internacionais: uma análise na perspectiva das empresas de pequeno porte e também na abordagem sobre Direitos autorais no mercado globalizado da música.

No artigo O compliance e a responsabilidade da empresa pelo ato de corrupção praticado foi abordada a recente promulgação da denominada Lei Anticorrupção e seus efeitos para a empresa.

A riqueza e a amplitude dos temas apresentados geraram frutos concretos e justificaram sobremaneira a importância e a necessidade de continuidade da pesquisa e dos debates científicos em prol da justiça.

É a partir de trabalhos como os trazidos pelos participantes deste XXV Congresso do CONPEDI que os diversos institutos jurídicos podem ser repensados, implementados e concretizados com eficiência, aprimorando também as diversas relações humanas.

Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR e PUCPR

Profa. Dra. Ynes Da Silva Félix – UFMS

O ABUSO DE DIREITO NA PRÁTICA DO TREATY SHOPPING: REVIEW DO CASO PHILLIP MORRIS V. AUSTRÁLIA (VENHA AO SABOR DE AVENTURA E LIBERDADE. VENHA À TERRA DE MARLBORO.)

THE ABUSE OF RIGHTS IN THE PRACTICE OF TREATY SHOPPING: REVIEW OF THE PHILLIP MORRIS V. AUSTRÁLIA CASE (COME TO WHERE THE FLAVOR IS. COME TO MARLBORO COUNTRY.)

Gustavo Ferreira Santos ¹

Resumo

É legítima a busca por uma jurisdição mais vantajosa em termos de investimentos estrangeiros, i.e. a prática do treaty shopping. Entretanto, previsível a disputa arbitral, configura abuso de direito modificar a estrutura corporativa com o propósito de ganhar proteção de um tratado. O Tribunal instituído para analisar o caso Phillip Morris v. Austrália, decidindo dessa forma, sinaliza uma mudança arrojada quanto a análise deste instituto. Pesquisa dogmática, teórica e quantitativa, utilizando-se metodologia indutiva e estudo de caso, este paper almeja defender a análise dinâmica das provas e fatos quando se trata de invocar acordos internacionais por meio do shopping treaty.

Palavras-chave: Investimento estrangeiro direto, Treaty shopping, Tribunal arbitral, Abuso de direito

Abstract/Resumen/Résumé

It is lawful to search for a most advantageous jurisdiction in terms of foreign investment, i.e. the practice of treaty shopping. However, foreseeable an arbitral dispute, configures abuse of rights to modify the corporate structure with the purpose of gaining a treaty protection. Issuing in the Phillip Morris v. Australia case, the constituted Tribunal signals a bold change in the analysis of this institute. Dogmatic, theoretical and quantitative research, using inductive methodology and case study, this paper aims to support the dynamic exam of the evidences and facts when it comes to call protection for international agreements throughout treaty shopping.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Foreign direct investment, Treaty shopping, Arbitral tribunal, Abuse of right

¹ Advogado Municipal do PROCON de Uberlândia – MG, especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia e mestrando em Direito pela mesma instituição.

1 INTRODUÇÃO

A globalização, sem sombra de dúvidas, é um elemento catalizador da intercomunicação mundial, mormente no que tange às relações e transações econômicas entre os mais diversos países existentes. Mais que transpor os limites geográficos de uma determinada nação para o estreitamento de laços econômicos, há uma verdadeira flexibilização das barreiras geográficas, culturais, sociológicas, financeiras e jurídicas.

O investimento estrangeiro direto (IED) é elemento vital nesse cenário, na medida em que faz coro aos indicativos de aceleração ou desaceleração econômica de um país. De acordo com dados divulgados nesse ano pela Comissão Econômica Para América Latina e o Caribe (CEPAL), haverá uma contração de 0,6 % do produto interno bruto regional, fazendo com que os investimentos voltados ao abastecimento da demanda interna dos países sejam reduzidos (CEPAL, 2016, p. 8).

Não obstante serem responsáveis por transformar a economia, auxiliando-a no seu desenvolvimento, criando capital intangível e “por meio da transferência de tecnologia e desenvolvimento de habilidades, bem como mediante o impulso à integração das empresas locais em cadeias de valor que aumentem sua exposição à economia internacional” (CEPAL, 2016, p. 11), os IEDs experimentaram uma queda de 9,1% na América Latina e no Caribe entre 2014 e 2015, apesar de terem atingido o montante significativo de 179,1 bilhões de dólares¹, sendo este o nível mais baixo apontado pela referida Comissão, desde 2010 (CEPAL, 2016, p. 5).

Em contrapartida, devido a uma forte onda de fusões e aquisições corporativas condensadas nos países desenvolvidos, principalmente nos Estados Unidos da América (EUA), o fluxo global dos IEDs aumentou 36%, atingindo o seu nível mais alto desde 2007: 1,73 trilhão de dólares (CEPAL, 2016, p. 5). A título de ilustração, apesar de ser o maior hospedeiro da região da América Latina e Caribe e, ao lado do México, ser o país que mais investe fora de seu território, o Brasil sofreu uma queda de 23% nos IEDs neste último ano (CEPAL, 2016, p. 5 e 7).

Deveras, o tema do IED é bastante pertinente, atual e representativo, pelo que merece ser debatido, principalmente considerando o seu alto grau especulativo e a soma das operações envolvidas em tais negociações. Nomeadamente, o viés jurídico dessa operação

1 Todas as cifras apresentadas neste trabalho científico referem-se ao dólar dos Estados Unidos da América.

econômica realizada entre os Estados emerge como uma questão relevante a ser analisada, porquanto o incremento da segurança jurídica desempenha papel-chave no desenrolar do investimento a ser feito ou mesmo já encetado.

Com efeito, as proteções (pessoais, fiscais, jurisdicionais, por exemplo) tanto dos investidores, quanto dos seus investimentos, ganham relevo nas negociações, sendo certo que a diminuição da insegurança e a minimização dos potenciais riscos advindos do investimento remontam às cláusulas contratuais estabelecidas pelas partes.

Inter alia, tem-se como desafio, portanto, o estabelecimento de um *ius standi* ao investidor estrangeiro para a resolução de desavenças jurídicas pertinentes aos investimentos entabulados nos mais diversos acordos internacionais.² Estar inserido num ambiente físico, legal, fiscal e jurisdicional diverso daquele do seu país de origem (ou mesmo longe de um mais vantajoso), pode ser um verdadeiro empecilho para o investidor estrangeiro.

Seguindo essa linha de raciocínio, os investidores estrangeiros valem-se do Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (comumente conhecido pela sigla inglesa ICSID), criado pela Convenção de Washington de 1966 (CW), e da Corte Permanente de Arbitragem (em inglês, a sigla PCA), a seu turno, instituída pela Convenção de Haia de 1899, no intuito de buscar um foro neutro, especializado e imparcial, no qual podem demandar contra um certo Estado hospedeiro, independentemente do auxílio do seu país natal.

De fato, os laudos arbitrais ditados pelos tribunais arbitrais em procedimentos de arbitragem administrados por estas instituições internacionais, para além de constituírem verdadeiros títulos executivos, aptos a serem executados nos países integrantes das respectivas convenções/tratados, servem de *guidelines* para práticas processuais e futuras negociações de investimentos.

Contudo, o que fazer quando um investimento estrangeiro de uma empresa é ameaçado e este não tem como se defender, seja porque o seu país de origem não possui BIT firmado com o Estado hospedeiro, seja porque ele tem domicílio legal estabelecido por força

2 Dentre outros, Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPRI), hodiernamente conhecidos como Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs), Acordos Bilaterais de Investimento (BITs, na abreviação para a língua inglesa de *Bilateral Investment Treaty*), Acordos Internacionais de Investimentos (AII, ou em inglês: *International Investment Agreement* – IIA), Tratados de Livre Comércio (TLCs, ou no inglês: *Free Trade Agreement* - FTA), formação de blocos econômicos e a ratificação de convênios internacionais em matéria de promoção e proteção de investimentos estrangeiros (v.g.: NAFTA – *North American Free Trade Agreement*, MERCOSUL – Mercado Comum do Sul, UE – União Europeia, ASEAN – *Association of Southeast Asian Nations*, TTP – *Trans-Pacific Partnership*).

das leis locais? Buscar guarida no poder judiciário doméstico ou tentar a sorte na jurisdição internacional?

O que se tem percebido, tomando por base os dados estatísticos do ICSID, é um aumento pela procura da solução arbitral internacional dos conflitos oriundos do IED. Na última década, houve uma média anual de 35 demandas apresentadas perante o ICSID, sendo que de 2014 a 2015 houve um aumento de quase 27% no número de reclamações, enquanto que do começo dos anos 2000 até o ano de 2015 o acréscimo foi de quase 77% (ICSID, 2016, p. 7).

Via de regra, não é qualquer IED que pode ser levado ao conhecimento dos tribunais arbitrais, assim como não é qualquer investidor que possui a capacidade processual para apresentar uma reclamação perante o ICSID ou a PCA. Diante deste cenário, tem ganhado força, cada vez mais, a prática do *treaty shopping*, também conhecida como *forum shopping* ou *nationality planning*, que consiste numa manobra societária de proteção tanto do investidor, quanto dos seus investimentos, por meio da qual se busca uma jurisdição e/ou nacionalidade mais vantajosa, na qual se tenha firmado um acordo internacional que melhor lhe compraz.

Para dar máxima proteção aos seus IEDs, pode o investidor valer-se de quaisquer mecanismos que ele tem à sua disposição? Deve-se levar em conta a sua boa-fé, o momento em que é feita a alteração societária? O comportamento do investidor estrangeiro numa conjuntura de recrudescimento legal do Estado hospedeiro, no que se refere ao seu investimento, também deve ser objeto de análise do tribunal arbitral?

Visando responder tais questionamentos, o presente *paper* tem o escopo de debater a controversa matéria do IED que é o *treaty shopping*. Propôs-se, dessa forma, a fazer uma pesquisa dogmática, teórica e quantitativa, utilizando-se a indução como método de abordagem e, outrossim, como método de procedimento fez-se uso do estudo do caso *Phillip Morris Asian Limited v. The Commonwealth of Australia* (doravante nomeado de caso Phillip Morris v. Austrália ou de *case*).

Vislumbrar-se-á, com propriedade, que o *case* em questão representa um indicativo de mudança na análise da prática arbitral, no que pertine à determinação da jurisdição desses tribunais: a fim de estabelecer a cobertura de um determinado acordo internacional e fixar o critério de competência *ratione personae* da nacionalidade, a análise da estrutura corporativa engendrada pela prática do *treaty shopping* deixa de ser superficial e passa a ser pormenorizadamente profunda, tanto do conteúdo probatório, quanto dos fatos que circundam

essa prática adotada pelo investidor estrangeiro, coibindo-se, assim, o abuso de direito por sua parte.

Para tanto, o presente artigo foi seccionado em outros três capítulos adicionais, incluindo-se aí a conclusão. No capítulo seguinte, serão abordados aspectos relevantes da jurisdição arbitral, assim como a prática do *treaty shopping* ganhará destaque, com apresentação de conceitos, exemplo e finalidades. Na sequência, o terceiro capítulo terá a incumbência de analisar o caso Phillip Morris v. Austrália sob a égide desse mencionado fenômeno de reestruturação corporativa, esposando-se a decisão do tribunal arbitral constituído pelas regras de arbitragem da *United Nations Commission of International Trade Law* (UNCITRAL) e administrado perante a Corte Permanente de Arbitragem (PCA Case No. 2012-12), articulando os trechos essenciais do tema, sem se descurar do respectivo exame crítico de tal laudo arbitral.

2 DO CRITÉRIO *RATIONE PERSONAE* EM TERMOS DE JURISDIÇÃO ARBITRAL E A PRÁTICA DO *TREATY SHOPPING*

O segundo capítulo deste *paper* tem o objetivo precípuo de traçar linhas gerais sobre o *treaty shopping*: características, conceitos, exemplo e objetivos gerais de tal prática que são delineados por pesquisadores e organismos internacionais que estudam o presente tema. Com efeito, tal panorama servirá de base para o estudo do caso Phillip Morris v. Austrália, sendo que esse assunto teve papel de destaque no referido laudo arbitral.

Antes, porém, convém pontuar os tópicos relevantes da jurisdição arbitral de investimentos estrangeiros que são intrínsecos ao *treaty shopping* e que, por conseguinte, influenciaram na análise feita pelo tribunal arbitral do *case* em comento.

Previamente à decisão de mérito proferida por um órgão arbitral internacional de investimento, há um laudo preliminar de admissibilidade publicado pela corte, por meio do qual o tribunal arbitral decide sobre a sua jurisdição, vale dizer, o tribunal ou entende ser competente para conhecer da reclamação submetida pelo investidor estrangeiro, ou se declara impedido de exercer a jurisdição da disputa que lhe foi levada a julgamento.

De acordo com o artigo 25 da CW³, são objetos de exame do laudo de jurisdição o consentimento e a nacionalidade das partes, denominados de critérios processuais em razão da pessoa (*ratione personae*), assim como a diferença jurídica do IED, a seu turno, critério processual em razão da matéria (*ratione materiae*). Tendo em vista que, como será visto nos parágrafos abaixo, com a prática do *treaty shopping* o investidor acaba por adquirir uma nova nacionalidade, focar-se-á, pois, neste quesito do critério em razão da pessoa.

Deveras, a nacionalidade é requisito processual de suma importância na determinação da jurisdição do tribunal arbitral, na medida em que a regra básica das arbitragens de investimentos é que a nacionalidade tanto do investidor reclamante, quanto do Estado hospedeiro, sejam distintas. Se assim não fosse, a princípio, não se estaria diante de um IED e, de igual forma, o poder judiciário doméstico seria o competente para solucionar a diferença jurídica.

Pelas regras de proteção diplomática, uma filial de certa atividade empresarial de porte mundial possui a mesma nacionalidade do país que a abriga, por ser usualmente constituída sob as leis e quesitos administrativos do Estado anfitrião. Nesse particular, eventual disputa acerca de um IED não poderia ser submetida aos tribunais internacionais de arbitragem, haja vista as partes compartilharem a mesma nacionalidade (UNCTAD, 2005, p. 16).

3 Article 25

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

(2) “National of another Contracting State” means:

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

(3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.

(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary General shall forthwith transmit such notification to all Contracting 18 Convention States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

Ocorre que, por força do parágrafo 2, item b, do citado artigo 25 da CW, essa barreira da identidade de nacionalidade das partes pode ser transposta, acaso as partes integrantes do acordo internacional permitam tratar como investidor de outra nação uma filial local da empresa que possui controle societário estrangeiro (UNCTAD, 2005, p. 16).

Está-se, aqui, contudo, diante de um cenário ideal, no qual as partes concordam com a jurisdição arbitral. Sem embargos, de acordo com Newcombe e Paradell (2009, p. 68-69), alguns tratados internacionais fixam critérios de nacionalidade baseados na responsabilidade de gestão, direito de voto, nacionalidade dos membros do conselho, dentre outros, indo além, pois, das cláusulas padrões sobre nacionalidade, localização, de definição de investimento e investidor, ou mesmo se colocando à frente daqueles termos que abrigam corporações que possuem controle societário estrangeiro, direto ou indireto.

Fato é que, ao tolerar tais cláusulas, o potencial Estado hospedeiro pode abrir uma brecha para que as organizações empresariais mais complexas alarguem a definição de investidor estrangeiro prevista no tratado, ao incluir muitas das vezes também empresas de fachada (*shell companies*), flexibilizando a aplicação dos benefícios de um acordo internacional mediante a possibilidade de se selecionar um tratado mais vantajoso (NEWCOMBE; PARADELL. 2009, p. 69).

Diante da ausência de um tratado assinado entre o seu país de origem e o Estado anfitrião, ou de um BIT menos vantajoso, o investidor tende a transferir suas ações para uma entidade jurídica diversa, localizada em outro país, que, por sua vez, possui um acordo internacional assinado com aquele Estado hospedeiro, o que, portanto, lhe dá guarida para apresentar uma reclamação perante um foro arbitral (KIRTLEY, 2009, p. 429).

Vislumbra-se, com propriedade, que o investidor garante um *ius standi*, uma capacidade processual para demandar contra o país hospedeiro, que, sem recorrer a tal prática, não teria como fazê-lo. Literalmente, adquire-se (*shopping*) um tratado (*treaty*) ou um foro de resolução de conflitos (*forum*). E mais, a reestruturação corporativa faz com que o investidor forje, de igual maneira, uma nacionalidade, como se, doravante, ele adquirisse um Estado de origem de conveniência, num planejamento (*planning*) não só societário, mas também de nacionalidade (*nationality*).

Jan Primec define o *treaty shopping* como sendo

the conduct of foreign investors in altering their corporate structure for the purpose of acquiring the benefits of investment treaty protection in their

actual or planned host state through third countries, through which their investment needs to be routed. The investor's home state might not have a BIT with the host state, or it might have it, but its provisions are not as favourable for the investor as the provisions of the BIT between a third state and the host state. The investor will therefore change its corporate structure so as to include in it a corporate entity with the nationality of that particular third state. In this way, he will be able to qualify as an investor from that third state and his investment will be deemed an investment protected by the BIT between the third state and the host state. The treaty shopper usually has no real economic connection with the state through which he has routed the investment. Such intentional structuring of investments through states with which the investor otherwise has no tangible economic or business connection, is known as treaty shopping or nationality planning. ([2015?], p. 12-13)

Didaticamente, o mencionado pesquisador anota como exemplo o caso fictício de um investidor brasileiro que deseja realizar um investimento considerável na Sérvia. Como Brasil e Sérvia não possuem um BIT concluído, após analisar quais tratados internacionais o governo sérvio firmou com outros países e, examinado em quais destes não há uma exigência mais contundente sobre a nacionalidade do investidor, abriu-se uma empresa de fachada na Holanda, que possui um BIT firmado com a Sérvia e que possui uma singela regra de incorporação para fins de nacionalidade, e, logo após, direcionou-se o investimento para a Sérvia por meio daquela *shell company*. Conclui o autor, então, que o investidor brasileiro planejou a sua nacionalidade, no intuito de potencializar ao máximo a proteção oferecida pelo BIT Sérvia-Holanda (PRIMEC, [2015?], p. 16-17).

Noutra vertente, nota-se que alguns países anfitriões inserem em seus tratados cláusulas que exigem do investidor, por exemplo, visto permanente de residência ou desempenho real de atividades em seu território, a fim de dificultar o acesso a um *ius standi* e mesmo aos benefícios propiciados por um acordo internacional (KIRTLEY, 2009, p. 430).

Referente à obrigatoriedade de se exercer as atividades do investimento dentro Estado hospedeiro, destaca-se a *denial of benefits clause*, cujo objetivo:

is to enable the states to deny the benefits of the treaty to a company which does not have a real economic connection with the state on whose nationality it relies.⁵³ If a BIT with a certain country contains a denial of benefits clause, a purported treaty-shopper should be wary of it, since he risks not qualifying as an investor for the purpose of the BIT protection. (PRIMEC, [2015?], p. 17)

Essa cláusula, prevista em alguns acordos internacionais, combate, outrossim, as companhias de fachada, ao negar o acesso ao BIT àqueles investidores estrangeiros controlados por acionistas de um terceiro país e que não desenvolvem nenhum tipo de atividade de investimentos no Estado hospedeiro (KIRTLEY, 2009, p. 430).

Em resumo, o *treaty shopping* é uma estratégia utilizada por grandes corporações mundiais, além de grandes investidores estrangeiros pessoas físicas, por meio da qual se almeja uma jurisdição (legal, fiscal, empresarial, administrativa e etc.) mais vantajosa para que os seus interesses sejam reconhecidos e protegidos por um determinado acordo internacional.

Com efeito, a boa-fé do investidor emerge como requisito de um *treaty shopping* válido a ser observado pelos tribunais arbitrais, uma vez que não deve haver dúvida razoável capaz de permitir uma ligação forçada do investidor com o país de conveniência, somente para o fim de fundamentar a sua reclamação perante os tribunais arbitrais (UNCTAD, 2005, p. 21-22).

Aliado à boa-fé, o momento em que tal prática é diligenciada pelo investidor também é de essencial análise. Jan Primec aduz que

the difference between the permissive and the prohibitive approach hinges mainly on the timing of the restructuring/transfer of assets, but also pays attention to the nature of the intent behind it. The lawfulness of treaty shopping / nationality planning seems to primarily depend on the time of restructuring in relation to the dispute. If the restructuring was undertaken early, i.e. before the outbreak of the dispute, the newly acquired nationality will be honoured. But a last minute change of nationality in the face of an existing dispute will be rejected. Such practice rewards foresight and preparation and punishes those who fail to act until it is too late. ([2015?], p. 26-27)

Nesse sentido, faz-se a distinção entre *back end treaty shopping*, quando o rearranjo corporativo ocorre depois da disputa ser levada ao conhecimento do tribunal arbitral, e *front end treaty shopping*, ocasião em que igual artifício societário é executado antes de oficializada a diferença sobre o investimento (PRIMEC, 2009, p. 15-16).

Ao fim e ao cabo, defende-se o *treaty shopping* por não haver uma lei ou convenção internacional que proíba essa conduta engendrada pelo investidor, e, precipuamente, pelos objetivos por ele almejados, quais sejam:

- a reasonable level of security from arbitrary and discriminatory measures;

- fair and equitable treatment;
- protection against undue expropriation;
- access to dispute settlement provisions. The latter usually provides for arbitration, whose goal is to be a depoliticized, effective, unbiased and fair procedure, in which (as practice shows) there is a higher likelihood of the state prevailing and winning the case, rather than the investor. (PRIMEC, [2015?], p. 33)

Como se vê, em tese, o *treaty shopping* está em consonância com a lógica do mercado internacional e não em contradição com esta (PRIMEC, [2015?], p. 4). O investidor objetiva proteger os seus negócios e clama por um tratamento justo e equitativo, pelo que uma possível disputa arbitral não tendenciosa e imparcial é que se pretende com tal ato corporativo (PRIMEC, [2015?], p. 33).

Wilam Kiertley, juntamente com Jan Primec, defende a legalidade do *treaty shopping*, sendo certo que, para que o investidor não venha sofrer futuros questionamentos, ele deve transferir seus direitos para uma nacionalidade de conveniência o mais breve possível, antes da quebra do contrato, bem como realizar um planejamento estrutural societário desde o início de suas atividades (KIERTLEY, [2015?], p. 460-461).

Nada obstante, em 17 de dezembro de 2015, a Corte Permanente de Arbitragem publicou um laudo de jurisdição e admissibilidade proferido pelo tribunal arbitral no caso nº 2012-12, levado a seu conhecimento pela Phillip Morris Asia Limited em face do governo australiano: decidiu ser inadmissível a reclamação trazida pela gigante do tabaco, estando o tribunal impedido de exercer sua jurisdição, haja vista a reorganização societária da Phillip Morris sediada no continente asiático de incorporar a filial australiana ter sido diligenciada antes do início da disputa, mas durante uma sabida conjectura de aprovação da legislação antitabagista local, e com a finalidade principal, se não única, de invocar o BIT Hong Kong-Austrália.

De acordo com Max Bonnell (2016), “this case is an example of a Tribunal ensuring that only genuine investors, who meet the requirements of the relevant treaty at the time of making their investment, will be afforded the protections of bilateral investment treaties.”

Trata-se de um marco na prática arbitral de investimentos estrangeiros, porquanto, para depurar a verdadeira intenção do investidor (exame da boa-fé), valeu-se do mesmo movimento da desconsideração da personalidade jurídica: levantou-se o véu corporativo posto

pelo novo arranjo societário, perfurou-se a camada jurídico-burocrática construída pela companhia, a fim de se estabelecer a sua real intenção, a saber, beneficiar-se das vantagens (fiscais, jurisdicionais e etc) de um acordo de investimento internacional.

Nesse sentido, o próximo capítulo propiciará, com o estudo do caso Phillip Morris v. Austrália, a sinalização de uma análise jurisdicional mais arrojada sobre o tema, para além de uma melhor visão sobre o instituto do *treaty shopping* na prática.

3 A DECISÃO DO TRIBUNAL NO CASO PHILLIP MORRIS V. AUSTRÁLIA: PELA AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO ARBITRAL FACE O ABUSO DE DIREITO COMETIDO NO *TREATY SHOPPING*

Feito esse panorama das questões mais importantes referentes à busca por uma jurisdição mais favorável, mister, pois, debruçar-se sobre o recente laudo arbitral proferido no caso Phillip Morris v. Austrália, que em matéria de *treaty shopping* é um sinal de um novo modelo de prática arbitral, conquanto pode ser considerado um indicativo de como os tribunais de investimento encararão o assunto.

Em dezembro de 2011 o governo australiano promulgou e regulamentou uma série de medidas legais referentes ao tabagismo, proibindo a exibição de marcas, logotipos e desenhos industriais nos maços de cigarros (SINGH; MADHYAM, 2016).

De acordo com a *Tobacco Plain Packaging Act 2011*, que pode ser acessada por meio do link <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011A00148>, os produtos tabagistas passaram a ser comercializados com embalagem simples (*plain packaging*), um maço padrão, contendo “apenas o nome da marca, em tamanho, fonte e local predeterminados, sem cores, imagens, logos ou marcas, além das já conhecidas imagens horríveis de problemas relacionados ao consumo de tabaco.” (CARVALHO, 2016)

Arguindo que a legislação australiana causou-lhe perda financeira significativa, por violar o seu direito de propriedade intelectual e reduzir o valor da sua marca, a Phillip Morris Asia Limited invocou a proteção do BIT Hong Kong-Austrália, assinado em 15 de setembro de 1993, levando a disputa ao conhecimento da Corte Permanente de Arbitragem (PCA Case nº 2012-12), formulando pedido para que o governo australiano revogue a *Tobacco Plain Packaging Act 2011* ou se abstenha de aplicá-la aos seus investimentos. Alternativamente, que o tribunal constituído por árbitros independentes condene o Estado hospedeiro no

pagamento mínimo de 4,16 milhões de dólares, acrescidos de juros, mais despesas com advogados e custas processuais, a título de danos, assim como que fossem afastadas quaisquer outras medidas injustas e inadequadas (PCA Case nº 2012-12, para. 89).

Rebatendo os argumentos da Phillip Morris Asia Limited, a Austrália alegou a ausência de jurisdição do tribunal arbitral constituído pela PCA para analisar a diferença sobre o investimento, pelo que requereu o indeferimento de todos os pedidos feitos pelo investidor, julgando-se improcedente a reclamação (PCA Case nº 2012-12, para. 93).

Traçando um minucioso histórico dos acontecimentos anteriores à disputa, o tribunal anotou que a Phillip Morris International Inc. é uma companhia sediada e incorporada nos EUA, em Nova Iorque, e que produz 7 (sete) das 15 (quinze) marcas de cigarros mais comercializadas no mundo, incluindo-se aí a líder de vendas: Marlboro. Possui, é bem verdade, dezenas de subsidiárias e filiais ao redor do globo, sendo a reclamante do *case* uma delas (PCA Case nº 2012-12, para. 95).

O conglomerado tabagista iniciou os seus trabalhos na Austrália em 1954, por meio de uma subsidiária (Phillip Morris Austrália), sendo que suas ações foram inicialmente incorporadas pela sede dos EUA, até 1998, e nos 12 anos seguintes, pela subsidiária da Phillip Morris na Suíça. Após um processo mundial de reestruturação, alegando reduzir custos e melhorar a eficiência dos seus negócios, através do alinhamento da sua estrutura jurídica, racionalização e centralização das suas atividades e desenvolvendo serviços partilhados, em 23 de fevereiro de 2011 a Phillip Morris Asia Limited, apesar de alegar que desde 2001 possui controle gerencial sobre a mesma, adquiriu 100% das ações da subsidiária australiana (PCA Case nº 2012-12, paras. 96, 97, 98, 163).

Em continuação, o tribunal pontuou que a entrada em vigor na Austrália da Convenção-Quadro para Controle de Tabaco, em fevereiro de 2005, fez com o governo local, em dezembro de 2007, desse início a uma força-tarefa nacional de saúde preventiva, a qual, depois de uma série de consultas públicas, publicou em setembro de 2009 um artigo intitulado “Austrália: o país mais saudável até 2020”, recomendando, dentre outras coisas, que fosse aprovada uma lei de controle do tabaco e que a comercialização dos cigarros ocorresse por meio de embalagens simples e padronizadas, contendo advertências governamentais sobre o fumo (PCA Case nº 2012-12, paras. 100, 101, 103, 105, 106, 108).

Posteriormente a diversas tratativas no congresso do respectivo projeto de lei, que se iniciou em agosto de 2009 com a apresentação de um projeto de lei de medidas antitabaco

(*Fielding Bill*), com a realização de um estudo para o desenho-padrão das embalagens simples e a implementação de um calendário para a aplicação de medidas antitabagistas, além de audiências públicas e até mesmo uma mudança de governo, a *Tobacco Plain Packaging Act 2011* foi promulgada em 07 de dezembro de 2011, após quase 10 meses da aquisição e incorporação da subsidiária australiana pela Phillip Morris Asia Limited. (PCA Case nº 2012-12, paras.123, 147, 148, 149, 165, 130 e 178).

Vencido o relatório dos fatos, o tribunal delineou os pontos primordiais que constituíram o objeto de sua análise, constantes, a saber, nos parágrafos 495 e seguintes: 1) se a Phillip Morris Asia Limited controlava os investimentos da subsidiária australiana antes da reestruturação; 2) se o investimento da Phillip Morris Asia Limited foi admitido pela legislação da Austrália e suas políticas de investimento; 3) se foi cumprido o critério *ratione temporis* do pedido de proteção junto ao acordo internacional; 4) se a invocação do BIT Hong Kong-Austrália constituiu um abuso de direito.

O tribunal, num primeiro momento, fixou entendimento de que a Phillip Morris Asia Limited não possuía controle corporativo da subsidiária australiana antes da aquisição, mas que seus investimentos foram admitidos pela legislação e política locais, enquadrando-se no conceito de investimento estabelecido no referido BIT (PCA Case nº 2012-12, paras. 509 e 523). Decidiu-se, ainda, que o critério *ratione temporis* foi observado, porque a disputa foi iniciada em 22 de junho de 2011, antes, portanto, da promulgação da medida legal objeto da reclamação (*Tobacco Plain Packaging Act* – 07 de dezembro de 2011), sendo certo, outrossim, que tanto a idealização de se incorporar a Phillip Morris australiana (03 de setembro de 2011), quanto a respectiva efetivação desta (23 de fevereiro de 2011), também ocorreram antes da mencionada lei entrar em vigor (PCA Case nº 2012-12, para. 533).

Sem embargos, o tribunal definiu que a questão do abuso de direito deveria ser enfrentada, independentemente das posições fixadas acima, continuando, então, a sua análise de admissibilidade e jurisdição (PCA Case nº 2012-12, para. 534), doravante sob o viés dos acontecimentos que levaram a reclamante do *case* a lançar mão do instituto do *treaty shopping*.

Ab initio, os árbitros julgadores destacaram que esse não era o primeiro caso envolvendo uma diferença sobre investimento estrangeiro na qual se analisa a admissibilidade da reclamação trazida ao conhecimento da Corte logo após o período de reestruturação societária realizada pelo investidor, afirmando categoricamente: não é ilegítima a

reorganização corporativa para se obter os benefícios de um acordo internacional, isto é, o *treaty shopping* (PCA Case nº 2012-12, paras. 538 e 534).

Consubstanciando tal asserção, o tribunal arbitral suscitou os julgamentos proferidos nos seguintes casos: *Tidewater v. Venezuela*, *Mobil Corporation v. Venezuela*, *Renée Rose Levy and Grencitel v. Peru* e *Aguas del Tunari S.A. v. Bolívia* (PCA Case nº 2012-12, paras. 540 e seguintes). Entretanto, ponderou-se que nessas demandas foram delineadas provas muito difíceis (*high tests*) e amplamente análogas para a caracterização do abuso de direito, exigindo-se a comprovação da previsibilidade da disputa, dependendo do caso concreto (PCA Case nº 2012-12, paras. 550 e 554).

Dessa forma, o tribunal considerou necessário rever o entendimento sustentado sobre esse ponto nos casos decididos anteriormente (PCA Case nº 2012-12, para. 538), balizando a previsibilidade de uma reclamação arbitral entre uma probabilidade muito alta e não apenas uma possível controvérsia, como afirmado no caso *PCA Rim v. El Salvador*. Segundo o tribunal,

On this basis, the initiation of a treaty-based investor-State arbitration constitutes an abuse of rights (or an abuse of process, the rights abused being procedural in nature) when an investor has changed its corporate structure to gain the protection of an investment treaty at a point in time when a specific dispute was foreseeable. The Tribunal is of the opinion that a dispute is foreseeable when there is a reasonable prospect, as stated by the *Tidewater* tribunal [*Tidewater v. Venezuela*], that a measure which may give rise to a treaty claim will materialise. The Tribunal will now apply this test to the facts of the case. (PCA Case nº 2012-12, para. 554)

De acordo com o tribunal arbitral, o governo australiano começou a levar em consideração, efetivamente, a aprovação e implementação de medidas regulatórias de comercialização de tabaco no começo do ano de 2008, tendo anunciado reformas no setor e apresentado um cronograma de execução de tais atos governamentais em abril de 2010 e julho de 2010, respectivamente, sendo que a *Tobacco Plain Packaging Act* foi promulgada em 07 de dezembro de 2011 (PCA Case nº 2012-12, paras. 556 e 557).

Por outro lado, desde setembro de 2009, o grupo internacional da Phillip Morris trocou correspondências, tanto com as autoridades do governo da Austrália, quanto internamente, relatando sérias preocupações sobre os seus direitos de propriedade ante ao pacote legal antitabagista australiano, pelo que em abril de 2010 foi aprovado um plano de reestruturação das suas filiais, havendo, inclusive, a formulação de conselhos legais sobre tal

prática para fins de proteção do BIT Hong Kong-Austrália, que foi levada a cabo em fevereiro de 2011 (PCA Case nº 2012-12, paras. 556 e 557).

Considerando, então, o período aproximado de 19 (dezenove) meses entre o anúncio da intenção de legislar e a efetiva aprovação da lei e a transparência com que se deu esse processo legislativo, com a realização de audiências e a apresentação de relatórios e cronogramas, assim como, tendo em vista que a Phillip Morris, bem antes da incorporação da subsidiária australiana pela asiática, já possuía um conhecimento razoável das medidas legais antitabaco que o governo da Austrália pretendia implementar, o tribunal determinou que a disputa envolvendo os direitos de investimento da gigante do tabaco era previsível (PCA Case nº 2012-12, paras. 567, 568 e 569).

Nesse diapasão, os julgadores decidiram que, com base na documentação carreada aos autos, os motivos que ensejaram a reestruturação societária feita pela Phillip Morris Asia Limited não foram fiscais ou de outras razões empresariais, tendo esta assumido o risco político de tal prática corporativa, destarte “the Tribunal can only conclude that the main and determinative, if not sole, reason for the restructuring was the intention to bring a claim under the Treaty [BIT Hong Kong-Austrália], using an entity from Hong Kong” (PCA Case nº 2012-12, paras. 98, 582 e 584).

O tribunal, então, declarou que o início de uma arbitragem constitui abuso de direito quando o investidor estrangeiro modifica a sua estrutura corporativa com propósito de obter proteção de um acordo internacional, diante de um cenário no qual a disputa era previsível, sendo este os fatos ocorridos no presente *case*, porquanto a razão principal, senão única, da Phillip Morris Asia Limited em promover a sua reorganização societária foi a de ganhar cobertura do BIT Hong Kong-Austrália no que tange as medidas dessa arbitragem (PCA Case nº 2012-12, paras. 585 e 586). Arrematando:

the Tribunal cannot but conclude that the initiation of this arbitration constitutes an abuse of rights, as the corporate restructuring by which the Claimant acquired the Australian subsidiaries occurred at a time when there was a reasonable prospect that the dispute would materialise and as it was carried out for the principal, if not sole, purpose of gaining Treaty protection. Accordingly, the claims raised in this arbitration are inadmissible and the Tribunal is precluded from exercising jurisdiction over this dispute. (PCA Case nº 2012-12, para. 588)

Neste *case* em específico, a legitimidade do *treaty shopping*, tal qual a boa-fé da Phillip Morris, não foram averiguadas tomando como base especificamente as datas da

incorporação societária da subsidiária australiana e do início da disputa arbitral, tampouco se preocupou em enquadrá-las em algum tipo de modalidade (*back end* ou *front end*).

Por certo, a reorganização corporativa, declarada como abuso de direito pelos árbitros, foi examinada consoante tanto a previsibilidade da diferença sobre o investimento, quanto a finalidade de se invocar um acordo internacional. Preto no branco, o abuso de direito perpetrado pela gigante da indústria tabagista adveio da pormenorizada apuração das provas e fatos constantes nos autos do processo arbitral.

Segundo se verifica no laudo PCA Case nº 2012-12, além de uma batelada de documentos, foram compulsados diversos *e-mails* e comunicações oficiais (internas e externas), assim como foram tomados depoimentos de representantes do alto escalão da Phillip Morris. Destacou-se, outrossim, os diversos conselhos legais passados pela assessoria jurídica da investidora tabagista⁴. Com propriedade, investigou-se o cerne de todo o pano de fundo da aprovação da *Tobacco Plain Packaging Act*, quer dizer, o início do planejamento governamental antitabaco, com a construção de uma política pública voltada à regulação do comércio de cigarros, o envio do projeto de lei ao parlamento, a realização de consultas públicas e a divulgação de um cronograma de execução dessas medidas legais.

No que se refere à previsibilidade do conflito arbitral, tomou-se como base a postura da investidora tabagista diante desse cenário de adoção de medidas antifumo: assumir o risco político da reestruturação societária, tendo, inclusive, participado das mencionadas consultas públicas promovidas pelo governo australês sobre o tema, posicionando-se contrariamente à implementação daquelas e, a partir de certa altura, acenando com um *treaty shopping* para fins de proteção do BIT Hong Kong-Austrália.

Nota-se, dessa maneira, que houve uma sinalização de mudança na prática arbitral referente ao *treaty shopping*. No caso Phillip Morris v. Austrália, o tribunal arbitral inovou quanto ao exame da reestruturação societária, firmando o entendimento de que esta constitui um abuso de direito acaso haja uma razoável perspectiva de materialização da diferença sobre investimentos contra o Estado hospedeiro e que a busca por uma jurisdição mais vantajosa foi perpetrada com o principal propósito, senão único, de adquirir as proteções oferecidas pelo tratado invocado (PCA Case nº 2012-12, para. 588).

⁴ Verificar os parágrafos 112, 126, 154, 558 e 563 (PCA Case nº 2012-12).

Com efeito, foi o que se vislumbrou quando a filial australiana da empresa tabagista foi incorporada por uma subsidiária da Phillip Morris no continente asiático, invocando-se, dessa forma, o BIT firmado entre os governos de Hong Kong e da Austrália, no ano de 1993.

Uma mera verificação perfunctória, deveras, não se coaduna com o propósito de uma arbitragem de investimento. Revela-se inadequado precisar a lidimidade e boa-fé do *treaty shopping*, para fins de abuso de direito, com supedâneo somente em critérios objetivos, ou seja, se a reorganização corporativa sucedeu antes ou depois do fato que desencadeou a disputa arbitral. Há, na verdade, de haver uma análise dinâmica e extensiva de todo o conteúdo probatório acostado à reclamação arbitral, além de um profundo conhecimento dos fatos que gravitaram em torno da alteração societária e do objeto da disputa do investimento, no *case* em tela, a *Tobacco Plain Packaging Act*.

4 CONCLUSÃO

Como visto alhures, o IED exerce influência direta no desempenho econômico de determinada nação, julgando-se pelos avultados fluxos de capitais que correm nessas transações. Corolário disso é a busca por uma jurisdição mais favorável, seja ela pessoal, fiscal e/ou jurisdicional.

Seria ingênuo e desarrazoado cogitar que um investidor estrangeiro não pudesse lançar mão de mecanismos de proteção e incremento dos seus negócios. Planejar uma nacionalidade ou “comprar” um tratado de investimento com vistas à esses benefícios coadunam-se com o fim máximo de um investimento, que é o lucro. Este, seguramente, demanda o estabelecimento da segurança jurídica.

O acesso a tribunais arbitrais internacionais de investimento, justamente por intermédio do *treaty shopping*, requer as presenças da boa-fé e do *timing* do investidor (*back end* ou *front end treaty shopping*).

Nessa lógica, o ato, *per se*, do *treaty shopping* não pode ser considerado inválido ou ilegal, todavia a práxis tem demonstrado que não há limites para tanto (PRIMEC, [2015?], p.19). Corroboram tal hipótese a ausência de uma regulamentação sobre o assunto e o tratamento dispensado pelos tribunais de arbitragem de investimento a esses casos.

Entrementes, com a publicação de um laudo de inadmissibilidade e incompetência de jurisdição, a Corte Permanente de Arbitragem, na reclamação nº 2012-12 apresentada pela

Phillip Morris Asia Limited contra a Austrália, afigurou uma mudança de paradigma na prática da arbitragem de investimento: o investidor estrangeiro não pode adotar todo e qualquer artifício para salvaguardar suas transações, mormente nos casos de uma conjuntura político-social de controle austero sobre o investimento empreendido, revelando-se questionável a sua boa-fé em caçar brechas legais para se forjar um *ius standi*.

Os árbitros julgadores consideraram que a diligência do governo australiano em aprovar uma legislação antitabagista, com o anúncio de medidas regulatórias, a realização de audiências e consultas públicas e a publicação de um calendário para implementação dessa política governamental, além das orientações jurídicas para se buscar amparo no BIT Hong Kong Austrália, construíram um contexto no qual a disputa envolvendo os direitos de investimento da Phillip Morris era plenamente previsível. O motivo determinante, senão exclusivo, do *treaty shopping* arquitetado pela gigante do fumo foi de trazer a diferença sobre investimento à Corte Permanente de Arbitragem, solicitando abrigo ao tratado internacional supracitado.

O abuso de direito incorrido pela Phillip Morris Asia Limited foi constatado, então, à vista da intenção da reestruturação corporativa e da previsibilidade da reclamação apresentada perante o tribunal, o que, de fato, sinaliza uma mudança arrojada na análise do instituto do *treaty shopping* nos investimentos estrangeiros.

Com efeito, a boa-fé e a etapa do ato de reforma societária devem ser objeto de averiguação tanto quanto o intento de se buscar o auxílio de um tratado internacional mais favorável e a prospecção de uma eventual disputa arbitral.

Dessa forma, a análise dinâmica das provas e dos fatos constitui medida inarredável do tribunal de arbitragem de investimentos, sendo esta a realidade do PCA Case nº 2012-12, debruçando-se o tribunal criteriosamente sobre os elementos probatórios fornecidos pelas partes, assim como, analiticamente, esmiuçou todos os eventos anteriores, concomitantes e posteriores ao fato que culminou na referida reclamação, a saber, a promulgação da Lei Antitabagista australiana.

Meneando-se, com a devida vênia, a publicidade clássica dos cigarros Marlboro, lançada em 1964 (DIAS, 2006), infere-se, destarte, que o investidor estrangeiro não pode simplesmente encarnar a figura do *Marlboro Man* e adquirir uma nova nacionalidade ou tratado internacional, com a mesma despreensão com que um fumante compra um maço de cigarro, de modo que tal prática corporativa lhe propiciasse o sabor de aventura e liberdade de

uma jurisdição mais vantajosa e lhe transportasse, automaticamente, para o seu país de conveniência, a terra de Marlboro.

O *treaty shopping* é um importante aliado do investidor estrangeiro, contudo desde que executado com o propósito de alcançar uma proteção fiscal e jurisdicional mais vantajosa e de maximizar a segurança dos investimentos, viabilizando um tratamento justo e equitativo dos e blindando-o contra uma eventual expropriação.

REFERÊNCIAS

BONNELL, Max. **Treaty shopping in investor-state arbitration: butts out for phillip morris' claim against Australia**. Sydney. 13 de maio 2016. Disponível em: <<http://www.kwm.com/en/knowledge/insights/treaty-shopping-in-investor-state-arbitration-butts-out-for-phillip-morris-claim-against-australia-20160419>>. Acesso em: 27 de jul. 2016.

CARVALHO, Carlos Alberto Pinto de. **Austrália vence batalha jurídica internacional com a phillip morris sobre embalagem simples**. São Paulo. 19 de jan. 2016. Disponível em: <<http://www.ckmlaw.com.br/blog/2016/01/19/australia-vence-batalha-juridica-internacional-com-a-philip-morris-sobre-embalagem-simples/>>. Acesso em: 22 de jul. 2016.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **O investimento estrangeiro direto na américa latina e no caribe**. 2016. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40215/S1600416_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 de jul. 2016.

DIAS, Kadu. **Marlboro**. São Paulo. 22 de maio 2006. Disponível em: <<http://mundodasmarcas.blogspot.com.br/2006/05/marlboro-come-to-marlboro-country.html>>. Acesso em: 07 de ago. 2016.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). **The ICSID caseload – statistics (Issue 2016-1)**. 2016. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(English\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(English)%20final.pdf)>. Acesso em: 30 de jul. 2016.

KIRTLEY, Wilam Lawton. Transfer of treaty claims and treaty-shopping in investor-state disputes. **Journal of World Investment & Trade**, Genebra, v.10, n. 3, p. 427-461, 2009.

Disponível em: <<https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/the-transfer-of-treaty-claims-and-treaty-shopping-in-investor-state-disputes-wilam-lawton-kirtley.pdf>>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. **Law and practice of investment treaties: standards of treatment**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009. Disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/NewcombeandParadellLawandPracticeofInvestmentTreaties-Chapter1.pdf>>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

PERMANENT COURT OF ARBITRAGE (PCA), 17 de dez. 2015, Case No. 2012-12 (Phillip Morris Asian Limited v. The Commonwealth of Australia). Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf>. Acesso em: 20 de jul. 2016.

PRIMEC, Jan. **Enemy of the state: is treaty shopping in contradiction with the rationale of investment law?** [2015?] Dissertação (Mestrado em Direito Público Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de Amsterdã, Amsterdã. [2015?]. Disponível em: <<http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=621905>>. Acesso em: 28 de jul. 2016.

SINGH, Kavaljit; MADHYAM. **ISDS arbitration upholds australia's plain packaging laws**. Canberra. 15 de jan. 2016. Disponível em: <<http://www.eastasiaforum.org/2016/01/15/isds-arbitration-upholds-australias-plain-packaging-laws/>>. Acesso em: 22 de jul. 2016.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Investor-state disputes arising from investment treaties: a review**. Nova Iorque e Genebra. 2005. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteit20054_en.pdf>. Acesso em: 25 de jul. 2016.